

# **CUANDO EL RÍO SUENA... EL ESTABLECIMIENTO DE UNA NUEVA MATRIZ DISCIPLINAR PARA EL DERECHO ARGENTINO DE AGUAS**

**Por Liber Martín**

## **RESUMEN**

El presente trabajo constituye una crítica a la matriz disciplinar del denominado derecho argentino de aguas. Partiendo de una caracterización y análisis de la sistematización efectuada en la década del cuarenta sobre la legislación decimonónica, el trabajo propone dar cuenta de las principales transformaciones acaecidas en diversos planos (teórico, constitucional, administrativo y fáctico) para discutir la forma en que los principios y presupuestos de la disciplina deben construirse en la actualidad.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho de aguas- sistematización - transformación –principios

# **WHEN THE RIVER SOUNDS... A NEW DISCIPLINARY MATRIX FOR THE ARGENTINIAN WATER LAW**

**By Liber Martín**

## **ABSTRACT**

The paper discuss the disciplinary matrix of the argentinian water law. Based on a critical analysis of the 40's sistematization of the nineteenth century legislation, the paper proposes to account for the main changes occurred at several levels (theoretical, constitutional, administrative and factual) in order to discuss the way that the principles and assumptions of the discipline must be built nowadays.

## **KEY WORDS**

Water law – systematization - change –principles

# CUANDO EL RÍO SUENA... EL ESTABLECIMIENTO DE UNA NUEVA MATRIZ DISCIPLINAR PARA EL DERECHO ARGENTINO DE AGUAS

Por Liber Martín\*

## 1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis crítico de la matriz disciplinar<sup>1</sup> utilizada preponderantemente en el campo jurídico hasta el momento para abordar el estudio del denominado derecho de aguas<sup>2</sup>. Se trata de realizar una especie de *status quaestionis*, que luego del análisis crítico de la sistematización y la caracterización de las transformaciones a las que tal construcción se ha visto enfrentada, culmine con la formulación de las bases para la definición o redefinición de los principios informadores de la disciplina.

Ello en virtud de que la formulación del derecho argentino de aguas –como construcción doctrinaria dogmática–, con relativamente escasas modificaciones a lo largo de poco menos de un siglo, sufre en la actualidad diversas transformaciones de contenido variado y susceptible de enfoques diversos cuya real dimensión, al igual que su evolución futura, no ha sido aún captada en su totalidad<sup>3</sup>.

El trabajo se centra en la crítica a la doctrina sistematizadora del derecho de aguas y parte de la hipótesis de que las transformaciones operadas en diversos planos, entre las que destaca la reforma constitucional de 1994, importaron un cambio sustancial de los fundamentos del derecho de aguas, y por ende, en las bases para la definición de los principios y presupuestos que lo informan.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (2009) y Abogado por la UNCuyo (2003). Becario Posdoctoral de CONICET (desde 2010). Prof. de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en las Universidad Nacional de Cuyo y de Mendoza. Autor de diversos libros y trabajos de su especialidad, recientemente ha publicado *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008.

<sup>1</sup> Entendiendo por matriz disciplinar las realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica (KUHN, 1987, 13).

<sup>2</sup> Para Marienhoff el derecho de aguas tiene por objeto no sólo el estudio "...de las aguas en sí (mar, ríos, etc.), sino también las instituciones que se referían a ellas (vgr. normas que regulan el uso de las aguas públicas, etc.), como asimismo todas aquellas instituciones en las cuales las aguas tengan o desempeñen un papel preponderante (aluvión, islas, servidumbres, etc.)" (MARIENHOFF, 1939b, 121). El otro gran sistematizador lo definió como la rama del derecho cuya materia de estudio está constituida "...por aquellas normas que, perteneciendo al derecho público y al privado, tienen por objeto reglar todo lo concerniente al dominio de las aguas, su uso y aprovechamiento, así como a las defensas contra sus consecuencias dañosas" (SPOTA, 1941a, 50).

<sup>3</sup> Aunque algunas de ellas han sido objeto de tratamiento en el plano conceptual y de principios en una prognosis del derecho de aguas efectuada en forma más o menos correcta, no han sido sin embargo sistematizadas ni debidamente integradas al ordenamiento administrativo infraconstitucional que se mantiene en general "aislado" o incólume frente a los cambios acaecidos en los otros niveles de análisis y en el fundamento mismo de los institutos que le sirven de sustento. La integración ha sido mucho menor aún en el terreno de la praxis administrativa, cuyas estructuras se presentan frecuentemente como reticentes al cambio, persistiendo en la aplicación del esquema anterior.

## 2. La sistematización del derecho de aguas en Argentina

La base positiva fundamental que sirvió a la sistematización del derecho argentino de aguas corresponde, en líneas generales, al siglo XIX y constituye un fiel reflejo del constitucionalismo liberal clásico, el movimiento codificador, y la legislación administrativa liberal decimonónica (Constitución Nacional de 1853, Código Civil de 1869; en el caso paradigmático caso de Mendoza, ley de aguas de 1884 y Constitución provincial de 1916). Normas cuyos paradigmas, a pesar de haber sufrido modificaciones en su articulado y haber sido complementadas por otras, continúan en buena medida vigentes operando con ultractividad hasta el presente<sup>4</sup>.

Con base a la normativa nacional podría identificarse una primera etapa en la evolución de este derecho, durante la vigencia de la Constitución de 1853 y la sanción del CC en 1869, luego de lo cual se sucedieron una serie leyes sancionadas a principios del siglo XX (como entre otras la ley federal de riegos 6546 de 1909). La reforma del CC en 1968 inaugura una nueva etapa y desde este punto de vista, la reforma constitucional (1994) y la legislación de presupuestos mínimos constituyen otro hito de la legislación nacional.

En el orden provincial el constitucionalismo siguió un derrotero distinto, descrito por Joaquín López hasta la reforma de la CN de 1994, a partir de lo cual se afianzó aún más la tendencia a la inclusión de regulaciones sobre agua, ambiente y los nuevos derechos en las numerosas reformas de constituciones provinciales que sucedieron la de la carta magna nacional<sup>5</sup>. La legislación provincial

<sup>4</sup> Aunque se toma aquí el paradigmático caso de Mendoza estudios sobre el mismo período en la provincia de San Juan conducen a conclusiones semejantes respecto de la supervivencia de formas definitivas adoptadas de la legislación de aguas decimonónica (GENINI, 2000, 1).

<sup>5</sup> Vid (LÓPEZ, 1993, 118). El autor efectúa una sistematización de las constituciones provinciales (CP), distinguiendo las *clásicas*, anteriores a 1957 que no contienen disposiciones sobre el ambiente y los recursos naturales (CP de Bs. As. (1934), Entre Ríos (1933), Santa Fe (1962) y Corrientes (1960) entre otras); las *modernas*, que incorporan normas más o menos detalladas sobre recursos naturales con algunas declaraciones sobre la propiedad provincial de las fuentes de energía y minerales, (CP de Chaco, Chubut, Misiones, Neuquén, Santa Cruz (1957), Mendoza (1916, con reforma en 1991) y La Pampa (1960) entre otras); y las *contemporáneas*, que a partir de 1986 incluyen diversas disposiciones sobre ambiente, recursos naturales y la protección de derechos asociados (CP de Catamarca (1988), Córdoba (1987), Formosa (1991) y Jujuy (1986) entre otras). Sistematización a la que a nuestro juicio no puede dejar de agregarse una cuarta etapa o categorización, signada por la *reforma de la CN en 1994* a partir de la cual se desata un gran movimiento reformista en el constitucionalismo provincial que tiene como uno de sus ejes centrales las reformas asociadas al ambiente, los recursos naturales y los derechos y obligaciones a ellos asociadas, influidas en buena medida por la fuerza expansiva de los arts. 41 y 124 CN. Así por ejemplo, y en lo que aquí interesa, la CP de Buenos Aires (1994), Chubut (1994), Santa Cruz (1998) y Salta (1998), en consonancia con el texto de la Constitución Nacional establecen que la provincia ejerce el dominio originario y/o eminente sobre los recursos naturales. La CP de Córdoba (2001) aunque no dispone nada respecto del dominio de los recursos naturales en general (sí respecto de ciertos yacimientos) o de las aguas, sí contiene prescripciones sobre su regulación y protección. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), entre otras cuestiones que han provocado problemas interpretativos vinculados al puerto de Bs. As., confiere a la Ciudad el dominio inalienable e imprescriptible de sus recursos naturales. La CP de Corrientes (2007), llamativamente declara de dominio público el Acuífero Guaraní y las tierras fiscales ubicadas en el ecosistema del Iberá. La CP de La Rioja (2002) por su parte, establece que son del dominio público de la provincia los lagos, ríos y sus afluentes y todas las aguas públicas existentes en su jurisdicción.

infraconstitucional, aunque no ajena a las tendencias generales, ha seguido la más variada suerte de acuerdo a la importancia que el agua representaba para cada provincia al tiempo de su sanción<sup>6</sup>.

