

09689 | 90  
Consejo Federal de  
Inversiones



N/325  
United Nations  
Development Programme

Plan Agua Subterranea

ESTUDIOS DE DERECHO DE AGUAS

Tomo I

Del Derecho de Aguas. De la Naturaleza y  
Régimen Jurídico de las Aguas en General

por  
Dr. ALFREDO RAFAEL BRIDGE

San Juan

1970

PROYECTO DE INVERSIÓN  
EN LA INDUSTRIA DE LA ALUMBRADO

CONSEJO FEDERAL DE  
INVERSIONES

MINISTERIO DE INDUSTRIAS

DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES

Ley 11.723

ESTE DOCUMENTO ES DE NATUREZA CONFIDENCIAL  
ESTÁ PROTEGIDO POR LA LEY 11.723

Impreso en Argentina - Printed in Argentine  
Hecho en el depósito que marca la Ley 11.723  
(c) 1970 CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES  
Alsina 1401 Buenos Aires República Argentina

Este informe se eleva al Consejo Federal de Inversiones, previo a su aprobación por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, no representando necesariamente, por lo tanto, los puntos de vista de tal Organismo

# I N D I C E

## T O M O I

### ADVERTENCIA

### ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DE AGUAS EN LA REPUBLICA ARGENTINA

	Página
INTRODUCCION	1
A. EL DERECHO SUSTANTIVO DE AGUAS	6
1. El Dominio Hídrico	7
2. Régimen del Dominio Público	8
(a). Consideraciones generales	8
i. Elemento subjetivo	9
ii. Elemento objetivo	10
iii. Elemento teleológico	12
iv. Elemento normativo	13
(b). Titular de los bienes públicos y naturaleza jurídica de su derecho	14
i. Primera tesis (Bielsa - Marienhoff)	15
ii. Segunda tesis (Spota - V. Basabilvaso)	17
iii. Tercera tesis (Manuel María Diez)	19
(c). Régimen jurídico del dominio público	22
i. La inalienabilidad	24
ii. La imprescriptibilidad	26
(d). La formación del dominio público	26
(e). La afectación	29
(f). Extinción del dominio público	30
(g). Protección del dominio público	30

	Página
3. Aguas Públicas	32
(a). Aguas corrientes	32
(b). Las Aguas Marítimas	53
(c). Aguas Lacustres	62
4. Principios relativos a Aguas Privadas	64
(a). Aguas pluviales	64
(b). Aguas de fuente	70
(c). Aguas vertientes	81
5. Agua Subterránea	85
<b>B. EL DERECHO REGLAMENTARIO DE LAS AGUAS</b>	<b>85</b>
1. El Dominio Hídrico Público; Características. La existencia exclusiva de Derechos Reales Administrativos sobre el mismo	86
2. El aprovechamiento de las aguas públicas	94
3. Los Usos Especiales	95
(a). El permiso de ocupación	98
(b). La concesión de uso	100
4. El Derecho Reglamentario en materia de Agua Subterránea; Aplicabilidad de los Principios Generales. Nuestra opinión en materia de Reglamentación Provincial.	105
<b>C. ASPECTOS GENERALES DEL DESARROLLO DE LA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS HIDRICOS PARA IRRIGACION, EN ALGUNOS PAISES DE EUROPA.</b>	<b>109</b>
1. Austria	111
2. Bulgaria	113
3. Dinamarca	114
4. Francia	116
5. Israel	122
6. Italia	126
7. Polonia	129
8. España	133
9. Reino Unido	136
<b>NOTAS BIBLIOGRAFICAS</b>	<b>140</b>

## ADVERTENCIA

Es nuestro deber de conciencia aclarar, desde ya, que estos estudios de derecho de aguas que ponemos a la consideración del lector, no revisten -en forma alguna- el carácter de una obra doctrinaria, ni conforman un tratado / sobre la materia. Consideramos que nuestra joven experiencia en el campo de las ciencias jurídicas y, especialmente, aquella lograda en el vastísimo panorama que se abre frente a la consideración del problema general que plantea el aprovechamiento y desarrollo de los recursos hídricos, no nos son suficientes como para emprender ese tipo de trabajo.

Sin embargo, y restringiendo nuestro objetivo, para solo ofrecer una reseña jurídica de algunos problemas fundamentales en materia de aguas, con algunas notas sobre otros aspectos conexos, hemos tratado de volcar en forma / práctica, los lineamientos más importantes que puedan resultar de utilidad a quien pretenda tener alguna idea general sobre la amplitud y complejidad de los campos que comprende esta disciplina. En este sentido, debemos reconocer que la experiencia vivida a lo largo de cinco años en el Plan Agua Subterránea, nos ha sido sumamente útil y provechosa, por cuanto el contacto constante con un grupo selecto y distinguido de profesionales de distintas especialidades, nos ha permitido el poder adentrarnos en la comprensión de los fenómenos físicos-naturales y la influencia del medio, en el comportamiento de / las aguas en general, y de la subterránea en particular. Estos aspectos se / vieron completados por algunos estudios e incursiones en el campo de la administración, de la economía y de otras ciencias que consideran el problema.

Debido al objetivo que nos impusíramos, y a las necesidades que el trabajo tiende a satisfacer, una serie de problemas fundamentales no fueron intencionalmente tratados, entre los que mencionaremos el de la libre navega-ción de los ríos, el régimen de los ríos interprovinciales, el libre escurri-miento de las aguas, las servidumbres, etc.-

El presente trabajo, consta de dos partes; en la primera se ha esbozado el régimen substantivo y reglamentario general de las aguas, tratando de ofrecer un panorama práctico y, a la vez, sencillo. En la segunda parte, en forma específica, se ha estudiado el agua subterránea, desde el punto de vista del derecho comparado y nacional, tanto en materia substantiva como adjetiva; se han agregado algunas notas referentes a la administración, a importancia de los aspectos técnicos en el derecho de aguas y en la legislación, y, finalmente se han expuesto algunas conclusiones generales de utilidad práctica.--

## ESTADO ACTUAL DEL DERECHO DE AGUAS EN LA REPUBLICA ARGENTINA

### INTRODUCCION

El estudio del Derecho de Aguas, actualmente, ha llegado a adquirir una doble importancia que cabe mencionar desde ya. En primer lugar, desde el campo de la ciencia jurídica, la autonomía de esta rama se va acentuando, en cuanto se observa la necesidad de su estudio especializado desde el campo de su insipiente autonomía científico-didáctica, legislativa y jurídica, en nuestro medio. En este sentido puede decirse que marcan rumbo, la cátedra de Derecho de Aguas que se dicta en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, y la labor docente y de investigación que se lleva a cabo en la Provincia de San Juan, a través de la cátedra y del Instituto de Investigaciones de Derecho de Aguas dependientes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo. Por otra parte, y en segundo lugar, la importancia de esta rama jurídica se hace sentir, desde el campo de la investigación aplicada, en la programación de los esquemas para el desarrollo de las áreas agrícola-ganaderas -con carácter imperioso-, y en las regiones industriales y semi-industriales, principalmente. Pero, en general, el problema que significa dotar adecuadamente de los suficientes recursos hídricos a los centros poblados y agro-ganadero-industriales, involucra una tarea de investigación encadenada, que va desde la evaluación cuantitativa y cualitativa de las fuentes hídricas en general, pasa por las etapas de programación y planeamiento económico y político-social, y debe concluir en la recepción legislativa de las / pautas que orientarán en el devenir, la tarea del desarrollo económico, la / labor individual de los diversos usuarios y la imponderable función de gestión y decisión que debe cumplirse desde el plano de política del Estado. Es necesario crear y acentuar la conciencia de que en el estudio de los recursos hídricos, tal como ocurre en el plano de la conservación y regulación de otros recursos naturales-mineros, forestales, etc., la labor de in-

vestigación debe ser integral, no tomada como tarea científico-académica pa  
ra el mero conocimiento de los problemas que le son propios, sino como me--  
dio útil y necesario para ponerlos a disposición de la sociedad, que es la  
última beneficiaria de ellos. Pero veamos que tal disposición o uso de los  
recursos naturales en general, y de los hídricos en particular, no pueden /  
quedar en forma alguna librados a la disposición o uso arbitrarios, sino que,  
por el contrario, la mano del Estado debe hacerse sentir en el dictado de /  
las normas básicas y pautas concretas para adecuar -conforme al sistema le  
gislativo fundamental y al régimen jurídico estructural- un programa de re  
parto justo y racional conforme a las disponibilidades y a la situación in-  
dividual de cada usuario potencial. Es esencial llegar a una armónica coor-  
dinación de los derechos individuales, de respeto hacia los derechos adqui-  
ridos por terceros, de los derechos sociales, en fin, lograr un justo equi-  
librio entre el interés público y el interés individual, conformando la es-  
tructura de reparto al régimen jurídico fundamental de nuestro país.

Por otra parte, es necesario en esta materia, reconocer los verdade  
ros límites de la competencia para el dictado del sistema normativo. El //  
principio del respeto jurisdiccional en un país federal como el nuestro, es  
una de las piedras angulares del sistema de gobierno, de acuerdo con los /  
principios constitucionales. Y sabemos que en materia de recursos hídricos  
son varios los problemas que se presentan ante la tentativa de dictar las /  
bases de un régimen general de su aprovechamiento; así tenemos frente a no-  
sotros el régimen de propiedad de las aguas, el sistema general de utiliza-  
ción y control de las mismas, el problema que se envuelve alrededor de la /  
investigación y evaluación de los recursos hídricos, y, por último, el asun-  
to referente a la construcción de las obras hidráulicas -obras mayores de /  
ingeniería y obras de apoyo para la mejor administración de las aguas-. A  
lo largo del estudio que realizamos, trataremos de dar respuesta a cada /  
una de estas cuestiones y, fundamentalmente, apuntaremos a ubicar la juris-

dicción competente para el dictado de normas que determinen una clara solución para cada cuestión. Al mismo tiempo, desde el punto de vista de los órganos administrativos, trataremos de brindar nuestra idea referente al manejo funcional y presupuestario de cada uno de los problemas que plantearemos, por cuanto entendemos que ello, está directamente relacionado con el éxito que pueda lograrse en la ejecución de obras, administración general de las aguas, y aplicación ordenada del sistema dispositivo vigente, logrando una adecuada coordinación en las funciones y operaciones conducentes.-

El estudio de la problemática que presenta en la actualidad el Derecho de Aguas, requiere necesariamente hacer referencia a puntos fundamentales para esbozar así, someramente, los principios rectores que gobiernan el régimen jurídico de las aguas, en nuestro país.

Con tal finalidad, comenzaremos dando una noción conceptual del Derecho, entendiendo por tal el ordenamiento coactivo de las relaciones interpersonales y sociales, expresado en normas obligatorias dictadas por la autoridad social. De ahí, pues, que nuestro Derecho Positivo sea el ordenamiento vigente en nuestra comunidad y establecido por el legislador argentino.

Desde el punto de vista social, el Derecho es un sistema de repartos conformado en un orden determinado respecto de las relaciones de los // miembros del grupo social. Así, su estructura surge por la articulación de los siguientes elementos: los sujetos y su conducta; la justicia que tiene por contenido a los valores jurídicos y el bien común; los objetos del reparto, ello es, los bienes y cosas; y por último las normas jurídicas como expresión conceptual de los mandatos de la autoridad y acuerdo de las personas.

Este orden jurídico, sólo se concibe dentro del Estado, el cual ///

supone la existencia de una "autoridad" y de un "orden constitucional". Con respecto al último, nuestra Constitución Nacional establece como funciones esenciales la de organizar las vinculaciones de los habitantes y ciudadanos con el Poder Público, determinar atribuciones y competencia del Estado Nacional y los Estados Provinciales, entre otras. Determina, además, en su artículo 31 cuáles son ley suprema de la Nación, debiendo las Provincias, conformar su legislación a ello. En tal sentido, la Nación actúa con poderes / delegados por las Provincias, habiéndose éstas reservado todo el cúmulo resante no delegado expresamente en la Carta Fundamental.

Nuestra Constitución en su artículo 1º, establece la "forma de Gobierno federal". El poder, en un régimen federal, corresponde al Estado Nacional ó a los Estados Provinciales, conforme a las limitaciones establecidas constitucionalmente. Según la naturaleza de nuestra organización política, el poder, como dijimos, pertenece "originariamente" a las Provincias, y éstas "delegan" en el Estado Federal la parte de poder que éste necesita para el cumplimiento de su misión (Artículo 104 Constitución Nacional), siendo tal delegación de carácter definitivo (Artículo 108 Constitución Nacional).

Cabe también aclarar que el Estado, como personificación de la sociedad, ejerce el dominio eminente sobre las cosas, en uso de una potestad jurisdiccional soberana. De ello surgen dos consecuencias básicas que debemos tener presentes: a) puede disponer de la propiedad privada por causa de utilidad pública, por medio del instituto de la "expropiación" (artículo 17 / Constitución Nacional); y b) las cosas, según nuestra Ley civil, pueden // llegar a ser por su destino o quedar afectadas al dominio público del Estado. El Estado, conforme al sistema de nuestro Código Civil en materia de // bienes públicos, puede concederlos en uso y goce a los particulares, por medio de concesión o permiso administrativos.

Entre las facultades que tiene el Congreso Nacional se encuentra la de dictar el Código Civil, que configura el cuerpo sistemático de derecho / privado que rige todas las relaciones civiles en la República Argentina. Por su parte, las Provincias mantienen reservado el poder para dictar leyes reglamentarias y de policía siempre, claro está, que se conformen a la ley suprema.

Expuesta así esta breve introducción, pasaremos a considerar la materia objeto de este estudio. Debemos aclarar dos cuestiones previas y esenciales: a) a qué rama del derecho pertenece el Derecho de Aguas; y b) qué es el Derecho de Aguas.

Conocemos la tradicional división del Derecho en "privado" y "público". El derecho privado tiene por objeto establecer las relaciones de la vida civil; protege intereses individuales, y el sujeto actúa como ente individual. Cuando el sujeto titular del derecho es el Estado, éste actúa, en el desarrollo de una relación jurídica, como ente privado. El derecho público tiene por objeto establecer las relaciones de la vida pública -organización y actividad del Estado- y protege intereses de la colectividad, y el sujeto Estado actúa en el ámbito del derecho público.-

Ahora bien, observemos que en materia de aguas, si tomamos por base el artículo 2340 del Código Civil que designa los bienes del dominio público refiriéndose en su inciso 3º al agua corriente superficial, sus cauces, y el agua subterránea; en relación con el artículo 2642 del Código Civil que // prohíbe a los ribereños sin concesión especial de autoridad el uso del agua que corre por cursos naturales, y con el artículo 2341 del Código Civil que determina que las personas individuales tienen el uso y goce de los bienes públicos, sujetos al Código Civil y a las leyes locales; este argumento nos demuestra que el aspecto "publicista" de este derecho es el que prevalece.

Se ha querido que nuestra legislación de aguas responda a la siguiente idea; "el agua es un bien de naturaleza tal, que el derecho no puede librarse su // uso al arbitrio individual, sino que ella debe utilizarse del modo más conveniente y amplio posible, en beneficio de toda la colectividad". De lo expuesto extraemos una primera premisa; "todo aprovechamiento de agua pública es de estricto derecho público administrativo".

Pero este principio no es absoluto; el Código Civil regula los derechos sobre aguas privadas; tal es el caso del Agua Pluvial (artículo 2635 / del Código Civil), de las Vertientes (artículo 2350 del Código Civil), y // del Agua de Fuente, con la limitación a que está sujeta en su régimen originado en cuanto pueda discurrir por cauces naturales (artículo 2637 del Código Civil).

En consecuencia, podemos concluir diciendo que el Derecho de Aguas, tiene un doble aspecto; el privado, regido por el Código Civil en todo lo referente al dominio y su regulación; y el público, regido por el derecho administrativo en materia referente al uso, su regulación y control.

Hecha tales consideraciones, podemos definir al Derecho de Aguas, como "aquella rama del derecho constituida por normas públicas y privadas / que tiene por objeto lo concerniente al dominio de las aguas y todo lo relacionado con el sistema de su utilización.-

#### A. EL DERECHO SUSTANTIVO DE AGUAS

Llamaremos derecho sustantivo de aguas al conjunto de normas contenidas en la Constitución Nacional, en el Código Civil y en Leyes Especiales, que determinan el régimen del dominio de las aguas.-

## 1. El Dominio Hídrico

El dominio privado, conforme al criterio de nuestro Código Civil (artículo 2506), es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona.

La noción del dominio público del Estado no es legal, sino meramente doctrinaria. Podemos definirlo como "el conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por la ley al uso directo o indirecto de los / habitantes".

El dominio público del Estado se diferencia del dominio privado del mismo. En éste, los bienes pertenecen al Estado en propiedad (propiedad privada), y no reconocen el destino que poseen los bienes públicos. Son bienes instrumentales para que el Estado y los entes públicos desarrollen / su actividad.

Sobre la "naturaleza jurídica" del dominio público, se han / elaborado varias tesis, las que brevemente pueden sintetizarse así:

- a) Se dice que son bienes afectados al uso público y no susceptibles de propiedad privada. El titular del dominio sería el pueblo (Bielsa // participando de similar posición el profesor Marienhoff).
- b) Se dice que es un derecho de propiedad de igual naturaleza que la / propiedad privada, con iguales caracteres, pero con ciertas reglas especiales debido al destino común de los bienes (Spota).
- c) La doctrina más moderna lo explica diciendo que es "un derecho de // propiedad pública o administrativa" (Conforme: la doctrina española moderna y, entre nosotros, Manuel M. Díez, Fiorini, etc.). La propiedad, derecho real caracterizado por la sujeción de una cosa a una //

persona, se dice como género; y la misma puede ser privada o pública. A esta última especie pertenece el dominio público. La propiedad pública se caracteriza por la imposición de ciertas limitaciones a su titular, debido al destino de las cosas.-

## 2. Régimen del Dominio Público

### (a). Consideraciones generales

Es materia de nuestra preocupación, estudiar el régimen de los medios (objetos) de los cuales el Estado se vale para cumplimentar sus fines. El conjunto de esos bienes es similar a aquellos que permiten realizar la actividad patrimonial de cualquier particular. El estado, consecuentemente, posee bienes "materiales", muebles e inmuebles, y tambien bienes / "inmateriales", es decir, derechos, que constituyen su dominio.-

Conforme a la finalidad impuesta a nuestro trabajo, nos referiremos al problema de la "teoría de los bienes del Estado", régimen jurídico que integra la parte más importante del derecho administrativo de los bienes, pero cuyo contenido no se agota allí, sino que se integra, además, con el tratamiento de los modos de cesión forzada como la expropiación y la requisa, etc.-

El régimen jurídico de los bienes del Estado, está dominado por una distinción fundamental: el dominio público y el dominio privado, división que según Ch. Debbash (1) "se basa en la necesidad de delimitar los bienes que son indispensables para el funcionamiento de la administración y que deben, por ello, beneficiarse con una protección especial".

El dominio privado se ve dominado, en general, por las / reglas del derecho privado; mientras que el dominio público está sometido a un régimen jurídico de derecho administrativo, dominado por el principio de la inalienabilidad e imprescriptibilidad, soportando diversas reglas de delimitación y protección penal respecto a su utilización.

Los bienes del dominio público, y a los cuales dedicaremos nuestra atención, son de propiedad pública del Estado. Su noción conceptual, hemos dicho, no tiene carácter legislativo, sino que es de carácter doctrinario y jurisprudencial.-

Siguiendo a Manuel María Diez (2) podemos decir que la / doctrina moderna sobre el particular ha sido desarrollada por Ballbé. El dominio público, así, puede definirse como "el conjunto de bienes de propiedad del Estado, afectados por ley al uso directo o indirecto de los habitantes"; consecuentemente, de ésta podemos extraer los cuatro elementos que componen su noción conceptual;

i. Elemento subjetivo:

Es el elemento fundamental para que pueda darse la // existencia del dominio público, y se refiere al sujeto o titular del mismo. Evidentemente, los bienes del dominio público no son "res nullius", ni son titulares de él los particulares; luego, su titular es el Estado, lato sensu (Estado nación, provincia o municipio), o sea, la institución autárquica // con base territorial. Pueden también ser titulares del dominio público las entidades autárquicas institucionales (Por ejemplo: una Universidad con respecto a su universalidad jurídica).

ii. Elemento objetivo

El conjunto de bienes que integran el dominio público, es un conjunto indeterminado, pero es susceptible de determinación en un momento dado. La condición jurídica de estos bienes depende de la voluntad legislativa si son "naturales", y del acto declarativo de la administración pública si son "artificiales". El conjunto, entonces, no es inmutable; variará según la voluntad legislativa o aquella de la administración pública. (Conforme: Villegas Basabilvaso - Bielsa).-

Los bienes públicos (Conforme al criterio legal: Código Civil, artículo 2340) se componen de cosas "corporales" y de objetos / "incorporales". Nuestro Código Civil dice, que los objetos inmateriales susceptibles de valor e igualmente las cosas se llaman bienes (artículo 2312).

Respecto a las "cosas"; en cuanto a que los inmuebles forman parte del dominio público no hay problema alguno, y ello ha sido reconocido en todas las legislaciones.

Pero se plantea un problema con respecto a los "inmuebles por accesión". El Código Civil llama cosa principal a la que puede existir para sí y por sí misma, y accesoria aquella cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual depende o a la cual está / adherida (artículos 2327 y 2328). Luego, podemos decir que la cosa principal posee una existencia autónoma, mientras que la accesoria sigue la suerte de la principal, según el principio "accesio cedit principali". Por ello, como la accesoria participa de la naturaleza de la principal, si ésta es inmueble, la accesoria también lo es, y la accesoria tiene necesariamente el / mismo propietario que la principal.-

La accesión puede ser por adición física (cosa mueble adherida a una inmueble o a otra mueble) o accesión moral (cuando la accesoria depende de la principal; muebles que se agregan a un inmueble para su / servicio o explotación, pero sin existir accesión física).-

Ahora bien, los muebles pueden ser "inmuebles por accesión física o moral" de un bien público, y se presenta el problema de resolver si por tal circunstancia forman también parte del dominio público. La doctrina no es pacífica al respecto, ya que hay autores que consideran / que no se pueden aplicar en el campo del derecho público los principios del derecho civil, y como consecuencia, las cosas accesorias no seguirían necesariamente el carácter de la principal, sino solo cuando contribuyen en forma permanente, directa e inmediata a que el bien dominical cumpliese sus fines (Romano, S., en su "Corso di Diritto Amministrativo"). Pero, según Manuel María Diez esta tesis puede ser cuestionable, ya que en una plaza que está destinada a recreación, las plantas que en forma permanente, directa e inmediata sirven a este fin, integran el dominio público; pero si en alguna de esas plantas nace un fruto, éste no sirve para la recreación y, en consecuencia, según esta teoría restrictiva, no formaría parte del dominio público. La distinción resulta un tanto difícil, ya que depende de un criterio eminentemente subjetivo.-

Es conveniente, en consecuencia, recurrir a un criterio rigurosamente objetivo, es decir, que todos los bienes muebles que se / transforman en inmuebles por accesión física o moral de un bien del dominio público, forman parte del dominio público del Estado.-

En nuestro derecho existen numerosos inmuebles que / pertenecen al dominio público: los específicamente mencionados en el articulo 2340 del Código Civil y los mencionados en otras leyes especiales (por /

ejemplo Ley 12103 modificada por el Decreto 18627/44 ratificado por Ley // 12969 respecto a parques nacionales). Por aplicación de la teoría "acceso cedit principali", serían bienes dominicales las aguas pluviales que caen o corren por lugares públicos, las vertientes que afloran en lugares dominicales, etc. (Conforme Marienhoff (3)).-

No trataremos el problema relativo a las cosas muebles, ni a los objetos inmateriales, por cuanto no es materia que directamente se relacione con el objetivo impreso a nuestro trabajo.-

### iii. Elemento teleológico

Los bienes que constituyen el dominio público, están afectados al uso directo o indirecto de la colectividad. En la materia, la doctrina no es pacífica habiéndose sustentado una serie variada de opiniones; pero nosotros, nos limitaremos a exponer brevemente aquella predominante, que sostiene que los bienes del dominio público deben estar afectados al uso directo o indirecto de la colectividad.

