

Título del proyecto: *Extra-comercialidad, uso común, e instrumentos administrativos y procesales de acceso y protección del agua en las fuentes romanas. Aportes para su desarrollo en el derecho argentino*

Código: 20020090300057

Directora: Virginia Abelenda

Integrantes: Devora Pannucio Perato; Mariana Mass Braessas; Emiliano F. Suárez; Daniela Larotonda (estudiante adscripta); Lucila Staccioli (estudiante adscripta)

1.- Calificación jurídica del agua en las fuentes romanas

En las fuentes romanas existe una construcción sistemática y consiguiente clasificación del agua por parte de la jurisprudencia, desde época republicana hasta época clásica (durante el Principado), como cosa o res pública de uso público primero, del derecho de gentes más adelante, sin independencia, en ambos casos, del régimen jurídico del curso por el cual discurría (por ej. un río público, calificado así por la perennidad y abundancia de sus aguas, así como por la valoración económico-social), y finalmente, como cosa común a todos desde el punto de vista del derecho natural -que formaba parte de la tripartición del derecho privado romano- o bien por su propia naturaleza. Es decir que pudo verificarse una ampliación doctrinaria y autonomía de la configuración jurídica del agua (doctrina que, cabe destacar, era fuente formal del derecho romano) desde el originario concepto de res publica in publico usu, en las que, a diferencia de las res in patrimonio populi (o fisci), en donde prevalecía el aspecto de pertenencia al pueblo romano, prevalecía, en cambio, el aspecto de libre disponibilidad al uso de todos; ampliación y autonomía, ya presente, por lo demás, en algunas obras literarias del período republicano (Cic., *de off.*, 1.16.51) que luego fue recogida por Justiniano en el Digesto y en las Institutas, por lo que quedó como derecho vigente en la compilación Justiniana del s. VI d.C. (I.2.1pr., 1).

En cuanto a su carácter de cosa extra-comercio o extra-patrimonio publica humani iuris, clasificación que aparece por primera vez en la obra de Instituciones de Gayo, jurista del período clásico (s. II d.C.), se advirtió un significado de no patrimonialidad, en el sentido que no es posible que alguien tenga el dominio exclusivo sobre el agua o la tenga en su patrimonio, siendo el concepto de 'dominio público' de creación medieval (específicamente proveniente del derecho consuetudinario francés: domaine). Por lo tanto, Gayo considera que como cosa pública (dependiente aún del régimen jurídico del curso al cual pertenecía), no está en los bienes de nadie, sino en la universalidad o comunidad, concepción que duró y permaneció en la compilación Justiniana, no obstante que allí, como se dijo, se amplió e independizó la categoría de cosa pública a la de cosa común a todos. Sin perjuicio de ello, pudo verificarse que algunas fuentes romanas de inicios del Principado, hacen alusión a la concesión e incluso a la venta del agua sobrante, así como a la concesión de tramos exclusivos de agua de río, con lo cual, fue revisada esa idea de extra-comercio o extra-patrimonio hasta corroborarse que se utiliza en un contexto cuyo significado es el de que las cosas públicas por las que no hay comercio, porque no están in pecunia populi, sino para uso público, no pueden enajenarse o comprarse; o que es nula la venta de las cosas que la naturaleza, el derecho de gentes, o las costumbres de la ciudad eximieron del comercio; o, en fin, que tampoco puede válidamente hacerse estipulación o promesa sobre las cosas de uso público, porque se hace válidamente negocio solo sobre aquellas cosas que luego pueden ser

sometidas a nuestros usos y dominio. Con todo ello, se aseguraba, fundamentalmente, su uso en general público o común, sin excluir, sin embargo, algunas ‘excepciones’ a estos principios. Posteriormente a Gayo, sigue un trabajo y desarrollo jurisprudencial que la terminó encuadrando también en época clásica –aunque tardía, a través del jurista Marciano, D. 1.8.1pr.- bajo la categoría más amplia y humanitaria posible como es la de res común a todos por derecho natural (ius naturale, o por su naturaleza) o res pública del derecho de gentes (res commune omnium/res publica iuris gentium), independiente no sólo de la condición de ciudadano en cuanto al derecho de uso y acceso (y extensible a todos los seres vivos), sino, como se dijo, también respecto de la condición jurídica del curso de agua al cual pertenecía.

