



EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS PARA USOS AGRÍCOLAS -AGUAS SUBTERRÁNEAS-

por

*Fernando P. Brebbia**

“... La relación tierra-agua es algunos de los aspectos a tomar en cuenta por el derecho agrario”.

“El agua influye directa y necesariamente sobre el factor básico tenido en cuenta por el derecho agrario -la tierra- y las industrias que en ellas se asientan y procuran producciones vegetales o animales; la tierra sin el agua, no es factor de producción”

Adolfo Gelsi Bidart

Sumario

1- Derecho agrario y derecho de aguas; 2- Algunos datos estadísticos acerca del agua; 3- Los usos del agua; 4- Aguas públicas y aguas privadas; 5- La utilización del agua para la agricultura; 6- El tratamiento legal de las aguas para la agricultura en los países del Mercosur: A) Argentina; B) Brasil; C) Paraguay; D) Uruguay; 7- Evolución legislativa del régimen de las aguas subterráneas en el derecho agrario comparado; 8- Modernas tendencias sobre el dominio de las aguas subterráneas; 9- Las leyes de aguas de España e Italia.

I

1 - DERECHO AGRARIO Y DERECHO DE AGUAS

Como ha señalado el profesor Adolfo Gelsi Bidart la relación entre tierra y agua es alguno de los aspectos que el derecho agrario debe tener en cuenta y ello importa establecer si la regulación de las aguas compete al derecho agrario; constituye una disciplina autónoma, o bien si su estudio corresponde a diversas ramas del derecho cada una de las cuales debe ocuparse de examinar determinados aspectos, o mejor, de distintas formas de su uso y aprovechamiento¹.

En ocasión del Congreso del Comité Europeo de Derecho Rural realizado en Tenerife en 1985 se sostuvo que la ordenación jurídica de las aguas con fines agrarios debe plantearse en

* Profesor Titular en la Universidad Nacional de Rosario, del Litoral y de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Argentino de Derecho Agrario y del Comité Americano de Derecho Agrario.

1 Joaquín M.R. López, “El derecho de aguas en la legislación federal argentina”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T.XXVI, “Anales”, 1987, p.25. El autor entiende por derecho de aguas “el sistema de instituciones jurídicas que se refiere al dominio, uso, conservación y defensa contra los efectos nocivos de los recursos hídricos integrantes del sistema ambiental”.

el marco de la ordenación general de los recursos hidráulicos, teniendo en cuenta sus distintos usos y que su planificación y explotación ha de establecerse de acuerdo con el criterio del multiuso de los mismos².

Martín Retortillo en la ocasión recordada destacó la vinculación del derecho agrario con la tierra y el agua porque jurídicamente no son dos realidades separadas de modo que pueda disponerse separadamente una de otra; el agua se concede para un fundo determinado y en consecuencia siendo la tierra la que tiene “derecho al agua” su extensión no puede ser mayor de las necesidades del fundo.

No parece distinta la opinión del notable agrarista italiano Giovanni Galloni cuando nos enseña que el fundo constituye el elemento especial y típico de la organización en la agricultura y que lo que distingue a la empresa agraria respecto de otros tipos consiste en que la organización hacendal necesaria a los fines de la producción se realiza en torno a un bien principal (la tierra), por lo que como apunta Pugliatti dicha organización es centrípeta, aunque no es menos cierto que en la agricultura moderna el bien principal puede no ser sólo el fundo como hecho físico o natural sino la tierra “destinada a la producción”. Recuerda Galloni que el fundador de nuestro derecho Giangastone Bolla encontraba en las fuentes del derecho romano que el “*fundo*” es una cosa *unitaria* e inescindible calificado no por su extensión sino por la *destinación subjetiva a un objeto*, ya que sin ella se convierte en un pedazo de tierra cualquiera y considera que su estudio debe ser encarado precisamente bajo ese perfil, como acto de destinación fundiaria de la tierra, esto es como un acto de transformación de la tierra en un instrumento de producción agrícola, o bien bajo un perfil objetivo, como *base* de un ordenamiento productivo que tiene una propia finalidad que se ha impreso con el acto de destinación; agrega que se ha hablado de la hacienda agraria como un fundo organizado, como una “institución cosa”, el “*fundus instructus*” del derecho romano, como complejo de bienes destinados al objeto de la producción y que es este acto de organización lo que señala el pasaje del estudio civilístico del derecho de propiedad sobre la cosa al estudio agrarístico de la tierra como instrumento de producción y entonces la tierra deja de ser puro objeto de goce y se califica como instrumento de un ordenamiento productivo³.

Ahora bien, como enseña caracterizada doctrina agrarística el estudio del fundo bajo un punto de vista objetivo conduce al estudio y al análisis de su “unidad orgánica y funcional” “toda vez que el mismo está constituido por el *suelo, el agua y las mejoras* incorporadas a él por hechos naturales o la acción del hombre⁴.

Alberto Germanó incluye entre los elementos constitutivos del fundo rústico a las aguas superficiales o subterráneas que no tengan aptitud de “uso público de interés general”⁵. Oportunamente volveremos sobre el tema de las aguas subterráneas en el derecho comparado adelantando que en la legislación italiana contenida originariamente en el código civil se

2 XII Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Agrario, organizado por el C.E.D.R. 23-26 setiembre de 1985, en Tenerife (Isla de la Cruz) España.

3 Galloni, Giovanni, “Lezioni sul diritto dell’impresa agricola”, Nápoles, 1984, 2a. cd., p. 136 y ss.

4 Ibid.

5 Germanó, Alberto, “Manuale de Diritto Agrario”, Torino, 1997, p. 138. El autor efectúa esta observación porque si existiera un uso público “de interés general”, las aguas no serían privadas, sino públicas. Ver p. 27.

encuentra derogado por la ley n°. 36 de fecha 5 de enero de 1994 que declara públicas todas las aguas superficiales y subterráneas aún las no extraídas del suelo.

Nuestro maestro Adolfo Gelsi Bidart ha sido sin duda uno de los contados agraristas que han estudiado profundamente las relaciones entre el Derecho Rural (como denominaba a nuestro derecho) y los recursos hídricos, y ella es la razón que creo justifica que nuestro pequeño aporte al justiciero homenaje que el derecho agrario mundial le rinde hoy se refiera a las aguas para la agricultura.

Sostiene el gran jurista uruguayo que en cuanto al problema de la relación entre nuestro derecho y las aguas cabe adoptarse un criterio que consiste en considerar el recurso natural (agua) e incluir en *una sola* disciplina toda la conducta humana vinculada con la misma; de este modo se toma la realidad natural del agua como elemento para la navegación y flotación, como medio de vida para determinadas especies vegetales y animales, como factor de productividad de la tierra, medio indispensable para mantener la vida de los hombres, animales y plantas, y factor de establecimientos industriales o fabriles. Considera el profesor Gelsi que el agua como tal, aunque se encuentra especialmente en la zona rural, aunque discorra por ella sin cauce o en cauces naturales o artificiales, también se da lógicamente en la zona urbana, por lo que si bien es fundamental para las industrias agrarias, también lo es, aunque en menor medida para otras industrias, todo ello sin contar que es de indispensable utilización para la vida⁶.

Recuerda Gelsi que había señalado que la distinción entre Derecho de Aguas y Derecho Agrario “sólo podría estimarse segura si este último asentara su peculiaridad en la referencia a la *tierra* como factor productivo y, por ende, a las industrias naturales vinculadas a ella, industria de productos naturales *vivientes*, vegetales o animales”, aunque aclara que este punto de vista hoy no lo comparte “in totum” por cuanto prefiere centrar la “agrariedad” más bien en la actividad humana que tiene por objetivo la bio-naturaleza, sin perjuicio de considerar la tierra “lato sensu” y al ambiente natural abarcando los vegetales y animales que en ella se encuentran y también al agua que corre por la misma⁷.