Por uso público puede entenderse el uso directo que la colectividad hace de un bien determinado; pero también puede entenderse el que la administración hace de un bien destinándolo a un servicio público (uso indirecto). Sólo existe afectación al uso público, cuando los // particulares entienden utilizar el bien directamente por si mismos, no cuando su objeto final es utilizar el servicio público instalado sobre el bien.

Se distinguen en doctrina, entre los bienes afectados al uso público, dos clases distintas: los afectados al uso directo y colectivo del público; y los afectados al uso directo pero individual y privativo.

Pero, además, existen bienes que están afectados en forma indirecta al uso de la colectividad, y una de las formas de esa afectación es cuando ellos se destinan a un servicio público, (cuando éste es / prestado por el Estado).

En nuestro derecho positivo, los bienes que están afectados al uso directo de la colectividad, son la casi totalidad de las cosas mencionadas en el artículo 2340 del Código Civil; pero las obras destinadas a utilidad o comodidad común, no solo se destinan a un uso directo, sino también a un uso indirecto que produce la prestación de un servicio público. De tal forma, pues, nuestro derecho positivo nos indica que la afectación es al uso directo o indirecto de la colectividad.

#### iv. Elemento normativo

No hay bienes públicos por naturaleza; solo la ley / puede servir de fundamento para que un bien tenga el carácter dominical. Tan es así, que el Código Civil ha enumerado en el artículo 2340 todos los bienes que forman parte del dominio público.

Para determinar el concepto de dominio público, los bienes deberán estar sujetos a un régimen de derecho público, el que solo puede resultar de una disposición de la autoridad competente que, en nuestro caso, no es otra que el poder legislativo.

El problema en nuestro país, es importante, dada su organización federal y dado que las provincias conservan todos los poderes no delegados en la Nación.

El determinar cuales son los bienes del dominio pú...

blico, significa legislar sobre la condición jurídica de las cosas, lo que es materia de derecho sustantivo y corresponde al Código Civil. Es una facultad delegada por las provincias al gobierno federal (Artículo 67 inciso 11, Constitución Nacional). La determinación de si los bienes son públicos o privados, constituye un problema de carácter civil, ya que implica determinar la condición jurídica de las cosas en relación con las personas; tal // temperamento Constitucional y Civil, es limitativo de las facultades de las provincias. De lo dicho surge, que el carácter público de los bienes, solamente puede ser establecido por una ley formal, sea mediante una indicación nominal específica, o mediante indicación genérica.

(b). Titular de los bienes públicos y naturaleza jurídica de su derecho

El problema que plantea el epígrafe, no presenta inconvenientes en lo que respecta al dominio privado. El derecho que ejerce sobre ellos el Estado, es el de la propiedad privada tal como la define el Código Civil.

Se trata ahora de establecer, si el Estado puede ser propietario de los bienes del dominio público. En caso afirmativo habría que / determinar cuál es la naturaleza de esa propiedad; si se trata de una propiedad privada o de una propiedad pública.

La idea, que el dominio público no podía ser considerado como objeto de propiedad del Estado, prevaleció durante mucho tiempo. Proudhon (4) rechazó la idea de propiedad en cuanto ella está representando un derecho exclusivo. Berthélémy (5) dijo que el dominio público está constituido por "bienes" y no es susceptible de propiedad; que el Estado no //

tiene el uso de esos bienes, ya que ellos corresponden al pueblo, ni los // frutos de los bienes públicos ya que éstos no existen, ni la disposición del mismo en cuanto es inalienable. Entonces, si el Estado no tiene ni el "usus", ni el "fructus", ni el "abusus", el derecho del Estado debe considerarse como un derecho de conservación y de superintendencia. Por su parte Duguit (6) también rechazó la idea de propiedad, en cuanto ésta no sería sino una transposición jurídica al derecho público de conceptos del derecho civil. Concluye expresando que la idea de propiedad es inútil, siendo necesario, entonces, recurrir a la idea de afectación, que explica todo, sin necesidad de / buscar otra justificación para el derecho del Estado sobre su dominio.

En la época moderna, se han elaborado tres doctrinas // acerca de la naturaleza del derecho del Estado sobre los bienes públicos:

i. Informado en los principios ante-expuestos, Bielsa / (7), y Marienhoff (8), entre nosotros, estiman que los bienes dominicales / están afectados al uso público y no son susceptibles de propiedad privada; el Estado ejerce únicamente su poder de policía o realiza tareas de conservación y mejoramiento; en consecuencia, dichos bienes pertenecen al pueblo.

Bielsa, en tal sentido, define al dominio público como "el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial, destinadas al uso público de los administrados, y que no son susceptibles, por tanto, de apropiación privada". En este concepto, el dominio público no se atribuye al Estado, sino al "pueblo", si bien "representado" por el Estado. Glosando a Ranellitti, dice que es principalmente el destino al uso público, el carácter diferencial del dominio público. El carácter dominical de la cosa resulta necesariamente de su destino. Y el concepto de destino, a su vez, impli-

ca el de fin como elemento esencial. Mas, cuando se habla de destino, y fin de los bienes públicos, no debe entenderse como fin mediato o último, porque entonces no habría distinción entre los bienes del Estado (que están en su patrimonio) y los del dominio público (que no están en dominio alguno). Es necesario entender el destino "directo" de la cosa, su función "inmediata" a la cual están destinados. Así, se considera como tipo normal del dominio, el formado por bienes (cosas y bienes inmateriales) destinados directa e inmediatamente a una colectividad dada (Nación, provincia, comuna). Todo bien / del dominio público, es un "medio directo" de satisfacer alguna necesidad de la sociedad.

Continúa el desarrollo de su tesis agregando que, sobre los bienes del dominio público no hay derecho de propiedad. Algunos sostienen que el Estado tiene sobre estos bienes un derecho de propiedad "sui generis", expresión que sirve para todo y no define nada. Para sostener ésto habría que explicar el título originario de esa propiedad del Estado; los caracteres de ese derecho y su contenido.

No puede sostenerse, en el criterio de Bielsa, que se trate de un derecho de propiedad del Estado; los bienes del dominio público son "res quae nullius esse possunt".-

En definitiva, sobre la materia deben distinguirse, concluye, dos categorías de bienes: públicos: sobre los cuales el Estado tiene un superior poder de policía y no derecho de propiedad, y ejerce una función de reglamentación del uso; y patrimoniales: sobre los cuales el Estado ejerce un verdadero derecho de propiedad.

Según esta postura, el pueblo no administra en forma directa el dominio público a pesar de ser su titular, sino que lo hace por

medio de sus representantes. Al pueblo sólo le corresponden los usos comunes. La facultad de ejercitar usos especiales, excede el contenido del derecho de propiedad sobre el dominio público, y el pueblo, como titular de este conjunto de bienes, no está habilitado para ejercer por sí usos especiales. El ejercicio de estos usos requiere la intervención especial del Estado, el que debe autorizarlos (9) a título individual, lo que requiere un acto especial del Estado. El uso común corresponde a todos los habitantes (aún los extranjeros), mientras que la propiedad del dominio público corresponde únicamente al pueblo (nativos o nacionales).

Siguiendo a Manuel María Diez (10), en nuestra opinión esta teoría es insostenible. La condición jurídica de un bien siempre debe ser la misma. No es comprensible por qué los bienes del dominio público, en cuanto a su uso común sean propiedad del pueblo, que puede utilizarlos directamente, mientras que en lo que respecta al uso especial es necesaria la intervención del Estado, que dispone, por el otorgamiento de concesión o // permiso, de bienes del dominio público. El Estado, así, no solo ejerce la / conservación y superintendencia de esos bienes, sino que dispone de ellos / al otorgar concesión o permiso. No hay una explicación congruente de por qué el Estado puede, en el supuesto de uso especial, disponer de los bienes, y en el caso del uso común, limitarse solamente a su conservación.

Por otra parte el pueblo carece de personalidad jurídica, no pudiendo, en consecuencia, adquirir derechos subjetivos; solo puede ser titular de los bienes del dominio público un sujeto de derecho.-

ii. Una segunda tesis sostiene, que los bienes dominicales son objeto de un derecho de propiedad de igual naturaleza que el establecido en el Código Civil, cuyos caracteres serían los mismos que los de /

la propiedad privada, sin perjuicio de ciertas reglas aplicables al dominio público a causa de su destino común (Conforme: Spota (11) - Villegas Basabilvaso (12)).

En principio, aceptamos que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre su dominio público, pero habrá que estudiar si esa propiedad es una simple propiedad privada o una propiedad pública. La propiedad del Estado sobre su dominio público, se basa en que éste tiene los mismos derechos de uso, goce y disposición que tiene un particular sobre su dominio privado. El uso público a que están sujetos los bienes del dominio público, no es sino un modo particular que tienen los entes públicos de usar y gozar las cosas que les pertenecen, en cuanto con esa forma, pueden hacer posible la realización de un servicio público o conseguir la ejecución de sus fines.

Ahora bien, una vez aceptado el principio, que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre su dominio público, expondremos aquella posición doctrinaria que asimila ese derecho al de propiedad privada.-

Spota y Villegas Basabilvaso se inclinan por esta tesis, en el sentido de asimilar la existencia jurídica del dominio público / al derecho real de dominio que define el artículo 2506 del Código Civil. Sólamente, agregan, el destino de uno y otro es distinto, por cuanto el dominio público está afectado a usos directos e indirectos de la colectividad, lo que no ocurre con el dominio privado del Estado. Tales circunstancias, derivadas de la afectación -que es fundamental- , tienen una influencia decisiva en el problema que se analiza y determinan que la propiedad // que corresponde a los entes públicos sea la más justificada y necesaria.

Se agrega que no puede haber una propiedad de derecho público, ya que si la tal pretendida propiedad pública debe ser siempre una propiedad, no se comprende cómo puede modificarse la existencia jurídica de la misma mediante el adjetivo que revela la afectación de la cosa objeto de ese dominio. Así, se concluye diciendo que el dominio existente en favor del ente público, es de la misma esencia jurídica que el normado por la ley civil, aún cuando sea, como consecuencia de su destino, inalienable e imprescriptible.

Se dice, por otra parte, que en el uso de los bienes dominicales por parte del público, los poderes que ejerce la administración sobre los bienes públicos, no serían sino limitaciones del derecho público a esta especie particular de propiedad privada.-

iii. Por último, una tercera tesis sostenida, entre // otros, por Manuel María Diez, considera que el Estado tiene sobre sus bienes dominicales un derecho de propiedad pública o administrativa (Conforme; E. Guicciardi: Il Demanio, Padua 1934, página 12 - A. de Laubadese: Traité Elementaire de Droit Administratif, París 1953, Tomo II, página 132 - G. Zanobini; Corso di Diritto Amministrativo, Milán 1947, Tomo IV, página 9 - L. Rolland: Pécis de Droit Administratif, París 1957, página 440 - F. D'Assio: Diritto Amministrativo, Turín 1939, Tomo 2, página 60 - Manuel María Diez: Dominio Público, Buenos Aires 1940, página 306).

En la actualidad, ésta es la teoría que goza de mayor predicamento, y que, por otra parte, ajustándose a nuestros principios institucionales, aceptaremos como base de nuestras posteriores argumentaciones.

Como ya dijimos (ii.), el concepto de "propiedad" está por encima del derecho público y del derecho privado, y se implementa en la realidad bajo distinta configuración según se trate de derecho público o privado. La propiedad es, luego, el género institucional, y la propiedad "pública" o "privada" regidas, respectivamente, por el derecho administrativo y por el derecho privado, son las especies. Pero, si bien es cierto que ambas especies tienen estructura común, un substratum de Derecho que / le es único y que está objetivizado por el vínculo que une al bien con el / sujeto, ellas asumen "características" propias. En consecuencia, no podemos aceptar que la propiedad pública sea una modificación o adaptación de la // propiedad privada, sino que nuestra especie se desarrolla en forma paralela a aquella.

La propiedad pública se caracteriza, fundamentalmente, por las limitaciones que se imponen a su titular, el Estado, en mérito al destino a que están afectadas las cosas públicas; es por ello que competen al titular del dominio, todas las facultades -en cuanto sean admisibles- con la finalidad a que está destinado el bien. Así pues decimos, que en el derecho público rige el principio de respeto al fin. Este principio / debe aplicarse a los bienes del dominio público; y así, cuando el Estado otorga una concesión -forma administrativa de adjudicación del uso privado / de los bienes públicos-, se dice que está ejerciendo verdaderos actos de // disposición. Ello ocurre por cuanto, en esta materia, el goce de los bienes públicos por parte de la administración, está condicionado al cumplimiento del "fin" a que está destinado el bien. Por lo que vemos, el derecho del Estado sobre los bienes públicos se diferencia de la propiedad privada, tanto en lo que se refiere a la facultad de goce, como aquella de disposición. Y así es como D'Alessio pudo decir que en la propiedad privada, el derecho // del propietario constituye el principio, y las limitaciones lo secundario. Pero esto, en materia de propiedad pública es absolutamente lo contrario:

las limitaciones a la propiedad pública son el principio, debido al destino esencial de los bienes públicos, y el derecho del propietario lo secundario.

Así, transcribiendo a Manuel María Diez (13), podemos concluir: "Se dice que no es posible considerar las facultades que tiene el Estado en cuanto al uso, al goce, y a ciertas disposiciones de los bienes del dominio público, como una limitación al derecho real del ente sobre el bien, porque para ser considerada como tal, debía pertenecer a un sujeto distinto del propietario; siendo, en vez, propia del mismo sujeto, ella no es sino una manifestación del mismo derecho de propiedad, elemento de este derecho que por ello debe definirse como derecho real público, como una verdadera propiedad pública. La doctrina agrega que este concepto resultará más claro si se tienen en cuenta los elementos constitutivos del derecho de propiedad. El contenido de este derecho comprende un lado interno consistente en el señorío de la persona sobre la cosa, en el uso y en el goce de la misma. Y un lado externo constituido por la facultad de defender la cosa contra cualquiera que usurpe la posesión o turbe el goce. Ambos aspectos son comunes a las formas de propiedad, pero asumen en los dos campos caracteres distintos.

El ejercicio del señorío, que es libre, salvo excepciones, en el derecho privado, en el derecho público está determinado positivamente y se resuelve en el ejercicio de una serie de funciones administrativas dirigidas a hacer posible la obtención de los fines a los cuales los bienes están destinados. El derecho de defender la cosa en el campo del derecho privado, se resuelve en condiciones de pasividad jurídica y sólo por medio de la acción judicial; en el campo del derecho público se realiza por medio de actos donde aparece la prerrogativa del Estado: así la actividad de policía, que representa una característica de la dominicalidad.

Esta doctrina ha tenido el mérito de demostrar cómo el derecho de propiedad, entendido como un señorío directo del hombre sobre la cosa, es un instituto común en el campo del derecho público y del derecho privado, pudiéndoselo calificar diversamente según el carácter particular que asuman en los dos campos sus distintos elementos. Se trata del mismo proceso lógico que ha hecho posible la existencia de un contrato de derecho público y de uno de derecho privado. El derecho público implica por sí mismo la existencia de prerrogativas, de una supremacía del Estado sobre los particulares, y como estos derechos no son concebibles sino con respecto a personas, algunos autores dicen que es un contrasentido hablar de un derecho público sobre una cosa. Se contesta esta objeción diciendo que el elemento fundamental por el cual la propiedad pública se distingue de la privada, no es tanto aquel interno del señorío del sujeto sobre la cosa, sino el externo de las relaciones que por él se establecen entre el propietario y otro sujeto, sea para el uso de la misma, sea para su defensa contra los actos de terceros, relaciones que, evidentemente, pueden asumir el carácter de supremacía.

El derecho de propiedad pública está dominado y limitado por la afectación. El titular del dominio público se diferencia del simple propietario del derecho civil, en lo siguiente: a) se obliga a conformarse con las leyes y reglamentos, no haciendo nada que sea contrario a la afectación; b) está obligado a actuar y a usar su bien en tal forma que la afectación sea respetada".-

(c). Régimen jurídico del dominio público

Ahora bien, expuestas así las teorías sobre quién reviste la calidad de ser el titular de los bienes públicos y sobre la naturaleza / jurídica de su derecho; y habiendo concluido la cuestión con el reconocimien

to de la titularidad en favor del Estado, y con la aceptación de la existencia de una propiedad pública del Estado sobre el dominio público; corresponde que nos aboquemos a señalar brevemente el régimen jurídico de la dominicalidad.

El dominio público está sujeto a un régimen jurídico especial y de derecho público. Este se caracteriza por su inalienabilidad e / imprescriptibilidad, además de hallarse sometido al poder de policía que sobre él se ejerce con modalidades propias en los diversos casos.

El régimen jurídico es único, independiente del bien a / que se aplica. La índole del bien sólo puede determinar una aplicación particular de los principios básicos de este régimen. Según Marienhoff, todos los bienes del dominio público tienen el mismo régimen jurídico especial, / si bien adaptado a sus respectivas modalidades particulares.

El régimen jurídico especial requiere una base legal consagrado en textos expresos o afirmado a través de la elaboración jurisprudencial y doctrinaria; es un régimen de excepción y de interpretación restrictiva.

El Estado, en su carácter de propietario de este bien, no puede disponer de él con el objeto de cambiar su afectación, suprimirla o venderlo; la caracteriza, en su esencia, la nota de la indisponibilidad / que se exterioriza en dos signos fundamentales: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad.

A continuación haremos una brevíssima referencia a la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes dominicales, siguiendo en su expresión, como se ha hecho en este problema, a la obra de Manuel M. Díez.

i. La inalienabilidad

El fundamento moderno de la inalienabilidad, resulta de la afectación del dominio público al uso directo o indirecto de la colectividad y las exigencias que resultan de esas circunstancias. Se entiende / que la afectación del dominio público, no puede estar garantida realmente, // más que si el bien sigue siendo de propiedad del ente público. Por lo tanto la inalienabilidad durará mientras dure la afectación.

Si el domonio público pudiera venderse, el nuevo propietario querrá -en ejercicio de su derecho- hacer del bien un uso propio y exclusivo, en cuyo caso el uso público no podría continuar. Ello significa, entonces, que la inalienabilidad y la afectación son nociones conceptuales interdependientes.

La inalienabilidad, nota característica del dominio / público -pero que no es exclusiva del mismo-, es un medio jurídico a través del cual se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominicales, y con el fin de que éstos cumplan con el fin que motiva la afectación. La / protección es amplia, va dirigida contra hechos o actos ilegítimos de los administrados, pero también contra actos inconsultos provenientes de los // funcionarios públicos.

Pero este principio de la inenajenabilidad de los bienes dominicales, no es absoluto. El Estado, como propietario del dominio, / podrá disponer del bien una vez "desafectado".

Además, es evidente que los bienes públicos están fuerra de todo comercio de derecho privado, pero también resulta claro que se / prestan a un comercio jurídico de derecho público; por ello decimos que la

inalienabilidad no importa su indisponibilidad absoluta. Todo acto o hecho que no desnaturalice la afectación de dichos bienes, es lícita; por ello, / no existe reparo jurídico alguno a que se haga un uso especial de ellos por medio de los institutos del permiso y de la concesión. Por supuesto que, en todo caso, estos usos especiales no deben impedir el uso común.

En nuestro derecho positivo, la inalienabilidad no es tá prevista expresamente por la ley. Ella resulta de la aplicación concordada de los artículos 953, 2336 y 2604 del Código Civil.

Las consecuencias básicas es este carácter que enum--- ciamos, son:

- 1º. Los bienes del dominio público no pueden embargarse.
- 2º. No pueden hipotecarse.
- 3º. No puede establecerse ningún tipo de servidumbre privada sobre los bienes públicos.
- 4º. No puede establecerse el usufructo (ya que es un tipo de servidumbre de carácter personal).
- 5º. No se constituyen servidumbres públicas sobre los bienes públicos, en cuanto éstas tienen por finalidad destinar los bienes al uso público, y éste destino les es intrínseco a los bienes en cuestión.
- 6º. Acción de despojo:
  - Cuando el accionante no es titular de un derecho especial de // uso sobre el bien público: es improcedente.
  - Cuando dicho actor es titular del expresado derecho especial de uso: es procedente.
- 7º. Ejercicio de interdictos o Acciones Posesorias: igual solución que en el caso anterior.-

### ii. La Imprescriptibilidad

La defensa de la integridad del dominio público frente a las usurpaciones de los particulares que, con el transcurso del tiempo, terminarían por imponerse, se ha tratado de encontrar desde épocas remotas con la formulación del principio de la imprescriptibilidad de tales bienes.

El objetivo de este principio, es conservar la integridad del dominio público, a fin de que éste quede en todo momento y en todas sus partes aplicado al uso directo de la colectividad. La imprescriptibilidad de tales bienes, subsiste en tanto mantengan su dominicalidad; pues en caso de desafectación entran a formar parte del dominio privado aplicándose, en consecuencia, las reglas referentes a éste último.

La imprescriptibilidad de los bienes públicos no está expresamente contemplada en el derecho argentino, pero su existencia surge por la aplicación concordada y sistemática de los artículos 2400, 3951, 3952 y 4019 del Código Civil.-

### (d). La formación del dominio público

Desde el punto de vista del origen y formación de la cosa, el dominio público puede ser natural o artificial. El dominio natural, está formado por aquellos bienes que tienen naturalmente una determinada estructura y composición, en mérito a lo cual están adaptados a su destino como bienes públicos. Su formación resulta únicamente de fenómenos físicos.

La división a que aludimos surge en nuestro derecho, de los términos del Código Civil, ya que en su artículo 2340 incisos 1 al 6 y

9 se refiere a los bienes que constituyen el dominio público natural, mientras que en el inciso 7 y 8 se habla de bienes artificiales al referirse a las calles, plazas, caminos, puentes y cualquiera otras obras públicas construidas para utilidad o comodidad común.

Es importante dejar aclarado que los bienes que constituyen el dominio público natural, estuvieron destinados al uso público antes de sancionarse la ley que determinó su dominicalidad. Estos bienes tenían / que ser siempre dominicales; no podían pertenecer sino a entes capaces de / ser titulares de propiedad pública (el Estado). En este sentido enseña Zanbini (14) que en el caso de que se formara un nuevo bien dominical natural después de sancionada la ley, los propietarios cuyos bienes se transforman naturalmente en dominicales pierden sus derechos, porque esos bienes se han vuelto incapaces de propiedad privada, en virtud de un hecho natural, sin / ninguna intervención de la voluntad administrativa. En este caso, los propietarios particulares tienen derecho a indemnización.-

La división de los bienes públicos tiene importancia desde el punto de vista, que según sea la naturaleza del bien, la afectación y la desafectación podrán efectuarse, por hechos o actos administrativos si se trata de bienes artificiales, o será indispensable un acto legislativo / si se trata de bienes naturales. El carácter dominical de un bien resulta / de una ley; de manera que no puede aceptarse la idea, que existen bienes // públicos por su naturaleza; es el legislador quien debe declararlos como tales.-

La creación del dominio público se hace por medio del instituto jurídico de la afectación. En palabras de Manuel María Díez, la afectación es "el hecho o la declaración de voluntad de órganos del Estado, en cuyo mérito un bien queda incorporado al uso directo o indirecto de la colec

tividad". En realidad la palabra "afectación" es un galicismo y su significado es el de "anexar", concepto que no se aviene con su estricta esencia. Se sostiene en doctrina que la palabra más conveniente sería "consagración" en cuanto significa "dedicar una cosa a determinado fin"; en nuestro caso, dedicar un bien al uso público.