Bibliografía: P. BONFANTE, *Il regime delle acque. Dal Diritto romano al Diritto odierno*, Modena 1922, en *Archivio Giuridico*, vol LXXXVII, 6 ss.; G. LOMBARDI, *Res publicae iuris gentium, Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano 1946; G. BRANCA, *Ancora sulle «res publicae iuris gentium»*, *Studi Redenti* 1, 177-194, 1951; A. DELL'ORO, *Le «Res communes omnium» dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, *Studi Urbinati* 31, 237-290, 1962-63; V. ARANGIO RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, Napoli 1973; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino 1985; ROBBE U., *La non classicità delle «res communes omnium»*, *Studi in onore di A. Arena*, IV. Padova, Cedam, 2157-2309, 1981; J. PLESCIA, *The Roman Law on Waters*, en *INDEX* 21 (1993); S. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*, Madrid 1996; M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001.

Ejercicio: ¿cree que es compatible la concepción del aqua profluens como res communis omnium, distinta de la condición jurídica del curso de agua al cual pertenece, con el hecho que mientras para extraer agua de una fuente privada es necesario constituir la servidumbre de aquae haustus, para utilizar el agua de un río público es suficiente la constitución de una servidumbre de pasaje?. Si, no, por qué, justifique citando las fuentes jurídicas romanas correspondientes.

2.- Interdictos y acciones procesales romanas y sus efectos concretos en la tutela preventiva, restitutoria y resarcitoria

Respecto a los instrumentos procesales, tales como la actio iniuriarum, para hacer cesar cualquier impedimento al uso público o la apropiación integral o de una parte vital del agua, así como la acción criminal por iniuria pública o contra bonos mores en caso de contaminación, castigada gravemente (con la pena capital), y los interdictos tendientes a conservarla, están presentes la primera para cada particular damnificado, generando la posibilidad de una pena pecuniaria reparadora de la ofensa a su favor, estimada por él pero fijada definitivamente por el juez ex bono et aequo como tutela de su personalidad individual; y los segundos al alcance de todos con su carácter –en gran parte- de populares y perpetuos, en diversas formas, preventivas o prohibitorias, y también restitutorias, con sanciones pecuniarias o condena a pagar cuanto valga la cosa: aestimatio quanti ea res erit (asumidas respectivamente a través de estipulaciones pretorias o por compromissum arbitral), en caso de desobediencia y comprobación del daño en un juicio posterior dirigido precisamente a demostrar si subsisten o no los presupuestos de tales interdictos, según resultan de su misma formulación edictal sobre la base de la interpretación que le da la jurisprudencia romana. Queda como última instancia siempre la etapa resarcitoria, cuando ya no haya remedio para prevenir o restablecer el daño ocasionado, correspondiendo la indemnización o al erario público si el daño se hizo a la comunidad (daño colectivo) como parecen reflejar algunas fuentes, o al demandante si el daño fue individual, es decir, cuando cada uno puede invocar el uso que él querría hacer y no puede del agua como cosa común, pero también parece

significar en las fuentes que dentro del interés público puede a su vez existir un interés privado del demandante, con lo cual, en esos casos, la condena sería a su favor (de allí, los límites de la class action, es decir, de la posibilidad de actuar en juicio pero sólo si existe un interés individual, faltando así el directo reconocimiento al particular de actuar en nombre del interés público).