Desde otra perspectiva se han reconocido cuatro etapas en la evolución del derecho argentino de aguas. La primera, correspondiente a la formación legislativa del sistema jurídico argentino hasta principios del siglo XIX; la segunda, denominada de los precursores en la elaboración doctrinaria, que se extiende hasta 1930 aproximadamente; un tercer periodo, de sistematización doctrinaria, que se extiende desde la década del 30 hasta la del 60; y finalmente la cuarta, de consolidación del derecho argentino de aguas, que se alcanza al menos hasta 1975 (MATHUS ESCORIHUELA, 1976, 1392). A este criterio, cabe agregar una quinta etapa, que puede denominarse de transformación o reformulación del derecho argentino de aguas, en el marco de la cual este trabajo es realizado.

Pero no es la primera etapa, cuya matriz decimonónica dejamos establecida con antelación, la que interesa de modo principal a este trabajo, tampoco la segunda, por su escasa trascendencia teórica en relación a la tercera, ni la cuarta que refiere, con propiedad, a la consolidación de las bases que ya estaban sentadas, sino la tercera: la etapa de *sistematización del derecho de aguas* y de cuya caracterización nos ocupamos en adelante.

Entre las obras que han sido unánimemente consideradas como significativas para la sistematización del derecho de aguas se encuentran: (MARIENHOFF, 1939); (SPOTA, 1941); (CANO, 1941/1943/1976) y (VILLEGAS BASAVILBASO, 1952), entre otras<sup>7</sup>. Resultando

---

<sup>6</sup> Con respecto a la evolución de la legislación provincial sintéticamente hay que decir que a la Ley General de Aguas de la provincia Mendoza (1884), aún hoy vigente, le siguieron las leyes de aguas de Tucumán (1897) y Catamarca (1896/1900). A partir de 1940, se sancionan los Códigos de Aguas de Salta (1946), Jujuy (1950) y Santiago del Estero (1950) inaugurando la época durante la cual se dictaron la mayoría de las leyes provinciales. Caracterizadas por considerar al agua como un todo regularon todas las clases de aguas y los usos de que era susceptible en ese momento, el ejercicio de la policía de aguas y la organización, competencias y funcionamiento de la administración de aguas, el riego -económicamente preponderante-, la concesión de uso de las aguas públicas, las prioridades, servidumbres administrativas, normas sobre distribución, la participación de los usuarios en la administración, en las obras de defensa y desagües, la clasificación de los derechos de agua y policía de aguas, cauces y riberas. A partir de 1970, se sancionan los CAg de Corrientes (Ley N° 3066/72), Córdoba (Decreto Ley N° 5589/73), LAg de Catamarca (Ley N° 2577/73), La Pampa (Ley N° 607/74), CAg de Neuquén (Ley N° 899/75) y la LAg de San Juan (Ley N° 4392/77), luego de lo cual se inicia otra etapa en la que se sancionan entre otras, la LAg de Santa Cruz. (Ley N° 1451/82), el CAg de Santiago del Estero (Ley 4869 /83), La Rioja (Ley 4295/83), Chaco (Ley N° 3230/87) y Jujuy (Ley 4396/88). Estas leyes adoptaron una técnica legislativa más evolucionada, sistematizando sus disposiciones e incluyendo principios de política hídrica. Desde un enfoque interdisciplinario, contemplaron temáticas tales como el costo del agua, que en la práctica había sido ignorado o resistido. Se reguló el agua como un recurso natural y como elemento ambiental, por lo que no sólo se incluyeron normas relativas al aprovechamiento y conservación sino también referidas a la protección y defensa contra los elementos nocivos producidos por las aguas y limitaciones al dominio establecidas en beneficio de su uso, obras hidráulicas, etc.

<sup>7</sup> Además de las anteriormente citadas existió en esta época una profusa producción monográfica sobre la materia. Entre otras, (MARIENHOFF, 1936b); (BENGOLEA ZAPATA, 1942). Producción monográfica que coincide además con una profusa actividad investigativa y académica entre la cual puede citarse la creación del Centro de Investigación Permanente de Legislación de Aguas en la UBA (1935) bajo la dirección de Spota; la celebración de la IV Conferencia Nacional de Abogados (1936) de donde surgieron las "Bases para una Legislación de Aguas"; la creación de la Cátedra de Legislación de Regadío en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional

especialmente significativas por su profundidad (tesis doctorales), nivel de penetración y grado de difusión: *El Régimen de las aguas públicas y privadas* (1939) de Miguel Marienhoff, y el *Tratado de Derecho de aguas* (1941) de Alberto Spota. Teniendo en cuenta ello, puede afirmarse que la sistematización del derecho argentino de aguas fue efectuada en la década del cuarenta. Obras precedentes, como (LOBOS, 1902) y (CASTELLO, 1921) corresponden a la denominada etapa de los "precursores" antes referida.

El primer rasgo que merece destacarse es que el régimen jurídico fue enfocado por los códigos civiles y la doctrina sistematizadora de sus disposiciones desde las posibilidades de propiedad sobre las aguas, es decir, desde el enfoque o paradigma dominial que parte de la doctrina ha considerado vigente desde el derecho romano hasta mediados del siglo XX. Respondiendo a esta concepción, se prestó especial atención a la titularidad del dominio de las aguas (perspectiva subjetiva), a la delimitación entre aguas públicas y privadas según los tipos de agua<sup>8</sup>, a las servidumbres civiles y administrativas impuestas en el uso de las aguas en tanto limitaciones al dominio, a los usos comunes y especiales y a las clases de aguas, entre otros tópicos que pueden mencionarse<sup>9</sup>.

El estudio de la doctrina sistematizadora revela además la fuerte impronta de la dogmática iusprivatista en el derecho de aguas<sup>10</sup> que, asociada al CC, al concepto de ley y la exégesis, resultó

---

de Cuyo (1936); la celebración del Primer Congreso Argentino del Agua (Mendoza, 1940), etc. Aunque con menor grado de profundidad y con posterioridad (PIGRETTI, 1965); (ALLENDE, 1971) y López cuya recopilación de trabajos de la época se encuentra en (LÓPEZ, 2005), entre otros.

<sup>8</sup> En efecto, ha sido esta delimitación entre aguas públicas y privadas desde el punto de vista de la titularidad y según los tipos de aguas uno de los temas que ha ocupado más largamente a la doctrina especializada prácticamente hasta nuestros días. A más de las obras ya citadas, pueden recordarse entre otros, (MARIENHOFF, 1970); (BORDA, 1971); (MATHUS ESCORIHUELA y MOYANO, 1983); (LÓPEZ, 2005) y (MOYANO, 2005).

<sup>9</sup> Incluso con rigor metodológico obras relativamente recientes del derecho comparado mantienen en líneas generales la misma sistemática. (VERGARA BLANCO, 1998); Con un sesgo civilista muy marcado en el derecho chileno, (PARADA BARRERA, 2000).

<sup>10</sup> Parece posible ubicar, en general, los desarrollos de la doctrina sistematizadora del derecho de aguas dentro del campo de la denominada *dogmática jurídica*. La dogmática, en tanto tiene por objeto la interpretación de un conjunto de normas, constituye la actividad principal de los juristas doctrinarios, destacándose en cuanto a cantidad de producción en relación a otras ramas del derecho como la filosofía del derecho, la sociología del derecho o la historia del derecho. Las principales críticas a la dogmática provienen de su carácter poco "científico", en tanto parte habitualmente de una serie de presupuestos no siempre explicitados y de dudosa validación. Así, se ha señalado que ella surge, justamente, de la aceptación dogmática de determinados presupuestos que no pueden ser calificados como verdaderos o falsos, sino tan sólo aceptados, racionalmente, cuando son confrontados con determinados criterios de justicia, conveniencia, oportunidad o, "dogmáticamente", cuando son aceptados sin tal confrontación. Nino ha destacado que la adhesión que los iusnaturalistas racionalistas efectuaron a la codificación no fue dogmática sino racional, en tanto encarnaba el programa jurídico propio del racionalismo. Actitud que, aunque resistida, trascendió su tiempo y determinó la tendencia de los juristas posteriores de adherir al principio de preeminencia de la ley como fuente del derecho. Advirtiendo, en relación a ello, que el legado más importante del racionalismo y la exégesis no estuvo en sus criterios valorativos, sino y fundamentalmente en la actitud de adhesión al derecho legislado. En la mayoría de los casos advierte Nino, la aceptación del jurista es dogmática y basada en criterios puramente formales. Sin embargo, el debate principal se centra en que la pretendida naturaleza explicativa o meramente descriptiva llevada a cabo por la dogmática consiste muchas veces en una verdadera labor "creativa" o "legislativa". Courtis glosando a Nino explica cómo esa función creadora es muchas veces ocultada por las técnicas interpretativas utilizadas, que presuponen una serie de construcciones teóricas generales caracterizadas por su alto nivel de abstracción, por la multiplicidad de categorías conceptuales y por su amplio grado de generalidad. Labor que se encuentra plagada de



característica de su sistematización<sup>11</sup>. Pero ello, lógica y necesariamente, encuentra su explicación más allá de la marcada influencia iusprivatista existente en la formación de los juristas sistematizadores, como observaba críticamente el propio Bielsa respecto de Marienhoff en el prólogo a su obra (BIELSA, 1939).

