

Leonardo Fabio PASTORINO

Prof. Titular Ordinario Derecho Agrario – Cát. I FCJyS – UNLP

Prof. Titular Ordinario Legislación de los Recursos Naturales Renovables – FCNyM - UNLP

Propuesta de un régimen especial para el agua

Convocados por la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, los profesores titulares de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, no quise dejar pasar la oportunidad de acercar el adjunto texto que podría dar base al debate sobre un nuevo régimen jurídico para el agua. Tema, por otro lado, que me ocupa en la actualidad muy especialmente por estar dirigiendo un proyecto de investigación (11/J110) que lleva el título de “LA PROBLEMÁTICA DEL AGUA ANTE EL CRECIMIENTO POBLACIONAL Y EL MODELO MUNDIAL DE DESARROLLO VIGENTE. SUS IMPACTOS JURÍDICOS”.

Desde siempre me generó un fuerte choque la intención de querer amoldar la situación de un elemento de la naturaleza tan especial a las categorías dominiales, limitadas y estrictas, previstas por el derecho civil y el derecho administrativo. Finalmente, realicé esa crítica por escrito, sin llegar a elaborar una propuesta precisa como hice en esta oportunidad. Tal crítica la presenté en el Tercer Curso del Ciclo de Cursos de Postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional, expresamente dedicado a “El Agua”, clase que fue publicada por el libro que recoge las actas de tal Curso, editado por la propia Facultad y por Ediciones Cooperativas, la que, por su extensión, no puedo transcribir acá.

Sucintamente, en ese trabajo traté de confrontar la naturaleza propia del agua de ser un recurso único, a pesar de su capacidad de autotransformarse en

varios estados, ser escaso, ser susceptible de adulteraciones o contaminaciones y ser vital, con el esquema de nuestro Código Civil que arbitrariamente determina que el mismo, según su recorrido por su ciclo pueda pasar de ser privada a pública o no ser de nadie contraponiendo este forzamiento legal con las consecuencias del mismo, es decir, con el concepto de afectación y desafectación y con la necesaria conservación de los bienes públicos que, en este caso del agua pueden ser consumida o en ciertas formas privatizada al otorgarse en permiso y concesión los distintos usos.

Terminaba ese escrito diciendo que “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 *cuantum* posibles de los mismos”.

Propuse:

INCORPORAR LUEGO DE LA DEFINICIÓN DE COSAS DADA ACTUALMENTE EN EL ACTUAL ART. 2311 (EN EL MISMO O EN OTRO ARTÍCULO):

El agua es un elemento natural vital¹ de características únicas y por lo tanto no susceptible de ser objeto de apropiación o dominio privativo o exclusivo por parte de los particulares, de los estados o de ningún ente público.

Es inalienable, imprescriptible e inembargable.

Corresponde al Estado general y a los estados particulares y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus respectivos ámbitos competenciales, la tutela del recurso, su conservación y la garantía de calidad. Por su carácter inmanente las aguas existentes en el territorio nacional no pueden ser objeto de ningún tipo de acto jurídico por estados o sujetos extranjeros.

Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua para fines vitales en forma gratuita. Los estados, general y particulares y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hacen efectiva y reglamentan esta garantía así como los restantes usos del agua de acuerdo al esquema competencial trazado por la Constitución Nacional; al hacerlo podrán disponer de los distintos instrumentos previstos en el derecho administrativo.

Toda decisión respecto a la planificación, tutela, gestión, administración, conservación y control del agua se adoptará teniendo en cuenta en forma amplia el principio de participación.

Los derechos de dominio sobre las aguas preexistentes no podrán ser objeto de transmisión ni por actos entre vivos ni por el régimen de sucesiones previsto en este Código.

¹ Esto va en relación a la vida y a la vez a su importancia extraordinaria, pero se puede poner directamente "elemento natural esencial a la vida de los seres humanos, de los demás seres vivos y del ambiente en general.

Brevemente, quiero señalar que la idea fundamental de este proyecto es la que se señala en el primer párrafo, es decir, la de reconocer que los elementos de la naturaleza tienen su propia dinámica, son únicos en sí mismos y participan de funciones tan esenciales a la vida humana que no pueden ser apropiados porque en sí, son esenciales para toda la colectividad, lo que requiere una gestión, precisamente colectiva, sin por eso necesariamente deber reconocer una titularidad de esas características. Ya en mi libro *El daño al ambiente* me ocupé de remarcar esta confrontación entre lo que es el sistema natural y el sistema jurídico y rememoraba la cita de Barcesat a Bachelard, en el seno de la Convención Constituyente, cuando sobre la problemática ambiental en general proponía evitar el obstáculo epistemológico de los abogados de reducir lo nuevo a lo que ya conoce. Por eso creo que lo que propongo, vale también para otros bienes ambientales y para el ambiente como totalidad, pero reconociendo, a su vez, que cada cual deberá ser considerado por separado y que no corresponde ubicarlos a todos en una categoría común de bienes colectivos o similares. En el libro referido, me ocupé de demostrar la imposibilidad de recurrir a viejas nociones jurídicas del derecho como las de *res communes omnium* o a neologismos como patrimonio mundial de la humanidad que tienen ya un sentido dado para otras realidades o realidades imposibles de recuperar en el presente estado de cosas.