Conforme al artículo 2340 del Código Civil, podemos considerar la existencia de una doble categoría de bienes públicos: los declarados por el legislador y cuya existencia no depende de creación alguna del Estado (dominio público natural), y aquellos declarados también por el legislador pero cuya existencia depende de una creación del Estado (dominio / público artificial); diferencia que tiene trascendencia jurídica a los efectos de la afectación.-

Como acertadamente dice Manuel María Diez, siguiendo a / García Trevijano (15), "El dominio público supone la titularidad y afectación, siendo la afectación el destino del bien. La titularidad sin afectación conduce al dominio privado del Estado".

La autoridad competente en nuestro país para establecer el carácter público de un bien -sea ésto natural o artificial- es la Nación a través de una ley; y ello por cuanto tal acto implica legislar sobre una cuestión sustantiva; la condición jurídica de los bienes.

En cuanto a los bienes naturales, la afectación surge // del propio acto -ley nacional- que establece el carácter dominical del bien; la atribución de su carácter público vale como afectación automática. Es / por ello, entonces, que los bienes naturales no pueden ser tales, solamente por su condición física; el legislador debe declararlo.

Por otra parte, la facultad de crear los bienes del dominio público artificial es local o provincial y, en consecuencia, la afectación también es una facultad local y ella puede hacerse por medio de una // ley o de un acto administrativo. Lo destina así al fin previsto aunque, naturalmente, la condición jurídica del bien público derivará del acto del legislador nacional.

En consecuencia, con respecto a los bienes del dominio / público natural, la afectación se opera "ministerio legis", revistiendo tal acto necesariamente la forma de una ley. En ningún caso puede ser realizada por acto administrativo. Si las provincias pudieran declarar la condición / jurídica de los bienes situados dentro de sus límites territoriales, la unidad legislativa consagrada por el artículo 67 inciso 11 de la Constitución Nacional quedaría desnaturalizada. En cuanto a los bienes del dominio público artificial, éstos no existen "per se"; su creación y afectación dependen del Estado, de la autoridad local, pero su condición jurídica deriva de lo dispuesto por el legislador nacional.-

(e). La afectación

Refiriéndonos en especial a los bienes del dominio público por su naturaleza, podemos concluir diciendo, que tanto su condición jurídica como su afectación derivan de una ley dictada por la Nación. Se trata siempre de una manifestación de la voluntad del poder público, y la afectación se opera ministerio legis.

Respecto a los bienes del dominio público artificial, para que una cosa se considere afectada al uso público, es necesario que ella "sea apta" para ese destino (Conforme Bielsa (16)). Además, para que la //

afectación sea válida es necesario que el bien que se afecta esté ya en poder del Estado por un título traslativo de dominio; podría estarlo por un título jurídico de derecho público, por ejemplo la expropiación, o de derecho privado, por ejemplo la compra-venta. Y, por último, el bien debe librarse al uso público en forma efectiva y real; es decir, no se acepta una afectación futura o potencial (Conforme: Manuel María Diez (17)). La afectación es facultad local o provincial, ejercida por medio de actos o hechos de la Administración competente.-

(f). Extinción del dominio público

El cese de la dominicalidad se produce por los efectos jurídicos de la desafectación. En general, ésta no implica un cambio en la titularidad del bien; consiste, sí, en una declaración de voluntad de un órgano del Estado que trae como consecuencia hacer salir un bien del dominio público del Estado y hacerlo ingresar en su dominio privado o en el del // los administrados. La desafectación puede concretarse en un acto legislativo o en un acto administrativo. Su efecto fundamental consiste en el cambio de la condición jurídica del bien, que de público pasa a ser privado y cuya titularidad en principio le seguirá correspondiendo al Estado.

La competencia para ejercer la desafectación, dependerá de la naturaleza del bien y del acto por el cual se hizo la afectación.-

(g). Protección del dominio público

El Estado, como propietario del dominio público, tiene / el derecho y el deber de conservarlo, en cuanto tales bienes son necesarios para satisfacer el uso directo o indirecto de los particulares.

La protección dominical puede ejercerla la administración pública por sí misma como titular del dominio, o recurriendo al órgano judicial para interponer acciones petitorias y posesorias.

La protección, en el primer caso, es ejercida directamente por la administración en uso de facultades de policía administrativa que le corresponden, procediendo por auto-tutela. Esta protección propia de la cosa pública, deriva de la calidad de los bienes dominicales que sirven a la satisfacción del interés público; esta función es parte esencial del derecho de la administración. Los órganos públicos mantienen el buen estado de los bienes dominicales contra los particulares por medio de la fuerza pública. El ejercicio de la policía administrativa, debe realizarse de acuerdo con el ordenamiento jurídica vigente.

Expuesta así en forma suscinta y concreta la teoría del dominio público, veamos su aplicación en cuanto a la regulación del dominio hidráulico: En materia de titularidad del dominio público, nuestro Código Civil prescribe: "las cosas son bienes públicos del estado general que forma la Nación, ó de los estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del estado general o de los estados particulares". (Artículo 2339 del Código Civil). En el precepto civil transcripto se habla de "Estado general" ó "Estados particulares", según la división jurisdiccional del territorio, que hace la Constitución Nacional. Dicha división tiene importancia, por // cuanto los poderes de policía y reglamentarios quedan reservados a cada una de las provincias o jurisdicciones particulares (Artículo 104 y 108 de la / Constitución Nacional).-

En tal sentido, y conforme a los principios de nuestra / carta fundamental, la NACION tiene atribución exclusiva de reglar: el comer

cio y navegación interprovincial e internacional, la utilización de los ríos internacionales; además ejerce el poder de legislación sobre la Capital Federal y los territorios nacionales, y el poder judicial de la nación conoce sobre problemas de jurisdicción marítima y almirantazgo. Las PROVINCIAS conservan todo el poder no delegado y tienen, así, facultad para regular su dominio público, y la propiedad sobre el mismo. Además, tienen atribución sobre las corrientes naturales de aguas no navegables, y atribución exclusiva en materia de reglamentación del uso y aprovechamiento de las aguas públicas bajo su jurisdicción, comprendiéndose por supuesto el poder de policía.

Expuestos brevemente, como antecede, algunos principios generales aplicables en materia de dominio hídrico, y sobre competencia para su regulación, daremos nuestra opinión acerca del régimen sustancial a / que están sujetas las aguas en nuestro país a la luz de los preceptos de la ley civil.-

### 3. Aguas Públicas

#### (a). Aguas corrientes

Nuestro Código Civil, a partir de la reforma que le fue introducida por la Ley Nº17.711 con vigencia a partir del 1º de julio de 1968, en su artículo 2340 dispone: "Quedan comprendidos entre los bienes públicos: . . . Inciso 3º: los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren / por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general. . ." El texto transcripto, que responde a la nueva redacción dada por la reforma a la Ley Civil, ha respetado, en / general, la primera parte del inciso tercero en cuanto reza: que quedan comprendidos entre los bienes públicos de la Nación o de las Provincias, con--

forme lo dispuesto por el artículo 2339 en concordancia con el precepto /// que comentamos- del Código Civil, "los ríos, sus cauces, las demás aguas // que corren por cauces naturales. . ." Esta parte normativa, en su texto originario, procedía directamente del artículo 595 del Código Civil Chileno; / pero difería de éste, en cuanto la ley argentina hacía mención a los cauces de los ríos como formando parte del dominio público, concepto que -según la doctrina- se hace extensivo a los cauces de arroyos, torrentes, arroyuelos, etc. Pero podemos agregar y afirmar que, según nuestro sistema jurídico, es imposible que el cauce de aguas públicas no sea público, doctrina ésta que se informa en nuestra ley positiva y en la dogmática que surge de la tesis que afirmó que las propiedades sobre el agua y sobre el lecho son indivisibles: "la una importa absolutamente, la otra, salvo una disposición explícita en contrario" (18). Es decir que el principio es aplicable, tanto en el caso de los ríos, como en las hipótesis de otras corrientes menores y aún / tratándose de desagües; la razón de la ley aparece inmanente y surge como / principio irreversible el que los cauces de aguas públicas son siempre pú--blicos; por lo menos, tratándose de cauces naturales.

Pero ante la hipótesis de aguas públicas discurriendo por cauces artificiales, la condición jurídica de éstos varía, según pertenez--can a un ente público que los utiliza como medios para el cumplimiento de / servicios públicos, mediante concesiones a particulares, o según constituyan una propiedad de particulares o del mismo Estado pero no destinados a un fin de utilidad pública (Conforme: Artículo 2342, inciso 4º del Código Civil).-

Si indagamos más sobre la fuente de nuestro inciso tercero -en la parte que acá nos ocupa- veremos que, teniendo presente que su contenido dispositivo no ha variado con la reforma, la nota que Velez Sarsfield colocó al pie de este inciso, cita la L.6 Tit.28 de la Partida 3ra; y agrega que la L.5 Tit.17 Libro 4º de la Recopilación de Indias declara que los mon

tes, pastos y aguas en América, que no estén concedidos a particulares, son cosas comunes a todos. A continuación, citando a Solórzano en el L.6 Cáp. 11, dice que el Rey de España se reservó siempre en América el dominio de los / ríos, como el dominio de las tierras. Por su parte, siguiendo a Goyena, agrega que en la mayor parte de los Reinos de España, los ríos siempre han sido del dominio público. Goyena sostuvo este principio en el artículo 386, inciso 3º de su proyecto, fundamento de nuestro inciso tercero del artículo 2340 del Código Civil, como lo cita el mismo codificador. Goyena decía: "Aquí se habla del río que leyes romanas llamaban público, es decir, *quod pereniter fluit, no del privado, quod aestate exarescit* (Ley 1, párrafos 3 y 4, título 12, Libro 43 del Digesto); y aquellas leyes solo hablaban del río público, *si aut navigabile sit, aut exco aliquid navigabile fit* (Ley 2). Cierto es que en los ríos navegables hay una razón más para declararlos propiedad del Estado; pero todos son de gran importancia por la multitud de usos necesarios a la vida o útiles a la industria y agricultura que pueden hacerse de sus aguas. Es, pues, conforme a la paz y conveniencia pública que el Estado sea su único propietario y regulador, y por esto se contaban en muchos países entre las regalías, como sucedía en nuestra Cataluña". Pero veamos que el mismo proyecto admitía las excepciones establecidas por quienes tuvieran derechos adquiridos por títulos o por prescripción en el momento de regir la nueva ley (Artículo 489) y, además, la establecida en favor de la apropiación privada del agua de una fuente por el dueño del terreno (Artículo 488); no admitida la primera por nuestra ley que la consideró innecesaria, y sí la segunda (Conforme: Artículo 2350 del Código Civil).-

Acá es digno de observar que ya el propio Goyena exponía, en defensa de su tesis, conceptos que aún son vigentes por su contenido económico y social; en tal sentido decía: "Desde muy antiguo en ningún país ha prosperado tanto la agricultura como en Lombardía y en Piamonte, y cuantos han escrito sobre esta materia, señalan únicamente por causas de prosperidad;

Primero: el reconocerse como dependencias del dominio público todos los ríos, sin distinción de navegables o flotables, y todos los torrentes; en suma, to das las aguas corrientes que no sean de propiedad privada según nuestro artículo 488; y Segundo: la servidumbre legal de acueducto o la facultad concedida a cada uno para conducir por las heredades de otros para el riego de sus campos o usos de sus fábricas, las aguas de que puede disponer".-

Veremos entonces que, en conclusión, Velez Sarsfield siguiendo a Goyena y a la ley española sentó como principio básico de nuestra legislación, el de que todos los cursos naturales de agua, sin distinción / entre los navegables y los no navegables, pertenecen al dominio público de la Nación o de las Provincias; tesis que está -ya en su época- insuflada de un espíritu notable de previsión y economía. Decimos esto, por cuanto si ob servamos la legislación comparada de la época, veremos resaltar el admirable carácter de previsión de nuestro codificador.-

Los romanos dividieron las cosas con relación a las personas en públicas, privadas y nullius (Ley 2º, título 8º, libro 1º del Digesto). Respecto al agua de los ríos, que fue incluida entre las cosas del dominio público, no puede deducirse claramente de los textos romanos si se hizo la división entre los ríos navegables y no navegables, a fin de dejar los últimos al dominio privado. En realidad los textos son contradictorios; en Las Institutas (Libro II, título 2, párrafo 2) está escrito: "flumina / autem omnia et portus publica sunt, ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibus que"; y en el Digesto (Título "De flum") se lee: "item flumina quaedam sunt perennia, quaedam torrentitia..... fluminum quaedam // publica sunt, quaedam non publicum flumen Cassius definit quod perenne sit ..... hoc interdictum (De flum) ad flumina publica pertinet; si autem priva tum sit, cessabit interdictum, nihil enim differt a caeteris locis privatis flumen privatum". Wodon (19) buscó explicar este entredicho diciendo que /

en la clasificación de las cosas se ha querido llamar "flumina" y decir entonces "flumina omnia publica sunt" solamente a aquellos cursos que eran públicos, y así, según el interdicto "perennia et navigabilia" (De flum, ley 1, párrafo 12 que dice: "ad ea tantum flumina petinet quae sunt navigabilia") parecería que los romanos retuvieron como públicos aquellos ríos que fueran perennes y navegables, dejando los demás al dominio privado. Pero, por otra parte, Gutiérrez en su obra sobre el Código Civil Español dice que "evidentemente deben distinguirse los ríos navegables y los que no lo son; más ninguna ley ha apreciado dicha diferencia para declarar que los primeros solamente sean públicos". Esto nos demuestra, que, fundados en los mismos textos / romanos, se han sostenido cosas diametralmente opuestas. Lo indudable es, que en el Piamonte se mantuvo el principio del dominio público de todos los cursos de agua, situación que más tarde confirmó el Código Sardo en su artículo 420.-

Durante la Edad Media, en el derecho feudal, imperó el / sistema de mantener el poder real sobre los ríos navegables, dejando los restantes menos caudalosos en poder de los señores y las ciudades; de ésto surge el desdoblamiento de las legislaciones modernas: mientras Italia, al afirmar el poder de la corona, reivindicó todos sus derechos sobre la totalidad de los cursos naturales; en Francia las cosas siguieron en igual estado hasta que el Código Napoleón les dió forma definitiva (ríos navegables; púlicos - no navegables; privados).-

En la antigua legislación Española, la Ley 6, título 28 de la Partida 3ra., citada por nuestro codificador, dice: "Los ríos é los / puertos, é los caminos públicos pertenecen a todos los omes communalmente, en tal manera que también pueden usar dellos los que son de otra tierra estranña, como los que moran é viven en aquella tierra, do son. E como quier que las riberas de los ríos son cuanto al señorío, de aquellos cuyas son las he

redades á que están ayuntadas; con todo esso, todo ome puede usar dellas,..."

La Recopilación de Indias ordenó que "las aguas fueran comunes" en América, hecho que se confirma con la ley 9, título 17, Libro 4, que encomendó a los Virreyes y audiencias "vean lo que fuere de buena gobernación en cuanto a / las aguas" y que "hagan en esta materia justicia a quien lo pidiese", y la Ley 11, título 17, Libro 3 que mandó que "la misma orden que los indios tuvieran en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los españoles a quién estuvieren repartidas y sañaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales que antes lo tenían a su cargo, con / cuyo parecer sean regadas, y se dé a cada uno el agua que debe tener sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la tomare y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada hasta que todos los inferiores a él rieguen las tierras que tuvieren señaladas".

Pero veamos además las palabras en las cuales, la Comisión española que redactó la ley de 1866 fundó sus opiniones, respecto al problema del dominio de las aguas: "La antigua legislación de Castilla es bastante obscura en esta parte, cosa natural si se tiene en cuenta, que tanto los fueros generales y especiales, como las leyes de Partida, se publicaron cuando a la sazón el / riego era casi desconocido en ella, por lo que no podía darse importancia al dominio de las aguas en cursos algo caudalosos, que iban a perderse sin fecundar parte alguna del suelo ni obtener de ellas más ventajas que el aprovechamiento de sus fuerza motriz en alguno que otro artefacto grosero y sencillo. Las leyes de Partidas se limitan a declarar común el uso de los ríos, y a prohibir que en los navegables se ejecute obra alguna que perturbe la navegación, pero nada disponen acerca del dominio de los no navegables, ni conceden derecho alguno a los ribereños para que desvien las aguas, siendo por esto, cuanto se refiere al dominio de las mismas, de los puntos más oscuros e inciertos de la antigua legislación de Castilla. Sus jurisconsultos, sin embargo, siguiendo a los comentadores del derecho romano, y apoyados en algún

nos textos de éste, han sostenido que eran públicos, todos los ríos continuos que fluyen tanto en invierno como en verano, y privados, los que sólo fluyen en invierno y que se denominan comunmente torrentes. Algo menos vaga fué en ésta parte la legislación de Cataluña y Valencia, donde declarados / de uso común los ríos, se reservaron los reyes como una de las regalías llamadas menores, la concesión del aprovechamiento de sus aguas", y agrega más adelante: "Por esta razón, en los pueblos del señorío, que eran casi todos los de aquel reino, las aguas corrientes fueron consideradas como propiedad de los señores, del mismo modo que los montes, pastos y todo terreno inculto. Más, por una feliz combinación de circunstancias, lejos de significar esto un obstáculo, como en otras partes, contribuyó poderosamente al incremento de los riesgos y fomento de la agricultura". Y luego dice: "De aquí que en Cataluña y Valencia nunca se hayan considerado las aguas de los ríos, / aunque no sean navegables ni flotables, como propiedad de los ribereños, ni se hayan creído éstos autorizados para hacer derivaciones de ellos sin obtener previamente autorización de los Reyes o señores territoriales". "Tal era en España el estado de la legislación sobre esta materia, cuando en el último tercio del siglo pasado comenzaron a estudiarse y aplicarse en ella los buenos principios de administración. Exigen éstos la intervención del Poder Público en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aunque son de uso común, no bastan para el consumo de todos. La Sociedad no puede abandonarlas al interés o la ~~colimia~~ individual, sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público; y el fomento de la riqueza exige, por otra parte, que se de la preferencia a aquellos aprovechamientos que más puedan contribuir a ella, distribuyendo esos bienes comunes con la misma economía y / acierto, con que un prudente padre de familia distribuye los suyos. Por estas razones, sostienen los autores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración Pública, la conveniencia de declarar del dominio público todos los cursos de agua, como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria" (20).-

No existen dudas pues, acerca del acierto y actualidad / que revisten los conceptos de la Comisión de 1866 que acabamos de transcribir. En los mismos antecedentes de la legislación patria, el codificador argentino encontró la base del principio que es la piedra angular de nuestra / legislación de aguas; principio que fue tambien admitido por la legislación Italiana desde los comienzos de la Edad Moderna. El criterio referente al / dominio público de las aguas corrientes en nuestro país, ha determinado una tradición histórica, legislativa y jurídica que se ha enmarcado perfectamente en la práctica del uso de las aguas que se venía haciendo desde la época de la conquista y que, a través del tiempo, ha configurado un sistema, si no original, a no dudarlo, propio y eficáz.

Pero consideremos que fué la legislación francesa la que afirmó por primera vez, en forma indudable, la distinción entre los ríos navegables y flotables y los que no lo son, con el propósito de adjudicar su dominio sobre las corrientes de agua. En tal sentido, determinó el dominio público sobre los primeros (Artículo 538 del Código Napoleón). Esta tendencia, errónea, según nuestro criterio, dejó un vacío respecto a la condición de los ríos no navegables, hecho que produjo a lo largo de la historia, arduas y estériles discusiones en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia. Esta situación tocó a su fin con la sanción de la ley de 1.898, pero, por otra parte, se conservó un profundo error al separar la condición legal de las aguas de la de los lechos por donde fluyen. La Ley de 1.898 en su artículo 3º dispuso: "El lecho de los cursos de agua no navegables y no flotables, pertenece a los propietarios ribereños". Pero, por otra parte, en el artículo 2º de la citada Ley se dijo, que: "Los ribereños no tienen derecho a usar del agua corriente que bordea o limita sus heredades, sino dentro de los límites determinados por la ley". La expresión que manifiesta "que los ribereños no pueden 'usar' del agua corriente sino dentro de ciertos límites", y que demuestra no acordar a los ribereños el verdadero dominio sobre

las aguas corrientes ha confundido a los juristas. Para algunos se trata de una servidumbre personal, para otros real, para otros negativa, y por último se sostiene que es un atributo de la propiedad. Lo que importa es que esta ley no aclaró los términos confusos de los antiguos artículos 644 y 645 del Código Napoleón.

En cuanto a los ríos navegables, la Ley en su artículo 34, derogando el artículo 538 del Código Napoleón, aumenta sobre ellos la / extensión del dominio público.