En este orden de ideas el maestro (como recordamos al iniciarse este trabajo) concluye diciendo “que la relación tierra-agua *es uno de los aspectos* a tomar en cuenta por el derecho agrario” haciendo referencia a que la legislación uruguaya se ocupa al propio tiempo de la conservación de los suelos y de las aguas y que por lo demás esta influye sobre el factor básico tenido en cuenta por el D. A., la tierra, y sobre las industrias que en ella se asientan y procuran producciones vegetales y animales; agrega “la tierra sin el agua, no es factor de producción”. Todo lo expuesto mueve al maestro a afirmar “*que la legislación sobre el agua, en lo fundamental debe ingresar en el estudio del derecho agrario*”⁸.

6 Gelsi Bidart, Adolfo, “Código de Aguas de la R.O.U”. - Concordado y anotado, Ed. Jurídicas - Montevideo, 1981, p. 25.

7 Gelsi, Op. Cit., p.26.

8 V. también “Metodi e contenuti del Diritto Agrario Moderno”, Milano, Ed. Dott. A. Giuffrè, 1986, p. 206, Gelsi Bidart, Adolfo, “El Derecho Agrario como ciencia jurídica, visto desde América Latina”.

Marienhoff⁹ considera que “el estudio de puntos aislados de la legislación de aguas puede tener cabida en *distintas materias según cual sea el punto estudiado*”, “pero el estudio integral de la legislación de aguas no cabe en el programa exclusivo de alguna de las materias, asignaturas o cursos” y que igual dificultad se produce cuando se desea establecer la rama del derecho público o privado que corresponde el estudio de las aguas”; por lo que “*no es posible decir en términos generales a que ramas del derecho pertenece el estudio de las aguas*” y en verdad su estudio no pertenece exclusivamente a materia alguna y tampoco pertenece en forma exclusiva a alguna rama del derecho ya que el estudio *integral* es de enciclopedia jurídica y “debe erigirse en *disciplina autónoma*”.

Por nuestra parte coincidimos con el maestro que hoy recordamos ya que sin duda alguna el D. A. no puede desconocer y menos negar la fuerte e inseparable relación que existe entre la tierra y el agua lo que no debe dejar de ser tenido en cuenta por nuestro derecho; por tal razón los recursos hídricos no pueden estar ausentes del objeto y contenido del derecho de la agricultura pero ello no significa la exclusión de otros sectores de las ciencias jurídicas, ni tampoco su estudio en forma integral como lo han hecho en nuestro país, Spota, Marienhoff, y Allende entre otros grandes juristas. La circunstancia que como queda dicho el agua es uno de los elementos que integran el fondo (*fundus instructus*) nos impide soslayar el tema en cuestión dentro del ámbito de nuestra materia.

Pensamos también que los distintos usos del agua a lo que nos referiremos más adelante, está demostrando que sin perjuicio de que una normativa general de la utilización del agua sea conveniente y tal vez necesaria y que el derecho de aguas como objeto de estudio pueda erigirse en disciplina autónoma de acuerdo con la muy respetable opinión de Marienhoff, a la que adhiere parte considerable de la doctrina, de ningún modo puede ser óbice a que el uso del agua en relación con la agricultura sea especialmente estudiado dentro de nuestra disciplina como un aspecto de relevante importancia referido a la propiedad y al uso de las aguas en esta actividad que por otra parte “influye directa y necesariamente sobre el factor básico tenido en cuenta por el D. A., la tierra y las industrias que en ellas se asientan”.

2 - ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS ACERCA DEL AGUA

Nos parece conveniente y necesario tener en cuenta algunos aspectos y estadísticas referidos a los recursos hídricos, de nuestro planeta, tal vez insuficientemente conocidos, que nos servirán para comprender mejor la necesidad de la adecuada regulación legal del agua de acuerdo con los distintos usos a que se destina, a la preservación del recurso y su uso racional, como al control de su cantidad, sanidad y calidad. Ello permitirá apreciar sin duda las bondades o defectos de la legislación sobre el tema en el ámbito del derecho comparado.

Según reciente información estadística¹⁰ existen en el mundo 1.400 millones de kilómetros cúbicos de agua, pero el agua dulce, indispensable para el uso humano, el riego y la

9 Marienhoff, Miguel S., “Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas”, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II - Obras - Número 9, Distribuidor Abeledo - Perrot.

10 Datos obtenidos de la Revista “La Nación”, Buenos Aires. (Argentina) 21/1/1999, p. 18, “En busca del agua perdida”, por Leila Guerrero.

industria sólo representa el 2,5% de ese total, la mayoría de ella se reparte entre los casquetes polares, glaciares y el agua freática, de lo que resulta que es disponible para el uso humano sólo el 0,26% constituido por lagos, ríos y lagunas. La utilización agrícola del agua es de alrededor 2.500 kilómetros cúbicos y su consumo se ha multiplicado por siete desde principios de este siglo; del total del agua consumida sólo el 8% es utilizado para la alimentación; la industria consume el 23%, y *el porcentaje más alto se gasta en el riego*. Debemos agregar que el 97% del agua corresponde a los océanos, y el 3% al agua dulce, y de ella el 79% corresponde a hielos y glaciares, el 15% a aguas dulces de fácil acceso, y el 20% a aguas subterráneas. Pareciera que ello demuestra el papel principal e imprescindible del recurso hídrico en la explotación agrícola y porqué su estudio en el ámbito de las ciencias de la agricultura se hace necesario.

3 - LOS USOS DEL AGUA

El académico Miguel S. Marienhoff en su importante obra dice que “son tan grandes y numerosas las utilidades que el hombre obtiene del agua, que resulta difícil agotar su enunciación”, ya que además de constituir un elemento indispensable para la vida humana y animal, el agua sirve como vehículo para el comercio, como medio de comunicación, representando en este orden de ideas, el más económico de los caminos, empleada como fuerza motriz, representa el más económico de los motores, aplicada a la irrigación, actúa como elemento de fertilización, *como factor poderoso y a veces indispensable para el desenvolvimiento de la agricultura*; constituye la base de la higiene personal y pública, a través de la pesca, representa un medio natural de subsistencia; y no sólo ventajas de orden material reportan las aguas, además sirviendo de campo para el deporte proporcionan un gratisimo lugar de esparcimiento¹¹.

Sebastián Martín Retortillo en su relación de apertura al Congreso Europeo señalaba que la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos está siempre condicionada y depende de las características geográficas y naturales de cada país y que en definitiva es relevante en cada caso y aparece condicionada con la abundancia o escasez del recurso.

La doctrina ha señalado la necesidad de tipificar los diferentes usos o aprovechamiento del agua que servirá para determinar la relación existente entre cada uno de ellos y el orden de prioridad que resulta en casos de que no exista en una cantidad tal que satisfaga a todos. La prioridad sin ninguna duda primeramente corresponde al abastecimiento de las necesidades humanas y la alimentación de las poblaciones en que vive, y seguidamente, en la mayor parte de los casos, a su utilización agrícola con priorización a su utilización para fines industriales; así lo establece la vigente legislación italiana a la que nos referiremos adelante. En nuestro país apenas un 10% del agua dulce se destina al consumo público; el 70% se emplea en el riego de la agricultura y el 20% restante en la industria. No obstante debe tenerse presente que la utilización del agua para consumo humano ha crecido con mayor rapidez que la población y que el gasto per cápita promedio por año es de 800 metros cúbicos y se ha triplicado desde mediados del siglo.

11 Marienhoff, Op. Cit. , p.51.

4 - AGUAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

La ordenación jurídica de las aguas y el tratamiento de los recursos hídricos constituye un tema principal el que se refiere a su titularidad y que nos lleva a su clasificación en *aguas públicas* y *aguas privadas* que conlleva a un tratamiento jurídico distinto para unas y otras “y que tiene una muy específica e importante consecuencia práctica en relación con la utilización de los recursos hídricos para usos agrícolas apuntando *“que las aguas privadas se destinan básicamente, en su casi totalidad, a esa finalidad”*.”