Los interdictos analizados son los que se refieren al aspecto en primer lugar preventivo de los daños al agua: operis novi nuntiatio ex causa publica o iuris publici tuendi gratia (de legitimación activa colectiva), e interdictum ex operis novi nuntiatione o demolitorium; denuncia, interdicto y caución-fianza por daño temido; y luego aquellos prohibitorios y/o restitutorios, como en los casos en que se hubiera hecho algo violenta o clandestinamente: interdicto quod vi aut clam, también de legitimación activa amplia; o los que se refieren a la contaminación del acueducto en particular: interdictos de aqua cottidiana y estiva; los interdicta de rivis, de fonte (con extensión a los lagos) y la atención puesta en la salubritas publica; en cuanto a la defensa del ambiente fluvial y ribereño, así como marítimo y costero: interdictos de fluminibus publicis y extensiones labeonianas; cloacas y salubridad del aire: interdictos de cloacis privatis, cloacis publicis y de locis et itineribus publicis: interdicto de loco publico fruendo; interdicto contra el impedimento de uso de vías y caminos públicos; de via publica et itinere publico reficiendo; de ripa munienda; pero también los casos de inmisiones de humo y otras emanaciones (agua) en el fundo vecino: interdicto uti possidetis y actio negatoria; la actio aquae pluviae arcendae o acción para contener el agua llovediza; y el régimen de concesión de aguas públicas, así como el de aquellas de carácter o dominio privado, en las cuales, si bien la regulación no interviene directamente, pudo comprobarse que están sometidas a las limitaciones propias del derecho de propiedad, y en materia de salubridad del agua las medidas existentes pueden afectarla también, como lo demuestra la aplicación en algunos casos de la actio aquae pluviae arcendae y del interdicto quod vi aut clam, así como la denuncia, interdictos y caución por daño temido (cautio damni infecti) y obra nueva, de legitimación activa amplia y otros antes citados. Por ello, se analizaron, por último, otras fuentes específicas de tutela del ambiente acuático, así como, por los cambios producidos, la tutela procesal del agua en época imperial y Justiniana. Todo ello puede contemplarse, como se dijo, en las tres etapas de prevención, restablecimiento y –en su defecto- resarcimiento del daño particular y/o colectivo, sin dejar de notar el poder y la responsabilidad de todos en el uso y defensa del agua.

Bibliografía: A. BURDESE, *Tutela privatistica del ambiente e diritto romano*, en *Rivista di Diritto Civile* 35 (1989); F. MUSUMECI, *Tutela del ambiente e diritto romano*, en *INDEX* 20 (1992), 564-574; A. DI PORTO, *Interdictos populares y protección de las «res in usu publico» Líneas de una investigación*, en *Roma e America* 17 (2004); J.M. ALBURQUERQUE, *La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público*, Madrid 2002; ID, *Interdictum ne quid in flumine publico repave eius fiat, quo peius navigetur (D. 43.12.1pr.)*, en *SDHI* 71 (2005); G.M. ACUÑA SOLORZANO, *Los interdictos populares como instrumento de tutela a las res in usu publico en el Derecho romano y su influencia en las codificaciones latinoamericanas. Con atención a la tutela del ambiente*, en *Roma e America* 25 (2008); V. ABELENDA, *Notas sobre la extra-comercialidad de las res communes omnium/res publicae iuris gentium y su conservación en la experiencia jurídica romana*, en ED, *Diario*, Sección Doctrina, Buenos Aires, 11 de abril de 2008, 1-5 pp.; *Protección del ‘consumo sustentable’ en la regulación del régimen romano de derivación de aguas públicas*, en *SDHI* 78 (2012) (en prensa); *El agua res commune omnium. Interdictos y acciones procesales romanas en defensa de su acceso y conservación*, (Eudeba, en prensa).

Ejercicio: describa y compare el procedimiento de la sponsio por un lado y el arbitral por el otro, y sus efectos concretos en la tutela preventiva y restitutoria.

3.- Encuadre jurídico del agua en el derecho argentino y la posibilidad de extensión de la perspectiva romana