Resulta llamativo y hasta, ciertamente, paradójico que la misma doctrina sistematizadora, a la vez que estructuraba la materia en torno a los principios contenidos en el CC, reconociera que las soluciones en materia de derecho de aguas debían buscarse normalmente en el derecho público. Spota tiene dicho al respecto que "...no es difícil advertir cómo el derecho público administrativo es la rama del derecho donde debe recurrirse para hallar los principios que solucionen la mayor parte de los problemas que se presentan en esta materia" (SPOTA, 1941a, 22). En este sentido, Vergara Blanco ha notado críticamente esta característica en el derecho chileno, observando lo inapropiado que resulta el enfoque civilista para una materia que constituye a su juicio un desgajamiento del

---

vicios e incoherencias hasta con el mismo derecho positivo que, se supone, ha constituido su punto de partida. Al respecto se ha observado, cómo ni siquiera la adhesión formal al derecho positivo resulta posible en cuanto tarea meramente descriptiva, puesto que la función creadora de la dogmática se manifiesta desde la hora en que se debe determinar el contenido real del derecho positivo. Momento éste, donde inmediatamente aparecen opciones por problemas de indeterminación lingüística, inconsistencias y contradicciones entre normas, la existencia de principios y directrices, la estructura jerárquica y escalonada en cuanto supone un examen de compatibilidad formal y sustancial, la importancia del contenido las decisiones jurisprudenciales, entre otras. Críticas a la concepción de la labor dogmática general que, en relación a la mayoría de la doctrina sistematizadora del derecho argentino de aguas, abren la posibilidad de dar cuenta de ellas y explorar caminos hasta ahora rara vez recorridos (NINO, 1974, 17); (COURTIS y BOVINO, 2001, 185/193).

<sup>11</sup> Ciñéndonos a Spota es posible observar cómo fue sin lugar a dudas el CC la fuente principal tomada para la construcción de los principios derecho de aguas. Y esto es así porque al tratar el derecho positivo de aguas en Argentina y la definición de derecho de aguas (SPOTA, 1941a, 23-52) hace un repaso por la normativa constitucional y la legislación nacional y provincial prestando escasa atención a esta última. Es crítico de la superficialidad, la falta de concordancia y hasta la contradicción que algunas normas provinciales, como la de Mendoza de 1884 o la de Santiago del Estero presentan en relación al CC (SPOTA, 1941a, 46). Advierte que es en el CC donde encontraremos las reglas fundamentales sobre el derecho de aguas procediendo a la identificación de los principios fundamentales establecidos por la ley civil que se convertirán luego en la columna vertebral de la materia sistematizada (SPOTA, 1941a, 26). Estos principios podían ser resumidos en: 1º Principio de dominicalidad pública de los mares territoriales, cursos de aguas y lagos; 2º Principio de concesión administrativa como presupuesto del aprovechamiento especial de las aguas públicas; 3º Dominio privado de ciertas aguas: carácter restrictivo de la enumeración que la ley hace de estas; 4º Restricciones del dominio privado sancionadas por causa de interés público derivada de la navegación o flotación; 5º Restricciones del dominio privado basadas en el interés privado y público de la mejor utilización económica de la propiedad en materia de aguas; 6º Servidumbre establecidas con carácter forzoso por la ley en virtud de razones de interés público; 7º Servidumbre de descarga (sobrantes de riego, de las industrias, avenamiento, etc.) impuesta por ley; 8º servidumbre de recibir aguas de los predios ajenos y sacar agua (SPOTA, 1941a, 26). Al definir el derecho de aguas, parte igualmente de los principios fundamentales del CC, de dominio público (art. 2340 CC), privado (arts. 2367, 2350, 2635 CC), uso (art. 2341 CC) y concesión (art. 2642 CC). Identificando como aspectos relevantes de la definición, el dominio de las aguas; el aprovechamiento y la defensa contra las mismas, con cita exclusiva de los artículos del CC, (SPOTA, 1941a, 22). Pero el sesgo también es posible advertirlo en juristas más recientes, cuando a más de continuar estructurando la exégesis a partir de la norma civil afirman, por ejemplo –a pesar de la claridad de la nota del codificador-, que es el art. 2611 del CC el que autoriza a la administración a restringir el derecho de dominio por razones de interés público. Cuando, en sentido estricto, tal facultad y sus límites surgen del propio texto constitucional (arts. 14/17 CN) y no de la norma civil, cuestión que si bien resulta ciertamente intrascendente en tanto reiteración innecesaria de un principio constitucional, parece sin embargo bien representativa del enfoque que buscamos aquí poner de relieve (LOPEZ, 1975, 4).

derecho administrativo (VERGARA BLANCO, 1998, 19)<sup>12</sup>. Asimismo, la regulación de la propiedad de las aguas como un tipo de propiedad especial en el CC español de 1888-1889 denota la singular incidencia que el derecho civil ha tenido en la historia del derecho español de aguas (EMBED IRUJO, 2007, 18). En una tendencia que ha persistido hasta la actualidad, a pesar de la reiterada advertencia por parte de muchos autores y de la aceptación de la predominancia del carácter público que las normas del derecho de aguas tienen (CANO, 1941, 22).

En relación al derecho argentino, puede notarse al menos una disfuncionalidad en esta construcción: si el derecho de aguas es fundamentalmente derecho público; el derecho público o administrativo es local, es decir, provincial por imperio constitucional y no pasa a ser civil por el mero hecho de ser incluido en el Código; hay que dudar en la actualidad, al menos en cuanto al método o a las fuentes refiere, de la aptitud del CC -o las normas de derecho público en él contenidas, en cuanto resultan de aplicación sólo al ámbito federal, o supletoriamente a las provincias que no hayan legislado tal materia-, para constituir la norma base de la construcción y sistematización del derecho de aguas<sup>13</sup>.

En síntesis, la crítica se centra en la adopción del Código Civil como norma base y las consecuencias que de ello derivan, no en el pensamiento de los sistematizadores que resultaron en todo caso críticos del fuerte espíritu individualista del que estaban impregnados los principios del Código<sup>14</sup>. Muchas de estas críticas, tendientes a corregir aquellos excesos, propiciaron la denominada tendencia "socializadora" en el derecho de aguas, entre cuyas recomendaciones se encontraba la inclusión de todas las aguas en el dominio público, luego incorporada por la ley 17711 (1968), a

<sup>12</sup> Una crítica profunda del lastre del enfoque privatista en el derecho administrativo y, en particular, en el minero se efectúa en (VERGARA BLANCO, 1992, 29). Sobre ésta influencia *vid.* también (MARTIN-RETORTILLO, 1960); ALVAREZ CAPEROCHIPPI, 2003).

<sup>13</sup> Además de ser inapropiada, la legislación del CC es deficiente como desde hace mucho lo ha sostenido la doctrina especializada que advierte la necesidad de sancionar un Código nacional de aguas (MARIENHOFF, 1936b, 138).

<sup>14</sup> Resultan particularmente apropiadas para fundar la pertinencia de las consideraciones aquí efectuadas las palabras de Benjamín Villegas Basavilbaso dirigidas a Marienhoff en 1936, cuya reproducción textual aunque ciertamente extensa nos permitimos a continuación: "Las transformaciones del derecho público y del derecho administrativo en la presente centuria, han producido una penetración tan honda en el derecho privado, que limitan el campo de las relaciones privadas, circunscribiéndolo a un contenido cada vez más preciso y limitado. La confusión de lo público con lo privado, esa "zona nebulosa" característica de las codificaciones civiles del siglo XIX -acentuada en el código Vélez Sarsfield- va disipándose en forma visible en la legislación contemporánea. El interés público -contenido del derecho social- tiende a prevalecer sobre el privado y en esta lucha, los códigos civiles de estructura clásica, pierden esa superioridad dominante y excluyente (...) Es natural que en ese "finium regundorum" las aguas adquieran categoría independiente; su emancipación de la ley común civil está, como diría Montesquieu, en la naturaleza de las cosas. La influencia de las aguas en la economía, industria, comercio, navegación, es decisiva para la cultura; y el régimen jurídico de las mismas puede detener o acelerar esas actividades, según sean las normas y principios que lo regulen (...) El problema de las aguas entre nosotros presenta mayores consideraciones. Hasta ahora está casi abandonado; la legislación del código civil insuficiente, contradictoria necesita ser revisada con urgencia; las legislaciones provinciales no traducen orientaciones definitivas y orgánicas; la grave cuestión "jurisdiccional" reclama criterios constructivos; las lagunas jurídicas que abundan en el derecho de aguas no pueden cubrirse con analogías ni citas del derecho indiano. Es pues un derecho "in fieri", que en los Estados federalistas reviste mayores dificultades para su ordenamiento jurídico-constitucional" (VILLEGAS BASAVILBASO, 1936, 832).



través de la modificación del inc. 3 del art. 2340 CC<sup>15</sup>.