Con respecto al carácter no apropiativo de los bienes ambientales, se podría fundamentar mucho, incluso parece ser el criterio de la Corte Suprema en el caso Mendoza, pero cito uno de los primeros antecedentes jurisprudenciales, en ese sentido, que fue el fallo de su homónima *Corte di Cassazione* italiana, sentencias 210 del 22 de mayo de 1987 y 641 del 30 de diciembre del mismo año, donde ya se manifestó que el ambiente no es ciertamente posible objeto de una situación subjetiva de tipo apropiativo.

Claro que, y precisamente por eso, tampoco puede ser cosa de nadie y susceptible de apropiación o un bien carente de tutela. Ahí la sentencia italiana continúa diciendo que se trata de bienes libres, utilizables por la comunidad y los particulares. Pero hay que aclarar que ese calificativo de bienes libres no puede

hacernos caer en las viejas clasificaciones y en la categoría de res nullius que los tornan apropiables. En nuestro concepto, por su calidad esencial, el agua si puede ser utilizada pero no con carácter patrimonial y apropiativo. Por eso, más allá de su aprovechamiento, “el agua” como bien único, se declara inembargable, imprescriptible, inalienable e inmanente, asegurando su tutela y protección y rechazando cualquier posible cesión de la misma a estados extranjeros.

No hay titularidad dominial pero si titularidad de responsabilidad. Por eso se pone en primer lugar en cada estado autónomo el ejercicio del dominio eminente manifestado en un plexo de responsabilidades respecto al recurso y a sus usuarios.

Pero no se niega el derecho al uso, es más, se reconoce el derecho humano al agua al reconocerse los habitantes tienen garantizado el acceso al agua para fines vitales en forma gratuita. Es difícil imaginar el uso y aprovechamiento del agua sin categorizarla como de propiedad de alguien, sin el Estado otorgándola en concesión, pero sin embargo, nada obsta a que el Estado conceda y regule el reparto del recurso en virtud de sus poderes estatales de arbitraje y no exclusivamente en sus poderes dominicales. Ese rol de distribución debe hacerlo en base a instrumentos de conocimiento, planificación y gestión basados en criterios de racionalidad y sobretodo, sustentados en un modelo de crecimiento acorde con las potencialidades reales del recurso.

No siendo el agua de titularidad de nadie, la mejor forma de garantizar que el Estado cumpla sus objetivos es creando un régimen de gestión, de toma de decisiones, de control, altamente participativo y plural.

No puede decirse que el proyecto provoque una expropiación del agua siendo que la expropiación implica recuperación del dominio estatal de un bien del dominio privado cuando acá queremos que el agua sea reconocida como bien natural sin dueño. Tampoco será fácil justificar que una reforma de este tipo presuponga un perjuicio patrimonial de los actuales propietarios de aguas privadas. Ello no obstante, el último párrafo tiene por finalidad previsoramente, evitar que un posible planteo de tipo expropiatorio perdure indefinidamente evitando reproducir la situación generada por la modificación al art. 2340 de la ley 17.711.

BREVES OBSERVACIONES A OTROS ARTÍCULOS DEL PROYECTO

Camino de sirga En el art. 1974 del proyecto se mantiene la redacción actual de este instituto hoy bastante anacrónico por casi no existir la navegación a la sirga y no se ha aprovechado para incluir una restricción que permite a todos los habitantes disfrutar de las riberas de ríos y otros cuerpos de agua.

Resolución judicial: El art.3 podría mantener la redacción que se propone pero adicionando que la resolución fundada lo sea, además, conforme a derecho.

Depósito de cereales: Al legislar las casas de depósito debería verse que la redacción incluya el depósito de cereales en silos.

Reparación de daños de incidencia colectiva: Art. 1745. Para los daños ambientales debería tenerse en cuenta la disposición constitucional del art.41 que manda a recomponer y no prevé indemnización sustitutiva. Incluso este aspecto fue debatido en la Comisión de Ecología de la H. Convención Constituyente descartándose de plano tal posibilidad y observándose que siempre deben tomarse medidas que, en caso de no permitir una exacta recomposición, se vuelquen directamente en el territorio dañado para mejorar las condiciones y equilibrios ecológicos y acercarse dentro de lo técnicamente posible al estado anterior y a la protección de los distintos valores enunciados como de obligatoria protección en el segundo párrafo de ese artículo. Ver: Pastorino, Leonardo F., *Daño al ambiente*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps. 145.

Comunidades indígenas: También acá los constituyentes quisieron que se separe la propiedad colectiva indígena de las ideas del Código Civil por lo que parece más adecuado preservar esta temática a una ley especial que responda a otros cánones.

En caso de mantenerse la inclusión de la temática en el Código, en el art. 2035 no mencionaría a los recursos naturales así como está en forma tan genérica, sino que los limitaría a aquellos que dichas comunidades utilizaron o utilizan o de aquellos cuyo aprovechamiento actual pueda lesionar su cosmovisión respecto a su entorno.