En cuanto al derecho intermedio de la tradición romano-ibérica (Siete Partidas etc.), si bien se advirtió una línea de continuidad de la calificación romana del agua como cosa común, comenzó a restringirse al agua de lluvia o al mar (Part. 3, tít. 27, ley 3; salvo en la obra de Andrés Bello sobre Instituciones del Derecho Romano, Libro Segundo, Título 1º, 45-46). No obstante que el concepto de 'dominio público' nace en el derecho consuetudinario francés, su idea ya estaba presente en la clasificación sistemática de las cosas en el derecho romano, en donde se distinguía entre res publicae y res privatae, y dentro de las primeras, existía a su vez una subdivisión que era aquella de res publicae in publico usu (destinadas al uso de todos), donde se situaba el agua como cosa común, y res publicae in pecunia (o patrimonio) populi. De allí que en definitiva, el derecho consuetudinario francés y luego los codificadores, comenzando por el Código Napoleón, no hicieron sino otra cosa que extraer esa noción de la tradición jurídica romana y remitirse a ella. No se sirvieron, sin embargo, de aquella categoría de cosas mucho más amplia como fue la de res publicae iuris gentium o res communes omnium, entre las que se incluía al agua, y que encierran un concepto diverso del de dominio público. La primera modificación afectó entonces a la categoría, heredada del derecho romano, de las cosas comunes a los hombres. Estos bienes, excluidos del comercio, cuya utilización correspondía a todos los individuos y cuya guardia y custodia recaía ahora en los Reyes, empezaron progresivamente a ser considerados por algunos juristas como parte del dominio de la Corona. Tesis que tuvo especial aceptación en Francia, e influirá en la identificación que los revolucionarios franceses hagan de las expresiones dominio público y dominio nacional en el momento en que aborden la cuestión de las cosas públicas. La segunda modificación afectó a las cosas comunes necesarias para la existencia del hombre y de los demás seres vivos en la tierra como el aire, los astros, etc., que quedan al margen de las inquietudes de los juristas, limitándose sólo a mencionarlas, y generalizando la idea de que constituyen un género distinto al de las cosas públicas, aunque fueran utilizados por todos y, diferente al de los bienes de los particulares. Este desinterés se debe al hecho que el disfrute de estos bienes por parte de los seres vivos no originaría la conflictividad que, en cambio, se produce tanto en la utilización de las cosas comunes a los hombres como con la de los bienes de las ciudades, porque las características físicas de aquéllos harían imposible su apropiación. Así, y sin perjuicio que se seguía recordando la división tripartita de las cosas comunes del Derecho romano, la clasificación de las cosas públicas quedó reducida a bienes de la Corona y bienes de las ciudades, después que en la doctrina se dejara de prestar atención a las cosas comunes a los seres vivos y de que las cosas comunes a los hombres se incorporaran al dominio de la Corona, lo que significó un aumento del patrimonio real. Luego, la legislación revolucionaria y la codificación civil francesa, transformaron el dominio de la Corona en dominio de la Nación, una vez que ésta sustituyó al Monarca como titular de la soberanía, utilizándose a partir de entonces indistintamente, como sinónimos, los términos «dominio público» y «dominio nacional». De igual manera, desde los tiempos mismos de los primeros descubrimientos se ve a los legisladores españoles preocupados por mantener y fomentar en las Indias la existencia de bienes comunales. Fue este principio uno de los que más persistentemente influenciaron toda la política colonizadora del Estado español en estos territorios. La experiencia secular, adquirida en la Metrópoli en las luchas por la Reconquista nacional, había puesto de

relieve la importancia económica de la existencia de bienes de aprovechamiento común –montes, pastos y aguas- para conseguir la repoblación de las comarcas ganadas a los árabes, cfr. la Recopilación de 1680. Sin embargo, el derecho intermedio ya no prevé el caso de la acción de injurias como daño a la personalidad individual en caso de impedimento de uso de las cosas públicas, con lo cual esta acción terminó por diluirse. Sí están presentes, en cambio, sea la denuncia de obra nueva como la caución por el daño temido, la primera incluso en los lugares públicos (Part. 3, tít. 32, ley 1, 3 y 7, 10, y tít. 28, ley 8), pero como sabemos, no pasaron ambas al derecho argentino (la primera recién fue incorporada con la reforma 17.711 de 1968 al Código civil, art. 2499). Los interdictos del Derecho romano fueron transformados en acciones, y estas acciones se juzgaban sumariamente como negocios urgentes, del mismo modo que en la época imperial y Justiniana (cfr. nt. al art. 2501). Ello, unido a la influencia del código francés en la incorporación de la noción de bienes nacionales o públicos y de “dominio público” del agua, determinó su configuración en el derecho argentino (arts. 2339, 2340), y el desinterés por la categoría de las cosas comunes, y no se pensó en lo limitado o en la tal vez futura escasez del recurso agua. Además, y como consecuencia de la creación de la noción de Estado como ente ideal, se confió su protección y defensa exclusivamente a la administración estatal. Es decir que, si bien en las obras consultadas: Siete Partidas, A. Bello, etc., se advierte una continuidad de la configuración del agua como cosa común a todos, o como patrimonio común del género humano, la codificación sufrió una notable influencia del nuevo concepto elaborado por el derecho consuetudinario francés de *domaine publico*, donde público significa «del Estado», «perteneciente al Estado», o como patrimonio individual del Estado-persona jurídica, que terminó por imponerse y reemplazar al romano de *res publicae* y *res communes*, dejando su tutela en manos exclusivas del Estado.