La relación aguas públicas y privadas está ligada o vinculada con la escasez o abundancia de las aguas y el autor citado nos dice que en los países del norte de Europa (escandinavos, y anglosajones) las aguas tienen fundamentalmente la condición de privadas precisamente por su abundancia.

Anota Retortillo en su mencionada relación al congreso europeo que la titularidad pública se basa en los distintos países a veces en la consideración del recurso como “res nullius”, a veces en la riberaneidad a favor del titular del fundo ribereño, o “en criterios vinculados con la naturaleza de los predios por donde nacen, discurren o subyacen; o en fórmulas de carácter excluyente según las cuales serán aguas privadas las que no tengan la expresa calificación de aguas públicas”.

Dice el profesor Marienhoff en su obra “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, que el agua en sí misma no es pública ni privada por lo que no en todos los países su condición jurídica es idéntica y es así porque el problema del agua no en todas partes es el mismo, pues son las características y las necesidades locales lo que influyen en el carácter público o privado; por ello las aguas públicas lo son por su “*afectación*” o “*destino*” y no por su propia esencia o naturaleza teniéndose fundamentalmente en cuenta la importancia que tenga para determinado país o región.

Naturalmente que las aguas privadas son las que pertenecen al dominio de las personas que las poseen o sea un derecho idéntico al que ejercen sobre sus demás bienes.

Marienhoff nos enseña que en el sistema legal argentino, al que luego volveremos, las aguas deben clasificarse según las personas a quien pertenecen y del código civil argentino resultaría la siguiente clasificación:

a) *Aguas públicas*: 1) El mar territorial (art. 2.340, inc. 1º, 2) Los mares interiores y bahías, ensenadas, puertos y ancladeros y demás aguas que bañan las playas, 3) los ríos, sus cauces y todas las aguas que corran por cauces naturales, y toda otra agua que *tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general*, comprendiéndose las *aguas subterráneas*, en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación, 4) Las playas del mar y las playas de los ríos navegables en cuanto su uso sea necesario para la navegación, entendiéndose por playas del mar la extensión de tierra que las olas bañan y desocupan en las más altas mareas, y no en ocasiones extraordinarias de tempestades. 5) Los lagos navegables y sus lechos. 6) Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río o, en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares.

b) *Aguas privadas*: 1) Aguas pluviales que caen en terrenos de particulares, 2) Aguas de fuente que brotan en terrenos privados (art. 2.637), 3) *Aguas subterráneas extraídas en fundos*

privados (art. 2.518), (según el código civil modificado por la ley 17.711), 4) Vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (art. 2.350).

5 - LA UTILIZACIÓN DEL AGUA PARA LA AGRICULTURA

En el citado Congreso que organizara el C.E.D.R. en 1985 la primera Comisión en sus conclusiones generales sostuvo que la ordenación jurídica de las aguas con fines agrícolas debe ser planteada en el marco de la ordenación general de los recursos hídricos, teniendo en cuenta sus diversos usos destacando que “el agua es elemento esencial e imprescindible para el desarrollo económico y social y, en concreto, para el sector agrícola”.

La Comisión entendió que en la determinación de los distintos tipos y aprovechamiento de las aguas, los de carácter agrícola deben comprender no sólo los específicos para riego, sino también todos aquellos relacionados con las actividades agrícolas y determinadas industrias de este mismo carácter. Además se consideró marcadamente positiva la utilización colectiva de las aguas para usos agrícolas, sean públicas o privadas, superficiales o subterráneas, a través de fórmulas societarias, asociativas, comunitarias, consorciales o cooperativas.

Sostuvo asimismo que “el tratamiento del régimen jurídico de la propiedad y utilización de las aguas para usos agrícolas debe plantearse en el marco de la ordenación del territorio y de acuerdo con su consideración como elemento esencial del medio ambiente, que es preciso conservar y garantizar”. Se trataron como cuestiones de capital importancia todo lo referente al mantenimiento y mejora de la adecuada calidad de los recursos en cuanto la alteración de las condiciones que pueden constituir una agresión al medio ambiente y la necesidad de establecer y limitar técnicas y formas de gestión de la explotación agraria como las relativas a la utilización de determinados abonos o pesticidas, evacuación de vertidos de explotación ganadera, etc.

II

6 - EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS AGUAS PARA LA AGRICULTURA EN EL MERCOSUR

A) República Argentina

Como señala Spota es en el Código Civil que regula el derecho privado común donde hallaremos, al menos originariamente, las reglas fundamentales sobre el derecho de aguas en general recordando que Vélez siguió el ejemplo de la legislación civil de Francia e Italia, “las cuáles sancionan los principios relativos a la dominialidad de las aguas que deben considerarse del dominio privado”¹².

12 Spota, Alberto G. , “Tratado de Derecho de Aguas”, Bs.As., 1941, T. I. p. 26.

Siguiendo al autor citado enumeraremos brevemente los principios que rigen la materia con anterioridad a la reforma introducida en el año 1968 por ley 17.711, a saber: 1) Principio de la dominialidad pública de los mares territoriales, cursos de aguas y lagos art. 2.340, cuyo inc. 3º expresa “que constituyen parte del dominio público los ríos y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales”; 2) La concesión administrativa del aprovechamiento especial de las aguas públicas; 3) Dominio privado de determinadas aguas que no corren por sus

a) Las aguas subterráneas

No es necesario detenernos en explicar la importancia del riego en la agricultura y por lo tanto del uso del agua subterránea con esta finalidad. Mario F. Valls recuerda que en una cuarta parte de América latina no hay agricultura sin riego, mientras que en el resto el riego puede ser necesario para cubrir déficits estacionales y mejorar el rendimiento unitario¹³.

Ahora bien Vélez no se refirió expresamente a quienes pertenecían las aguas subterráneas pero la propiedad de las mismas por el dueño del fundo resultaba del art. 2.518 C.C. en cuanto dispone que la propiedad del suelo se extiende "a toda su profundidad" y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos...". Como se ha señalado, "no habiendo una norma especial que contradiga esta disposición la doctrina y la jurisprudencia se inclinaban a considerar que las aguas subterráneas son *privadas* y que naturalmente pertenecían al propietario superficiario; así lo resolvió la Corte Suprema, en el "leading case", (provincia de Mendoza c/ Cías. de Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Buenos Aires al Pacífico s/Expropiación"¹⁴. En cambio, la reforma al código civil dispuesta por ley 17.711 (art. 2.340, inc.3º), se refiere ahora expresamente a las aguas subterráneas estableciendo que "quedan comprendidos entre los bienes *públicos*... toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de *satisfacer usos de interés general*, comprendiéndose las *aguas subterráneas*, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraerlas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación".

Guillermo L. Allende considera que la reforma importa la incorporación de una legislación expresa para las aguas subterráneas que antes no existía y que "pasa a la jerarquía de cosas del dominio *público*, que será nacional o provincial según la jurisdicción donde se encuentre" estando comprendida en el término genérico "de toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, pero con la singularidad de que el agua subterránea "juris et de jure" se presume que tiene esa cualidad; el carácter público se encuentra algo así como atenuado porque el dueño del fundo goza "del privilegio de extraerla conforme al ejercicio regular de su derecho de propietario del fundo y en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación que corresponde a la nación o a las provincias"¹⁵.

cauces naturales entre las que se encuentran las que nacen y mueren dentro de una misma heredad (art. 2.350), las pluviales que caigan o entren en fundos privados (art. 2.634/36) y las aguas subterráneas (art.2.340, inc.3º); 4) Restricciones al dominio establecidas por causas de interés público derivadas de la navegación y flotación; restricciones basadas en interés privado y público para la mejor utilización económica del agua; servidumbres de carácter forzoso en razón de interés público (servidumbres de acueducto para uso doméstico y de la agricultura; servidumbre de descarga (sobrantes de riesgo, de las industrias, avenamiento, etc.) impuestas por la ley; servidumbres de recibir agua de los predios ajenos y de sacar agua.

13 Valls, Mario F. "Tendencias y perspectivas del derecho y la administración del agua en la América Latina", Bs.As., 1976, p.3.