Por último haremos una brevísimas referencia a la legislación anglosajona de la época, que resulta interesante por las características especiales que reviste la ley inglesa, de la cual se han derivado las leyes de agua de gran parte de los Estados Unidos de Norteamérica. Mantiene la tendencia de ensanchar el campo de acción individual, restringiendo el de la comunidad. La legislación inglesa divide las aguas en dos categorías: a) el mar y sus brazos; y b) los cursos de agua dulce, sean o no navegables. La primera categoría está sometida al dominio público del Estado, entendiéndose por brazos de mar, la parte inferior de los cursos que llegan al mar, en la que se hace sentir la influencia de la onda de las mareas. Estas aguas / del Estado, pueden hacerse privadas por concesión real y por prescripción, pues no se las considera inalienables, quedando en ese caso a cargo del dueño la servidumbre de dar paso y la obligación de no obstaculizar la navegación. Las aguas de la segunda categoría, aún siendo navegables, pertenecen al dominio privado y pertenecen al rey, solo excepcionalmente, el que conserva el derecho de policía y protección.-

En definitiva, este es el panorama de la legislación comparada con que se encontró Velez Sarsfield al momento de la sanción de nuestro Código Civil. Concretando, podemos sintetizar en líneas generales en /

tres tipos distintos las leyes o sistemas revisados;

Primero: Legislaciones que hacen del dominio privado la regla y del público la excepción, extendiendo en lo posible la personalidad individual (Por ejemplo: Inglaterra).-

Segundo: Legislaciones que dividen los cursos de agua en navegables y flotables y los no navegables, atribuyendo el dominio de las primeras al Estado y de las segundas a los ribereños (Por ejemplo: Francia Bélgica, Holanda, etc.).-

Tercero: Legislaciones que mantienen el principio del dominio público sobre todas las aguas corrientes como regla, salvo muy limitadas excepciones (Por ejemplo: España, Italia, Argentina, etc.).-

Pensamos, sin lugar a dudas, que nuestro codificador se inclinó por el mejor y más práctico de los tres sietmas conocidos. Decimos esto por cuanto entendemos que, a través de la legislación, debe buscarse, que la utilización del agua rinda a la sociedad el mayor y más extenso beneficio; ello no podría haberse logrado si el interés individual hubiera prevalecidio sobre el de la comunidad toda. Una prueba de los que afirmamos nos la dá el hecho que las legislaciones individualistas y que sostienen el dominio privado, van lentamente evolucionando el espíritu de sus leyes, a través de un sin número de restricciones que las van acercando día a día a las legislaciones del tercer grupo. Pero hay aún más; hagamos nuestras, las palabras de Manuel F. Castello (21), que allá por el año 1921 acertadamente decía: "En cuanto a nuestro país, es la prueba evidente que el legislador ha tenido una prevención que lo glorifica y hemos de probarlo brevemente. Pareciera que para los franceses, y aquellos que han seguido su tendencia, la navegación fuera el medio más importante de utilizar los ríos; y no es necesario

ongolfarso en discusiones históricas para averiguar qué pensaban al respecto los romanos, porque el espíritu exageradamente conservador, es una de las desgracias que impiden la evolución del dorecho; nos basta mirar a nuestro derredor, en pleno siglo XX, cuando la vida ha cambiada por completo y cuando las relaciones civiles de carácter netamente económico, han evolucionado marchando a la par del portentoso progreso de la humanidad; que la navegación fluvial, es un elemento de riqueza, que los ríos abaratan el transporte, nadie lo duda; que el hombre los necesita con ese fin, tampoco, pero ¿acaso no hay también otros usos tan importantes como ese que requieren el mismo / cuidado, los mismos privilegios que la navegación?. Riego y fuerza hidráulica: he aquí dos expresiones que sintetizan cada una un mundo de progreso; y no siendo enemigos de la navegación ¿por qué no preocuparse de todos por igual? Miremos a nuestra República. En el litoral y en el interior hay cursos navegables que pertenecerían todos al dominio público; pero en la zona andina, por ejemplo, ¿que sería de las ricas plantaciones de Mendoza y San Juan, si los cursos de agua, grandes y caudalosos, pero no navegables, hubieran quedado en poder de los particulares? . . . Allí es, pues, donde la sabia disposición de nuestra ley civil que consideramos fecunda para nuestro progreso ha acertado".-

En definitiva, conforme al artículo 2340, Inciso 3º, primera parte del Código Civil Argentino, todos los ríos -navegables y flotables y aún los no navegables-, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales -arroyos, torrentes, arroyuelos, etc.- son del dominio público del Estado Nacional o Provincial, según la distribución de poderes hecha por la Constitución Nacional (Conforme: Artículo 2339 del Código Civil). El criterio determinante de la afectación de un bien al dominio público, es la "aptitud actual de satisfacer usos de interés general". Es decir, para afectar las aguas al dominio público, debió considerarse su "importancia actual", importancia que está determinada tanto por su "utilidad" como, a veces, por

su "peligrosidad" (como en el caso de los torrentes). La primera parte del inciso 3º que comentamos, se basa en el principio irreversible -presunción legal- de que tales aguas revisten una "importancia" relevante en todo el / territorio de nuestro país, debido a su "utilidad" o "peligrosidad", encontrándose presente, por lo tanto, su "aptitud para satisfacer usos de interés general".-

Pero veamos que, conforme a la redacción actual introducida por la Ley Nº 17.711, el inciso 3º del artículo 2340 del Código Civil agrega el siguiente párrafo: "...y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general...". Indudablemente acá se observa la influencia de la Ley Italiana a través del Texto Único de 1933 y de / su doctrina, posición que recogiera en nuestro país la IV Conferencia Nacional de Abogados llevada a cabo en Tucumán en el año 1936.-

Entendemos que el "criterium" legal está fijado en el // concepto de "agua que tenga (o adquiera) la aptitud de satisfacer usos de interés general". Dicho criterio está necesariamente implícito en materia de agua fluvial y de las "demás que corren por cauces naturales" en cuanto, a continuación del citado párrafo normativo, se habla de "... y toda otra agua que...". Es decir, es esta expresión el texto de la ley está presumiendo / legalmente, como dijimos, que la afectación de los cursos de agua (o aguas corrientes) a que se refiere "ab initio" el inciso citado, también se debe necesariamente a su destino, ello es, a la satisfacción de usos de interés general. En conclusión la ley ha querido que toda agua corriente que tenga (o adquiera) la aptitud de satisfacer usos de interés general, quede afectada al dominio público del Estado.-

El atributo de "interés general", como bien se ha dicho (22), implica una necesaria complementación recíproca entre el criterio de

la "generalidad" y el de la "publicidad". El interés público es general cuando influye en cualquier medida y con cualquier sentido de relatividad sobre la riqueza nacional, sobre la importancia de la producción, sobre la aptitud y adecuación a los fines de posibilidad técnica y de utilización eficaz a la economía de la Nación; y así puede concluirse: un interés no es público si no es general y, si es general, llega a ser público por ese sólo hecho.-

Ahora bien, cabría preguntarse cuando se habla de "aguas que corren por cauces naturales", si ese sólo hecho las afectaría como pertenecientes al dominio público del Estado; ó si, además del hecho descripto, sería necesaria la condición de que tales cursos de agua cumplieran con la condición de que "tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general". La cuestión la planteamos por cuanto es sabido que existen casos de algunos desagües, colectores, arroyuelos, etc., que no revisten utilidad alguna para la agricultura, industria o provisión para un pueblo. Entendemos que la ley, en este aspecto, no ha distinguido: "...las demás aguas que corren por cauces naturales..." sin distinción, en cuanto a su caudal o importancia, y conforme a la presunción de utilidad pública esgrimida por / el codificador, todas pertenecen al dominio público del Estado (Conforme: Artículo 2340, inciso 3º, primera parte del Código Civil).-

Pero vayamos a la segunda parte del inciso 3º que comentamos: ¿a qué aguas se refiere el codificador cuando agregó:..."y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general..."? Desde el punto de vista del derecho, el problema no puede resolverse de un modo general; la propiedad puede ser pública o privada según las / condiciones de hecho que modifican su naturaleza material, económica o jurídica, solución que deberá adecuarse conforme las circunstancias de lugar, / costumbre, caudal y, demás criterios jurídico-administrativos que se dicten. Pero, de cualquier manera, nos parece lógico concluir que la ley, cuando /

alude "a toda otra agua", se está refiriendo al agua <sup>privada que es</sup> regulada por el Código Civil.-



Acá, la ley no esgrime ya, el principio de la "importancia actual", y, por lo tanto, de la "aptitud de satisfacer usos de interés general", sino que, por el contrario, tal principio deberá ser demostrado en cada caso. El criterio de su determinación, en las condiciones actuales, deberá surgir de la elaboración jurisprudencial; pero se nos ocurre que una solución más equilibrada y estable podría conseguirse por la vía reglamentaria, a través de las leyes o códigos de aguas de las provincias, en cuanto determinaran legislativamente los criterios básicos y orientadores para su solución.-

Pero veamos las consecuencias prácticas de la interpretación que sustentamos: si a la época de la sanción de la Ley de reformas al / Código Civil, el agua privada tenía la aptitud de satisfacer usos de interés general, habría quedado incorporada -legislativamente- al dominio público del Estado Nacional o Provincial. Pero ¿qué ocurre?: que la existencia real de / tal aptitud, y mientras la ley administrativa no determine los criterios de validación y compensatorios por la exclusión patrimonial de un bien privado, el único modo de obtener la legitimación del dominio, sería mediante un procedimiento público y contradictorio que se expediera sobre la procedencia o no de la incorporación del bien al dominio público, y en el caso afirmativo, fijara un quantum indemnizatorio que compensara la privación definitiva de / un bien que hasta el momento perteneció al dominio privado.-

En tal orden de ideas, en la práctica, podría presentarse alguno de los siguientes casos:

PRIMERO: Aguas Pluviales caídas en terrenos del dominio privado (Código Civil 2635).

El agua pluvial caída en terrenos del dominio privado, es privada, pero si debido a su "importancia" (cantidad, regularidad de las precipitaciones, almacenamiento y otras circunstancias) y, teniendo presente el actual / sistema jurídico provincial (que no nos ofrece criterios de valoración según lo expuesto antes) se prueba y se declara judicialmente su "aptitud actual / de satisfacer usos de interés general" (Por ejemplo: abastecimiento regular de un pueblo) quedaría afectada al dominio público del Estado mediando, en / todo caso, una indemnización por la exclusión del bien del patrimonio privado.

Entendemos que el proceso contradictorio sólo será necesario cuando haya real oposición por parte del propietario original. Ello por cuanto, por criterio legal, ante el caso de comprobarse la aptitud actual para la / satisfacción de interés general, por imperio de la ley, tales aguas quedarían afectadas al dominio público del respectivo Estado jurisdiccional.-

SEGUNDO: Aguas de Fuente (Código Civil 2637);

El agua de fuente o manantial, es aquella que surge al exterior / después de haber recorrido un trayecto subterráneo. El Código Civil la califica como "privada", cuando surge en terrenos particulares.-

Si dicha agua, debido a su "importancia", que a su vez determina una "utilidad" real, tiene la aptitud actual de satisfacer usos públicos, que daría afectada al Dominio Público del Estado; proponemos, en este caso, una / solución jurídica para la que serían igualmente válidas las consideraciones hechas en el apartado anterior.-

Pero veamos que el artículo 2637 del Código Civil por su parte, dispone que dichas aguas "pertenecen al dominio público", cuando constituyen curso de "agua por cauces naturales" ¿Existe, nos preguntamos, discordancia entre el artículo 2340, inciso 3º en cuanto afecta al dominio público "toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general", y el artículo 2637 del Código Civil, en cuanto sólo se refiere, para / su afectación, a que "constituyan curso de agua por cauces naturales"?

Nos parece, a primera vista, que no hay contradicción entre ambos preceptos. Dijimos ya que, cuando el artículo 2340 inciso 3º, enumera como / bienes del dominio público a "los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales" lo hace teniendo presente un criterio irreversible, presunción jure et de jure, de que en tales aguas es actual su "importancia"; que a su vez, ésta determina una "utilidad" o sea la aptitud de satisfacer usos públicos. Por ello, cuando el artículo 2637 del Código Civil / se refiere a que el agua de fuente pertenece al dominio público, "cuando constituyen curso de agua por cauces naturales", lo hace siguiendo el criterio / general sentado en el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, es decir, / presumiendo jure et de jure la aptitud actual de satisfacer usos de interés general respecto a todos los cursos naturales de agua.-

De cualquier forma, entendemos que la jurisprudencia y la legislación reglamentaria administrativa que se dicte en las provincias, cumplirán / una labor de esclarecimiento, con el fin de ajustar los criterios jurídicos.-

### TERCERO: Aguas de Vertiente (Código Civil 2350)

Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, son aguas privadas del dueño de dicha heredad. Pero, si tales aguas, debido a la importancia que representan en una determinada zona o área, para la satisfac-

ción de necesidades de la colectividad, tienen una utilidad inmediata que se convierte en una aptitud actual para la satisfacción de intereses generales, quedaría incorporada al dominio público del Estado, haciendo, en este caso, igualmente extensivos los conceptos y criterios vertidos más arriba.

Siguiendo con el análisis del artículo 2340, Inciso 3º del Código Civil, éste agrega una nueva posibilidad para la afectación de las aguas al dominio público: "...que...(el agua privada, como dijimos) adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general...". En este sentido, y en materia de su incorporación como bien dominical, cabría realizar análogas consideraciones a las anteriores, es decir, cuando está actualizada en el bien la aptitud pública. Pero lo más importante en todo este problema que venimos tratando, es la cuestión que se plantea en los siguientes términos: ¿cómo armar el derecho del propietario privado con el derecho que adquiera el Estado cuando "se actualice" la condición de incorporación de las aguas al dominio público? Y por otra parte ¿Cuales serán los criterios que ayudarán a definir la "aptitud" -del agua- de satisfacer usos de interés general?. La respuesta a éstos y otros tantos interrogantes que no consideramos oportuno traer a colación, queda en manos de la doctrina, de la jurisprudencia de los tribunales, y, por último, sería oportuna y conveniente su consideración por parte del legislador.

Como ya dijimos, el texto que comentamos reconoce su fuente en / el derecho italiano, y concretamente en el Real Decreto N° 1775 de 1933 cuyo artículo 1º prescribe que "son públicas todas las aguas surgentes, fluyentes y lacustres, así como las extraídas artificialmente del subsuelo, vinculadas o incrementadas, las cuales consideradas, sea aisladamente por su caudal o / por la amplitud de la respectiva cuenca imbrifera, sea en relación al sistema hidrográfico al cual pertenezcan, tengan o adquieran la aptitud de satis-

facer los usos públicos de interés general". El criterio relativo al dominio público de las aguas, en el derecho italiano, se basa en los preceptos contenidos en el Código Civil pero, además y fundamentalmente, en la caracterización contenida en el Texto Único de 1933 transcripto mas arriba.

La "aptitud para satisfacer usos públicos" y, en consecuencia, / "de interés general", si bien no constituye de por si un criterio práctico / para determinar cuando nos encontramos en presencia del agua pública, implica en cambio un principio directriz de suma importancia que, agregado a las circunstancias a que se refiera el precepto italiano (caudal, amplitud de / la cuenca imbrifera o sistema hidrográfico al cual pertenece), permite determinar, en cada caso, si tales aguas reunen actual o potencialmente la aptitud necesaria para integrar parte del dominio público. Este texto sólo provee al intérprete de "criterios" que, en forma aislada o conjunta, conducen a acreditar que se está en presencia de un bien público. En tal caso, la jurisprudencia adquiere un valor prevalente y decisorio para brindar la orientación definitiva y la base para su interpretación y aplicación jurídica; en este caso es necesario hacer uso de los criterios con precisión y prudencia.-

El criterio jurídico italiano acerca del dominio público de las / aguas, suscintamente expuesto, fue uno de los esquemas que se tuvieron en / consideración en la IV Conferencia Nacional de Abogados (Tucumán 1936), cuan do se trató el dominio de las aguas. En este orden de cosas, observamos que su segunda recomendación determinó: "Que en cuanto al régimen de propiedad, conviene establecer:

- a) Que son del dominio público nacional o provincial, las aguas que corren por cauces naturales, las demás que tengan o adquieran / la aptitud de satisfacer usos de interés general, y los cauces mientras que por ellos fluyan aguas.-

- b) La Nación y las Provincias dentro de sus respectivas jurisdicciones, tienen el dominio público sobre las aguas subterráneas, reconociéndose el derecho del propietario del fundo para extraer las en la medida de sus necesidades, con sujeción a la reglamentación correspondiente.

De la lectura de las recomendaciones que transcribimos y de las expresiones que, en la oportunidad, virtieran los miembros que representaron / la posición mayoritaria, se desprende la conclusión de que la Conferencia sienta un criterio diferente al contenido en la ley italiana de 1933. El sento de la legislación italiana es que todas las aguas son públicas, si se confirma la valoración que de ellas puede hacerse, conforme a los criterios generales que contiene la misma (Artículo 1º del Real Decreto 1775 de 1933), comprobándose su aptitud para satisfacer usos públicos de interés general. Por el contrario, la Conferencia de 1936 sienta el principio general de que todas las aguas son públicas, manteniendo las dos o tres excepciones que el Código contempla; en éste último caso, si tienen la aptitud de satisfacer / usos de interés general, o cuando llegasen a adquirir tal aptitud, pasan a ser también del dominio público. Es decir, todas las aguas, incluyendo la / subterránea, son públicas con la reserva que hacemos respecto de las excepciones contenidas en la ley de fondo.

Respecto a las aguas que el Código considera privadas -en principio- y que, conforme prescribe la misma Ley, pueden pasar a integrar el dominio público en la medida que actualicen su aptitud para satisfacer usos / de interés general, criterio que se adoptó de las bases aprobadas en la Conferencia de Tucumán de 1936, se puede apuntar una diferencia con respecto a la fuente consultada (texto único italiano de 1933). En la Conferencia de / 1936 no se hizo alusión a los criterios orientativos para ayudar a determinar la aptitud de satisfacer los usos de interés general, situación que si

ESTUDIOS DE DERECHO DE AGUAS

Tomo I

Al lector:

La necesidad de presentar este estudio al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y al Consejo Federal de Inversiones, impidió una / prolífa revisación y corrección de los respectivos stencils. De ahí una cantidad apreciable de errores de puntuación y de letras que se han deslizado en / la impresión.

A continuación salvamos tan solo las erratas más importantes, apelando -por lo tanto- a la benevolencia del lector.

Hoja	Renglón	Donde Dice	Debe Decir
35	5	...para conducir por...	...para conducir, por...
37	4	Virreyes y audioncias...	Virreyes y Audiencias...
38	11	...partes, contribuyó...	...partes, contribuyó...
41	13	los tres sietmas conocidos...	los tres sistemas conocidos...
42	20	En definitiva...	En definitiva...
49	9	...se refiera el precepto...	...se refiere el precepto...
52	19	Marienhoff recientemente ha expresado...	Marienhoff recientemente ha expresado (En "La reciente reforma del Cgo. Civ. en materia de / Aguas" - J.A., Doctrina 1970, / pág. 255 y ss.)...
59	6	a la estipulado...	a lo estipulado...
66	27	Puede...que Zacharias	Puede...que Zachariae
68	14	...de los intereses públicos.	...de los intereses públicos.
72	20	; a) cambar la...	; a) cambiar la...
79	8	...Bibiloni que quedó plamado	...Bibiloni que quedó plasmado
79	18	...términos espuestos...	...términos expuestos...
80	10	...los bienes públicos.	...los bienes públicos.
93	5	Con acierto, Haurión...	Con acierto, Hauriou...
93	9	,...glosa de Haurión...	,...glosa de Hauriou...
93	12	...ilustrado por Haurión...	...ilustrado por Hauriou...
93	19	De tal forma, concluye Haurión	De tal forma, concluye Hauriou
110	12	...reglamentaciones, sobre...	reglamentaciones sobre...
110	14	..., como ocurra,...	..., como ocurre,...
124	3	agua estacional y perenne...	agua estacional y perenne...
128	5	..., iniciados despué de...	..., iniciados después de...
134	11	... sus derechos en pre---	... sus derechos en
136	12	conservación, incremente...	conservación, incremento...

es contemplada expresamente por la ley italiana, brindando, así, al intérprete bases de orientación para su consideración en cada caso. Ya dejamos / sentado que el agua corriente, y las demás aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, quedan comprendidas entre / los bienes públicos. En el caso de las aguas corrientes la aptitud para satisfacer usos públicos es una presunción jure et de jure, no así en el caso de otras aguas (refiriéndose a las privadas, como antes lo dijeron). En este último caso, las leyes que se dicten en jurisdicción local deberán reglamentar cuidadosamente el principio de la ley substantiva. Es decir, se debe rán disponer criterios esenciales de orientación que, al igual que en el // derecho italiano, brinden bases directrices que permitan al interprete decir, en cada caso, su afectación al dominio público. En este orden de ideas, podrá tomarse en consideración el agua en forma aislada, por su caudal o por la amplitud e importancia regional de la respectiva cuenca hidrica; el agua en relación al sistema hidrográfico a que pertenezca; o su valoración socioeconómica en cada zona.

Pero veamos lo que hasta acá se ha expuesto sólo ha significado un intento de aporte para una futura estructuración jurídica. También nos parece lógico dejar aclarados algunos puntos referentes a la reforma que han  sido motivo de crítica. La ley de reformas reemplazó la introducción del antiguo texto del artículo 2340 del Código Civil por una nueva fórmula ("Quedan comprendidos entre los bienes públicos"). Decía, en tal sentido, que "son bienes públicos del Estado general o de los Estados particulares:..." partiendo del supuesto expreso de que había bienes del dominio público tanto de la Nación como de las Provincias, hecho que no podemos desconocer, puesto que uno de los derechos que las Provincias se reservaron al constituir la unión nacional fué, precisamente, el de dominio sobre sus bienes, fuesen éstos // privados o públicos. Y acá pensamos oportuno recordar que el asignarle carácter público a un bien, es facultad exclusiva del Congreso Nacional, en /

cuanto ello significa determinar la condición jurídica de los bienes, lo que -por ser materia sustantiva- corresponde exclusivamente al Código Civil; y que por la delegación de facultades que hicieron las provincias, sólo la Nación tiene atribución para dictarlo; y ello, paralelamente a la reserva de derechos particulares de los Estados que también quedó tácitamente sentada, en cuanto a las atribuciones para legislar sobre el uso y goce de los bienes pertenecientes al dominio público. No desconocemos que las provincias conservan el ejercicio del llamado poder de policía, una de cuyas manifestaciones es, precisamente, la atribución de reglamentar las formas y modos del uso y goce de los bienes públicos en cuanto sean adjudicados por medio de los institutos administrativos a los administrados. La Nación no tiene, en este sentido, competencia constitucional alguna dentro del territorio de las Provincias. De tal forma que, conforme lo expuesto, pensamos que la modificación / del texto introductorio citado, en nada ha cambiado el sentido legislativo, y solo ha eliminado un principio básico que se deduce del contexto institucional de nuestro sistema jurídico nacional. Otro aspecto que cabe señalar, es el que se refiere a la reforma de la primera parte del inciso 3º del artículo 2340 del Código Civil, ya que incluye, lo mismo que la redacción primitiva, a los "ríos" y sus "cauces". Marienhoff recientemente ha expresado / que ello constituye un pleonasio jurídico; y se ha preguntado si no aparece como lógica conclusión que -como ya lo dijo Proudhon- no se concibe un río sin cauce o lecho; el concepto genérico de río comprende él de sus elementos constitutivos: el agua y el lecho o cauce; no es posible que se conciba mentalmente un río sin un cauce por donde discurren las aguas. Entendemos / que el principio es real, pero paréjenos tanto rigurosa la crítica en cuanto interpretamos que con ello solo ha querido aclararse el principio normativo. Las aguas y los cauces son separables y no debe parecernos extraño que un propietario de un predio que fuese cruzado por un río fuera dueño del lecho y pretendiera explotarlo en la extracción de minerales. La ley es clara: también el cauce es del dominio público.-

A continuación, y para integrar el tratamiento de las aguas públicas, haremos una breve referencia sobre el régimen de las aguas de mar y de las aguas lacustres, reseña que tendrá un carácter sumamente escueto debido a la finalidad esencial del presente trabajo; pero en ninguna forma hemos / querido dejar de señalar algunas pautas básicas sobre este tipo de manifestación de los recursos hídricos, que en otras áreas de nuestro país revisten / prioritaria importancia.-

(b). Las Aguas Marítimas

Un problema que ha representado un papel de importancia / en la escena de la historia -tanto desde el punto de vista de la política internacional, como desde aquel del simple encuadre novelezco- es, sin lugar a dudas, la debatida cuestión de la soberanía de los mares, eje y centro de todas las disposiciones que sobre su utilización pudieran dictarse. Es así, pues, que si observamos a los pueblos de la antigüedad, vemos que ninguno / pretendió ser propietario del mar, y -por el contrario- todos usaron de él en cuanto les fué necesario para la pesca y la navegación. Fué recién con el descubrimiento de América que viene a introducirse un cambio substancial en el pensamiento de la política internacional. Los ingleses concibieron la absurda pretensión de adquirir ese dominio, hecho que hubiera puesto en manos de una nación la libertad y la vida de todas las demás. Esta idea determinó que, en mayor o menor medida, se configurase un predominio histórico que repugna a la conciencia humana. En esa época fué cuando Selden escribió su obra titulada "Mare Clausum", en la que esgrimió argumentos en defensa de la tendencia inglesa, intentando probar que muchos pueblos habían ejercido con anterioridad el dominio de los mares. Pero, paralelamente a las pretensiones de los ingleses, España y Portugal sostenían cosa análoga respecto a los mares de América; ello con el fin de asegurar en mayor grado el monopolio co-

mercial con las nuevas colonias, hecho que determinó desastrosas consecuencias político-económica, terminando con la independencia de las mismas.

Pero, en definitiva, terminaron por prevalecer las doctrinas de Grotius -sostenidas en su "Mare Liberum"- lo que, por otra parte, configuró una conquista definitiva en el derecho de gentes: la libertad absoluta de los mares. Pero ello no significó -y así lo sostuvieron los tratadistas y las legislaciones- que los países no se reservasen algunos derechos de soberanía sobre lo que empezó a llamarse el "mar territorial" con el fin de permitir su defensa y el ejercicio del imprescindible poder de policía, sobre las costas del territorio de los Estados.-

Veamos el problema desde el punto de vista de nuestro derecho positivo. El artículo 2340 del Código Civil, en sus primeros incisos, trae algunas normas que regulan la condición jurídica de la zona del mar inmediatamente próxima a las costas, de la zona contigua a ésta y de las aguas contenidas en los accidentes geográficos de la misma costa. El texto normativo contenido en el artículo que comentaremos, fué también objeto de modificaciones introducidas por la Ley de reformas al Código Civil de 1958. Trataremos en forma separada las distintas hipótesis que se plantean:

En su Inciso 1º, la ley dispone que quedan comprendidos / entre los bienes públicos, "los mares territoriales hasta la distancia que / determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua". El texto de este inciso, antes de la reforma, / decía que eran bienes públicos de la Nación o de las Provincias, los mares / adyacentes a nuestro territorio nacional hasta la distancia de una legua marina, medida desde la línea de la más baja marea; pero que el derecho de policía para preservar la seguridad y el cumplimiento de las leyes fiscales se extendía hasta la distancia de cuatro leguas marinas medidas de igual manera. Es indudable que, ante una comparación fría de ambos textos legales, tendría

mos que lamentar su modificación. En la relación actual se suprimió el criterio para medir el mar adyacente, hecho que -mirado objetivamente- resulta lamentable, ya que la doctrina científica menciona algunos criterios para su determinación, pero ninguno mejor que el que había aceptado nuestro codificador. Por otra parte, parecieran indudable que la supresión de toda referencia a la extensión del mar territorial y del mar jurisdiccional, obedeciera al propósito de extender las porciones antes referidas. No es en nuestro criterio una práctica recomendable aquella que se sigue por parte de algunos Estados, en el sentido de autofijarse la extensión del mar territorial y jurisdiccional; entendemos que ello debería surgir de acuerdos internacionales, es decir, por el mutuo acuerdo, ya que nadie tiene derecho -por propia resolución- a apoderarse de algo que pertenece a todos los Estados (el alta mar es mar libre o internacional). Es indudable que la solución ideal es el acuerdo internacional, pero cuando dicho acuerdo no se logra, el remedio imperioso que debe adoptarse en protección de la riqueza marina es el de proceder / individualmente por vía legislativa, aun cuando, insistimos, no es una solución jurídicamente ortodoxa.