Bibliografía: J.M. ALVAREZ, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*, (Nueva York 1827), México 1982; A. BELLO, *Instituciones de Derecho romano*, en *Obras completas de Andrés Bello*, XIV, Derecho Romano, (Caracas 1959), Buenos Aires 1970; C. MERCHAN FERNANDEZ, *Los bienes públicos: Formación de su régimen jurídico*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* LXXV (2005); G. LOBRANO, *Uso dell'acqua e diritto nel Mediterraneo. Uno schema di interpretazione storico-sistemática e de iure condendo*, en *Diritto @ Storia* 3 (05/2004); S. SCHIPANI, *Orfani dell'actio iniuriarum*, en *Roma e America* 30 (2010).

Ejercicio: verifique y compare las fuentes citadas, y determine si sería posible insertar la categoría romanista de las “*res communes omnium*”, dentro de la de cosas/bienes, o si ello, en cambio, afecta la lógica del ordenamiento, en la cual parece no encajar. Fundamente.

4.- Interdictos y acciones vigentes de origen romano presentes en el Código civil y/o procesal argentino y su posible extensión a la materia ambiental y de acceso y protección del agua; aplicación de interdictos populares y demás acciones procesales romanas en la materia; instrumentos actualmente utilizados en Argentina como la acción de amparo y en el derecho y jurisprudencia comparados y su eficacia

Con todo ello, el derecho y jurisprudencia argentina actuales, parecen mostrar, no obstante, caracteres similares con la tutela procesal del agua en época imperial y Justiniana, en cuanto a que en este período los interdictos, al desaparecer el Pretor, se convierten en acciones sumarias con carácter de urgentes (como una acción de amparo), pero se le quita toda la riqueza y variedad de interdictos, acciones y/o medidas (preventivas, restitutorias o, en su defecto, resarcitorias), que habían sido puestas en práctica en la etapa republicana anterior y que estaban al alcance de todos, así como el

concepto de agua como *res* o cosa común por el *ius naturale* o por su naturaleza, lo cual parece más compatible también con volver operativa la tutela del ‘derecho humano universal al agua’ reconocido por las Naciones Unidas como objetivo de desarrollo del milenio para 2015. Por ello, el principal logro del proyecto de investigación puede encontrarse justamente en ello, en ofrecer una visión más amplia e integral sea del encuadre jurídico del agua, como de su defensa procesal, partiendo de categorías e instituciones romanas que por las vicisitudes de la historia se modificaron y restringieron en el transcurso de los siglos, y así pasaron al derecho argentino vigente, pero que sobre todo al compartir la misma tradición jurídica (romana) y gran parte de sus instituciones jurídicas fundamentales, pueden volver a replantearse y extenderse de acuerdo con las exigencias de resolución de estos problemas que para nosotros parecen actuales, no obstante que como pudo comprobarse durante la investigación, también se plantearon los antiguos (romanos) en plena *Res publica*.

Por otra parte, durante el desarrollo del proyecto, entrevistamos a un informante clave, Dr. Antonio E. Brailovski, ex Defensor Adjunto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires período (1999-2003), y especialista en Medio Ambiente, quien dio cuenta del acierto de nuestra investigación, ya que criticó que nuestro Código civil contempla sólo dos tipos de propiedad, la privada y la estatal. Los intereses difusos no entran en ninguna de ellas, sí, en cambio, en la de bienes comunes. En la ley general del Ambiente, el agua como derecho humano no está ligada a la idea de propiedad. Hay una contraposición o choque, por ende, entre el Derecho Ambiental y el Código Civil, y entre el Derecho Urbanístico y el Código Civil. Los bienes comunes están relacionados con los intereses difusos, y ello choca con el Amparo que tiene una legitimación activa restringida en la CN, salvo en la Constitución de la CABA y tal vez en algunas provinciales. Por lo tanto, la Constitución de la CABA es más amplia en derecho ambiental. Por otra parte, el procedimiento de impacto ambiental en la CABA es precedente al daño temido. La ley 123 y 452, contiene una minuciosa descripción de los pasos del procedimiento. Propone entonces dejar las medidas romanas para casos excepcionales y el impacto ambiental como procedimiento de rutina. En cuanto a la *cautio damni infecti*, considera que la estimación del monto del daño ambiental, sería inmenso, incentivaría la contra-cautela. Tal vez se debería establecer una cantidad simbólica, porque el valor económico del daño ambiental es infinito. La normativa debería indicar el procedimiento o método de cálculo, no muy alto ni muy bajo. Sería buena una caución para remediar el daño producido. En fin, en cuanto al amparo, sostiene que existe mala voluntad judicial para otorgarlo, que hay ausencia de tribunales ambientales, y que no hay fiscales ambientales. Sin embargo, según su opinión, habría que mejorar los amparos y no crear más instrumentos que no se apliquen. Destaca, además, la existencia de medidas precautorias más abundantes y creativas en los fallos de la CABA. Cree que las medidas auto-satisfactivas son peligrosas, ya que son tomadas *inaudita pars*, sin tener en cuenta la irreparabilidad del perjuicio, o la procedencia de contracautela sobre el régimen recursivo. Por último, recuerda que desde el derecho romano hasta Juan de Garay el bajo es público.