A pesar de las advertencias antes reseñadas, éste enfoque construido a partir de normas y un derecho civil y administrativo decimonónico, tomó como fuente principal el Código Civil de 1869, y junto con él, el concepto de "ley", de "propiedad" y la "concesión" como ejes de la regulación<sup>16</sup>. Respondiendo a un paradigma que pone énfasis en la defensa de la propiedad privada y en la justificación del poder estatal para tal fin, prestó especial atención a las prerrogativas y potestades públicas de la administración identificando lo público con lo estatal. La concepción de la ley – representada en el CC- como fuente de todo el derecho y única forma genuina de manifestación de la voluntad general caracterizó lo que se ha denominado el Estado legislativo de derecho, por oposición al denominado Estado constitucional de derecho.

En este sentido, Salomoni ha precisado que el concepto de ley emanado de la revolución francesa no reconoce una inferioridad jerárquica respecto de la Constitución, característica que sí puede predicarse en cambio, respecto de la concepción norteamericana. Al contrario, la ley para el ideario francés revolucionario aparece como la expresión de la voluntad general en la concepción de Rousseau, donde a través del contrato social se delega en el legislador la suma de las soberanías que ostentaban los ciudadanos. Concepción que, reflejada en el CC Francés, encuentra su natural correlato en la escuela de la exégesis, donde el juez constituye un mero medio mediante el cual la letra de la ley se expresa (SALOMONI, 2000, 618)<sup>17</sup>.

Es quizás en parte en función de la influencia de esta concepción, que puede explicarse la preeminencia y ultra actividad que el CC ha tenido tanto sobre la legislación provincial como sobre el texto constitucional argentino.

### 3. Transformaciones

Una apretada síntesis de las transformaciones operadas en el derecho argentino de aguas en relación al contexto sistematizador puede efectuarse a partir de su descripción desagregada en los cuatro planos propuestos para el análisis (SALOMONI, 1999, 23):

a) La *concepción filosófica política* que fundamenta y explicita la concepción del Estado en cuanto a su origen, su relación con el poder, el fundamento de su legitimidad, sus elementos, las formas que pueden adoptar, etc.; así como también la teoría de la justicia y de los derechos de la sociedad y de los individuos objeto de estudio.

<sup>15</sup> Publicidad que sin embargo no alcanza en la actualidad para garantizar el uso público del agua, su preservación, ni la satisfacción de los derechos humanos vinculados a ella.

<sup>16</sup> Sobre el concepto de propiedad en Argentina entre 1870 y 1820 vid. (LEVAGGI, 2007).

<sup>17</sup> Sobre transformaciones en el concepto de ley ampliar en (PAREJO ALFONSO, 2003, 112).

En este plano se evidencia la crisis y obsolescencia de todo el andamiaje teórico jurídico-político que sirvió de base a la sistematización del derecho de aguas en el sentido expresado que, aunque con matices, a grandes rasgos la doctrina reconoce en el pasaje del Estado legislativo de derecho -asociado al Estado liberal- al Estado constitucional más vinculado al Estado social de derecho. En este marco, la crisis del Estado Nación es concomitante con la crisis del sistema republicano, la división de poderes, el concepto de soberanía, el cambio de fundamento de su legitimidad y la transformación de la concepción de la democracia<sup>18</sup>.

La pérdida del monopolio de la legislación por parte del Estado y la multipertenencia a distintos ordenamientos jurídicos supranacionales, pasando de los ordenamientos cerrados inspirados en el individualismo a ordenamientos abiertos debitarios del pluralismo; la crisis del concepto de ley en relación a la nueva inteligencia de la jerarquía constitucional y los principios de igualdad y universalidad en el derecho; el reconocimiento de la falta de identidad entre el Estado y los intereses públicos y el quiebre del paradigma bipolar público-privado, Estado-ciudadano, son algunos de los fenómenos relevantes que caracterizan el momento actual (CASSESE, 2003); (GARCIA PELAYO, 1994)<sup>19</sup>.

Del enfoque predominante de las prerrogativas de la administración y los derechos individuales se pasó a los derechos humanos y la responsabilidad estatal por su efectiva satisfacción. En materia de derechos humanos, se pasó del énfasis en su fundamentación y conceptualización al énfasis en su efectividad, acompañado de un cambio en el enfoque del estructuralismo al funcionalismo, en el medio de la crisis de su significación actual (PECES BARBA, 1999), (PEREZ LUÑO, 2005) y (DOUZINAS, 2008).

b) la *teoría constitucional y las normas constitucionales*, juntamente con el ordenamiento supranacional, y dentro de él, fundamentalmente el de derechos humanos, que vertebran y plasman las mencionadas bases filosóficas y políticas.

Desde el punto de vista constitucional, la revisión del estudio del derecho de aguas debe enmarcarse en la actualidad al menos en: (i) la revisión general de la teoría del dominio público y sus fundamentos constitucionales, (ii) la consagración de los artículos 41, 42, 43, 75 inc. 30 y 124 de la CN, (iii) la incorporación de los tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22/23 CN) y la obligación de promoción del desarrollo humano (art. 22 incs. 17/19 CN), y (iv) la expansión considerable de la regulación de las aguas y el ambiente en el constitucionalismo provincial. Todas normas que se encontraban ausentes en el momento en que fueron construidos, por la doctrina

<sup>18</sup> Entre otros, (BOBBIO, 1991); (HABERMAS, 1994, 113); (BIDART CAMPOS, 1999); (FERRAJOLI, 2001, 255); (HÄBERLE, 2002) y (ZAGREBELSKI, 2005, 33).

<sup>19</sup> Transformaciones que no resultan sin embargo novedosas para una disciplina como el derecho administrativo que se ha caracterizado por su dinámica y mutabilidad (DUGUIT, 1975); (GARRIDO FALLA, 1962); (PAREJO ALFONSO, 2003).

sistematizadora, los fundamentos del derecho argentino de aguas y que tienen un impacto sensible en la configuración de sus principios<sup>20</sup>.

Entre otros cambios significativos debe notarse la variación sustancial que la reforma supuso en el sistema y la jerarquía de las fuentes en el derecho argentino. Transformación que la jurisprudencia de la CSJN llevó al extremo al reconocer primacía a los tratados de derechos humanos, incluso sobre las normas de la misma Constitución, incidiendo de manera sustancial en su interpretación y modificando la legislación infraconstitucional<sup>21</sup>.

Las reformas permiten vislumbrar un nuevo esquema axiológico constitucional que, sin desconocer los anteriores derechos-valores, pues básicamente consistió en incorporar nuevos, ni contradecirlos –pues expresamente establece que, en el caso de la incorporación de los tratados de derechos humanos por ejemplo, “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. En relación a ello Bidart Campos apuntaba: “...las añadiduras y las actualizaciones que innegablemente ha recibido se integran al (techo ideológico) históricamente primitivo, acentuándose