14 Fallos, T. 40, p. 242; J.A., T. 12, p. 648.

15 Allende, Guillermo L. "Derecho de Aguas", Ed. Univ. Bs.As., 1971, p.277.

Los antecedentes de la reforma a que nos referimos - dispuesta en la ley 17.711 - la encontramos, como lo recuerda Joaquín M.R. López¹⁶ en el derecho positivo italiano en la ley de 1.933 en forma mediata sobre aguas y aprovechamientos eléctricos¹⁷; la fuente inmediata nos dice ha sido la "Cuarta Conferencia Nacional de Abogados" (Tucumán, 1936 -"Bases para una legislación de Aguas -) que declaró que pertenecen al dominio público "las aguas que corren por causas naturales y las demás que *tengan o adquieran aptitud de satisfacer usos de interés general*, y en el punto 4º se aprobó la siguiente declaración, "la nación y las provincias dentro de sus respectivas jurisdicciones tienen el dominio sobre las aguas subterráneas, reconociéndose el derecho del propietario para extraerlas en la medida de sus necesidades con sujeción a la reglamentación correspondiente".

La reforma a que nos hemos referido ha originado importantes discrepancias en cuanto a su constitucionalidad toda vez que de ella resulta que se ha hecho ingresar a las aguas subterráneas al dominio público sin otorgar indemnización a quién las poseía ya que eran de propiedad del superficiario. En este sentido Allende¹⁸ considera que se trata en el caso de una *expropiación genérica* violándose la garantía constitucional, pero entiende que solo existe perjuicio patrimonial cuando el agua subterránea se encuentra en *explotación* y no cuando se haya en el interior de la tierra. Por su parte Guillermo J.Cano¹⁹ estima que la expropiación no cabe cuando se trata de un derecho en expectativa y tampoco cuando media otra compensación en el caso que le sean concedidas, pues en tales supuestos se ha compensado el daño patrimonial. Marienhoff en cambio piensa que la reforma es inconstitucional y que las aguas continúan siendo privadas aun en el supuesto que los superficiarios no hubiesen alumbrado las mismas y el Estado deben indemnizarlas por privarles de una propiedad que les pertenecía²⁰.

Finalmente Moisset De Espanés²¹ en posición que comparte López sostiene que las aguas subterráneas alumbradas *antes* de la reforma "pasan al dominio público previa indemnización", pero no ocurre lo mismo cuando se trata de aguas no aprovechadas toda vez que no son susceptibles de valor y por lo tanto no podían haberse incorporado a su patrimonio (art. 2.312 y nota) por lo que no corresponde indemnización alguna. López²² expresa que las

16 López, Joaquín M. R. "El derecho de aguas en la legislación federal argentina", Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año 1987, p. 36.

17 López enseña que en el derecho argentino no existe una afectación de las aguas privadas para satisfacer el interés general al dominio público, si no una declaración genérica de utilidad pública, quedando la afectación librada a la discrecionalidad de las autoridades públicas, las cuales evaluarán en cada caso la aptitud que tienen para satisfacer usos de interés general e indemnizarán al particular afectado por la expropiación de sus aguas; agrega que las aguas que tengan o adquieran aptitud para satisfacer usos de interés general las provincias deben otorgar su concesión sin otro requisito cuando el titular de la perforación opte por no reclamar indemnización (Op. Cit. p.43).

18 Allende, Op, Cit.

19 Cano, Guillermo J. "Estudios de Derecho de Aguas", Ed. Valerio Abeledo, Mendoza, 1943, p. 274.

20 Marienhoff, Op. Cit

21 Moisset De Espanés, Luis, "Retroactividad de la Ley y el nuevo Art.3º del Código Civil" (Derecho Transitorio). Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1976, p.77 y siguientes.

22 López, Op. Cit. pág.43.

aguas subterráneas alumbradas con anterioridad a la reforma pertenecen al dominio de los particulares y están sujetas a indemnización la que una vez abonada *ingresan* al dominio público. Agrega este autor que en el caso que las aguas que tengan o adquieran aptitud para satisfacer usos de interés general, las provincias deben otorgar la concesión sin otro requisito cuando el titular de la perforación opte por no reclamar la indemnización.

b) Aguas de fuentes y vertientes

El art. 2.350 C.C. dispone que “las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen en uso y goce al dueño de la heredad”; a su vez el art. 2.637 expresa que “las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen cursos de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados”.

Dos observaciones surgen de inmediato en relación a las normas transcriptas; en primer las aguas en cuestión son aguas subterráneas en cuanto el art. 2.637 se refiere a las aguas que *surgen*, no obstante lo cual se trata de aguas privadas a diferencias de las demás aguas subterráneas que han pasado a ser, como acabamos de ver, del dominio público.

Antes de la reforma de la ley 17.711 han existido distintas interpretaciones respecto de los términos empleados en la ley.

Dice Allende que el lugar “donde el agua subterránea sale a la superficie, aflora, brota, toma el nombre de *fuelle*, *manantial* y también *vertiente*”²³; en cambio Spota distingue el manantial de la vertiente pues esta última no es agua subterránea ya que tiene otro nacimiento; “es el agua que baja de la montaña por la acumulación de nieves”.

c) Aguas pluviales

El art. 2635 determina que las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde *cayesen* o *entrasen*, y es libre disponer de ellas o desviarlas, sin detrimento de los terrenos inferiores, y el art. 2.636 agrega que “todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido. Marinhoff²⁴, entiende que las aguas caídas en heredades particulares se adquieren por “*accesión*” con arreglo al art. 2.571 del C.C., otros autores en cambio las consideran *res-nullius* lo que no podría sostenerse en nuestro derecho porque como hemos visto el art. 2.535 dispone que tales aguas “*pertenecen*” a los dueños donde *cayesen* o *entrasen*.

23 Allende, Op. Cit.

24 Marinhoff, Op. Cit. pág. 190 y ss.

B) La propiedad y el uso del agua en la agricultura en la República Federativa del Brasil - El agua subterránea

a) Algunos antecedentes

En su enjundioso trabajo para las Naciones Unidas sobre la organización de los recursos hídricos para la irrigación en el Brasil²⁵ el profesor Joaquín M. R. López señala que el estudio del régimen constitucional es imprescindible como básico y condicionante de toda la legislación de un país, aserto que se comprueba como veremos al analizar la constitución vigente del Brasil en relación con sus precedentes, en cuanto esta última contiene un conjunto de normas, a las que nos referiremos de inmediato, de singular importancia para el estudio de su régimen de aguas.

La constitución que rige al Brasil, vigente desde 1988, tiene como primer antecedente la constitución de 1824 que carecía de normas relativas al régimen jurídico de las aguas limitándose a mencionar las vías públicas y los ríos entre los bienes de la corona. A ella siguió la sancionada en 1891, vigente el régimen republicano, que consagró el derecho de la Unión para legislar sobre la navegación de los ríos interestaduais, facultad que fue ampliada en la constitución de 1934 que autorizó la competencia para legislar sobre aguas y energía hidroeléctrica fue extendida a cualquier corriente que se encontrara en terrenos de su dominio o que bañase más de un Estado o fuera contigua a naciones extranjeras; a su vez los Estados estaban habilitados para legislar sobre las aguas que no pertenecían a la Unión o de los Estados y que eran de pertenencia de los Municipios o de los particulares. Vigente esta constitución se sanciona el Código de Aguas que aún rige y del que nos ocuparemos más adelante. La constitución de 1937 mantiene la competencia privativa de la Unión; la siguiente constitución (1946) continua con la misma política hídrica, igual a la de 1967, pero esta última no acuerda a los Estados el derecho a legislar sobre esta materia.

b) La constitución de 1988 y el régimen de las aguas

A diferencia de las constituciones precedentes la hoy vigente en el Brasil contiene un número importante de disposiciones relativas a este recurso.