Entrevistamos también, en ocasión del viaje a Roma de junio del año 2012, al Juez de la Corte Constitucional Italiana, Prof. Dott. Paolo Maddalena, autor, entre otros, del libro *Danno Pubblico Ambientale*, República di San Marino 1990 (una copia fue donada en esa misma ocasión, por el A., a la bib. de la Fac. de Derecho de la UBA). El A. destacó –entre otras cosas- que luego de las conquistas, los Romanos se vuelven poseedores de otras extensiones territoriales a las cuales fue dado el nombre de *ager publicus populi*

romani, las que fueron distribuidas a la plebe con la *divisio* y *assignatio agrorum* que se hacía con ceremonial etrusco y luego la deliberación de las asambleas centuriadas o de los plebiscitos, ello es, de actos soberanos del pueblo. Se vuelve entonces necesario distinguir los bienes comerciables: las *res privatae* y las *res in pecunia populi*, y por otro, los bienes *extracommercium* o *extrapatrim.* (de Gayo), que fueron las *res in publico usu*. Tales bienes constituyen una tercera forma de propiedad común o colectiva de los romanos. En el III s. d.C., Marciano habló de *res communes omnium* afirmando que son tales el aire, *aqua profluens*, mar y lido. Tales bienes pertenecen a la humanidad *iure naturali* y *iure civil* al *pop. romanus*. Estaban fuera del comercio y constituían la 4ª categoría de bienes comunes individualizada por los romanos. En el 1600, con Grocio, esta categoría de las r.c.o. fue utilizada para afirmar la libertad de los mares. Hoy, en base a los varios tratados son considerados r.c.o. el éter, la atmósfera, la estratósfera, los espacios interplanetarios, la luna y los planetas del sist. solar. La Dec. de Estocolmo de 1972, y la Declarac. Unesco consideran el Ambiente=Biosfera. Para los romanos era suficiente hablar de tierra, hoy, a causa de la contaminación, el bien tierra debe ser individualizado como una parte de la biosfera, es decir, a la luz del estado de los otros elementos. De allí que cuanto han dicho los romanos sobre la prop. colectiva de la tierra, se debe transferir hoy sobre el ambiente. Y se debe hablar de prop. común del ambiente en total y en sus singulares partes (v. Sent. Corte Cost. It. 367 y 378 (2007) y 104 (2008); 61 (2009); 225 (2009), en *Federalismi.it*, P. Maddalena, art. *beni comuni*). Los bienes comunes, pertenecen sólo a comunidades territoriales: *civitas*, *coloniae*, *municipiae*. A su vez, fue posible hablar de todo el género humano después de Gayo y Ulpiano, que habían individualizado el *ius gentium* y el *ius naturale*. La relación es siempre con el territorio. La abstracción de los conceptos nos ha llevado fuera de camino, no de Estado sino de Res Publica es necesario hablar. Para Rousseau, los hombres nacen todos libres e iguales en dignidad. Con el positivismo, según el cual siguiendo el procedimiento legislativo se puede dar protección a cualquier cosa, se cae en el nihilismo jurídico (Natalino Irti); en cambio con el d. natural se individualizan valores en base a los cuales se asegura la vida material y espiritual de los particulares y la colectividad. A través de las Constituciones los principios éticos del d. natural (valores) pasaron al d. positivo, y no se puede decir no creo en el d. natural porque está en el derecho positivo. En el Medioevo persiste, en fin, para el A., la prop. colectiva (v. P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, Q. Fiorentini, Giuffrè).