Acá creemos oportuno traer a colación algunos conceptos / sobre el problema que nos ocupa, y que provienen de una noticia publicada en el Diario "La Prensa" de nuestro país del día 7 de marzo de 1970, mediante / un cable enviado por las Naciones Unidas, y que dice así: El representante / de la Argentina, embajador José María Ruda, lamentó hoy que algunos Estados importantes no hayan aceptado el principio de que los fondos marinos y oceánicos, fuera de la jurisdicción nacional, son un patrimonio común de la humanidad. Mencionó, sin embargo, como aportes de particular importancia, las declaraciones del embajador E. Hambro de Noruega en la pasada Asamblea General, y la más reciente de M. Mulley, Ministro de Estado en el Foreign and Commonwealth Office de Gran Bretaña, sobre ese principio. Se ha observado -dijo / Hambro en la ocasión citada- que la expresión "patrimonio de la humanidad"

no es un término reconocido en el vocabulario del derecho internacional. Probablemente sea así, pero los problemas que se nos presentan son nuevos y las soluciones que debemos encontrar para establecer la justicia internacional y mantener la paz, difícilmente puedan encontrarse en los anaqueles del derecho internacional. Añadió Hambro: "No nos asustemos de nuestros conceptos, / no nos asustemos de nuevos términos que explican cosas nuevas; se requieren neologismos para nuevos conceptos, y la expresión "patrimonio común de la humanidad" indica claramente algo valiosos que, se refiere tanto al pasado, como al presente y a lo por venir". También ha sido alentador -refirió Ruda- la declaración hecha por el británico Mulley, en un debate ante la Cámara de los Comunes, cuando declaró: "aceptamos el concepto de patrimonio común de la humanidad, y este concepto fué reconocido en las Conferencias de Primeros Ministros del Commonwealth". Mi delegación espera -agregó el diplomático argentino- que una rápida evolución del enfoque jurídico y político de otras grandes potencias, permitirá lograr la declaración de los principios que regulen la utilización del fondo de los mares situados más allá de los límites de la jurisdicción nacional, con fines exclusivamente pacíficos y en beneficio de toda la humanidad, teniendo en cuenta los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo, se trate de los países sin litoral o ribereños".-

Por otra parte, también es digno de hacer referencia a la "Declaración de Montevideo sobre el Derecho del Mar" que tomó publicidad el día 9 de mayo del corriente año. Con la presencia de delegaciones de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay, y observadores de Bolivia y Colombia, se acordaron bases para respuestas paralelas sobre la convocatoria de una conferencia internacional con los auspicios de las Naciones Unidas; también se estableció esa misma estrategia para una eventual conferencia sobre: la anchura máxima del mar territorial, el libre tránsito de los estrechos y la regulación de la pesquería; y, por último,

se examinaron problemas relacionados con el fondo del mar, la prohibición de instalar armas nucleares y la revisión de la plataforma continental. El referido documento reconoce "el derecho de los Estados Ribereños a disponer de / los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y subsuelo del mismo mar, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos". Establece, por otra parte, el derecho a fijar "los límites de su soberanía y jurisdicción marítimas, de conformidad con sus características geográficas y geológicas, y con los factores / que condicionan la existencia de los recursos marinos y la necesidad de su / racionamiento aprovechamiento". "El derecho a explorar, conservar y explotar los recursos vivos del mar adyacentes a sus territorios, y a regular el régimen de la pesca y caza acuáticas", es otro de los principios incluidos en el documento. Afirma la declaración que "la aplicación de medidas para la conservación de los recursos del mar, su suelo y subsuelo, en las zonas marítimas adyacentes a sus costas, por parte de los Estados ribereños, redundante, en definitiva, en beneficio de la humanidad, que tiene en los océanos una fuente primordial de medios para su subsistencia y desarrollo". La posición argentina, en este problema, fué fijada por el representante de nuestro país quien dijo que procura "obtener que el grupo de las nueve Naciones latinoamericanas adopte una posición común, frente a la consulta de las Naciones Unidas / respecto a la posibilidad y oportunidad de convocar a una conferencia del / mar". Agregó que, la Argentina sustenta esa posición porque entiende que deben tratarse todos los temas que hacen al derecho del mar, y para que se realice esa conferencia, deben concluirse los trabajos de la comisión de las / Naciones Unidas que está estudiando el régimen jurídico aplicable a los lechos oceánicos. Por último explicó que "el hecho de extender la jurisdicción marítima más allá de los límites tradicionales, en modo alguno podrá afectar la libertad de navegación y sobre vuelo".-

De lo expuesto surge con toda claridad, que la intención de algunas de las Naciones Latinoamericanas, es aunar el criterio -entre otros puntos- para extender los límites de la soberanía y jurisdicción marítima, de conformidad con las características geográficas y geológicas de cada país, aspecto que nos interesa en este estudio.-

Volviendo al tema central del asunto, el principio que / sienta el artículo 2340, inciso 1º del Código Civil, en cuanto establece que son del dominio público los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, ha sido reglamentado por tres leyes nacionales (Leyes Números 17.094, 17.500 y 18.502).-

-La Ley Nº 17.094, sancionada y promulgada en diciembre / de 1966 -con anterioridad a la reforma del Código Civil- reconoce su fundamento en la necesidad de reconsiderar y precisar la extensión del territorio nacional y de proteger los recursos naturales en dicha zona, frente a la actividad extranjera en auge en los últimos tiempos. Referente a la extensión de la soberanía, su artículo 1º dispone: "La soberanía de la Nación Argentina se extiende al mar adyacente a su territorio hasta una distancia de 200 / millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo en los casos de los Golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, en que se medirán desde / la línea que une los cabos que forman su boca". Respecto al alcance de la citada norma, el artículo 2º agrega: "La soberanía de la Nación Argentina se / extiende asimismo al lecho del mar y al subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio hasta una profundidad de 200 metros o más allá de / este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permite / la explotación de los recursos naturales de dicha zona". Por otra parte, la ley dispone que la libertad de navegación y aeronavegación no queda afectada por las disposiciones de la presente ley (Artículo 3º). Y, por último, en su

artículo 4º. se dispone que el Poder Ejecutivo Nacional dictará una reglamentación que determinará las formas y condiciones en que podrán desarrollarse las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales del mar por parte de buques extranjeros, dentro de la zona de 200 millas marinas a que se refiere esta ley. Esta reglamentación fué dictada, en cumplimiento a la estipulado precedentemente por el artículo 4º de la ley citada, en Decreto N° 5106/66 sancionado y promulgado en la misma fecha que la Ley que reglamenta.-

-La Ley N° 17.500 de Fomento de la Explotación pesquera, viene a complementar a la Ley N° 17.094 referente a la extensión del mar territorial argentino, y pretende poner en marcha un nuevo aspecto de la economía nacional, posibilitando la creación de fuentes de trabajo y el aporte de divisas al país. Su artículo 1º dispone: "Los recursos del mar territorial / argentino son propiedad del Estado Nacional, que concederá su explotación / conforme a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación". Respecto a la explotación de los recursos en el mar territorial, el artículo 2º establece que "Los recursos hasta una distancia de 12 millas marítimas de las costas sólo podrán ser explotados con embarcaciones de pabellón nacional. Anualmente, el Poder Ejecutivo establecerá, además, una zona del mar territorial argentino cuya explotación quedará reservada para embarcaciones de pabellón nacional". En los restantes artículos de la ley, se establece un sistema de franquicias a la importación y beneficios promocionales para las empresas propiedad de personas físicas domiciliadas en el país y, en el caso de que / se trate de persona jurídicas, que las mismas tengan su domicilio y hayan sido constituidas en la República conforme a nuestras leyes; además, se estipula la forma de otorgar un apoyo financiero estatal para propender a un mayor desarrollo de la industria pesquera nacional.-

-Por último, la Ley Nº 18.502 sancionada y promulgada el 24 de diciembre de 1969, complementa el sistema a que nos venimos refiriendo, en cuanto fija definitivamente el régimen a que queda sujeto el mar territorial argentino, en relación a la jurisdicción que ejercerán las provincias con litoral marítimo y el propio Estado Nacional.

Conforme al texto del mensaje que acompañó la elevación del proyecto de ley al Poder Ejecutivo, "las provincias con litoral marítimo carecen de los medios para ejercer efectivamente su jurisdicción a distancias tan extremas como las fijadas en la Ley Nº 17.094 (200 millas marinas), motivo por el cual la Ley Nº 17.500 determinó que los recursos del mar territorial argentino son de propiedad del Estado Nacional. Esta declaración ha sido interpretada como modificando la jurisdicción ejercida siempre por las provincias, conforme a la Constitución Nacional y al Código Civil, sobre los recursos costeros. La política de descentralización seguida por el gobierno de la Revolución Argentina tiende a afirmar las bases de un auténtico federalismo. Para mantener sin alteraciones la separación entre la jurisdicción nacional y las jurisdicciones provinciales, y para evitar los conflictos suscitados en relación con la explotación de algunos recursos naturales, se hace pues necesario delimitarla geográficamente con claridad...". Como decimos, estas son las consideraciones que motivaron la sanción de la ley que nos ocupa.

En tal sentido, el artículo 1º dispone: "Las provincias / ejercerán jurisdicción sobre el mar territorial adyacente a sus costas, hasta una distancia de 3 millas marinas medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo en los casos de los Golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, en / que se tomarán desde la línea que une los cabos que forman su boca". Por otra parte "el Estado Nacional ejercerá jurisdicción exclusiva sobre el mar / territorial argentino a partir del límite indicado en el artículo anterior / hasta el máximo fijado en la Ley Nº 17.094 (Artículo 2º). Y por último, en /

cuanto nos interesa, el artículo 4º establece que "la jurisdicción atribuida a las provincias por el artículo 1º de esta ley, se ejercerá sin perjuicio de la que corresponde al Estado Nacional en toda la extensión del mar / territorial".-

En definitiva, las disposiciones legales que acabamos de exponer, vienen a complementar la disposición del artículo 2340 inciso 1º / del Código Civil, y conforman, en conjunto, el actual régimen jurídico de / las aguas marítimas en materia: a) de "mar territorial" o límite de la soberanía nacional -que se extiende a 200 millas marinas medidas en la forma / que establece la ley- sin que quede afectada la libertad de navegación y aé ronavegación; y b) de "jurisdicción sobre el mar territorial", la que se- rá ejercida por las provincias con litoral marítimo hasta una distancia de 3 millas marinas medidas en la forma dispuesta en la ley; por el Estado Na- cional, en forma exclusiva, a partir del límite jurisdiccional provincial y hasta aquel indicado en el artículo 1º de la Ley N° 17.094; y por último, / las provincias ejercerán la jurisdicción atribuida, sin perjuicio de la que corresponde al Estado Nacional, en todo el mar territorial. Todo lo expues- to, conforme a los principios que informan la materia de atribuciones del Estado Nacional y los Estados particulares contenidos en la Constitución Na- cional.-

Por último diremos que el artículo 2340, inciso 2º del / Código Civil, texto que no fué modificado por la Ley de Reformas, dispone / que "los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros", quedan comprendidos entre los bienes públicos; asimismo, quedan comprendidos como / bienes del dominio público -conforme al inciso 4º del artículo citado y con la modificación que le fuera introducida- "las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas me- dias ordinarias;".

(c). Aguas lácustres

La legislación referente al dominio de las aguas de las lagunas y lagos, llamadas también aguas muertas o estancadas, la encontramos en los siguientes preceptos de nuestra legislación substantiva;

-Código Civil: artículo 2340, inciso 5º;

"Quedan comprendidos entre los bienes públicos:... los / lagos navegables y sus lechos; ..." La Ley de Reformas N° 17.711 eliminó de la redacción del inciso que nos ocupa la frase "navegables por buques de más de cien toneladas", dando así, en nuestro criterio, mayor amplitud al principio del dominio público de las aguas lacustres, en base a la aplicación / genérica del concepto jurídico de navegación.

La fuente del antiguo texto normativo que consideramos, la ubicamos en la primera parte del artículo 596 del Código Civil Chileno, que eleva a la categoría de "bienes nacionales de uso público" a los "grandes lagos" que pueden ser navegados por barcos de más de cien toneladas. Ahora bien, la condición de ser navegables por buques de más de cien toneladas, no quiere decir que sean lagos navegables por dichos buques, sino que sean susceptibles a ser navegados por ellos. Además, en ninguna forma se está refiriendo a aquellos lagos que puedan llegar a ser navegables en la condición descripta, debido a un simple accidente momentáneo. Así lo ha afirmado la doctrina chilena -Pizarro Espoz e Ibáñez Ibáñez- y algunos fallos jurisprudenciales.

Pero, por otra parte, el Esboco de Freitas también fué / consultado por nuestro codificador, desde que en su artículo 328, inciso 5º se califica de "cosa pública" a las "lagunas y lagos navegables y también / sus márgenes". Esta última expresión, no muy feliz, fué recogida por Vélez

Sársfield, incorporación criticable ya que las márgenes, en el sentido de riberas internas, forman parte del álveo que, con el agua existente sobre el / mismo, configuran la noción de la laguna o lago. Por eso, con buen tino, el Anteproyecto de Bibiloni propuso suprimir tales términos, haciendo únicamente referencia al álveo, lo que, por otra parte, constituye un pleonasm jurdico, desde que no se concibe al lago sino con sus dos partes componentes: la masa de agua y el suelo o cauce sobre el cual descansa. Sólo con una finalidad aclaratoria se justifica expresar que quedan comprendidos entre los // bienes públicos "los lagos... y sus lechos" (Conforme: texto vigente del artículo 2340, inciso 5º del Código Civil) (23).-

-Código Civil: artículo 2349;

"El uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenece a los propietarios ribereños". Esta norma no ha sufrido modificación alguna con la reforma de la Ley Civil. Siguiendo en este sentido la doctrina / elaborada (24), sintetizaremos algunos principios básicos para la interpretación de la norma en cuestión.

La ley habla de "uso y goce" como derechos que pertenecen a los ribereños. Pero ¿se trata de un derecho de uso, de usufructo o de servidumbre? Conforme lo manifiesta Spota, no puede ser lo primero ya que éste se acuerda a una persona con independencia de que sea titular de un predio (Conforme: artículo 2948 del Código Civil); tampoco es un usufructo, porque, como el uso, aquél es de duración limitada (Conforme: artículos 2822, 2825, 2828 del Código Civil). Menos aún puede hablarse de servidumbre ya que el lago, como bien público, no puede estar sujeto a carga de esta especie (Conforme: artículo 3002 del Código Civil).-

En realidad, se trata de una facultad acordada por el legislador al titular del predio ribereño. Es, pues, un derecho real, cuya naturaleza no puede encuadrarse en ninguna de las figuras jurídicas enunciadas en el artículo 2502 del Código Civil. El legislador, en este caso, sólo ha indicado el contenido del derecho real, sin darle el "nomen juris". En cuanto a la extensión o medida del "uso y goce" de los ribereños, parece que el legislador únicamente habría acordado -a los ribereños- el uso y goce "doméstico" de los mismos. Toda explotación que exceda a dicho aprovechamiento limitado, sólo puede verificarse de conformidad a las leyes y reglamentos que regulen el uso de las aguas públicas, o sea, queda sometido al derecho administrativo.-

#### 4. Principios relativos a Aguas Privadas.

##### (a). Aguas pluviales

Nuestro Código Civil se refiere a las aguas pluviales en las siguientes normas: artículo 2635: "Las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y les es libre disponer de ellas, o desviarlas, sin detrimiento de los terrenos inferiores"; y artículo 2636: "Todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, o que corran por lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar derecho adquirido".

La fuente inmediata de ambos preceptos la encontramos en los artículos 4270 y 4271 del Esboco de Freitas (Conforme: lo han señalado / nuestros autores: Segovia, Llerena y Machado). Por "lugares públicos", en el derecho argentino, debemos entender todos aquellos que, perteneciendo en dominio a un ente territorial de derecho público, estén destinados al uso gene-

ral de todos los habitantes; es decir, nos referimos a los bienes públicos.-

Sin embargo, como lo señala Spota (25), el codificador argentino modificó el artículo 4270 del Esboco en un doble sentido:

-Primero: Sustituyó la expresión del Esboco, "en detrimento de los terrenos inferiores", por "sin detrimento de los terrenos inferiores", con lo cual el legislador argentino entendió que jamás podría agravarse la restricción que pesa sobre los predios inferiores de no impedir el libre escurrimiento de las aguas (Conforme: artículos 2634, 2647 y 2653 del Código Civil). En tal sentido, Segovia (26) afirma que, al desviar las aguas / pluviales su dueño no puede hacerlas correr por otros fundos por donde no // fluyan antes, ni agravar la carga del fundo inferior. En realidad, deben respetarse los principios que rigen la restricción regulatoria del libre escurrimiento de las aguas, el que debe producirse naturalmente. (Conforme: Machado, Llerena). Por su parte Salvat (27) expone claramente que media una // restricción que pesa sobre el dueño de las aguas, el cual puede desviarlas "sin agravar la obligación que la ley impone, de recibir las aguas que descienden naturalmente de los fundos superiores (artículo 2647 del Código Civil)".-

-Segundo: Velez Sársfield suprimió la referencia que contenía el modelo, desde que el principio que sentaba se limitaba en cuanto "haya derecho adquirido en contrario". Pero su supresión obedeció a que tal referencia era superflua: la autonomía de voluntad rige (artículo 1197 del Código Civil) y las partes pueden vincularse contractualmente o pueden constituir los derechos reales que la ley autoriza (Por ejemplo: servidumbre de toma de agua).-

Sobre el concepto de aguas pluviales, podemos decir que / son aquellas que provienen directamente de las lluvias, es decir, la que cae del cielo y se incrementa con la lluvia, conforme al criterio tradicional. La legislación española las define diciendo que: "se reputan aguas pluviales... las que proceden inmediatamente de las lluvias", texto que se reproduce en los artículos 30 y 31 de la Ley de Aguas de Mendoza.-

Tales aguas, una vez caídas, pueden seguir diversa suerte: o penetrar en la tierra, o discurren sobre la superficie no perdiendo su condición de tales, o se incrementan en tal forma que se trazan un álveo más o menos definido transformándose en corrientes que fluyen sobre un cauce. En / el primer caso pueden llegar a constituir aguas subterráneas o amalgamarse / con la tierra, y su condición jurídica se asimila a aquella del agua subterránea. En el segundo caso, constituyen "res nullius" y se adquieren por ocupación, sea del propietario del predio donde cayesen o del dueño de la heredad donde entrasen. Tratándose de aguas caídas en lugares públicos, todos // pueden apropiárselas. Y por último en la tercera hipótesis, las aguas pluviales pierden su condición de "res nullius" para transformarse en "res publicae" -siempre que no nazcan y mueran dentro de una misma heredad-, desde que son aguas que corren por cauces naturales (artículos 2340, inciso 3º y 2350 del Código Civil).-

Por otra parte Vélez Sársfield, en la nota a los artículos 2635 y 2636 del Código Civil menciona a varios tratadistas del derecho / francés de comienzos del siglo pasado. De la doctrina que enseñan dichos autores, podemos concluir diciendo que en lo referente al problema de decidir a que título adquiere el propietario de un predio, las aguas que caen sobre él; Troplong y Duranton sostienen que ello ocurre por vía de "ocupación" y no por accesión. Puede decirse, además que Zacharías apoya también esta tesis. Para tal doctrina, en consecuencia, el agua pluvial se considera como /

"res nullius". Esos mismos autores consideran inadmisible toda concesión que acuerde un derecho exclusivo sobre las aguas que caen o corren por lugares / públicos (28).-

En lo referente a la propiedad de las aguas pluviales, podemos decir con Spota, y conforme a la doctrina brevemente sentada, que la / apropiación de las aguas pluviales puede efectuarse con respecto a las que / caen en predios privados ó en lugares públicos.-

-Aguas caídas en fundos privados: para nuestra ley civil, / conforme a lo enseñado por la doctrina señalada por Vélez en la nota a los artículos en cuestión, las aguas pluviales constituyen "res nullius", cuyo dominio se adquiere por "apropiación". Pero nos preguntamos: ¿a qué título adquiere el dominio el propietario del predio donde caen o penetran dichas aguas? ¿Es en razón de la vigencia del principio de que lo accesorio sigue a lo principal?. Para que la accesión fuera la ratio legis del artículo 2635 / del Código Civil, se requiere que exista adherencia física entre lo principal (el predio), y lo accesorio (el agua pluvial), ello de conformidad al artículos 2571 del Código Civil. La verdad es que aquí no hay adherente alguno: sólo podría constituir la parte "fluída" de la superficie de un inmueble (artículo 2314 del Código Civil) cuando estuviera adherida a éste, por constituir masas de aguas durmientes. Se concluye diciendo, que el agua pluvial // que no penetra en el suelo, no pierde su condición de "res nullius", a menos que sea aprehendida por el dueño del predio donde cae. Cuando el artículo / 2635 del Código Civil, dice que esas aguas "pertencen" a los dueños de esos predios, parte de la base de que éstos son los únicos que pueden aprehenderlas, porque a ningún otro les es permitido apropiárselas introduciéndose en propiedad ajena.-

-Aguas que caen en lugares públicos: el artículo 2636 del Código Civil, dice: "Todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, o que corren por lugares públicos, aunque sea desviado su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido". De / este texto concluimos que las aguas que caen en lugares públicos ó que por / ellos corren, siempre que no circulen por cauces naturales, conservan su con-  
dición de res nullius, que todos pueden reunir aún desviando su curso, sin / que los vecinos puedan alegar derecho adquirido alguno (29). En otras pala-  
bras, esas aguas son susceptibles de constituir un dominio de los particula-  
res, cuando éstos las adquieran por apropiación y, por ello, la ley autoriza  
hacer obras de captación sujetas a las reglamentaciones locales, según las  
competencias jurisdiccionales respectivas, en ejercicio del poder de policía  
y estableciendo todas las restricciones administrativas que se estimen conve-  
nientes, en salvaguarda de los intereses públicos. Estamos en presencia de /  
un verdadero derecho subjetivo de contenido patrimonial, que es posible de-  
fender mediante las acciones o remedios petitorios o posesorios.

En general, la doctrina nacional estima que el dominio es adquirido por los particulares en virtud de la "ocupación"; en contra, Marien-  
hoff (30), quien entiende que los dueños de las heredades donde caen o entran  
aguas pluviales, adquieren su dominio en virtud de la accesión. Consideramos  
inaceptable esta posición, a pesar de las argumentaciones que sostiene su au-  
tor, pues en el caso que tratamos no existe "adherencia natural o artificial"  
(artículo 2571 del Código Civil) según lo argumentado *ut supra*.