Corresponde recalcar en primer término que al referirse a la *competencia de la Unión* en el cap. II, art. 22 enumera en forma casuística los diversos asuntos de Estado que le corresponde legislar a la Unión; en el inc. I enumera al *derecho agrario*, además del derecho civil, comercial, penal, electoral, marítimo, aeronáutico, espacial y del trabajo, entre las materias que le corresponde legislar, y en el inciso IV agrega "aguas" y "energía". En el mismo capítulo (art.20) se describen los bienes de la Unión, entre ellos los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de aguas en terrenos de su dominio o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países o se extiendan a territorios extranjeros o provengan de él, así como los terrenos marginales y las playas fluviales (inc.II), y en el siguiente a las islas fluviales y

25 López, Joaquín M.R., "Aspectos legales e institucionales de la organización de los recursos hídricos para la irrigación en el Brasil", informe para el Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo - Gobierno del Brasil (Informe Técnico, Proyecto Bra/86/014, 1989.)

lacustres en las zonas limítrofes con otros países; las playas marítimas, las islas oceánicas y las costas; agrega, (art. VI) el mar territorial, el potencial de energía hidráulica (VI), los terrenos de marina y sus aumentos (VII).

Entre los *asuntos de competencia común de la Unión, de los Estados del distrito Federal y de los Municipios* (art. 23) se incluyen la protección del medio ambiente, la preservación de las florestas, la fauna, y la flora y el fomento de la producción agropecuaria. Los asuntos de *competencia concurrente* entre la Unión, los Estados y el Distrito Federal comprenden: legislar sobre florestas, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución (V).

A los *Estados Federales* le están *reservadas* las competencias que no le fueren prohibidas por la constitución y de acuerdo con el art. 26 se incluyen entre los bienes que le pertenecen: I *las aguas superficiales y subterráneas fluyentes, emergentes y en depósito*, salvo, las derivadas de obras de la Unión; II las áreas de las islas oceánicas y costeras que estuvieran en su dominio; III las islas fluviales y lacustres no pertenecientes a la Unión.

c) *El código de aguas*

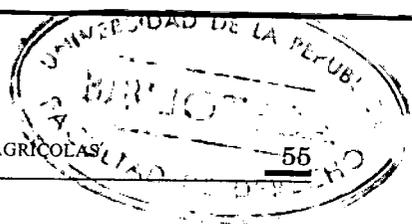
El código de aguas del Brasil data del 10 de julio de 1934 y fue sancionado por decreto n°. 24.643 basado en el proyecto del Dr. Alfredo Valladao que fuera preparado en 1907.

López²⁶ expresa que de la lectura de sus disposiciones se desprende que sus objetivos fueron los siguientes: 1) Regular las aguas terrestres en forma unitaria “como sistema de normas que permitan su aprovechamiento integral”; 2) Mantener la tradición legislativa de la riberaneidad, dando cabida a nuevas aguas públicas; el criterio tradicional de la navegabilidad para distinguir las aguas comunes no fue mantenido a ultranza y en cuanto a las aguas comunes y aún para las privadas se establecen normas tendientes a su uso eficiente; 3) La explotación de la energía hidráulica, adelantándose a las leyes de Estados Unidos y Francia.

El autor citado refiriéndose al código de agua considera que en su momento fue un modelo en el mundo por su adecuada técnica legislativa.

El código se encuentra dividido en tres libros el primero de ellos se refiere a las aguas públicas, las que como hemos visto se dividen en aguas de uso común y dominicales quedando sin efecto el requisito de la navegabilidad como condición para ser consideradas aguas públicas. Son también aguas públicas aquellas que se encuentran en tierras periódicamente asoladas por las sequías.

El libro segundo quedó derogado por estar en contradicción con los principios contenidos en la nueva Constitución y del tercero solo queda vigente la expropiabilidad de las aguas necesarias por razones de utilidad pública.



d) La irrigación

En 1979 se dicta la ley de irrigación n° 6.662, reglamentada en 1984 por decreto 89.496 que López²⁷ describe como “el instrumento legal que fija la política de irrigación y regula el uso de los elementos que confluyen para el desarrollo de las tierras áridas” debido a la escasa provisión de aguas, mal manejo del suelo y a una inadecuada estructura de la tenencia de la tierra, para lo cual se da preeminencia a la función social de la propiedad, la utilización pública del uso del agua y del suelo, y a la actuación principal o supletoria del poder público, según los casos, en la fiscalización de los proyectos de irrigación.

Los planes de irrigación se definen como el conjunto de acciones que tengan por finalidad el desenvolvimiento socioeconómico de determinadas áreas del medio rural a través de la agricultura irrigada y los proyectos públicos o privados de irrigación. Ganem²⁸ relaciona la irrigación con la estructura agraria, la política agrícola y de reforma agraria siendo la irrigación un medio para lograr el desarrollo agrario, cumplir los objetivos de la reforma agraria y lograr en definitiva la elevación social y económica del medio donde se aplica.

La política de irrigación persigue obtener la redistribución de tierras y estimular las actividades pecuarias por medio del cooperativismo obligándose a los regantes a asociarse en cooperativas.

Se establece que el uso de las aguas públicas para la irrigación dependerá de la previa concesión o autorización de la autoridad pública. Se consagra el principio del uso múltiple del agua pública.

e) Las aguas subterráneas

López señala que corrientemente las aguas subterráneas son definidas como aquellas que se encuentran debajo de la superficie de la tierra, en el subsuelo, pero sostiene que esta definición tiene el inconveniente de ser excesivamente amplia ya que abarca las *aguas subálveas* que derivan de una corriente superficial y que generalmente se reúnen nuevamente y pertenecen a la categoría de aguas corrientes, y a las aguas nacientes que son aguas subterráneas que surgen naturalmente a la superficie de la tierra pero que tienen un tratamiento específico, y por tales razones estima más adecuado denominar aguas subterráneas “aquellas que encontrándose en acuíferos bajo la superficie del suelo, son extraídas por la acción del hombre”.

En el sistema legal brasileño, similar al de otros países, incluida la Argentina, el código civil establece que la propiedad del suelo abarca lo que es superior e inferior en toda la altura y en toda la profundidad útiles a su ejercicio, pero agrega, no pudiendo el propietario oponerse a trabajos que estén emprendidos a una altura o profundidad tal que no tenga interés alguno en impedirlo”, por lo que las aguas subterráneas constituyen un elemento “que no necesariamente integra el dominio del suelo”.

27 López, *Ibid.*

28 Ganem, Nadir, “A Irrigação e a lei”, Editerra Editorial Limitada, Brasília, 1987, p.26 y ss.

El código de aguas regula las aguas subterráneas autorizando al dueño del terreno a apropiarse de ella por medios de pozos y galerías debajo de la superficie del predio, sin perjudicar ni disminuir las aguas públicas dominicales públicas de uso común o particulares, e impide abrir pozos junto a otro predio prohibiendo las construcciones que puedan contaminar o inutilizar el uso ordinario del agua. Debe tenerse en cuenta que al pasar las aguas subterráneas al dominio de los *Estados*, estas disposiciones quedaron sin aplicación (art. 26 - I).

Las aguas subterráneas en zonas de sequía son aguas públicas de *uso común*.

f) Aguas minerales

En cuanto a las *aguas minerales* están reguladas por un decreto ley del año 1945 (decreto-ley 8/8/45) y son aquellas provenientes de fuentes naturales o artificiales que posean composición química, o propiedades físicas o fisicoquímicas distintas de las aguas comunes y que posean características que confieran acción medicinal.

g) Aguas pluviales

Las aguas pluviales caídas en predios privados en zonas no asoladas por la sequía, es decir aquellas que provienen de las lluvias, siempre que conserven su individualidad, constituyen las únicas aguas privadas y se adquieren por accesión y constituyen "par - fundí" y su dominio se ejerce como uno de los derechos inherentes a la propiedad.

h) Usos del agua

Las aguas públicas son de uso común del pueblo tales como los mares, ríos, siendo su uso gratuito. Al lado del uso común existen los usos especiales que son aquellos que pueden realizar las personas que se encuentran en las condiciones que exige la ley y no tienen por objeto satisfacer necesidades indispensables para la vida. Como el agua es susceptible de diversos usos y ellos pueden ser conflictivos la ley establece prioridades en el uso.