Además, realizamos una encuesta, a través de un cuestionario de 10 preguntas cerradas, semiabiertas y abiertas, a una serie de Jueces Federales argentinos, quienes en general están de acuerdo con extender los instrumentos ya existentes en el derecho argentino, derivados del derecho romano, para la tutela del agua y del ambiente acuático, aunque no tanto con la creación de nuevas, así como en la restricción de las llamadas “medidas autosatisfactivas”, utilizadas hoy en algunas causas, incluso en materia ambiental.

Por último, analizamos los fallos argentinos más destacados en la materia, algunos aún hoy en pleno desarrollo, como Mendoza; Schroder; Ipalatina; Tandil; Cámara Pesquera, etc., y realizamos un cuadro comparativo de la jurisprudencia argentina de los últimos diez años (unos 50 fallos, 5 por año) dividido por campos: tipo de demanda; medidas solicitadas en la demanda y contestación; medidas autorizadas por el juez; interdictos; tiempo que transcurre entre la demanda y el dictado de la sentencia definitiva. De ello pudo comprobarse que el tiempo que transcurre entre la demanda –por lo general, de Amparo (70%), en donde se constata además la ausencia de aplicación de interdictos- y el dictado de la sentencia definitiva, que puede durar dos años aprox. como mínimo, se

traduce en un procedimiento no muy expedito o rápido; ello, unido en muchos casos al problema del impedimento del ofrecimiento de prueba, representa en definitiva un escollo para proteger sobre todo preventivamente el acceso y conservación del agua, o el principio constitucional del derecho a un ambiente sano, como rezan los arts. 41 y 43 de la CNArgentina.

Puede sostenerse, para concluir con el grado de ejecución del objetivo específico de la investigación, que en razón de lo expuesto, así como del apoyo proveniente de la más autorizada doctrina civilista argentina, de los jueces federales encuestados, y del informante clave del proyecto, que existen posibilidades de extensión en nuestro derecho de estas medidas de origen romano presentes ya en algunas de sus formas en el derecho argentino. En el mismo sentido, y como un ejemplo más de ello, cabe destacar que Chile al reformar su Constitución en 1980 incorporó en su art. 19 n° 23, el concepto romano de cosas comunes, si bien la inclusión del agua en éste es todavía materia pendiente. Lo mismo debe decirse en cuanto al cumplimiento del objetivo general, y a la hipótesis originalmente planteada. Todo ello, teniendo en cuenta que la acción de amparo o los instrumentos jurídicos y procesales que se usan habitualmente, para resolver en forma rápida y efectiva los problemas que plantea la investigación, como pudo comprobarse, no están exentos de límites y dificultades de diversos tipos, lo cual pone en evidencia que del modo habitual implementado no se está logrando ni la prevención ni la restitución o restablecimiento de los daños causados al agua, y tampoco la resolución del problema de su acceso cuando alguien pretende apoderarse integralmente o de una parte vital de ella.

En fin, en lo que respecta a las modificaciones, ampliaciones y obstáculos que se presentaron durante la investigación, cabe mencionar el agregado de más fuentes romanas -sobre todo jurídicas- que las previstas originariamente, relacionadas con cada argumento tratado (más de 250). Pudo constatarse la particularidad, tampoco prevista, que las fuentes romanas dan señales de la también existente posibilidad de un actuar -a través de la denuncia e interdicto de obra nueva- en manera colectiva, así como de un resarcimiento a la comunidad en caso de daño colectivo. Fue necesario, además, ampliar el estudio del tema a la tutela procesal del agua en la época imperial y Justiniana, para entender el desarrollo y los cambios que ella tuvo posteriormente en el derecho intermedio, y luego, su configuración en el argentino; así como la introducción del estudio de las llamadas “medidas autosatisfactivas” de creación doctrinaria primero por Carbone, seguido luego por Peyrano y Morello, pero de aplicación jurisprudencial luego, y la lectura, en consecuencia, de fallos en casos de materia ambiental, para conocer su concreta aplicación en los tribunales argentinos. Tal como fue sostenido supra respecto a la peligrosidad y necesidad de restricción de estas medidas, lo mismo puede afirmarse de los punitive damages del derecho americano de daños, aunque estén presentes en nuestra ley de defensa del consumidor (art. 52 bis), ya que plantean el problema del traslado de las finalidades (supuestas) del sistema penal a la órbita civil, pero sin darles las garantías propias del proceso, por lo que se trataría de una multa sin tipicidad, sin presunción de inocencia. Bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, sin importar si hubo dolo o culpa por parte del proveedor o si este se enriqueció (cfr. L. Díez Picazo, y S. Picasso). Con lo cual, la caución por el daño temido (con su función también preventiva del daño) y la tutela interdictal propuesta en nuestra investigación (originada en el pretor romano), permaneciendo dentro del orden procesal vigente en Argentina, al contener éste ya otros interdictos provenientes del derecho romano (por ej. el de obra nueva), parece estar más acorde con el sistema