Sentado que las aguas pluviales constituyen una "res nu-  
llius", surge como consecuencia lógica que son susceptibles de ser aprehendi-  
das por todos, cuando caen o corren por lugares públicos (artículo 2636 del  
Código Civil). ¿Implica esto que el Estado no puede conceder derechos exclu-  
sivos? De acuerdo a la naturaleza de las aguas pluviales, y en atención al

título en virtud del cual se adquiere su dominio -ocupación- aquellas que cayeran o corrieren por lugares públicos, no pertenecen al Estado; son "res nullius". Al Estado solo le compete reglar su aprovechamiento para asegurar la conservación de su dominio, ejercitando los poderes inherentes a la policía general de los bienes. Al efecto, podrá someter el derecho de apropiación de las aguas pluviales, al otorgamiento previo de un permiso, por el que se establezca que nada se opone al ejercicio de tal derecho; pero no procede el / otorgamiento de concesiones que acuerden un derecho preferencial al aprovechamiento de dichas aguas existentes en lugares públicos.-

Por otra parte, se ha sostenido que las aguas pluviales / que caen o corren por lugares públicos, siendo bienes del dominio público por accesión, están sujetas -en cuanto a su aprovechamiento- al derecho administrativo nacional o local. Por ello, se entiende que el artículo 2636 del Código Civil, no rige en la esfera provincial. Esta es la doctrina sostenida / por Marienhoff (31), que concreta su tesis sosteniendo: "siendo públicas las aguas pluviales que caen en lugares públicos, parécesme evidente que las Provincias tienen el indiscutible derecho de legislar sobre los modos en que // los particulares podrán usar y gozar de esas aguas. Pero puede contestársele, como lo hace Spota, que tal criterio basado en el argumento que propone, no es decisivo por las siguientes razones:

- 1) Las aguas pluviales son, según el criterio expuesto, "res nullius" -tesis legal-. Por ello, son apropiables por todos, y el Estado Nacional o Provincial no puede pretender el dominio público, salvo que sean aguas pluviales / caídas y/o que corran por "cauces naturales" (artículo 2340, inciso 3º del / Código Civil). Sólo le ataña al Código Civil reglar el régimen de ese modo / originario de adquirir el dominio privado mediante la apropiación.-
- 2) Estas conclusiones deben mantenerse aún cuando se estimaren públicas, dichas aguas pluviales: ¿Como se puede pretender que las Provincias puedan reglar los medios de adquirir el dominio privado de esas aguas si el legisla-

dor nacional entiende que todos están facultados para apropiárselas? Es que en realidad resulta inconciliable admitir que se trata de aguas públicas y / aceptar la apropiación de ellas; si el legislador nacional entendió que éstas pueden adquirirse por la apropiación, es porque partió de la base de que se trata de aguas "nullius". Lo contrario implicaría aceptar que un bien público, sin desafectación, pudiese ser objeto de apropiación por parte de los particulares.

De acuerdo a los principios sentados y a la doctrina que hemos expuesto, señalamos que las aguas pluviales que caen o corren por lugares públicos, son "res nullius", son susceptibles, por lo tanto, de ser adquiridas en propiedad por medio del instituto civil de la apropiación, y no pueden someterse a un sistema administrativo de las concesiones.-

(b). Aguas de fuente

Respecto a las aguas de fuente, nuestro Código Civil establece: "Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por 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" (artículo 2637 del Código Civil). Este texto que acabamos de transcribir responde a la nueva redacción que se le imprimió al artículo citado por imperio de la Ley N°17.711, vigente desde el 1º de julio de 1968.-

Desde ya queremos dejar aclarado que la expresión "vertiente", contenida en la norma del artículo 2350 del Código Civil, califica una manifestación de las aguas que es distinta a la contemplada en el artículo

lo 2637 del Código Civil (aguas de fuente o manantial). Agua de fuente o manantial, es "aquella que surge al exterior después de haber tenido un recorrido subterráneo", concepto que se deduce de las mismas palabras del legislador al referirse a las "aguas que surgen", y el texto del artículo 2638 del Código Civil, cuando se refiere a "el propietario de una fuente..." .-

En cambio la vertiente es "agua que desciende desde puntos elevados del fundo (montaña, sierra, etc.)", y que si nace y muere dentro del mismo fundo pertenece al dueño de tal heredad (artículo 2350 del Código Civil). La palabra "nacen" debe interpretarse, no como que surgen, sino como "origen" o "comienzo" del curso de agua (conforme: Diccionario de la Lengua Española). Dicho origen puede estar constituido por acumulación de nieve cuya fusión alimenta la corriente, o por un conjunto de cursos de agua pertenecientes a una pequeña cuenca formada con agua de lluvia. La vertiente "muere" / cuando desaparece bajo la tierra o se deseca por evaporación.

La primera hipótesis que contempla el artículo 2637 del Código Civil, prácticamente no fué notificada por la Ley de Reformas, habiéndose introducido tan solo algunos cambios formales en su redacción. En este sentido, entendemos ventajosa la sustitución de la expresión "brotan", por la hoy incorporada: "surgen", pero en substancia el complejo normativo se mantiene.

Los antecedentes inmediatos de la norma que nos ocupa // ("Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por terrenos inferiores no dá a los dueños de éstos derecho alguno..." artículo 2637 del Código Civil) , y conforme lo hicieron notar nuestros autores clásicos: Segovia, Llerena y Machado (32), están dados en / primer lugar por el Esbozo de Freitas, y el Código Civil Francés antes de la

reforma de 1898. Pero, como decimos, el precedente más inmediato está constituido por la obra de Freitas: nuestro codificador sancionó principios que reprodujeron en nuestro código el pensamiento del notable jurisconsulto brasileño. No se transcribieron textos del Esboco, pero sí se adoptaron principios normativos esenciales, dejándose de lado las meras consecuencias de los mis mas.

De las normas contenidas en el Esboco se desprenden las siguientes consecuencias:

Primero: La propiedad sobre el fundo comprende la de las aguas que en él brotan desde que forman parte / integrante de la heredad.

Segundo: El titular del dominio sobre la fuente, puede / realizar todos los actos de disposición jurídica inherentes al dominio mismo, es decir, enajenar las aguas, constituir servidumbres a favor de otro fundo, en fin, establecer derechos reales.

Tercero: El dueño de la fuente tiene facultad para llevar a cabo actos de disposición material, como por ejemplo: a) cambiar la dirección natural de las aguas, con la restricción de que no causen perjuicio a los terrenos que nuevamente las recibiere; b) consumirlas en su totalidad para uso propio y usarlas para cualquier fin.

Cuarto: El carácter de cosa del dominio privado que tienen las "aguas nacientes", implica, además, que

los dueños de los fundos inferiores no tienen de recho alguno aún cuando tales aguas discurran // por estos últimos fundos, "por mayor que sea el provecho que les resulte de ellas".

Quinto: Otra consecuencia de la condición de res privatae que poseen las fuentes, consiste en la libertad de acción del titular de ella, de negarse a las / exigencias de los dueños de las heredades inferiores que pretendan trabar la conducta del propietario a fin de obligarlo a que deje correr, según su dirección natural, las aguas superfluas.-

Como bien señala Spota, estamos frente a un campo netamente caracterizado por derechos individuales, propios de las ideas económicas reinantes en la época. A pesar de que las aguas de fuente constituyen requisas de valor apreciable y que pueden satisfacer necesidades del fundo donde brotan y de otras heredades vecinas, están sometidas a la libre acción del / dueño de las mismas. Este derecho de tan vasto alcance, puede desenvolverse en la realidad con extrema amplitud ante el caso que su titular sea dueño, no sólo del lugar donde afloran las aguas, sino también de la zona donde nazcan las venas hídricas subterráneas que motivan su consecuente afloramiento. Solo una concepción menos individualista del derecho de dominio podría evitar que la fuente quedara sin el alimento de agua subterránea ya que las "aguas nacientes", en la expresión de Freitas, fueran desperdiciadas o mal utilizadas, sin beneficio para su dueño y en perjuicio de los propietarios de fundos inferiores. En otras palabras, la fuente, cuando diese origen a cursos de agua, no podría ser desviada de su dirección natural sin lesionar el interés público. Y felizmente así lo entendió Freitas, ya que, a pesar de establecer que "el dominio de las aguas nacientes será libre", dejó bien aclarada su condi-

ción de bienes susceptibles de satisfacer intereses públicos y generales, al establecer la salvedad de que están sujetas "a la expropiación por utilidad pública".-

Vélez Sársfield seguió en esta materia los conceptos de / Freitas considerando, así mismo, la posibilidad de que estas aguas fueran susceptibles de interesar al interés público (ver antigua redacción del artículo 2637 del Código Civil). La primera parte de la norma, en substancia, fué mantenida por la Ley de Reformas, no así la estructura jurídica de la excepción final del precepto. En este problema, nuestro Código Civil después de la reforma de 1968 mantiene la regulación del régimen del agua de fuente refiriéndose a aquella que "surge", ello es, aquella que se halla en el lugar del // "caput fontis" (ámbito del terreno donde el agua empieza a manar) como que / constituye propiedad del fundo de emergencia. Es decir, el artículo 2637, primera parte, del Código Civil, faculta al dueño de la fuente a ejercitar amplias facultades inherentes al dominio que tiene sobre ella; en este sentido puede "usar libremente" de las aguas que emergen de la fuente y "cambiar su dirección natural". Pero hay que tener presente que puede ocurrir que, debido al caudal y regularidad de esas aguas surgentes, constituyan un curso de aguas que corran por un ílveo natural; en tal caso, el dueño de la fuente no tiene el derecho de desviarlas ya que entran a formar parte del dominio público atento a lo dispuesto por el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil. En otras palabras: la fuente, o sea el agua que surge, pertenece al dueño del / fundo de emergencia y puede usarla "libremente" y "cambiar su dirección natural" o desviarla. Más, si ella da origen a aguas que corren por álveos naturales, ese curso que se forma es una corriente de agua pública. Prueba de lo manifestado nos la da el propio artículo 2637 del Código Civil, cuando en su parte final nos dice que si las aguas que surgen en los terrenos de particulares "constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados". En definitiva, podría afirmarse que el /

criterio legal es el siguiente: la fuente, o sea, el agua que surge, conside rando esa agua en el lugar donde yace la fuente, pertenece al propietario del fundo de emergencia. Pero, el curso de agua que se forma, si está comprendido en los términos del artículo 2340 inciso 3º del Código Civil, es una cosa pública. Esta interpretación encuentra su apoyo en la misma definición de // fuente, que designa en sentido propio tanto al agua que comienza a surgir, co mo al lugar donde el agua surge, el "caput fontis", y además en la misma ley, ya que el artículo 2637 in fine del Código Civil, así lo prescribe ratifican- do el concepto normativo contenido en el artículo 2340 inciso 3º del Código Civil.-

La nueva disposición no establece ninguna limitación en / razón de que tal agua surgente sea tributaria principal de algún río; tam-po-co es necesaria la expropiación. Basta, como hemos dicho, que constituya cur so o corriente de agua que corra por un cauce natural para quedar comprendida dentro de los bienes del dominio público. Y conforme expresa Guillermo A. Borda (33) "es natural que así sea porque hay importantes ríos y arroyos que no son tributarios de otros porque concluyen en una laguna o se sumergen en un terreno arenoso; que tampoco son necesarios a un pueblo, y que, sin embar-go, son vitales para las propiedades que cruzan".-

Cabe que anotemos, por otra parte, que el jurista Miguel S. Marienhoff (34) hace una acerba crítica a la materia normativa que ahora regula el aspecto relativo a las aguas aptas para satisfacer usos de interés general y, en particular, la subterránea. En este sentido manifiesta: ..."La reforma o modificación introducida es inconcebible, y prácticamente -lo mis-mo que en el caso del agua subterránea- implica cambiar el carácter jurídico de un bien que hasta entonces pertenecía al dominio privado de los particula-res, convirtiéndolo en un bien del dominio público, con lo cual los particu-lares o administrados, mediante un mero cambio del derecho objetivo, pierden

el dominio de una cosa que siempre fué suya". Es decir, este prestigioso jurista encuentra que ello significa un cercenamiento del derecho de dominio del propietario superficiario, y agrega que tal temperamento, conforme a nuestro régimen jurídico, no puede ser seguido sin que medie una expropiación e indemnización previa de los propietarios. Además, dice, que no puede esgrimirse como argumento la circunstancia de que el agua subterránea no haya sido / aún aprovechada por los dueños de la superficie; ello influiría en el monto de la indemnización, pero no altera el principio acerca de su procedencia, / argumento éste que se hace extensivo a nuestro problema.

En principio nos manifestamos contrarios a compartir la / concepción del profesor Marienhoff, en cuanto aparece rigurosamente influenciada por la escuela individualista extrema. En primer lugar digamos que, en cuanto el jurista mencionado afirma que "...La reforma... es inconcebible, y prácticamente implica cambiar el carácter jurídico de un bien que hasta entonces pertenecía al dominio privado de los particulares...", tal temperamento, indudablemente influenciado por la formación teórico-filosófica del exponente, pretende desconocer el principio general que sentaba antes de la reforma y que hoy se mantiene, el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil. Allí se normaba, y aún hoy se mantiene, el principio de que "todas las aguas que corren por cauces naturales" pertenecen al dominio público. La interpretación del artículo 2637 del Código Civil, en ninguna forma podía independizarse o abstraerse de la norma básica que regula el criterio del dominio público en nuestro Código Civil; como bien sabemos, el artículo 2340 representa el principio general en esta materia, los otros preceptos deben interpretarse en cordancia con su norma. Este es el criterio que siguió la Comisión Reformadora de 1968 al reemplazar el último apartado del artículo 2637 del Código Civil, por el mismo principio normativo que gobierna el criterio del artículo 2340 inciso 3º del Código Civil, en cuanto dice: "... Cuando constituyen cur sos de agua por cauces naturales, pertenecen al dominio público y no pueden

ser alterados". Se reemplazó, entendemos ventajosamente, el sistema anterior del Código en que se consideraban susceptibles de expropiación las aguas que fuesen el principal alimento de un río, o necesarias para aprovisionar un pueblo. Al respecto ya había expresado el profesor Lafaille (35): "... cuando / así acontece, no ha querido el legislador abandonar situaciones de tanta importancia, el arbitrio de los particulares", por lo que "cabría frente a ellas, sacrificar los derechos individuales sin necesidad de una ley especial, por haberse reconocido la utilidad pública en términos generales del Código Civil...". Criterio este que fué aceptado por Machado (36) y Bibiloni (37).-

Pero hay aún más, concretamente el jurista Guillermo A. / Borda (38) refuta la crítica del profesor Marienhoff, diciendo: "no podemos compartir una concepción tan rigurosamente individualista..." y, refiriéndose al problema que se plantea en materia de agua subterránea, consideraciones que hace extensivas a la materia que nos ocupa, expresa: "...La tesis de que solo mediante expropiación previa, pudo haberse establecido esta disposición (se refiere al precepto sobre agua subterránea contenido en el artículo 2340 inciso 3º del Código Civil), no resiste la crítica. El principio de la inviolabilidad de la propiedad privada, establecido por la Constitución, no significa que tal derecho deba permanecer impoluto, indemne a toda restricción o modificación de su contenido, por más razonable que ella fuese. Significa, si, que se mantenga substancialmente la esencia de la propiedad, el derecho a usar y gozar de la cosa. Esta ha sido la doctrina invariable de nuestra Corte Suprema que ha convalidado las leyes de prórroga de las locaciones y arrendamientos rurales, la de moratoria hipotecaria y muchas otras que implicaban un evidente cercenamiento del derecho de propiedad, si bien razonable, según lo juzgó en su momento el alto tribunal. Si el argumento de Marienhoff fuera válido, habría que admitir que también es inconstitucional la reforma de los artículos 2513 y 2514 que privó al propietario de su derecho de degradar y / destruir la propiedad y le quitó al derecho su carácter absoluto, al imponer

le un ejercicio regular, no abusivo, de sus atribuciones. ¡Es un cercenamiento importante del derecho que reconoció el Código de Vélez! Y, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido afirmar que tal reforma es inconstitucional, simplemente porque éste es el derecho de propiedad reconocido por la conciencia jurídica de nuestro tiempo. Y como dice Allende (39), la tesis de Marienhoff / llevaría a declarar inconstitucional la supresión de los derechos reales eliminados por Vélez Sársfield...".-

No nos resulta difícil penetrar en el verdadero propósito del legislador de 1968 en el caso que nos ocupa, y esta finalidad no fué otra, que la de hacer distinción entre corrientes más o menos importantes, para atribuirles a unas el carácter de bienes del dominio público y a las otras // del dominio privado. Es por esto que en la crítica de Marienhoff observamos un exceso de acritud en cuanto manifiesta que pareciera que la Comisión Reformadora no conocía el ambiente físico para el cual legislaba, pues en la inmensa mayoría de los casos toda agua de manantiales, a partir del punto de afloamiento, sigue corriendo por un curso natural. Como bien contesta Borda, los miembros de la Comisión conocían bien el país, y sabían perfectamente que numerosas vertientes (llamadas también "ojos de agua") ya fuese por su escaso caudal o por la naturaleza del suelo por el que corren, no forman verdaderos cauces. El que cruza el campo no advierte más que pastos verdes allí por donde corre el agua. No hay diferencia morfológica entre la tierra por donde corre el agua y la adyacente; no hay cauce o lecho propiamente dicho. A esto se agrega que estos pequeños cursos de agua suelen variar en su recorrido, / de manera caprichosa, sobre todo cuando la pendiente no es muy pronunciada. Estas son las aguas que, conforme a la nueva disposición legal, pertenecen al propietario del fundo donde nacen, aunque en su recorrido lleguen a las propiedades abajeras. Y se justifica plenamente que solo respecto a estos / cursos de agua de menor importancia, pueda el dueño del terreno donde surgen disponer de las mismas, cambiar su dirección natural y hasta privar a los //

abajeños del agua que fluye por ellos. Pero, si el curso del agua tiene importancia como para formar su propio lecho, entonces ya no puede considerárselo como del dominio privado. La importancia de su caudal justifica que se lo considere como dominio público, ya que nadie puede pretender derechos exclusivos sobre las aguas que fluyen por él (40).-

Pero, por otra parte, este fué el criterio que sustentaron prestigiosos juristas de nuestro medio en épocas pretéritas. En tal sentido veamos el criterio del profesor Bibiloni que quedó plamado en su Anteproyecto.-

Con una clara concepción del problema, el ilustre autor del Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, propuso la sustitución del entonces artículo 2637, por la siguiente norma: "Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, y ellos 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 aguas por cauces naturales, pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados". Vemos que los fundamentos que determinaron la aclaración del texto vigente en los términos expuestos, son claramente explicados por Bibiloni (41). En este sentido hace / notar como el artículo 2637 del Código Civil, "constituye una grave y peligrosa inadvertencia". Y creemos que es así, pues un cuerpo legal como nuestro / Código Civil que sancionó el valioso principio contenido en su artículo 2340 inciso 3º, según el cual todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes públicos, debió, con el objeto de ser consecuente con la capital declaración, determinar que las fuentes que dieren origen a esos "cursos naturales" de agua sigiesen la condición jurídica de éstos, en razón de que dejan de ser "pars fundi", para constituir una parte integrante del curso de / agua a que dan nacimiento, es decir son "pars fluminis". Es en razón a lo //

expuesto que el ilustre autor modificó substancialmente el texto del artículo 2637 del Código Civil, haciéndolo concordar con el sistema general de nuestro Código en materia relativa al dominio sobre las aguas. En este sentido, las aguas surgentes solo pueden constituir una propiedad privada cuando no / originen un curso de agua que corra por un álveo natural.

Quizá, como bien señala Spota (42), solo debióse expresar que el manantial pertenece al dueño del fundo de emergencia, en el único caso de que no diera origen a cursos de agua pública. Caracterizar en qué supuesto se está en presencia de aguas públicas, debe ser motivo de las normas que formulen la enumeración de los bienes públicos. Allí debe establecerse / que son públicas las aguas que corren por cursos naturales, tal como lo establece el inciso 3º del artículo 2340 del Código Civil, así como todas las de más aguas que tengan la aptitud, o puedan llegar a adquirirla, de satisfacer los usos de interés general, principio que ha sido incorporado al texto del artículo citado, por la Ley de Reformas al Código Civil. Siendo la regla, en consecuencia, que todas las aguas que corran por cauces naturales, son públicas, y agregándose la hipótesis que nuestro legislador de 1968 supo incorporar en el sentido de que también pertenecen a la Nación o a las Provincias / las aguas que "actual" o "potencialmente" ofrezcan la aptitud de satisfacer los usos de interés general, va de suyo que serán privadas las aguas que no queden comprendidas en tal caracterización.-

El criterio que se expone, ya había sido aceptado en la / Cuarta Conferencia Nacional de Abogados reunida en Tucumán en el año 1936, ocasión en que se aprobó la siguiente base, para una legislación de aguas: "... 2º que en cuanto al régimen de propiedad conviene establecer: a) Que / son del dominio público nacional o provincial, las aguas que corren por cauces naturales; las demás, que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general; y los cauces mientras que por ellos corran aguas;

b) La Nación y las Provincias, dentro de sus respectivas jurisdicciones, tienen el dominio público 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" (43). El último agregado revela claramente la necesidad de evitar toda cuestión de propiedad de las fuentes si se expresa la idea respectiva en forma absoluta, ya que las mismas no constituyen sino un afloramiento, natural o artificial de las aguas subterráneas.-

En conclusión, y conforme a lo expuesto, observamos que el texto de la reforma -artículo 2637 del Código Civil- reconoce su fuente histórica en el Esbozo de Freitas (artículos 4259/61) y en el Código Civil Francés antes de su reforma de 1898 (alterándose la redacción de su artículo 643); y en forma reciente ha seguido literalmente la redacción que le diera Bibiloni en su Anteproyecto informado, y además, en la doctrina que acabamos de exponer.