<sup>20</sup> Pienso, por ejemplo, en la transformación radical que implica el sólo reconocimiento constitucional del derecho humano al agua, tal como se lo hemos perfilado en otra oportunidad (MARTIN et al, en prensa), en un sistema construido desde una concepción predominantemente recursista que pone el énfasis en las prerrogativas estatales de administración enderezadas a su aprovechamiento económico, pero que no puede en la actualidad prescindir de los principios ambientales y sociales ya referidos, ni de la revalorización de la subjetividad del hombre que ha implicado la jerarquización constitucional de los derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN). La transformación aparece como sustancial en varios sentidos. En primer lugar, porque el uso común y el derecho humano al agua, aunque satisfagan en última instancia necesidades similares, conceptualmente no son lo mismo, siendo posible reconocer una especie de evolución en los niveles de protección del derecho que va desde el uso común decimonónico, incrementada luego en su consideración como servicio público, hasta su configuración actual como derecho humano. Evolución en el marco de la cual el Estado pasó de una actitud de mera tolerancia frente al uso común –o garantía negativa-, a un deber de garantía -positiva- de efectiva satisfacción del derecho humano al agua por el que ahora resulta responsable tanto en el plano interno como internacional. En segundo lugar, porque el reconocimiento de tal derecho subjetivo ha variado la jerarquía del derecho, considerado en un principio como un mero interés simple, luego un derecho subjetivo, para finalmente ser considerado un derecho humano. Lo que se traduce en la práctica, en la posibilidad de acceder en su defensa a la jurisdicción nacional e internacional, a través de los procedimientos comunes y de excepción. En tercer lugar, porque se presentan situaciones de incoherencia con la legislación de grado inferior donde es preciso armonizar el derecho al agua con antiguas instituciones como el uso común y especial, la prohibición de mecanización en materia de usos comunes, la aplicación del principio de continuidad en materia de servicios públicos y los órdenes de prioridades establecidos en las leyes decimonónicas de aguas, entre otros. Por último, en cuanto el derecho humano al agua puede considerarse también en la actualidad un principio de política hídrica, que compromete fuertemente la responsabilidad interna y externa del Estado, operando como condicionante de la planificación hidrológica en un contexto donde el otorgamiento de derechos, como acto discrecional del Estado –y por ello soberanamente denegable-, parece haber en la actualidad perdido, en parte, el carácter de tal en los supuestos en que se omite el principio de concesión rogada y en los que el interés público lo exige. Ese atemperamiento de la discrecionalidad por el nuevo contenido del interés público, implica que el Estado debe valerse de las concesiones de agua destinadas a las actividades que mejor contribuyan a la conformación de un paradigma social que consolide la calidad de vida y el desarrollo humano en los nuevos términos constitucionales (art. 75 incs. 17, 18, 19, 22 y 23 CN).

<sup>21</sup> Esta es la doctrina de la CSJN que se desprende de los pronunciamientos “Arancibia Clavel” (2004, LL 2004-E, 827), “Espósito” (2004, LL 2005-B, 803) y “Simón” (2005, LL 2005-F, 24). Vid (SALOMONI, 2005, 1340); (SALOMONI, 2006). Un panorama bien delineado de las transformaciones en las líneas jurisprudenciales de la CSJN a partir de su nueva conformación puede verse en (BIANCHI, 2008, 717).

los rasgos del “constitucionalismo social” y conservando su eje de principios y valores” (BIDART CAMPOS, 1998, 303).

Esto exige al menos en relación a la anterior hermenéutica, una mayor ponderación en la función integradora de los valores ambientales, humanos y participativos<sup>22</sup>. En relación al uso del agua, esto significa que deben considerarse en forma paralela a la dimensión económica predominante hasta ahora, la dimensión ambiental (art. 41 CN)<sup>23</sup> y social (art. 75 inc. 22 CN).

La realización de esta tarea supone, además de su vinculación con los otros niveles, la adopción de métodos constitucionales de interpretación adecuados, distintos de los medios hermenéuticos utilizados en la sistematización original del derecho de aguas provenientes de la tradición iusprivatista decimonónica que se revelan como inapropiados e insuficientes en el contexto actual. En relación a esto último se ha sostenido que la teoría de la interpretación es hoy el núcleo central de la teoría de la Constitución y en la medida en que el Estado contemporáneo es un Estado constitucional, el problema de la interpretación es también en cierto modo, tema central de la teoría del Estado y la teoría del derecho (DIAZ REVORIO, 1997, 67). Todo esto en el marco de nuevas tendencias como el neoconstitucionalismo, a partir de las cuales se ha teorizado el Estado constitucional actual de derecho (CARBONELL, 2005/2007).

Aunque no de nivel constitucional como los tratados de derechos humanos, sí con jerarquía superior a las leyes, debe tenerse en cuenta en este esquema la incidencia de los tratados internacionales y los principios construidos por la creciente jurisprudencia de tribunales internacionales, que con escasa relevancia en el contexto sistematizador, han adquirido sin embargo

<sup>22</sup> En este sentido, se ha sostenido que el Estado ecológico de derecho instaurado constitucionalmente “...es profundamente “ecocéntrico” y no “antropocéntrico”, como se esmera en predicarlo el economicismo que nos gobierna (...). El “ecocentrismo” constitucional que estamos afirmando como consagración constitucional encuentra, además, sustento normativo en la obligación del Congreso de “proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social”, lo cual es impensable al margen de la tutela ecológica integral en los términos formulados por la normativa constitucional...” (QUIROGA LAVIE, 1996, 2).

<sup>23</sup> En efecto, la inclusión del art. 41 CN supuso un quiebro en el paradigma productivista decimonónico, que trasladado a los institutos e instrumentos que estructuran el régimen de las aguas transforma en indisponible para el legislador el contenido ambiental de los derechos de aguas y el gobierno a través de sus principios. Los principios de utilización racional y sustentable, prevención y restauración (art. 41 CN) han dejado de ser una mera pauta directriz para pasar a integrar el régimen de todo uso, independientemente de su regulación clausular o infraconstitucional (nacional o provincial). Desde la óptica de garantía de la propiedad privada, el principio comporta una verdadera y grave restricción al contenido de los derechos, donde sus contornos se redefinen, no sólo a partir de la función social característica del Estado social de derecho, sino además, de una función ecológica. Ámbitos librados a la voluntad del titular aparecen en la actualidad alcanzados por la legislación y la reglamentación administrativa que reduce el espacio de libertad. La CSJN ha puesto de manifiesto esta valoración al señalar que “...La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”. *Fallos* 329:2334, *in re* “Mendoza c. Estado Nacional y ots.”, Res. Interlocutoria del 20 de Junio de 2006, *Fallos* 329:2316, LL, 2006-D, 88.

en la actualidad una trascendencia indudable en el marco de los procesos de integración e internacionalización del derecho. Entre ellos resultan de particular importancia los celebrados con estados para la administración de cuencas compartidas, la jurisprudencia en consecuencia dictada<sup>24</sup> así como los Tratados para la promoción y protección recíproca de las inversiones (TPI/BIT's), cuya incidencia en el derecho argentino de aguas es innegable (SOLANES y JOURAVLEV, 2007); .

c) el *ordenamiento administrativo particular* necesario y posible para lograr la efectiva vigencia del sistema de poder (derechos y potestades) al cual se aspira;

Sintéticamente las reformas más trascendentes en el *orden nacional* pueden considerarse signadas por: i) Reforma al Código Civil de 1968 (en particular, art. 2340/1198 CC); ii) Reforma del Estado (Ley N° 23696); y iii) La legislación de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) (Ley general del ambiente N° 25675; Ley de gestión ambiental de las aguas N° 25688, entre otras).

En el orden provincial, salvo Santa Fe y Tierra del fuego, todas las provincias cuentan con leyes o códigos de aguas de donde deben colegirse sus principios. Incluso después de la reforma de la Constitución de 1994 muchas de ellas modificaron sus constituciones y leyes de aguas incorporando parte de los principios allí contenidos. Así, se sancionaron las leyes de Aguas de Río Negro, (Ley 2952/95); San Luis (Ley 5122/97); el Código de Aguas de Formosa (Ley 1246/97); Salta (Ley N° 7.017/99); Chubut (Ley 4148/1998); Entre Ríos (Ley 9172/98); Buenos Aires (Ley 12257/99); Corrientes (Decreto Ley N° 191/01); Tucumán, (Ley 7139/01) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 3295 de 2010).

En Mendoza, la LAg. (1884) sufrió también numerosas reformas, aunque no sistematizadas, y la sanción de leyes complementarias tales como: ley N° 322, reglamentaria de la LAg.; ley N° 368 sobre transferencia de inmuebles con derecho; ley N° 1920 sobre cultivos clandestinos; leyes N° 4035 y 4036 sobre aguas subterráneas; ley N° 4290 sobre cuota de sostenimiento; ley N° 5302, sobre designación de autoridades de cauce; ley N° 6044, para el reordenamiento del sector de agua potable y saneamiento y creación del EPAS; ley N° 6105, sobre balance hídrico; ley N° 6405, sobre inspecciones de cauce, entre otras. Es preciso tener en cuenta además, dada la estructura institucional de la provincia, las disposiciones de carácter reglamentario que permiten la aplicación actual de buena parte de la legislación de aguas decimonónica<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Así entre otros, Tratado de la Cuenca del Plata (Ley 18590/70); Tratado del Río de La Plata y su Frente Marítimo (20645/74), Acuerdo constitutivo de la Comisión Trinacional del Río Pilcomayo (Ley 24677/96). Entre la jurisprudencia reciente es de ineludible cita el caso de las papeleras instaladas sobre el Río Uruguay. Corte Internacional de Justicia, "Argentina v. Uruguay" (*case concerning pulp mills on the river Uruguay*) (20/4/2010).