jurídico argentino y con sus garantías procesales. Nuestro informante clave destacó, por último, la existencia de medidas precautorias más abundantes y creativas en los fallos de la CABA, como las de no innovar, no hacer, hacer, etc., e incluso las innominadas, a lo que debe agregarse como constatación de la presente investigación, las amplísimas libertades probatorias de oficio que tiene el juez por el art. 32 de la ley General del Ambiente 25.675. Todo ello, también da cuenta de la existencia de una especie de ‘derecho pretoriano’, de un ‘activismo pretoriano’ en la jurisprudencia argentina.

Más bibliografía: I.H.GOLDENBERG, *El régimen jurídico de las aguas como bienes públicos*, en Revista jurídica. S. M. de Tucumán. t 2. n° 28 (1990), 41-46; M. MATHUS ESCORIHUELA-A. MOYANO, *La aptitud de las aguas para satisfacer usos de interés general como fundamento de su carácter de bienes públicos*, en Mendoza: Idearium, 1983; A. ALTERINI-R. LOPEZ CABANA, *Los daños al ambiente en el marco de la realidad económica*, en LL 1992-C-1026A; E.I. SAUX, *La acción de daño temido como mecanismo preventor del perjuicio todavía no causado*, en JA 1994-III-705; J. BUSTAMANTE ALSINA, *Derecho ambiental*, Buenos Aires 1995; A.M. MORELLO, "Anticipación de la Tutela", La Plata 1996; J.W. PEYRANO, "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", en ED 169-1345; "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", en La Ley, 1998-A-968; J.M. GALDÓS, *El contenido y continente de las medidas autosatisfactivas*, en J. PEYRANO, "Medidas Autosatisfactivas", Santa Fe 2001; A.M. MORELLO-C.B. SBDAR, *Acción popular y procesos colectivos: hacia una tutela eficiente del ambiente*, Buenos Aires 2007; *Medidas cautelares: cuestiones actuales*, Buenos Aires 2006; D. PIZARRO, LA ROCCA, *Derecho de Daños. Libro Homenaje al Prof. Feliz Trigo Represas* (Dir. Aida Kemelmajer de Carlucci), Buenos Aires, 1993, ps. 287-337; A.A. ALTERINI, *Contratos Civiles-comerciales, de consumo. Teoría General*, Buenos Aires, 1998; E. LOPEZ HERRERA, *Los Daños Punitivos*, Buenos Aires, 2008; J.C. DIAZ-J.S. ELIAS-A. GUEVARA, *¿Los Daños Punitivos, aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio*, en JA 2003-II-961; D.F. MARTINOTTI, *Los Daños Punitivos en el proyecto de Código Civil de 1998*, en LL del 12/11/2001; R. VAZQUEZ FERREYRA (dir.), *Nuevas Categorías de Daños en la Ley de Defensa del Consumidor, Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, en La ley, Buenos Aires, 2008, p. 123; A. VERGARA BLANCO, *El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. "Publicatio" y derechos reales administrativos*, Suplemento 49, en Derecho Administrativo. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica 16, Buenos Aires 2004.

Ejercicio: v. fallo “Defensor de Pobres y Ausentes N° 1, Dr. Di Tella Enzo Mario c/ Municipalidad de Paso de la Patria | medida autosatisfactiva”, Juzgado de Paz de Corrientes, 2-6-2010; v. críticas de L. Diez Picazo y S. Picasso a los daños punitivos, y fallos Grimshaw v. Ford Motor Company, 119 Cal App 3d 757 (1981); Rookes v. Barnard; BMW of North America v. Gore, 517 U.S 559 (1996), y StateFarm v. Campbell 538 U.S 408 (2003).