Para terminar con este tópico de nuestro estudio, simplemente señalaremos que nuestro Código Civil, en su artículo 2638, contiene una restricción legal impuesta a los propietarios de los predios de emergencia, en protección de las propiedades inferiores, concebida en los siguientes términos: "El propietario de una fuente que deja correr las aguas de ella sobre los fundos inferiores, no puede emplearlas en un uso que las haga perjudiciales a las propiedades inferiores".-

(c). Aguas vertientes

El régimen de las aguas vertientes en nuestra ley civil, no fué objeto de modificación en la reciente reforma que se le introdujera al Código Civil Argentino. En consecuencia, su régimen jurídico queda regido

por el artículo 2350, que expresamente dispone: "Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad".-

En cuanto a la fuente de la norma transcripta, el codificador argentino cita la ley 19, título 15, partida 3ra. del Código Alfonsino. Pero como lo señala la doctrina nacional, tal ley fué enunciada por un error tipográfico, correspondiendo la referencia -como señalan Segovia (44) y Llerena (45)- a la ley 19, título 32, Partida 3ra., como fuente de la norma que nos ocupa y que refiere Vélez Sársfield. Pero esta ley que indicamos solo prevé la posibilidad legal de la adquisición por usucapión de una servidumbre cuyo objeto "fuese aguaducho que corriese de fuente que nasciesse en campo de alguno, o otra semejante della". Como es fácil observar, este antecedente relativo a la Ley Alfonsina no regla, en modo alguno, el supuesto contemplado en el precepto transcripto. Y ello resulta así por cuanto, en realidad, la fuentte directa del artículo 2350 de nuestro Código está constituida por el artículo 595 del Código Civil Chileno (46).-

El artículo 595 del Código Civil Chileno, después de declarar como "bienes nacionales de uso público" a los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, agrega en su segunda parte: "Esceptúanse / las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad; su propiedad, uso i goce pertenecen a los dueños de las riberas, i pasan con éstos a los / herederos i demás sucesores de los dueños". A fin de esquematizar la interpretación que hace la doctrina chilena sobre el precepto citado, seguiremos a Spota, quien en breves conclusiones ha presentado el siguiente panorama: "En general, se parte de la base que la expresión "vertiente" es sinónima de "fuente", lo cual, si puede admitirse en las legislaciones chilenas, colombiana y ecuatoriana -que no han sancionado un precepto como el artículo 2637 de nuestro Código Civil, el cual acuerda al dueño del fundo la propiedad de

la fuente que en él emerge- no es posible, en cambio, aceptarlo entre noso--  
tros. ...ambas expresiones tienen, en la Ley Civil Argentina, significados  
distintos; las vertientes son aguas que corren por cauces naturales y que no  
provienen de las entrañas de la tierra, sino que pueden ser originadas por /  
la fusión de las nieves o pueden constituir el lugar de colección de las a-  
guas pluviales. Todo ello, quiere decir, que, para los intérpretes del dere-  
cho chileno, colombiano y ecuatoriano, la vertiente "nace", también, cuando  
las aguas proceden de las profundidades terrestres. Para nosotros, ese caso  
no está reglado por el artículo 2350, sino por el artículo 2637,... En cuan-  
to a lo que debe entenderse con las expresiones: 'vertientes que ... mueren  
dentro de una misma heredad', las opiniones de los autores divergen. Para /  
unos, la vertiente muere aún en el caso de que constituya el afluente de un  
río público. ... Para otros -y esta parece ser la communis opinio- la ver-  
tiente en ese caso ya no muere en el mismo fundo donde nace, sino en aguas  
del dominio público, es decir, en un inmueble que no pertenece al titular /  
del predio donde se originó la vertiente. En consecuencia, para esta última  
tesis, una vertiente solo muere dentro de una misma heredad si desaparece,  
penetrando en la profundidad o evaporándose, antes de transponer las líneas  
separativas del fundo...".-

"El artículo 2350 del Código Civil Argentino ... se apar-  
ta de su fuente en un doble sentido:

-Primero: En cuanto el artículo 2350 sólo hace referencia  
al dueño de la heredad. En cambio, el precepto  
del Código Civil Chileno menciona a 'los dueños de las riberas', con lo cual  
introdujo un elemento de confusión, desde que podría entenderse que las ribe-  
ras externas y, por ende, la vertiente, pudieran pertenecer a varios ribere-  
ños, lo que tornaría inexplicable la norma. En realidad, donde se dice 'los  
dueños', debió decirse 'el dueño', como lo estableció nuestro codificador... .

-Segundo: En razón de que en el artículo 2350, se suprimieron estas expresiones que contiene el texto chileno, 'i pasan con estas a los herederos i demás sucesores de los dueños'. Tal supresión es por demás significativa, revelando que, para nuestro codificador, cualquier causa jurídica que tenga por consecuencia dividir la heredad en la cual nace y se extingue una vertiente, produce este importante efecto: dicha vertiente pasa a ser del dominio público, si ya no nace y muere en uno de los predios resultantes de la división".-

Para que en nuestro derecho proceda la aplicación del artículo 2350 del Código Civil -que comentamos- deben cumplirse dos condiciones esenciales: que la vertiente nazca en una heredad privada; y que muera / en la misma heredad en que nació. En este caso, dijimos, se considera al agua que corre por cauces naturales y que no proviene de la profundidad del suelo, teniendo su origen -por el contrario- en la fusión de nieve o en la reunión o colección de aguas pluviales. Por otra parte, la expresión legal "vertiente... que muere dentro de la misma heredad", comprende a todo curso de agua que desaparece sin atravesar las líneas límites del fundo de nacimiento, sea por evaporación, infiltración o porque forme una masa de aguas estancadas / que no constituyan lago. La vertiente no muere cuando desemboca en aguas públicas. En el caso de división del fundo, la vertiente debe reunir en la nueva fracción independiente de la heredad subdividida, las dos condiciones anteriores; caso contrario, pasa a ser dominio público.-

Pero en este aspecto, cabría tener presente la previsión / que contiene el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, y que ya expusimos en (A.3.(a)).-

## 5. Agua subterránea

Por razones metodológicas y de sistematización del presente estudio, creemos conveniente tratar todo el problema referente al agua / subterránea, en la segunda parte de este trabajo. Ello, en nuestro criterio, ayudará a tener un panorama integral y de conjunto sobre la problemática que el tema presenta, con la ventaja de poder manejar los conceptos básicos que se exponen en el desarrollo general del régimen jurídico de las aguas que se expone en esta parte.-

## B. EL DERECHO REGLAMENTARIO DE LAS AGUAS

Podemos intentar definir conceptualmente al derecho reglamentario de aguas para su mejor comprensión, como "el conjunto de normas contenidas / en el Código Civil y en los códigos, legislaciones o reglamentaciones pertinentes, dictadas en jurisdicciones locales, que determinan el régimen administrativo regulatorio de la explotación y uso de las aguas, como así mismo, que permiten el aprovechamiento -más o menos excluyente- de las mismas, bajo determinadas condiciones".-

En nuestro Código Civil, existen algunos principios e instituciones básicas, rectores de los sistemas reglamentarios que, en materia de aplicación, deben respetar las provincias y, en su caso, la jurisdicción federal.

Conforme al artículo 2341 del Código Civil: "Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales".-

En estas normas, el codificador ha tenido en cuenta aquellos bienes afectados al uso directo de los habitantes. Pero ello no significa que / tal sea el criterio que preside la división de los bienes del Estado en públicos y privados, ya que en la primera categoría se hallan aquellas cosas que tienen aptitud para satisfacer usos de "interés general", y están destinadas al "uti universi" (en cuanto se tiene a la vista el fin de utilidad pública y sobre los cuales, los habitantes sólo tienen el uso indirecto. Ejemplo: las obras públicas construidas por el Estado para utilidad común) o al "uti singuli" (afectados al uso directo de los habitantes; Ejemplo: el agua). Nuestro legislador sancionó, en este aspecto, un principio sabio: el de la "afectación" o la utilidad o comodidad común (o sea "utilidad social"). Y cuando en el artículo 2342 del Código Civil, se refiere a los bienes privados del Estado, lo hace entendiendo que ellos están "desafectados" del fin de defensa / nacional, o del fin de interés público final.-

En conclusión, el artículo 2341 del Código Civil, sólo rige cuando se trata de bienes públicos destinados al uso y goce directo de los habitantes.-

#### 1. El Dominio Hídrico Público; Características. La Existencia exclusiva de Derechos Reales Administrativos sobre el mismo.

Conforme al destino de uso de interés general de estos bienes, es lógico que posean las características de ser inalienables e imprescriptibles (artículos 2336, 2337, inciso 1º y 3951 del Código Civil).-

En la nota al artículo 2341 del Código Civil, observamos que / el criterio del codificador fué, que el uso de los bienes públicos por los / particulares no puede tener carácter de perpetuidad; "el simple derecho de /

goce es esencialmente temporario". Es por ello que "la concesión perpetua del goce", debe considerarse "como una enajenación completa". Pero ello no implica que tales concesiones puedan tener una duración indefinida, siempre que / la autoridad concedente tenga el derecho de declarar su caducidad por causas pre-establecidas, el de vigilar que el uso acordado concuerde con el destino que se da a la cosa pública, etc. Esto es lo que acaece en las concesiones / de uso de agua pública para irrigación de predios particulares. En la realidad, coexiste el "uso público" del agua, el cual se concreta en la provisión del líquido elemento a poblaciones, su utilización en la generación hidroenergética, etc., con un "uso privado" de interés general, desde que la economía del país se ve favorecida con el mayor desarrollo que se brinde a la agricultura.

Como consecuencia de lo expuesto es que la Corte Suprema de la Nación (Fallos T.180 página 172 -Jur.Arg.62-5) en un fallo producido en 1938, sentó la siguiente doctrina: "el carácter de bienes del dominio público que revisten las aguas de los ríos, no puede ser cambiado ni alterado por disposición alguna de la ley local". Esta doctrina tiene sobresaliente importancia si tenemos en cuenta que el artículo 31 de la Ley de 1896 de Catamarca / acordaba en propiedad a los ribereños el agua pública, sea por uso inmemorial o posesión veiteañal, precepto éste que constituye una violación del / principio que fundamenta la afectación de un bien al dominio público, basado en la satisfacción de intereses o necesidades públicas.-

Un bien público sólo puede colocarse en la categoría de aquellos privados, mediante el proceso de la "desafectación". En tal sentido un bien público, por desafectación, pasará a integrar el dominio privado de la Nación o de las Provincias, según cual de los mencionados fuese el previo titular del dominio público.-

La "desafectación" de un bien del dominio público es posible, pero procediendo de conformidad a los principios de la ley que "afectó" tal bien, y es una facultad constitucional de las Provincias, mientras no se lesioné la comunicación interprovincial o internacional, o el comercio externo de cada Provincia (Artículos 26 y 27 inciso 12 y 14 de la Constitución Nacional). Sólo procediendo así, y aceptando los supuestos ante-~~expuestos~~, es válida la doctrina de la Corte Suprema Nacional de 1938 (antes citada), es decir, que las Provincias no pueden alterar el carácter de bien público que tienen las corrientes naturales que, por presunción legal (artículo 2340, inciso 3º del Código Civil), satisfacen usos de interés general (47). Pero tal afectación de cosas indispensables a la vida de los pueblos puede cesar por un acto de disposición de los titulares del dominio, siempre que no se vulneren principios constitucionales, en virtud de los cuales es competencia nacional el reglar la navegación o el comercio interprovincial o internacional y velar por el mantenimiento de la paz interior.-

Concluyendo, de acuerdo con Spota, podemos afirmar que la afectación al dominio público de las corrientes naturales, y demás aguas establecidas por el artículo 2340 del Código Civil, no puede ser violada por las legislaciones locales. Sin embargo, el titular del dominio público, La Nación o las Provincias, puede estimar que el interés público que presidió la afectación, ha dejado de existir con respecto a un determinado bien, y considerar que el mismo debe formar parte de su dominio privado. Siempre deberán quedar incólumnes:

- La navegación o comercio extraprovincial (artículos 26 y 67, inciso 9 y 14 de la Constitución Nacional).
- La prosperidad y paz interior (artículo 67, inciso 16 de la Constitución Nacional).

-La propiedad privada, por aplicación del principio constitucional que garantiza la inviolabilidad del patrimonio particular (artículo 14 de la Constitución Nacional).-

El derecho al uso del agua pública por parte de los particulares, les puede ser reconocido mediante "concesión" o "permiso" conforme a los estatutos regulatorios del aprovechamiento hidrico.

En tal sentido, el Código Civil en su artículo 2642, sienta el principio básico: "la utilización de las aguas públicas mediante derivación que tenga por fin mudar el curso natural de las mismas, cavar su lecho o sacarlas de cualquier modo y en cualquier volumen, sólo puede verificarse mediante concesión de la autoridad competente". Esta última tiene, por tanto, facultad para otorgar concesiones o permisos, reconociendo en favor de los / particulares un derecho de goce, sujeto a las disposiciones que presidieron / el acto de la administración.

Antes de analizar la naturaleza jurídica de tal derecho, señalamos que estamos en presencia de un verdadero derecho real administrativo que puede hacerse valer contra todo tercero, y aún contra la misma autoridad concedente, ya que su revocación no puede ser arbitraria, pero sí, debemos reconocer los límites de precariedad que corresponden a ese derecho acordado al autorizado por la administración.

La existencia de este derecho no vulnera el principio de inalienabilidad de los bienes públicos. Además, el artículo 1502 del Código Civil, se refiere al "arrendamiento de los bienes nacionales, provinciales y municipales" agregando el codificador, que tal locación será regida por las disposiciones de derecho administrativo o por las que le sean peculiares. La Administración, conforme al marco jurídico en que se desenvuelve, debe regirse

por sus propias normas y, supletoriamente, por la ley civil.

En consecuencia, es admisible que los titulares del dominio hídrico público reglen el uso y goce de tales aguas, acordando derechos de uso o reconociendo el uso de facto que, en sí, constituirán derechos reales administrativos sujetos a revocación o extinción, de conformidad a la legislación o reglamentación que sus titulares puedan dictar. Tal situación permite, en definitiva, que el Estado sea el supremo regulador del agua pública respetando, dentro de los límites de precariedad, inherentes a tales concesiones o / permisos, los derechos reales administrativos sobre el agua pública. En definitiva, la reglamentación del aprovechamiento, corresponde al derecho administrativo de la respectiva jurisdicción a que corresponda (nacional o provincial).-

La inalienabilidad de los bienes públicos es una de sus características más importantes, situación que deriva de la propia naturaleza del derecho del Estado. Es decir, no podría admitirse la constitución de un derecho privado de dominio sobre una cosa afectada al uso directo de los habitantes, o destinada al funcionamiento de un servicio público o a un fin de utilidad o comodidad común.-

La determinación de los bienes del dominio público, es motivo de controversia en la doctrina. Para su análisis podemos avenirnos a decir / que, éstos no sólo quedan comprendidos en los destinados al uso directo de / los habitantes ("uti singuli"), sino también en los afectados a servicios u objetos de utilidad pública (Conforme: artículos 2340, 2341 y 2342 del Código Civil). Para reafirmar esto, Bibiloni (Anteproyecto de Reformas al Código Civil - Buenos Aires 1930 Tomo III página 15) nos dice que "el artículo 2340 no tiene por objeto enumerar los bienes del dominio público, sino deslindar / (2341) las cosas de que todo el mundo puede usar y gozar. Por ello, no puede

adoptarse como criterio de distinción entre los bienes del dominio público y aquellos del dominio privado del Estado, aquel que deriva del hecho de estar afectados, los primeros, al uso y goce de los particulares. Tal interpretación olvidaría, no sólo lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 2340 del Código Civil, sino también que existen bienes que no enumera el precepto y / que nadie ha pretendido jamás negarles el carácter de cosas del dominio público".-

Los bienes del dominio público no pueden llegar a constituir / una propiedad de los particulares (48)(49). Confirma tal postura la opinión de Bibiloni (50) quien expresamente nos dice: "... los bienes del dominio / público, que están destinados, por razón de su naturaleza, o de su afectación, al servicio público del Estado, escapan a las reglas del derecho civil, y no pueden ser objeto de los hechos jurídicos en cuya virtud los particulares ad quieren derecho sobre ellos, mientras conserven su carácter de tales". En / tal sentido, observa Mayer, la doctrina es uniforme: "debe garantizarse estos bienes contra las perturbaciones que la adquisición de derechos reales en // provecho de particulares y la persecución judicial de ellos, podrían acarrear a su buen estado y a su afectación a la utilidad pública". De ello se deriva su carácter de inalienabilidad.-

Según Bielsa (51) "Las cosas que constituyen el dominio público son inalienables pero no relativamente indisponibles; precisamente, son / cosas destinadas al uso público permanente, pero pueden ser objeto de relaciones jurídicas que generen o impliquen hechos compatibles con la naturaleza y destino de la cosa... las cosas del dominio público no son cosas extra-comercium respecto de la ley civil, porque la extracomercialidad implica que la cosa sea sustraída del comercio jurídico, lo que no ocurre respecto a las cosas del dominio público, que son susceptibles no sólo de utilización colectiva, sino también de utilización individual, sea por medio del permiso, sea por medio de la concesión (de donde existe una relativa comercialidad)".-

Precisamente, la concesión y el permiso, acreditan que el Estado posee un dominio jurídico sobre las cosas públicas. La concesión da lugar a derechos personales y reales a favor del concesionario contra terceros y / aún contra la propia administración concedente; el permiso, a pesar de su / esencial revocabilidad, otorga derecho al permisionario a ser respetado dentro de los límites del mismo y de estar al abrigo de ataques.-

La concesión crea, a favor del concesionario, el derecho a ejercer sobre la cosa pública una posesión exclusiva, criterio que es ratificado por Mayer en cuanto afirma que "el efecto de la concesión es el de crear un derecho público subjetivo. Este derecho tiene por objeto la posesión de la / cosa pública determinada por la concesión, en vista a efectuar un uso conforme a ésta". Dicho derecho público subjetivo obliga a la autoridad concedente a proteger al concesionario en su derecho, marco jurídico que se estrecha en materia de permiso debido a su esencial revocabilidad.-

En cuanto la concesión se otorga sobre un objeto de propiedad pública, ha surgido la idea de reconocerle al concesionario un derecho de goce que, a pesar de su carácter revocable y rescatable, en un "derecho real" (52), idea que, presentada primitivamente en materia de concesión de uso, se amplió posteriormente al permiso u ocupaciones temporarias del dominio público.

Aparentemente, y en principio, parece imposible conciliar el / principio de la inalienabilidad de los bienes públicos, y la necesidad de / proteger jurídicamente el derecho de uso o aprovechamiento del concesionario o permisionario derivado de un derecho real administrativo. Pero tal conciliación, en opinión de Spota, a quien seguimos, es posible. Veamos;

El problema surge en cuanto tales bienes son susceptibles, además del uso y goce que el público tiene de ellos, de otras formas de usos; concesiones y permisos.-

Ahora bien, nos preguntamos: ¿el destino al cual están afectadas las cosas públicas de servir "uti singuli" o "uti universi" impide que, frente a un permiso o concesión, exista un derecho real sobre esa cosa pública?

Con acierto, Haurión ha demostrado que tal incompatibilidad no se verifica: "En muchas hipótesis no es contrario al destino de la cosa que sean creados derechos reales sobre ella, en provecho de un tercero, por el contrario, está de acuerdo con la cosa que se creen derechos reales". Luego, la conciliación se establece, según la glosa de Haurión que hace Spota, haciendo notar que tales derechos son resolubles, salvo indemnización, y de acuerdo con las necesidades del servicio público. Tales derechos reales no son perpetuos, sino revocables. Ello es ilustrado por Haurión, en el siguiente ejemplo: "Es lo que acaece con la apertura de calles que son dependencias // del dominio público, y las casas construidas al borde de ellas sólo pueden // ser plenamente utilizadas abriéndose puertas y ventanas que den sobre las mis mas. De tal modo, que si la Administración se ve en la necesidad de desplazar la calle, tendría tal facultad, resarciendo a quienes se han servido de los / bienes del dominio público".

De tal forma, concluye Haurión, "Meditando sobre este ejemplo y sobre algunos otros, uno se ve conducido a formular esta proposición general: existen derechos reales de naturaleza administrativa, distinguiéndose / de los derechos reales de naturaleza civil, en que ellos son resolubles o / rescatables según las necesidades del servicio y que, si bien los derechos / reales civiles no resolubles ni rescatables, para las necesidades del servicio son perfectamente compatibles con la inalienabilidad, sobre todo cuando ellas constituyen un medio para asegurar una utilización del dominio público que se halle en concordancia con su destino".

En verdad, según lo manifiesta Spota, estamos frente a una consecuencia real del principio según el cual, el Estado es titular de un derecho de propiedad sobre las cosas del dominio público; de ello deriva la teoría que considera compatible la existencia de un derecho real administrativo, esencialmente rescatable y revocable. Estas últimas características obvian toda la dificultad que podría presentar, en contra de tal teoría, el principio de la inalienabilidad de los bienes del dominio público. La "precariedad" de tales derechos constituye la esencia de los mismos (53).-

## 2. El aprovechamiento de las aguas públicas

Quizá uno de los aspectos más importantes de este estudio, sea aquél relativo al aprovechamiento de las aguas públicas, finalidad fundamental que justifica las disposiciones contenidas en las Leyes de Aguas, al reservar prácticamente la totalidad de las mismas al dominio público de los Estados. Las medidas que cada Estado adopte en tal sentido, deben estar informadas, en su esencia, en la protección de este tipo de bienes, con el fin de propender al mayor bienestar de la comunidad.

Entre el aprovechamiento y el dominio hay una diferencia fundamental, que creemos conveniente precisar; éste es un derecho real de disposición que tienen las personas sobre las cosas, con los alcances y limitaciones que le son impuestas por nuestro Código Civil (artículo 2506 y concordantes); el aprovechamiento, que se otorga por medio de la concesión administrativa, es un derecho real administrativo, revocable y no perpetuo (puede decirse si indefinido), creado por el Estado en participación con los particulares, para que éstos tengan el uso de los bienes públicos exclusivamente. El concesionario nunca es propietario de las aguas públicas que se le conceden; sólo

se beneficia con su uso, conforme a las condiciones que precedieron el acto de la sede administrativa, y sujeto a los principios reglamentarios de la / jurisdicción territorial otorgante. En este sentido, bien dijo ya la Comisión redactora de ley española de 1866, que jamás se consideraba a los concesionarios como propietarios o dueños de las aguas concedidas, sino como meros usuarios, con derechos limitados al objeto para el cual se concedieron, estando sujetos, siempre, a la vigilancia de la Administración encargada de evitar todo abuso y derroche.

Todo cuanto un gobierno haga por estimular y facilitar el buen aprovechamiento de las aguas, siempre será poco elogiado; pero debemos tener presente, que el aprovechamiento racional de los recursos, promueve el progreso de los pueblos, en todos los aspectos de su vida. Es necesario, que toda influencia ajena -de cualquier índole que ésta sea- se mantenga marginada absolutamente del sistema de distribución y aprovechamiento de los recursos naturales, y, en particular, de las aguas. Esto permitirá un mayor grado de / desarrollo en todos sus aspectos, y determinará un mayor grado de expansión de aquel sector de la economía que necesariamente se apoya en su aprovechamiento. Consecuentemente se producirán consecuencias fácilmente identificables en el campo social.-

### 3. Los Usos Especiales

Siguiendo las acertadas enseñanzas de Manuel M. Díez (54), podemos resumir el régimen de los usos especiales como sigue:

Un uso especial, es aquel que únicamente pueden realizar las / personas que hayan adquirido dicha facultad, conforme al ordenamiento jurídico vigente. Este tipo, se diferencia del uso común; este último es el que /

ejerce el público, generalmente en forma colectiva y anónima. Por ejemplo, sería un caso de uso común, la circulación de los habitantes por las calles, la navegación por los ríos, etc. El uso especial o privativo, comporta la reserva exclusiva de una parte o porción del dominio público a un usuario individualmente identificado.

Según Marienhoff (55), pueden mencionarse -entre otras- las siguientes clases de usos especiales:

- la derivación de aguas para irrigación, para uso industrial,
  - o para abastecimiento de poblaciones;
- la derivación de aguas para fuerza motriz;
- la instalación de kioscos en dependencias del dominio público, etc., etc.

La doctrina administrativa enseña, que el régimen jurídico de estas ocupaciones, está inspirado en dos ideas centrales, a saber:

Primero, se trata de una utilización privativa, lo que necesariamente implica la necesidad de que medie una autorización administrativa, y la percepción de una tasa. Dicha autorización puede revestir dos formas que, a su vez, dan lugar a dos instituciones jurídico-administrativas: cuando resulte de un acto administrativo unilateral, habrá un "permiso de uso"; cuando resulte de un acuerdo convencional, concluido entre la Administración y el / ocupante, habrá una "concesión de uso".

Segundo, se trata de una utilización anormal de los bienes, de lo cual resulta que los poderes de la Administración son, en este supuesto, muy extensos y, a la inversa, la situación del usuario resulta ser muy frágil.-

Toda ocupación privativa de un bien del dominio público, supone un acto jurídico de la autoridad competente que le da origen. La necesidad de que medie un acto jurídico para que exista ocupación de los bienes públicos, se explica por cuanto la Administración debe efectuar un examen de la oportunidad de ese uso especial, examen que debe realizarse sobre la base de que todo uso privativo, no debe menoscabar gravemente el interés público. De acá, entonces, que la intervención del órgano competente, sea indispensable para crear el derecho de uso preferencial; ello, en razón de que ningún habitante, tiene el derecho al uso exclusivo de una parte de los bienes públicos, ni aún en el caso que se trate de un uso conforme al destino del bien. En consecuencia, el acto de la autoridad dà origen a ese derecho particular.

Los elementos necesarios del uso privativo, son los siguientes:

-Individualización del usuario. Ello, por cuanto el uso privativo no es un derecho que corresponde a toda persona; y luego porque el uso especial otorga un poder jurídico exclusivo.