C) El derecho de aguas en la República del Paraguay

a) La Constitución Nacional

La nueva constitución Paraguaya de 1992 no importa una simple reforma de la constitución de 1870 (que fuera modificada en 1940 para institucionalizar la reelección) que tenía por característica un claro perfil dictatorial, sino que constituye una nueva carta magna que participa de los caracteres de las constituciones liberales en la que coexisten con preceptos característicos del derecho constitucional con el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, los derechos procesales, la defensa de los intereses difusos, el derecho a la salud, a la educación y a la cultura y los derechos laborales.

Dentro del capítulo reservado a los derechos económicos se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites deben ser establecidos por la ley, "atendiendo a su función

económica y social”, declarándosela inviolable. Se considera a la reforma agraria como uno de los fundamentos para lograr el bienestar social consistiendo en la incorporación campesina al desarrollo tanto económico como social y a la eliminación de los latifundios improductivos, atendiéndose al “aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la preservación del equilibrio ecológico”.

b) El código civil

Paraguay había adoptado originariamente el código argentino redactado por Vélez Sarsfield el que más tarde fue reemplazado por la ley 1.183 en 1986. El “nuevo código civil” tiende a la unificación del derecho privado incorporando a los contratos clásicos del derecho civil, instituciones del derecho comercial tales como la letra de cambio, los contratos bancarios, el contrato de seguro, del cheque, etc. pero nada se dice de los institutos propios del derecho agrario²⁹.

c) El art. 1898 establece que son bienes del dominio público del Estado: las bahías, puertos y ancladeros; los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, y estos mismos cauces; las playas de los ríos, entendiéndose por playas las extensiones de tierra que las aguas bañan y desocupan en las crecidas ordinarias; los lagos navegables y sus álveos los que son declarados inalienables, imprescriptibles e inembargables. Pertenecen al dominio privado del Estado: las islas que se formen en ríos y lagos cuando pertenezcan a particulares (art. 1900).

El art. 1902 declara que la propiedad de los lagos y lagunas que no sean navegables pertenecen a los propietarios ribereños, y el art. 1908 establece que las *vertientes* que nacen y mueren dentro de la misma heredad pertenecen al dueño de ella.

En cuanto a las *aguas subterráneas* el art. 1956 establece que con las limitaciones contenidas en la ley “la propiedad de un inmueble además de comprender la superficie del terreno, se extiende a todo el espacio aéreo y al *subsuelo* que dentro de sus límites fueran útiles al ejercicio de este derecho. *No podrá el dueño impedir los actos que se realicen a tal altura o a tal profundidad cuando no tenga ningún interés en excluirlos*”.

D) La República Oriental del Uruguay

a) Los códigos rurales del Uruguay - Su importancia

Como enseña Gelsi “las principales disposiciones legislativas sobre el derecho de aguas en Uruguay fueron establecidas por la ley del 17 de julio de 1875 que promulgó el primer código rural que rigió en el vecino país durante 104 años cuyas normas, en lo fundamental, derivan de la ley española de 1866 sobre dominio y aprovechamiento de aguas, derogada en

29 En rigor el nuevo código paraguayo en el capítulo III relativo a la locación contiene referencias a los arrendamientos rústicos pero sin que los mismos sean regulados específicamente manteniéndose una concepción civilista.

el año 1941 por la ley 10.024 que aprobó uno nuevo, aunque quedaron vigentes algunas normas, y en especial su título III que llevaba el título del “Dominio y aprovechamiento de las aguas”; más tarde en 1968 se dicta la ley sobre “Conservación de suelos y aguas” (ley 13.667), cuyo título II se ocupa del alumbramiento de aguas subterráneas³⁰.

El viejo código que tanta importancia tuvo en la legislación uruguaya sobre recursos hídricos, no obstante su derogación muchas de sus disposiciones y en especial el título III continuaron vigente como decimos atribuyendo el dominio de las aguas públicas a las comunas y a la nación, en tanto las aguas privadas correspondían al ribereño, en unos casos, y al propietario del fundo en otros, además de las aguas consideradas “res nullius”.

También el código civil contenía normas respecto del dominio público, sobre los puertos, ríos navegables y flotables.

El código rural se refería al agua para el abastecimiento de las poblaciones, la navegación, la flotación, el riego, la ganadería, la industria, la pesca, y las aguas subterráneas.

b) El código de aguas

Se sanciona el 15 de diciembre de 1978 por ley n°. 14.559 que constituye un texto legal “de menor volumen que la sección III del código rural, no solo por el número de sus artículos, sino también por su desarrollo más sintético y porque expresamente descartó la Comisión Redactora dos temas de gran trascendencia: la pesca y el riego”³¹. En la redacción del código se tuvo en cuenta el proyecto de Mario Valls, asesor de la Cepal.

Debe tenerse presente que antes de sancionarse el Código de Aguas, la ley 13.667 de 1969, legisló sobre la conservación de suelos y aguas, aunque con mayor extensión y detenimiento sobre los suelos. En cuanto a las aguas el Ministerio de Agricultura y Pesca era la autoridad encargada de la conservación del recurso refiriéndose además al “Fondo de Alumbramiento de Aguas” estableciendo programas zonales para la conservación y utilización de los recursos hídricos.

El código de aguas declara de interés nacional la promoción protección y regulación del buen uso y la conservación de los suelos y las aguas, tanto superficiales como subterráneas, estando los habitantes de la república obligados a colaborar con el Estado para obtener estos fines debiendo los productores aplicar las técnicas que señale el M.G. y A. El P. E. es la autoridad nacional de aguas debiendo formular la política nacional, decretar reservas, establecer prioridades, revocar las concesiones, fijar cánones.

30 Gelsi Bidart, Adolfo, “Código de Aguas de la República Oriental del Uruguay”, ed. Jur. A. M. Fernández, Montevideo, 1981, pág. 16 y siguientes, y “Derecho Agrario y Ambiente”, Estudio del Derecho Agrario, Volumen 4°, ed. F.C.U., Montevideo, 1994, p. 243 y ss.

31 Gelsi Bidart, Adolfo, Op. Cit., ” Derecho Agrario... “, pág. 185.

c) *El dominio de las aguas*

El código declara (art. 15°) que integran el *dominio público* o el fiscal, todas las aguas y álveos que no estuvieran incorporados al patrimonio de los particulares a la fecha de vigencia del código, los que no podrán ser adquiridos por prescripción.

En cuanto a las *aguas pluviales* pertenecen al dueño del predio en que caen o se recogen mientras escurren por él, y en consecuencia el propietario del fundo pueda construir las obras necesarias para su captación, conservación y aprovechamiento. Pertenecen al dominio público las aguas pluviales que corren por torrentes y ramblas cuyos cauces sean del mismo dominio. Los propietarios de álveos³² no podrán construir en ellos obras que hagan variar su curso natural en perjuicio de terceros.

Las aguas surgentes son aquéllas que surgen naturalmente a la superficie y corren sin llegar a constituir río o arroyo, aún cuando finalmente se incorporen a ellos, perteneciendo al dominio público cuando corren en terrenos de dicho dominio, y al dominio privado cuando corran por terrenos de propiedad de éstos.

Los *ríos y arroyos* y sus álveos pertenecen al dominio público cuando sean navegables o flotables; en cuanto a los no navegables ni flotables pertenecen a los dueños de los terrenos en que se encuentran.

El código establece que todos podrán usar las aguas de los ríos y arroyos, con arreglo a la reglamentación “para las primeras necesidades de la vida, si hubiere camino público que las hiciera accesible, pudiendo los ribereños establecer barcas de paso y puentes de madera u otros materiales siempre que no embarquen el curso de la corriente y de acuerdo con los reglamentos”.