<sup>25</sup> En el caso de Mendoza, fundamentalmente aquellas emanadas del Honorable Tribunal Administrativo (HTA) y el Superintendente del Departamento General de Irrigación de Mendoza (DGI), cuyo análisis será efectuado oportunamente al ocuparnos del régimen jurídico del uso especial o privativo.

d) el *plano fáctico*, del cual nace y a quién va dirigida la institución.

Las transformaciones en la situación fáctica que inciden en la formulación y aplicación del derecho de aguas son múltiples, de contenido variado y serán abordadas en concreto junto con el tratamiento de cada uno de los principios.

Desde el punto de vista del recurso las transformaciones en el plano fáctico pueden resumirse en lo que se ha denominado "la crisis del agua". Esta obedece a múltiples factores vinculados a la escasez, demanda creciente (cantidad y calidad) y competitiva, cambio climático, superpoblación, contaminación, desigual distribución, multiplicidad de usos y nuevas tecnologías, entre otros que impactan directamente en la legislación y administración de las aguas.

En la realidad española se ha apuntado que a los problemas atendidos tradicionalmente por el derecho de aguas como las obras de defensa, protección contra avenidas, forestación de márgenes, producción de energía eléctrica, pesca, navegación, desecación de marismas y lagunas, el aluvión o la avulsión propios de cauces vivos y dinámicos, han sobrevenido nuevos problemas que constituyen un derecho de aguas asociado a la escasez y la sequía, donde la atención se centra en la planificación hidrológica, los trasvases, la desalación, la reutilización de aguas de vertidos, la reserva de caudales ecológicos, acuíferos sobreexplotados, declaraciones de sequía y contaminación de cauces, entre otros (LOPEZ MENUDO, 2007, 59). Realidad diversa a la argentina, con niveles de desarrollo y de infraestructura hidráulica muy superiores, pero que sin embargo y por eso mismo, puede servir de referencia para estructurar un régimen del uso especial del agua que, a la vez que posibilite y fomente el desarrollo, prevea sus consecuencias en un marco de sustentabilidad.

Transformaciones que desembocan en una cada vez mayor conflictividad entre los intereses del conjunto social que pugnan por su apropiación y utilización, conformando un escenario sustancialmente distinto y notablemente más complejo que aquel en que tuvo lugar la formulación de la legislación que sirvió de base a su sistematización en los términos descriptos<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Entre muchos documentos que pueden reflejar la extraordinaria transformación de las circunstancias fácticas en relación a la utilización y administración de los recursos hídricos pueden destacarse varios estudios de la CEPAL a nivel regional, donde se ha puesto de relieve la imposibilidad de escindir la legislación de aguas vigente y efectiva del entorno concreto al cual son aplicadas, poniendo especial énfasis en la gobernabilidad, el contexto y las políticas macroeconómicas, y en los criterios para la toma de decisiones que afectan a los recursos hídricos. Críticamente observaba: "...El enfoque tradicional de la legislación de aguas y de la mayoría de los abogados especialistas en el tema, es centrar todos los análisis en los textos de leyes, y en función de premisas formales, hacer análisis descriptivo-filosóficos de la bondad de leyes e instituciones. Sin embargo, la vida del derecho es la experiencia, y un análisis dinámico de su impacto no puede prescindir de su interacción con políticas económicas generales. De hecho, es la calidad de estas políticas que determina el contexto en el que el derecho cumple su rol" (SOLANES y JOURAVLEV, 2005, 8).



Sólo la contaminación, por ejemplo, constituye un fenómeno que ha pasado a condicionar en forma determinante el régimen de utilización de las aguas. Régimen cuya virtualidad no se agota en los aspectos estrictamente cualitativos, como a primera vista pudiera pensarse, sino que ha servido para reabrir y habilitar un debate más amplio sobre la importancia social del agua en sus aspectos cuantitativos planteando la necesidad de una nueva disciplina que regule su disfrute público y privado bajo el principio de la tutela global del recurso (DELGADO PIQUERAS, 1992, 469).

Resultará también esencial en relación a las competencias sobre el agua la transformación operada en el régimen federal de gobierno, desde aquel contexto decimonónico del Estado naciente hasta la actualidad, en el derecho, y desde luego, en los hechos.

#### 4. Estabilidad y determinantes de la configuración de sus principios

Las afirmaciones anteriores respecto de la trascendencia de las transformaciones acaecidas y la necesidad de dar cuenta de ellas en la conformación del nuevo marco teórico y constitucional del derecho de aguas aparece, en cierta medida, como opuesta a la idea generalizada según la cual sus principios y bases se han mantenido incólumes desde el momento de su sistematización<sup>27</sup>.

Para explicar esta permanencia Marienhoff refiere que la transformación se habría operado en la "legalidad", pero no en la "legitimidad". Si bien la distinción entre legalidad y legitimidad es útil y

<sup>27</sup> Las palabras de Marienhoff, como representante indiscutible de la sistematización del derecho argentino de aguas, resultan suficientemente ilustrativas y útiles para reflejar la idea a la que hacemos referencia. Al dirigirse al lector con motivo de la 3ra. Edición (1996), del Tomo VI de su *Tratado de Derecho Administrativo (Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas)*, a casi sesenta años de la 1ra. edición (1939) de lo que constituyó su tesis doctoral, sostenía que los cambios de "legislación" no habían importado un cambio sustancial en los "principios" jurídicos básicos que informan el régimen de las aguas, apuntando que se habría operado un cambio en la "legalidad", pero que ello no importaba en modo alguno, una transformación en la "legitimidad", que involucraba un concepto permanente de razonabilidad y justicia. Textualmente Marienhoff sostenía: "Con posterioridad a la publicación de mi expresada tesis doctoral, el derecho relacionado con las aguas ha evolucionado "legalmente" a través de nuevos textos. Eso no sólo sucedió en nuestro país (Nación y provincias), sino también en el derecho comparado. Pero ese cambio se refiere a la "legislación", y no precisamente a los "principios" jurídicos básicos que, en lo fundamental, se mantienen. Hubo, pues, cambios en la "legalidad", no en la "legitimidad", por cuanto la vinculación y concordancia de las nuevas normas con el orden natural de las cosas (legitimidad) se mantiene. Los cambios se refieren al derecho positivo -a la legalidad- que es contingente. No se refieren a la "legitimidad" que involucra un concepto permanente de razonabilidad y justicia. Estos principios se mantienen. Por ello, todo lo dicho al respecto en mi tesis doctoral, conserva plena vigencia. Esto justifica esta tercera reimpression de la misma". A mayor abundamiento reitera "...Los cambios que, tanto en nuestro país como en el extranjero, se produjeron en diversos aspectos de esta disciplina, son fundamentalmente de tipo "legal" -es decir, contingentes-, referidos a modificaciones del ordenamiento positivo. Tales modificaciones, en lo pertinente, implican y constituyen cambios compatibles con la evolución de todo sistema jurídico y que, en este caso, en modo alguno alteran o suprimen la vigencia de los "principios" clásicos del derecho de aguas. Es lo ocurrido en España, por ejemplo, cuya actual ley de aguas, en vigencia desde el 1º de enero de 1986, derogó la vieja ley del 31 de junio de 1879 estableciendo, entre otras cosas, que no podrá adquirirse por prescripción el derecho de uso privativo del agua pública, como lo autorizaba la legislación anterior. Se modificó el criterio legal respecto a determinado punto, pero los "principios" básicos del derecho de aguas conservan su vigencia teórica. Con relación a cuestiones concretas, un país puede adoptar un criterio legal u otro distinto, sin que ello afecte la vigencia de los respectivos "principios" básicos. En nuestro caso, es de estos principios de donde surgen los valores conceptuales necesarios para resolver, por ejemplo, todos los problemas relacionados con el agua considerada como objeto del derecho..." (MARIENHOFF, 1939a, 23). Contra tal pretensión de permanencia, caracterizando los "principios del pasado", su variabilidad y superación conforme el cambio de circunstancias y normas (GORDILLO, 2009, II-2).

relativamente moderna, desde nuestra concepción y en orden a determinar los principios que informan la disciplina, no parece del todo posible efectuar una escisión total entre la "legalidad" o el derecho positivo, y la legitimidad, que refiere en todo caso a un plano distinto del estrictamente positivo, ya sea teórico o fáctico, pero también integrante del fenómeno jurídico. Es decir, es preciso reconocer algún grado de relación entre legalidad y legitimidad, y por ende entre la legalidad y los principios básicos<sup>28</sup>. En particular, diferimos de la concepción que ve en la legitimidad un orden natural de las cosas definible a partir de un concepto permanente de razonabilidad y justicia<sup>29</sup>.

Los principios que informan una disciplina no existen *per se*, sino que resultan de una construcción en la que una determinada concepción del derecho, la selección de las fuentes y la metodología resultan determinantes de los resultados que pueden alcanzarse.