Integran también el dominio público las aguas y álveos de los *lagos, lagunas, charcas y embalses* que ocupan terrenos de propiedad del Estado y se alimentan con aguas públicas; las restantes son de propiedad fiscal o *particular* según ocupen terrenos fiscales o particulares.

d) *Las aguas subterráneas* pertenecen al dominio público aquellas existentes o que se alumbren en terrenos de dominio público; pertenecen al propietario del predio las aguas subterráneas que extrajera el mismo o también de quién las extrajera con permiso del mismo y autorización de la autoridad.

El código establece que la búsqueda de agua subterránea, las perforaciones y excavaciones del subsuelo para su alumbramiento, la instalación de maquinarias y equipos para extraerlas y las construcciones que se requieren estarán sujetos a los reglamentos y autorizaciones de la autoridad cuando se tratare de propiedad particular, o a los permisos o concesiones cuando se tratare de bienes de dominio público.

32 El art. 21° expresa que álveos de las corrientes de aguas pluviales es el terreno que éstas cubren durante sus avenidas ordinarias en barrancas, ramblas y otras vías naturales.

En los predios privados no se requiere autorización para excavar pozos para destinarlo solamente a la satisfacción de las necesidades de bebida e higiene humana y bebidas de ganados u otros usos domésticos.

Las aguas medicinales o mineralizadas son aquellas que por su temperatura, características físicas o composición química sean susceptibles de aplicación terapéutica o dietética en relación con la salud humana.

e) Uso del agua

El código rural establece el uso común de las aguas públicas y privadas para los menesteres esenciales de la vida y para la navegación. En cuanto a las aguas privadas pueden ser usadas por sus propietarios con tal que el mismo no sea abusivo ni perjudique a terceros.

El código de aguas legisla sobre los usos comunes y los usos privativos de las aguas.

Los usos comunes son aquellos que pertenecen a todos los habitantes para utilizar las aguas del dominio público y transitar por sus álveos, de acuerdo con los reglamentos y destinados a satisfacer las necesidades humanas, bebida del ganado, navegación y flotación, al transporte gratuito de personas o bienes, la pesca deportiva y esparcimiento, pero no se podrá derivar aguas, ni usar medios mecánicos para su extracción ni contaminar el medio ambiente, aunque el P. E. pueda autorizar respecto de las aguas del dominio público, otros usos comunes distintos a los enumerados, siempre que no se contrarie la política general de aguas y se respeten las obligaciones mencionadas precedentemente.

En cuanto al uso privativo de aguas del dominio público pueden ser concedido mediante permisos o concesiones de uso lo que se otorgaran cumpliéndose con las obligaciones relativas a la defensa ecológica, a la cobertura vegetal al buen estado de las obras, a la indemnización de los perjuicios, y evitar daños.

III

7 - EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL RÉGIMEN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS EN EL DERECHO AGRARIO COMPARADO

Las aguas subterráneas poseen una importancia indiscutible, tanto en lo que respecta a su uso para la alimentación y las necesidades humanas y de animales, como en su utilización en la agricultura mediante el riego en vastas regiones del orbe supliendo la insuficiencia de este elemento en determinados momentos o bien permanentemente en zonas de secano.

Hemos visto a través de la sintética explicación precedente del tratamiento jurídico que han tenido y aún tienen las aguas subterráneas en los países del Mercosur, cuya legislación contenida en los textos que han seguido los antecedentes de la codificación del siglo XIX han atribuido a los propietarios del fundo la propiedad de las aguas existentes en el subsuelo; un claro ejemplo lo constituye el código de Vélez que no legisló sobre las aguas subterráneas, sino que por aplicación del art. 2.518 fueron atribuidas al propietario de la superficie como una consecuencia natural de la teoría de la *accesión* en cuanto consagró el conocido criterio según el cual “la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad”, y “comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo”; Paraguay al adoptar el código

argentino siguió el mismo principio y el nuevo código (1.987) en el artículo 1.956 estableció también que la propiedad del suelo se extiende ... al subsuelo, aunque agregando "*que dentro de sus límites fueran útiles al ejercicio de este derecho*". En el párrafo final dispone que "no podrá el dueño impedir los actos que se realicen a tal altura o tal profundidad, cuando él no tenga ningún interés en excluirlo"³³. El código de Brasil como hemos recordado consagra el principio que la propiedad del suelo abarca lo que es superior o inferior en toda la altura y en toda la profundidad útiles a su ejercicio, agregando en forma similar al paraguayano "no pudiendo el propietario oponerse a trabajos que estén comprendidos a una altura o profundidad que no tenga interés alguno en impedirlo". El código Uruguayo establece en su artículo 748 que el derecho de propiedad "no se limita a la superficie de la tierra, sino que se extiende por *accesión* a lo que está sobre la superficie, y a lo que está debajo"; debe recordarse que el art. 487, inc, 1º establece que el derecho de gozar y disponer de una cosa se extiende "a todo lo que se le una accesoriamente".

Hemos visto también anteriormente, al referirnos al derecho argentino, que la reforma introducida por la ley 17.711 tomó como antecedente las conclusiones de la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados llevada a cabo en Tucumán (1936) que aprobó la Declaración sobre aguas subterráneas según la cuál "la Nación y las provincias, dentro de sus respectivas jurisdicciones tienen el dominio sobre las aguas subterráneas reconociéndose el derecho del propietario del fundo, para extraerlas en la medida de sus necesidades, con sujeción a la *reglamentación correspondiente*"; también aconsejó que la ley "deberá reglamentar la búsqueda, extracción y aprovechamiento del agua subterránea, inspirándose en los principios sentados por el código de minas".

De este modo los países que hoy integran el Mercosur han atenuado en cierto modo el rigor del principio según el cuál las aguas subterráneas integran el dominio privado.

La doctrina argentina adoptó distintas actitudes respecto de la reforma mencionada; Alberto G. Spota³⁴ se pronunció no solo en forma favorable sino que además de proponer que se declaren públicas, aconsejó que se aceptaran las conclusiones de la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados. Por su parte Marienhoff critica estas conclusiones de la Conferencia poniendo de relieve que ellas se inspiraron en la ley italiana de 1933³⁵ considerando que pueden adaptarse muy bien a un país viejo y muy densamente poblado pero es inadmisibles en Argentina donde diversos factores se oponen a ello.

8 - MODERNAS TENDENCIAS SOBRE EL DOMINIO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Antonio Soldevilla y Villar³⁶ refiriéndose a la ley española vigente a que más adelante nos referiremos dice que "seguramente su mayor innovación sea *la declaración de dominio*

33 El nuevo código paraguayano fue sancionado por ley 1.183 y comenzó a regir el 1º de enero de 1987.

34 Spota, Alberto, G., Op. Cit.

35 Marienhoff, Miguel, "Derecho de aguas", p. 134 y ss.

36 Soldevilla y Villar, Antonio, D., "Derecho Agrario - Lecciones", Vol. III, parte segunda, Valladolid, 1993, p.26.

público de todas las aguas continentales superficiales así como las subterráneas” y que esta declaración “no es más que la plasmación de la tendencia de la mayor parte de los legisladores más recientes incluso en países que gozan de suficientes recursos hídricos”, y que “el tema cumbre de la propiedad pública de las aguas subterráneas, que siempre en la historia fueron privadas, constituyó motivo de polémica ideológica entre los diversos partidos políticos” y señala que comentaristas como Menéndez Rexach y Díaz Lerma³⁷ sostienen que “la ampliación del dominio público hidráulico es consecuencia de la configuración del agua como recurso unitario que a su vez deriva de la unidad del ciclo hidrológico”.

Juan José Sanz Jarque³⁸ considera que la teoría según la cual las aguas subterráneas pueden pertenecer al dueño de la finca bajo cuya superficie se encuentran, en virtud del principio de la extensión ilimitada del dominio en sentido vertical puede considerarse “arrumbada”, y agrega que las aguas subterráneas son un patrimonio de la humanidad en tanto que merece la pena conservar y reglamentar su uso, máxime ante la creciente necesidad de agua dulce derivada de la explosión demográfica de la sociedad y de la creciente contaminación de los caudales ordinarios y que no se puede considerar válido el principio de que las aguas subterráneas pertenecen a perpetuidad a quiénes las alumbran.

9 - LAS LEYES DE AGUAS DE ESPAÑA E ITALIA

Con este criterio la legislación europea parece inclinarse decididamente hacia esta tesis y un buen ejemplo de ello son las leyes de España e Italia.

a) España

La primer ley de aguas de España data de 1866, reemplazada en 1879, la que ha regido durante más de cien años conteniendo el principio tradicional de que *las aguas subterráneas pertenecen al propietario del terreno*.

Desde 1.985 rige la vigente ley de aguas inspirada en las nuevas tendencias en cuyo preámbulo se declara que “el agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas, es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos constituyendo *un recurso unitario* que se mueve a través del ciclo hidrológico y que conserva una magnitud casi constante dentro de cada una de las cuencas hidráulicas; se trata de un recurso que debe estar disponible no solo en la cantidad necesaria, sino también con la calidad precisa, en función de las directrices de la planificación económica”. A ello debe añadirse los nuevos componentes *de no degradación del medio ambiente y del cumplimiento de la función social de la propiedad* por lo cual puede ser discutido, aunque nunca rechazable, *que modernamen-*

37 Derecho de Aguas en España, Madrid, 1986, p.110.

38 Sanz Jarque, Juan José, “Derecho Agrario”, Pub. de la Fund. Juan March, Madrid, 1975, p. 530.

te el dominio público recaiga sobre las aguas superficiales inclusive sobre las subterráneas³⁹.

La ley a que nos referimos tiene por finalidad la regulación del dominio público hidráulico, el uso de las aguas y las competencias atribuidas al Estado según el cual "las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario subordinado al interés general que forman parte del dominio público estatal".

Respecto de las aguas subterráneas se establece que el dominio público sobre acuíferos o formaciones geológicas por las que circulan las aguas subterráneas se entiende sin perjuicio de las obras de cada propietario que no tengan por finalidad extraer el agua.

Dice Soldevilla que la *publicidad de las aguas* es la gran aportación de la moderna ley y ello supone un instrumento jurídico que permite una ordenación racional de las mismas y la unidad del ciclo biológico constituye el fundamento de la ciencia hidráulica de nuestros días y comporta un régimen jurídico único para todos los recursos hidráulicos⁴⁰.

Puede decirse en síntesis que la regla general de la legislación española la constituye el dominio público, mientras que el dominio privado es la excepción, seguramente lo contrario de la filosofía decimonónica.

b) Italia

En Italia antes de la sanción de la vigente ley de aguas, nº 36 del mes de mayo de 1994 estaba vigente la división o clasificación clásica de las aguas en públicas y privadas; las primeras con arreglo al régimen legal establecido en el año 1933, por la ley nº 1.775 eran todas las aguas surgentes, fluentes y de los lagos, "y también las artificialmente extraídas del subsuelo, que *tengan o adquieran aptitud de uso público de interés general*"; aguas privadas eran en vez las existentes en un fundo privado no declaradas públicas que no tengan aptitud de uso público de interés general y en consecuencia el agua era susceptible de convertirse en objeto de propiedad privada⁴¹, pero esta posibilidad no dejó de ser observada porque su objeto (al fluir) es indeterminable toda vez que en virtud de su fluencia, nace, corre, se derrama y se encuentra en continuo movimiento siendo por lo tanto insusceptible de ser captada, ser sometida a una propiedad exclusiva y ello excluye la posibilidad de una propiedad privada.

Se ha sostenido que la concepción apuntada correspondía a un tiempo en que el agua se consideraba como un bien ilimitado al cual se podía acudir para satisfacer a diversas exigencias económicas y sociales y de este planteamiento, dice la profesora Porru, descendía la

39 "Comentario a la ley de aguas" ed. Civitas S.A., Madrid, 1987, p.79 y ss.

40 Soldevilla, Op. Cit. p.29.

41 Conf. Porru, Paola M., "Il diritto all'acqua è un diritto fondamentale? Riflessione sull'esperienza italiana" en Actas del Cuarto Congreso Mundial de Derecho Rural, Túnez, octubre de 1996, t.1, p.301. La ley de 1.933 constituyó el antecedente inmediato de las conclusiones de la Conferencia de Tucumán, de 1.933, ver supra.p.23.

cultura de la apropiación privada y tendencialmente ilimitada de las aguas; más tarde, advierte, esta concepción se modifica como consecuencia de la cuestión ambiental dándose lugar a aspectos represivos del inquinamiento, y agrega que con la sanción de la ley de 1994 se llega a un gobierno programado de los recursos hídricos atendándose entonces a los intereses de la colectividad, de los intereses hídricos y de este modo se llega a sancionar y reconocer la naturaleza pública de todas las aguas⁴² de la siguiente manera:

1) Todas las aguas superficiales y subterráneas, aún las no extraídas del suelo, son *públicas* y constituyen un recurso que es salvaguardado y utilizado según criterios de *solidaridad*.

2) Cualquier uso de las aguas es efectuado salvaguardando las expectativas y derechos de *las generaciones futuras a gozar de un íntegro patrimonio ambiental*.

3) Los usos de las aguas están dirigidos al *ahorro* y a la *renovación* de los recursos para no perjudicar al ambiente, la *agricultura*, la fauna y la flora acuática y los *procesos geomorfológicos y el equilibrio hidrológico*.

Del artículo 1º de la ley nº 36 resultan los principios rectores que inspiran a la nueva legislación italiana que derivan de la inapropiabilidad del agua, a saber:

a) La naturaleza pública de todas las aguas que entran a formar parte del *dominio público*, que por lo tanto son inenajenables y no pueden ser objeto de derechos a favor de terceros, sino es en el modo y con los límites establecidos en la ley.

b) La afirmación de una general dominialidad de las aguas repropone el antiguo principio de las aguas como “*res communis omnium*” que permite a todos el goce correcto del agua por lo que se puede decir que no estamos en presencia de un derecho subjetivo perfecto, pero si de interés legítimo por lo que el derecho al goce del agua a cualquier ciudadano con referencia a un bien *esencial* de la vida puede ser considerado como un “derecho fundamental”.

Los titulares de este derecho son todos los ciudadanos, pero *sobre todo las generaciones futuras*.

c) La ley sanciona el principio de la *solidaridad* como criterio fundamental en salvaguarda de la utilización del agua por lo que resulta prioritario el *consumo humano*, y en un segundo lugar su uso *agrícola*.

d) Se establece el principio que el uso del agua *no debe perjudicar el patrimonio hídrico ni la viabilidad del ambiente, la agricultura, la fauna y la pesca*.

Germanó⁴³, en su interesante y cuidado trabajo presentado al Congreso de Túnez, al que hemos hecho referencia nos dice que la declaración contenida en la ley italiana en el sentido

42 Op. Cit. p.304.

43 Germanó, Alberto, “La legge italiana 5 gennaio 1.994, n.º.36 in materia di risorse idriche: La proprietà delle acque”, en Actas del 4 Congreso de U.M.A.U. p. 143. El profesor italiano enseña que entonces, “en conclusión puede decirse que el Estado devenido propietario de todas las aguas superficiales y subterráneas del territorio italiano, ha asumido la función de *gestor del patrimonio hídrico nacional* a los fines, de un lado, de su conservación también para las futuras generaciones, y del otro de su utilización económica por parte de los empresarios agrícolas e industriales”. El autor citado en una brillante exposición que no podemos seguir dada la índole de este trabajo plantea el problema de la naturaleza jurídica del derecho sobre las aguas existentes en los predios de los sujetos privados.

que todas las aguas son públicas cuando tienen capacidad de adquirir *aptitud de uso público de interés general* no significa que sean de propiedad privada ya que todas las aguas pertenecen al Estado, pero con un régimen distinto, según que tengan o no dicha aptitud.