De allí la pertinencia de las preguntas formuladas por Martín-Retortillo que habilitan una nueva construcción: ¿hasta qué punto estas instituciones, estos principios contenidos en las leyes centenarias son válidos en el presente y de cara al futuro? ¿Cuándo y en qué medida conservan su validez? ¿Con qué alcance?<sup>30</sup>.

Naturalmente algunos aspectos de aquel régimen han de haberse modificado mientras otros perduran, sea intactos, sea modulados en su forma o contenido<sup>31</sup>. Pero la determinación de si las transformaciones alcanzan o no para afirmar que nos encontramos ante nuevos principios, o ante una modulación o resignificación de los mismos, no resulta sencilla, puesto que se trata en última instancia de la ponderación que de tales transformaciones se efectúe.

---

<sup>28</sup> La definición de legitimidad dada por Marienhoff en la nota anterior como "...la vinculación y concordancia de las nuevas normas con el orden natural de las cosas (legitimidad) se mantiene (...) Los cambios se refieren al derecho positivo -a la legalidad- que es contingente. No se refieren a la "legitimidad" que involucra un concepto permanente de razonabilidad y justicia. Estos principios se mantienen. Por ello, todo lo dicho al respecto en mi tesis doctoral, conserva plena vigencia...", refleja una concepción claramente vinculada al iusnaturalismo, o en todo caso, indefinida por remitir a conceptos jurídicos indeterminados como los de justicia y razonabilidad. Pero a partir de la cual, en todo caso, resulta perfectamente coherente sostener la inmutabilidad de tales principios. Autores como Gordillo, que insisten en la necesidad de explicitar la metodología y filosofía para evitar contradicciones, han observado especialmente su ausencia en la obra de Marienhoff (GORDILLO, 2009, I-2).

<sup>29</sup> Para el iusnaturalismo, el derecho constituye un orden normativo sólo en la medida en que se adecue a un orden ideal de origen divino, racional o emanado de la naturaleza y/o esencia de las cosas. Por ello incapaz de desentrañar el funcionamiento y desarrollo del derecho en las formaciones socio-históricas actuales (ENTELMAN, 1987, 10).

<sup>30</sup> A lo que inmediatamente responde: "...Reglas y criterios que han sido sancionados, además, con una inequívoca vocación de permanencia. No es que cuestionemos el papel que siempre ha tenido el sistema normativo en la ordenación de la realidad social y económica. Lo que es obvio es que, en materia de aguas, aquél se ha venido estableciendo siempre, diríamos que desde una perspectiva quietista, y con un notorio grado de abstracción (...) Hoy día, sin embargo, hay una evidente funcionalización de todas estas cuestiones, que cobran un inequívoco dinamismo, aun a riego incluso del principio de seguridad jurídica. Son planteamientos que quieren ser fundamentalmente operativos los que se asumen. Las valoraciones sociales, económicas y técnicas son de obligada consideración, precisamente, en aras de la funcionalidad que requiere el aprovechamiento de los recursos. Adecuación, pues, del ordenamiento jurídico a exigencias metajurídicas que deben satisfacerse..." (MARTÍN RETORTILLO, 1997, 29).

<sup>31</sup> Como apunta Embid Irujo respecto al ordenamiento español "...Transición entre un ordenamiento jurídico coherente, cerrado, bien construido pero algunas de cuyas instituciones se muestran claramente obsoletas, y el atisbo de la necesidad de caminar hacia nuevas normas, algunas de las cuales ya se hallan presentes entre nosotros (...) Y como en todo período de transición, es dudoso decidir qué es lo que ahora tiene más fuerza, si el peso de la tradición o el señuelo del cambio..." (EMBID IRUJO, 2002, 53).

Esta cuestión apunta justamente a reconocer la transformación de una de las características centrales del derecho de aguas hasta el momento, cual ha sido su emblemática estabilidad, bien representada por el derecho mendocino (LAg. 1884) y español (LAg. 1866-1879) decimonónico cuya vigencia se ha mantenido más o menos inalterada por más de un siglo, en un fenómeno cuyo único parangón puede quizás encontrarse en la codificación civil decimonónica. La "crisis del agua" antes referida sin embargo, entre otras cosas, ha determinado su transformación en un derecho que se presenta en la actualidad como esencialmente dinámico en su evolución (EMBIID IRUJO, 2007, 20)<sup>32</sup>.

No se trata de obstinarse en la defensa y justificación de un ordenamiento que forjó el presente, tampoco de descartarlo por obsoleto y antiguo. Ambas constituyen actitudes igualmente reprochables, que rehuyen el debate limitándose a la defensa de posiciones preconcebidas que no siempre explicitadas. Se trata en todo caso, de la más difícil tarea de armonizar lo anterior con lo nuevo, lo que viene dado con lo que puede y debe ser modificado<sup>33</sup>.

La ciencia y el derecho en particular avanzan lentamente, al tiempo que van estableciendo el difícil y sinuoso límite entre lo que debe permanecer de la tradición y lo que merece ser incorporado como nuevo en el ordenamiento jurídico<sup>34</sup>. Este problema que puede parecer ocioso así enunciado, constituye sin embargo uno de los temas centrales del pensamiento jurídico<sup>35</sup>.

## 5. Conclusión

Con base en lo expuesto puede concluirse que:

a) Los problemas y conflictos en torno al dominio y uso del agua no pueden ser explicados ni enfrentados en la actualidad a partir de la concepción estática de los principios elaborados por la doctrina

<sup>32</sup> Aunque no predicando tal carácter, sí reconociendo la transformación (LÓPEZ y MOISSET DE ESPANÉS, 1978, 336).

<sup>33</sup> Y ello por cuanto una noción y régimen determinados están no sólo indisolublemente unido a la política económica del Estado en un momento dado, sino también a las concepciones sociales y económicas de cada época.

<sup>34</sup> Habermas señalaba: "El presente auténtico es, desde hoy, el lugar donde tropiezan la continuidad de la tradición y la innovación... El espíritu de la época recibe el impulso de dos movimientos intelectuales contrarios, interdependientes e interrelacionados: el espíritu de la época prende con la chispa del choque entre el pensamiento histórico y el utópico. A primera vista ambas formas de pensamiento se excluyen entre sí mutuamente. El pensamiento histórico, nutrido de la experiencia, parece estar llamado a criticar los proyectos utópicos; el exuberante pensamiento utópico parece tener la función de exponer alternativas de acción y posibilidades de juego que trascienden a las continuidades históricas" (HABERMAS, 1994, 113).

<sup>35</sup> "...el derecho debe tener estabilidad y, sin embargo, no puede permanecer inalterable. Por ello, toda meditación en torno al derecho ha tratado de reconciliar las necesidades contradictorias de estabilidad y transformación. El interés de la sociedad en la seguridad general ha inducido a los hombres a buscar alguna base cierta que permita dar a los actos humanos un valor absoluto, capaz de asegurar un orden social firme y estable. Pero la incesante transformación en las condiciones de la vida social siempre exige nuevas adaptaciones ante la presión de otros intereses sociales y de nuevas causas susceptibles de menoscabar la seguridad establecida. Es necesario, pues, que el orden jurídico sea flexible y, al mismo tiempo, estable. Es preciso someterlo continuamente a revisión y readaptarlo a las alteraciones que experimenta la vida efectiva que ha de regir. Los principios que buscamos han de serlo tanto de evolución como de seguridad. En consecuencia, el problema capital que los pensadores del derecho han debido afrontar consiste en hallar la manera de poder reconciliar la idea de un cuerpo de derecho fijo, que no deje margen al capricho individual, con las ideas de transformación, desarrollo y creación de un nuevo derecho..." (POUND, 1950, 5).

sistematizadora de mediados del siglo XX. Este sistema, fue construido a partir de normas y un derecho civil y administrativo decimonónico que, tomando como fuente principal el Código Civil argentino de 1869 y como ejes de la regulación los conceptos de "ley", "propiedad" y "concesión", respondió a un paradigma que puso el énfasis en la defensa de la propiedad privada y en la justificación del poder estatal para su uso económico.

b) La crítica y reconstrucción de sus principios debe dar plena cuenta de las transformaciones acaecidas en la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI en todos los aspectos que involucra una concepción integral y crítica del derecho que, sin prescindir del plano teórico, trascienda el dato positivo asumiendo los resultados de su aplicación. Una concepción que incorpore el cambio de paradigma operado en el último medio siglo en la ciencia en general y en las ciencias sociales en particular –donde se incardina el derecho-, superando la dogmática jurídica y la oposición iusnaturalismo-positivismo que caracterizó la sistematización de la primera mitad del siglo XX.

c) La ponderación de la reforma constitucional de 1994 en los puntos indicados resulta sustancial a la hora de evaluar el mantenimiento o transformación de esos principios, y su significado. En efecto, los cambios constitucionales no constituyen meros datos positivos o cambios "legislativos" o "legales". A diferencia de las concepciones imperantes en la época de la sistematización, éstos aparecen asociados a cambios de paradigma teóricos y hermenéuticos del derecho y el Estado, que impregnan y redefinen todo el sentido de la legislación infraconstitucional y naturalmente, también el de aquellos principios básicos, que no pueden permanecer incólumes.

d) Esto demuestra que el desafío de dar cuenta de esas transformaciones y generar explicaciones satisfactorias que orienten adecuadamente el estudio y la aplicación del derecho de aguas es constante, un ejercicio siempre necesario y, en cierta medida, urgente. A este problema, agravado por la falta de preguntas y respuestas adecuadas, se suman en la actualidad los propios de nuestro tiempo y los futuros, que incrementan vertiginosamente la complejidad del derecho y los ordenamientos jurídicos.

## Bibliografía

ALLENDE, G. L. (1971), *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Bs. As., Ed. Universitaria de Buenos Aires.

ALVAREZ CAPEROCHIPPI, José A. (2003), *La propiedad en la formación del derecho administrativo (Ensayo sobre la concepción liberal de la propiedad privada como origen y fundamento del derecho público)*, Pamplona.

BENGOLEA ZAPATA, J. (1942), *Ríos Interprovinciales no navegables en la República Argentina* (Tesis doctoral), Buenos Aires, Compañía Impresora Argentina.

BIANCHI, Alberto (2008), "El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007", *LL*, 2008-B, 717.

BIDART CAMPOS, Germán (1999), *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Buenos Aires, EDIAR.

- (1998) *Manual de la Constitución Reformada*, Tº II, Ed. EDIAR, Buenos Aires.

- BIELSA, Rafael (1939), "Prólogo", en MARIENHOFF, M., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, 3ra. Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.
- BOBBIO, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Madrid, Ed. Debate.
- BORDA, Guillermo (1971), *La reforma de 1968 al Código Civil*, Editorial Perrot, Bs. As., pp. 365- 368.
- CANO, G., (1976), *Derecho, política y administración de aguas*, Mendoza, INCYTH, 3 Volúmenes.
- (1943), *Estudios de Derecho de Aguas*, Mendoza, Valerio Abeledo.
- (1941), *Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el periodo intermedio (1810-1884)*, Mendoza, Librería de la Universidad.
- CARBONELL, M. (dir.) (2007), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta.
- (2005), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2º Ed.
- CASSESE, Sabino (2003), *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- CASTELLO, Manuel (1921), *Legislación de Aguas* (Tesis doctoral), Ed. UBA, Buenos Aires.
- COURTIS, Christian y BOVINO, A. (2001), "Por una dogmática conscientemente política", en *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1992) "El régimen jurídico del agua y la protección de los humedales en Italia", *RAP*, N° 129, pags. 459-512.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier (1997), *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, CEPC.
- DOUZINAS, Costas (2008), *El fin de los derechos humanos*, Colombia, Legis.
- DUGUIT, León (1975), *Las transformaciones generales del derecho público y privado*, Buenos Aires, Heliasta.
- EMBED IRUJO, Antonio (2007) (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel.
- "Evolución del Derecho y de la Política del Agua en España", en AAVV, *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2002.
- ENTELMAN, Ricardo (1987), "Introducción", AAVV, *Derecho y psicoanálisis*, Buenos Aires, Hachette.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), "La democracia constitucional", en COURTIS, Christian (Comp.), *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba.
- GARCIA PELAYO, Manuel (1994), *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 2º Ed.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1962), *Las transformaciones del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2º Ed.
- GENINI, Guillermo F. (2000), "Riego, Estado y legislación en San Juan (Argentina) 1850-1914", en *Scripta Nova* N° 66, Universidad de Barcelona.
- GORDILLO, Agustín (2009), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tº 1, 10ª edición, Buenos Aires, Fundación Derecho Administrativo.
- HÄBERLE, Peter (2002), *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid, Tecnos.
- HABERMAS, Jürgen (1994), "La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas", *Ensayos políticos*, Ediciones Península, Barcelona.
- KUHN, Thomas Samuel (1987), *La estructura de las revoluciones científicas*, Madrid, FCE.
- LEVAGGI, Abelardo (2007), "Ideas acerca del derecho de propiedad en la Argentina entre 1870 y 1920", en *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, año I, N° 1, 2007.
- LOBOS, Eleodoro (1902), "Legislación de Aguas", en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Tº 2, Bs. As.



LOPEZ MENUDO, Francisco (2007), "Problemática jurídica del régimen de la concesión de aguas", en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Madrid, CGPJ.

LÓPEZ, Joaquín (2005), *Estudios de Derecho Ambiental y de Aguas*, Ed. Homenaje, Mendoza, EDIUM.

- (1993), "Los Recursos Naturales, la Energía y el Ambiente en las Constituciones de las Provincias Argentinas", en Pérez Guillou y otros, *Derecho Público Provincial III*, Buenos Aires, Ed. Depalma.

- (1975), "El Derecho y la administración de aguas en Iberoamérica", *Internacional Conference on Global Water Law Systems*, Valencia.

LÓPEZ, J. y MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1978), "Régimen transitorio y normas de conflicto", *Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba*, años XLII-XLIII.

MARIENHOFF, Miguel - (1970), "La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas", 1970 *JA* ps. 255 y ss.

- (1939a), *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, 3ra. Edición, 1996.

- (1939b), *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas* (Tesis doctoral), Bs. As., Valerio Abeledo.

- (1936), *Estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del Doctor Bibiloni en materia de Derecho de Aguas*, UBA.

MARTÍN, Liber et al (en prensa), *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, 2º Edición Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián (1997), *Derecho de aguas*, Madrid, Civitas.

- (1960), *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Universidad de Sevilla, Sevilla.

MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (1976), "Reseña del aporte argentino a la ciencia del Derecho de Aguas", (1853-1975), en *Anales Iuris Aquarum*, V II, T 3, Caracas, AIDA, p. 1392 y ss.

MATHUS ESCORIHUELA, M., MOYANO, A. (1983), "La aptitud de las aguas para satisfacer usos de interés general como fundamento de su carácter de bienes públicos", Mendoza, *Idearium*, N° 8/9.

MOYANO, Amilcar (2005) "Preservación de las aguas privadas frente a la crisis del Estado", *LLGC*, 2005 (febrero).

NINO, Carlos Santiago (1974), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Autónoma de México.

PARADA BARRERA, Guillermo Andrés (2000), *El derecho de aprovechamiento de aguas. Aspectos dogmáticos y legales. Su adquisición por prescripción*, Santiago, La Ley Pedro Benhur Sánchez Ed.

PAREJO ALFONSO, Luciano (2003), *Crisis y renovación en el derecho público*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.

PECES BARBA, Gregorio (1999), *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Madrid, BOE.

PEREZ LUÑO, A. Enrique (2005), *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 9º ed.

PIGRETTI, Eduardo A. (1965), *Teoría jurídica de los recursos naturales. Con especial referencia a la legislación de aguas*, Bs.As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.

POUND, Roscoe (1950), *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*, versión española por PUIG BRUTAU, José, Barcelona, Ariel.

QUIROGA LAVIE, Humberto (1996), "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional" *LL* 1996-b.

SALOMONI, Jorge Luis (2006), *Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad Hoc.

- (2005), "Acerca del fallo "Simón" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *LL* 2005-D, 1340.



- (2000) "Originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina (Alcances y régimen jurídico con especial referencia a la extracontractual)", Buenos Aires, *ED*, Suplemento de Derecho Administrativo 29/03/00.
- (1999), *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
- SOLANES, Miguel y JOURAVLEV, Andrei (2007), "Revisiting privatization, foreign investment, internacional arbitration and water", *SRNI*, N° 129, CEPAL.
- (2005), "Integrando economía, legislación y administración en la gestión del agua y sus servicios en América Latina y el Caribe", en *SRNI*, 101, Santiago de Chile, CEPAL, DRNI.
- SPOTA, Alberto (1941,a), *Tratado de Derecho de Aguas* (Tesis doctoral), Tomo I, Jesús Menéndez, Buenos Aires.
- (1941,b) *Tratado de Derecho de Aguas* (Tesis doctoral), Tomo II, Jesús Menéndez, Buenos Aires.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998), *Derecho de Aguas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- (1992), *Principios y sistema del derecho minero. Estudio histórico-dogmático*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín (1952), *Derecho Administrativo IV. Dominio Público*, Bs. As., TEA.
- (1936), "Carta dirigida al autor, con motivo de su libro *Estudio crítico y de legislación comparada...*, op. cit.", en MARIENHOFF, M., Tomo VI, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, 3ra. Edición, 1996, p. 832/833.
- ZAGREBELSKI, Gustavo (2005), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 6º ed.