-Determinación precisa de la parte del bien del dominio público que se ha de ocupar.

-Todo uso especial es a título privativo, hecho que excluye a cualquier otro uso común o especial, en la parte del bien particularmente afectado a la ocupación.

-Precariedad del uso preferencial, en cuanto está supeditado al interés público.-

Por otra parte, la existencia y ejercicio del uso especial, están sujetos a límites, a saber:

-El uso especial tiene como límite al uso común, y es por ello que solo puede existir, siempre que no signifique un menoscabo substancial / al uso de todos los habitantes.

-El interés público sobre el dominio, en cuyo beneficio el Estado ejercita su derecho de propiedad, debe estar resguardado en toda posible disminución.

-El uso especial puede desaparecer o limitarse en su ejercicio, por razones generales de policía, como podría ser la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas.

-La ocupación privativa, sea que emane de un permiso o de una concesión, está subordinada, en cuanto a su existencia y ejercicio, al interés público del dominio.

-Otro límite resulta del objeto de la ocupación, ya que éste es determinante en el otorgamiento del uso especial.-

(a). El permiso de ocupación

El permiso de ocupación, es el acto administrativo que se otorga para un uso especial del dominio público. Del concepto expuesto, surgen los siguientes elementos: que la existencia del permiso supone un acto administrativo que lo otorgue; y luego, que ese acto administrativo, tiene como efecto, su otorgamiento para un uso preferencial del dominio público.

El acto que otorga el permiso de uso privativo, es un acto jurídico unilateral de la Administración; la declaración de voluntad de / ésta, es lo único que concurre al perfeccionamiento de tal acto. Es el órgano

estatal el que decide exclusivamente sobre la existencia misma del permiso, determinando, a la vez, su contenido.



Pero es lógico, por otra parte, que no se excluya completamente la intervención del particular interesado, ya que el Estado no concede un uso privativo sin que el propio administrado ponga en movimiento el órgano administrativo competente. En definitiva, el particular concurre con / una doble intervención; solicitando el acto y, luego, aceptándolo.

Sobre la naturaleza jurídica del permiso, se ha sostenido que se trata de una autorización. Pero en nuestra opinión, la situación es / distinta, ya que el titular del permiso -antes de la sanción del acto administrativo que lo otorga- carece de derecho para usar exclusivamente del bien público, aunque la ocupación sea temporal y precaria. Su derecho de ocupante nace, mediante el acto jurídico que lo otorgó, razón por la cual dicho acto administrativo tiene el carácter de un acto de concesión, ya que, por medio de esta, se crea en beneficio del particular un derecho del que antes carecía totalmente. En consecuencia, como del mencionado acto se origina en favor del particular, una facultad de la que antes carecía, debemos concluir / diciendo que dicho acto administrativo es una concesión y no una autorización.-

La Administración al conceder el permiso, puede imponer / condiciones relativas a la conservación del dominio o a la policía de la circulación, siendo sus principales caracteres la precariedad y la revocabilidad.-

(b). La concesión de uso

Desde el punto de vista etimológico, "conceder" significa dar, otorgar una cosa. La doctrina moderna clasifica a las concesiones en / constitutivas y traslativas. Las primeras, se caracterizan por crear un derecho nuevo para el beneficiario, sin transferencia o delegación de derechos por parte de la Administración Pública; se trata de un acto unilateral del / Estado. Las segundas, confieren derechos o poderes propios de la Administración a los particulares. Nuestro problema fundamental se concreta en determinar a qué tipo de concesión pertenece aquella que se refiere a los bienes / del dominio público; ¿es traslativa o constitutiva?.-

La doctrina está dividida sobre el particular, pero aún / siguiendo a Manuel M Diez, diremos que la concesión de bienes del dominio público no implica la transferencia o delegación de facultades, sino simplemente "la constitución de un derecho para el concesionario". En la concesión de uso, el Estado -mediante un contrato administrativo- confiere al particular, el derecho de uso y goce de un bien público, y otorga al mismo una ocupación privativa, teniendo en cuenta el interés privado del concesionario quien, como retribución por el uso otorgado, debe pagar un cánón. En este orden de / ideas podemos decir, que la Concesión de uso, es un acuerdo entre la Administración y el particular, en vista de una ocupación anormal de porciones del dominio público; este concepto nos demuestra claramente, que la concesión / se origina en un contrato administrativo.-

La doctrina distingue el uso normal del uso anormal. En / el primer caso, se trataría de la concesión de un bien ya afectado al uso directo de los habitantes, para dar lugar a una utilización individual y privativa; en tal supuesto, la Administración no puede ejercer su poder discrecional, para rehusar la concesión solicitada; lo que sí puede, es reglamen--

tar y rechazar el pedido que no se conforme a las condiciones preestablecidas. El segundo caso es distinto; configura un uso anormal de una porción del dominio público, hecho que le permite a la Administración ejercer un amplio poder discrecional para otorgar o negar la concesión solicitada.

Ante el eventual caso que el texto de la concesión no sea claro en su redacción, o presente vicios o lagunas, las cuestiones planteadas deberán resolverse recurriendo a la interpretación jurídica, para lo cual, son de aplicación las siguientes reglas:

- La existencia de una concesión de uso, debe resultar de una declaración de voluntad del Estado, que sea expresa y clara.
- En general, no existen derechos implícitos.
- En caso de duda, la interpretación debe ser en contra del concesionario.

La doctrina, en general, entiende que la concesión de uso no es precaria. A los efectos de esclarecer la situación, es necesario que establezcamos el sentido de la precariedad. Si por precario entendemos la condición de extinción de la situación o derecho del ocupante, por voluntad unilateral del Estado, y cuando una razón de interés público exige el sacrificio del uso privativo, debe entenderse que la concesión es precaria. En tal caso, el interés general debe prevalecer sobre el particular. Si, por el contrario, por precariedad se entiende la extinción de los derechos del ocupante, cuando el interés público lo exija, sin que la Administración otorgue ninguna indemnización, en tal caso habrá que decir que la concesión no es precaria, porque si el Estado revoca los derechos que tenía el concesionario, debe hacerlo previo pago de la indemnización correspondiente.

En nuestra opinión, entonces, el problema depende del significado que se le dé a la palabra "precario". El Diccionario de la Real Academia Española, habla de precario como de algo de poca estabilidad. En este supuesto, la concesión no puede considerarse como precaria. Se entiende, sin embargo, que cuando el interés público lo requiere, todos los derechos ceden y no solo el emergente de la concesión de uso. Pero en todos estos casos, la extinción trae aparejada la indemnización correspondiente por el menoscabo / patrimonial que ella implica. Este ha sido el criterio seguido por la Corte (Fallos, Tomo 143, 90 y Tomo 165, 413).-

Otro problema que se nos plantea, es determinar cuál es / la naturaleza jurídica del derecho del concesionario, sobre los bienes que / ocupa el dominio público; y, además, cuál es la naturaleza jurídica del derecho del concesionario sobre la porción del dominio público concedido.

Con relación al primer problema, si los bienes que utiliza el concesionario, no están adheridos al suelo, él será directamente el / propietario de los mismos y su derecho se regirá por el jus privatum. Si se trata de inmuebles que se construyan adheridos al suelo, esas obras le pertenecen en propiedad al concesionario, propiedad que está regida por el derecho público.-

Con respecto al derecho del concesionario sobre el dominio público, se han sostenido distintas doctrinas. Partiendo de la base que el concesionario no tiene un derecho personal, hay que admitir que se trata de un derecho real, es decir se trataría de un "derecho real de naturaleza / administrativa". Tal afirmación significa, que no se trata de un derecho / real privado, sino público; ello, en razón de que los bienes del dominio público, si bien no están dentro del comercio del derecho privado, sí lo están dentro del comercio del derecho administrativo. Este derecho real administrativo, tiene los siguientes caracteres:

-Es un derecho precario, vale decir que es revocable.

-La revocación del derecho del concesionario no puede ser arbitraria. Debe fundarse en razones de buena administración (por ejemplo, / razones de policía, de servicio público o incumplimiento de obligaciones por parte del concesionario).

-Frente a terceros, el ocupante está en una situación d<sup>r</sup>efinitiva; vale decir, el tercero no puede invocar en su favor la precariedad.

-Frente a la Administración, la precariedad no existe, si-  
no respecto a la ocupación.

-El derecho del concesionario, es un derecho de carácter patrimonial amparado por la garantía constitucional de la propiedad. Se trata de un derecho regido exclusivamente por el derecho público. Este derecho público subjetivo, le pertenece al concesionario y constituye un bien patrimonial del mismo, integrante del concepto constitucional de propiedad. Entonces, el derecho real administrativo se distingue del derecho real civil, por su precariedad; es decir, por su no oponibilidad a la Administración propietaria, que puede siempre poner fin a la ocupación, mediante una revocación o mediante una desafectación del bien. Conviene observar, además, que el carácter precario del derecho real administrativo, se refiere a la circunstancia que la Administración se reserva el derecho de revocar la concesión, cuando el interés público lo exige; pero, mientras la Administración no revoque esa ocupación privativa que se obtiene mediante la concesión, el concesionario / tiene defensas contra la Administración por todo daño que ésta le causare, daño que deberá ser debidamente indemnizado. Dado el carácter contractual de la concesión, la revocación de la misma deberá siempre ser indemnizada por / la Administración.-

Por otra parte, la concesión de uso de bienes del dominio público, puede ser temporaria o perpetua. En otro lugar de este trabajo, cuando hablamos del derecho reglamentario de aguas, ya hicimos algunas referencias sobre el particular. Acá solo diremos que, la perpetuidad, generalmente, resulta de los términos expresos de la ley, y ella no trae aparejada enajenación alguna de los bienes públicos, ya que lo concedido es sólo el uso. Cualquier modificación que deba adoptarse respecto al ejercicio del derecho concedido, podrá ser impuesta por el Estado, a pesar de la perpetuidad de la concesión, ya que tales medidas importan el simple ejercicio del poder de policía que pertenece al Estado. Además, la perpetuidad no impide la revocación de la concesión, cuando razones de interés público lo requieran. Una concesión perpetua, es aquella que es "indefinida" en el tiempo.

En virtud de que la concesión de uso de un bien público / puede causar perjuicios, sea a los titulares de concesiones otorgadas con anterioridad, sea a otras personas, el medio utilizado para reparar los posibles perjuicios es el otorgamiento de la concesión sin perjuicio de terceros. Esta cláusula, constituye el medio jurídico que permite poner término al agravio patrimonial causado por la nueva concesión. Este principio supone para la Administración la imposición de una limitación; ella se traduce en la imposibilidad jurídica de conceder lo que ya estaba concedido. Este principio de no perjudicar a terceros, es básico dentro de las ciencias jurídicas, y está consagrado por nuestro Código Civil (artículos 953 y 1195 in fine). "Tercero", es todo aquel que no es parte en la concesión, es decir, todo extraño a la / relación de derecho creada por el acto de concesión.-

Para terminar, digamos que la concesión puede terminar por alguna de las siguientes causales:

- Expiración del término
- Incumplimiento de las obligaciones del concesionario
- Por motivos de interés público
- Por ilegitimidad del acto de concesión
- Por desafectación del bien público, objeto de la concesión.
- Por renuncia del concesionario
- Por muerte del concesionario.-

4. El Derecho Reglamentario en Materia de Agua Subterránea: Aplicabilidad de los Principios Generales. Nuestra Opinión en Materia de Reglamentación Provincial.

El esquema básico de derecho reglamentario que escuetamente se ha expuesto, aplicable en materia de aguas públicas en las distintas jurisdicciones territoriales de nuestro país, indudablemente se hace extensivo al agua subterránea en cuanto reúne la calidad de cosa pública y en cuanto sólo es una de las formas en que se manifiesta físicamente el recurso hídrico. Es decir, en principio, los elementos fundamentales descriptos del derecho reglamentario son aplicables, en esta materia.-

Ahora bien, ello no significa en absoluto que no deban reconocerse las características especiales de esta manifestación del agua; por el contrario, en la reglamentación general y especial que de tal materia se elab-

bore, deberá tenerse presente todos aquellos aspectos y peculiaridades que / definen su condición o naturaleza física y jurídica. Es necesario adaptar las instituciones jurídicas y administrativas, en cuanto ello signifique la recepción de situaciones reales, y se transformen en consecuencias positivas en / materia de conservación, explotación, uso y administración del agua subterránea.

Es decir, entendemos que la adaptabilidad de los principios generales descriptos, debe hacerse con prudencia y mesura, teniendo presente las características especiales que comprende el manejo de cada forma de presentación.-

Recalcamos e insistimos que el recurso hídrico debe considerarse en su integralidad, hecho que determina que deba adaptarse a una administración general e integrada de las aguas; pero ésto no significa que desconozcamos que el recurso en su manifestación física y natural se presenta en diferentes formas, con características especiales de medio y fuente, que cada forma presenta algunos problemas particulares que no pueden desconocerse, que su conservación deba encararse de acuerdo a las peculiaridades propias de cada tipo. Estos aspectos determinan, como consecuencia necesaria la adaptación de los medios y formas del derecho reglamentario general, a las características especiales de cada especie. Ello determinará un ajuste real entre los / principios de reglamentación que se impongan y la especialidad del objeto reglado. Este aspecto, deberá tenerse muy en cuenta para evitar todos los inconvenientes derivados de las elaboraciones teóricas de gabinete y ajenas a la realidad física, social y económica que se desea regular.-

Por otra parte, desde ya sentamos nuestra opinión respecto a / la forma estructural y orgánica a que debería ajustarse la reglamentación / del derecho de aguas en la esfera provincial. Sería conveniente que, con el fin de implantar adecuadamente una definida política legislativa en las pro-

vincias, se adoptase un criterio racional para la reglamentación de dicho de recho. Ello implica, en nuestro criterio, saber delimitar perfectamente las áreas de competencia del Estado Provincial y de la Administración Provincial de Aguas, ya que ello influirá decididamente en la imposición de principios. Es decir que, entendemos, existen ciertos principios administrativos generales que deben ser incorporados a un cuerpo legislativo de carácter relativamente estable y, por otra parte, nos es posible identificar otros criterios y soluciones que responden a la casuística que es propia de las características especiales que presenta la utilización del agua subterránea, en orden al ejercicio concreto de medidas de control y racionalización de la explotación de este recurso.

Ahora bien, cabe también plantear el problema que representa el delimitar el área y criterio que ha de gobernar tal competencia. Considerando los notables avances que se han observado en estos últimos años en la evolución y perfeccionamiento de los estudios hidrogeológicos generales, y en la / solución de problemas implicados en la administración y utilización de los / recursos hídricos, tanto en el mundo, en general, como en nuestro país, en / particular, estamos en condiciones de decir que, ya sea desde el punto de vista de las ciencias técnicas, como desde el de las ciencias jurídicas, pueden ofrecerse bases sólidas para el tratamiento orgánico e integral de los aspectos institucionales y legales involucrados en la "administración" del agua y que, en definitiva, serán el marco dentro del cual, se permitirá un racional desarrollo y control del uso de las aguas, tendiendo a su mejor aprovechamiento.-

En este sentido, pensamos, que debería encararse el estudio y / la elaboración de Códigos en cada provincia, sistematización que debería hacerse teniendo presente una metodología adecuada, cuidando de definir -criterio de delimitación- con la suficiente y exacta amplitud las instituciones,

formas y medios implicados, tal que se permita una amplia adecuación de ca--  
sos y soluciones, pero, al mismo tiempo, con la necesaria prudencia, de mane  
ra que no se llegue a situaciones anacrónicas ni llegue a la anarquía insti  
tucional o jurídica. Deben sentarse principios generales que contemplen la /  
temática fundamental y que, luego por vía de reglamentaciones internas en ca  
da caso, puedan adaptarse a situaciones de necesaria regulación especial.-

No debe caerse ni en la excesiva rigidez y casuística normati  
va, ni en la absoluta elasticidad e indefinición, formas, que en definitiva,  
conducen a la inoperancia del sistema legal o a su inobservancia. La solución  
debe darse por medio de una equilibrada sistematización de principios genera  
les básicos y amplios, dejando expeditas las vías para que, en cada caso de  
ciertas instituciones o situaciones, pueda reglamentarse internamente -por /  
parte de la Autoridad Provincial de Aguas- con la rigidez racional aconsega  
da en cada caso.-

Un código no es un sistema legal escrito que pueda o deba reem  
plazarse con cierta frecuencia, sino que debe permitir la necesaria adaptabi  
lidad y elasticidad para que asegure su vigencia en la amplia y, a veces, im  
prevista gama de situaciones que puedan plantearse, y para que, además, sea  
posible su vigencia prolongada en el tiempo y admita la eventual recepción /  
de nuevas formas recomendables que no alteren su esencia estructural. No pre  
tendemos, de ninguna manera, su absoluta inmutabilidad; el avance tecnológi  
co, el desarrollo económico, la transformación de situaciones sociales y el /  
desarrollo de las ciencias y técnicas jurídicas, en su momento, aconsejarán  
una reforma.-

Es indudable que la solución orientada hacia la reforma de la  
legislación actual y la promulgación de nuevas leyes, que en conjunto inte  
grarían una reglamentación comprensiva de toda la problemática interesada, /

acarrearía, en definitiva, un problema complejo, cual sería la persistencia de una variedad y dispersión legislativa de difícil coordinación. Ello nos / aconseja, conforme a las más avanzada técnica y lógica jurídicas, dirigir / nuestra vista hacia la elaboración de un Código de Aguas, sistematización // que regularía con amplitud el complejo temático involucrado en la explotación y administración general del recurso hídrico. Preferimos seguir este temperamento, desde que pensamos que el mismo brindara una solución integral, por / las siguientes razones básicas: a) unidad del criterio legislativo; b) se ob viaría gran parte de los problemas exegéticos de conjunto y los jurisdiccionales en alguna medida, derivados de la diversidad de criterios adoptados en la legilsación vigente y aún con aquella que se incorporaría; c) desde el pun to de vista de la economía legislativa, se contaría con un cuerpo legal sis temático y único que reuniría las disposiciones y previsiones básicas genera les para la regulación integral del agua y aspectos conexos, en jurisdicción provincial. Un punto que no debe descuidarse, es el referido a la adopción / de una conveniente polftica fiscal orientada, que podría tender a normalizar y encauzar convenientemente la explotación y utilización de las aguas.-

C. ASPECTOS GENERALES DEL DESARROLLO DE LA EXPLOTACION DE LOS RECURSOS HIDRICOS PARA IRRIGACION, EN ALGUNOS PAISES DE EUROPA.

Teniendo en cuenta la orientación particular de las provincias in teresadas en el desarrollo del Plan Agua Subterránea, especialmente en cuan to se refiere al alto grado de utilización de las aguas con fines aplicados a la irrigación de importantes áreas, haremos una brevísimia referencia al es tado de desarrollo del régimen y sistemas de utilización de los recursos /

hídricos en algunos países de Europa, con especial consideración a su uso en la agricultura.

Siguiendo un estudio que preparara en el año 1968 la Comisión Agrícola Europea de la F.A.O. (56), daremos a continuación un breve panorama sobre las disposiciones legislativas y administrativas tendientes a asegurar la adecuada distribución de los recursos hídricos.-

Un elemento importante que considera la política hídrica de los // varios países europeos, es el que tiene por objeto tender a la satisfacción de las necesidades hídricas para la agricultura. Es cierto que, en algunos / países, el problema no reviste mayor gravedad, por cuanto los recursos hídricos con que cuentan no son suficientes como para determinar que las reglamentaciones, sobre su utilización resultan, a veces, hasta superfluas. Por el // contrario, puede ocurrir que el problema real tenga su centro en la regulación del drenaje y el uso de los excesos de aguas, como ocurra, por ejemplo, en los Países Bajos.

No obstante lo manifestado, podemos recalcar que, aún cuando los recursos sean considerables, los países establecen bases para la reglamentación tendientes a evitar una apreciable disminución de las reservas, o para asegurar que las necesidades de la agricultura y otros sectores de la economía nacional estén resguardados. Así pues, si existen reglamentaciones en aquellos países que cuentan con recursos considerables, no puede sorprendernos encontrar sistemas profundamente elaborados en aquellos otros que se ven frente al problema de equilibrar los recursos limitados con las necesidades siempre crecientes. Así, en Israel por ejemplo, el Estado ha establecido un control estricto sobre todas las aguas, y la legislación proporciona a las autoridades, facultades de reglamentación sumamente amplias, que llegan hasta otorgarle poder para ordenar el racionamiento en áreas de suma escasez, esta-

bleciéndose cantidades máximas que pueden usarse y las prioridades para el / consumo. En suma, la distribución y el uso de las aguas está reglamentado en la mayoría de los países, aunque reconociendo mayor o menor estrictez, de acuerdo a los volúmenes disponibles, formas, usos y características generales, en cada región. De la revista de estas legislaciones -que a continuación hace mos- surge una clara tendencia hacia un control gubernamental, destinado a / satisfacer las considerables necesidades que se originan en el desarrollo eco nómico, particularmente en la irrigación, tomándose, cuando ello resulta ne- cesario, medidas para conciliar los requerimientos de las variadas categorías de usuarios.-

#### 1. Austria

Las disposiciones referentes al uso del agua en general, y pa- ra la agricultura en especial, las encontramos en el texto de la ley Federal de Aguas del 8 de setiembre de 1959. Esta ley determina las autoridades com- petentes para el manejo de los recursos hídricos; Autoridades Administrati- vas de Distrito, Dirección de la Administración de Tierras, y el Ministerio de Agricultura y Forestación; en su conjunto constituyen la Autoridad Hídri- ca (Wasser-rechtsbehörde).

La utilización del agua subterránea para fines domésticos y a- grícolas por parte de los propietarios de predios rurales, no está sujeta a autorización, si sólo se usan bombas operadas a mano o con maquinaria hidráu- lica (artículo 10). Pero, cuando tal utilización perjudica los derechos de / uso de los vecinos, la autoridad hídrica debe tomar medidas para asegurar // que se satisfagan los requerimientos de todos los usuarios. En este sentido, la misma ley dispone, que las partes interesadas pueden hacer arreglos con--

vencionales privados, sin someter la cuestión a la autoridad hídrica.

Las concesiones para el uso de aguas, sólo pueden otorgarse, cuando la producción de agua para el uso público, incluyendo los usos agrícolas y demésticos y las necesidades industriales, no se vea afectada. Los solicitantes deben declarar el tipo y extensión de propiedad, y el volumen y / clase de uso proyectado. Estas concesiones, pueden estar sujetas a la reserva, de una parte del caudal natural, para necesidades futuras de irrigación. (Artículo 13, párrafo 3 y 4º).

Cuando resultare necesario instituir planes generales para la administración de las aguas, con vistas al mejoramiento de determinadas regiones y a la satisfacción de exigencias de agua potable (artículo 53), el Ministerio Federal de Agricultura y Forestación tiene facultad para dictar reglamentaciones tendientes a afectar ciertas aguas a usos específicos y, cuando fuere necesario, para restringir determinados derechos de uso. Conforme a estos planes, es a veces necesario hacer reserva de los recursos hídricos de varias regiones, para fines agrícolas y para restringir los derechos de terceros (artículo 54).-

Cuando el nivel del agua subterránea baja tanto, que se produce un deterioro en la calidad del suelo, el propietario del predio afectado tiene derecho a una indemnización cuyo monto es determinado por expertos (artículo 12, párrafo 4 y artículo 117). Cuando deba usarse una cantidad de agua, por parte de un propietario cuyo predio está ubicado en una zona árida o semiárida, no sólo deberá tenerse en cuenta el predio directamente afectado, sino también aquéllos intermedios; las partes perjudicadas tienen derecho a una adecuada indemnización (artículo 117). Cualquier persona que solicitase la / creación de una servidumbre, o de un permiso, para el uso de aguas privadas que puedan modificar considerablemente el comportamiento de los reservorios,

puede estar obligada, a pedido del propietario, a comprar el terreno de este último.

Los derechos de propiedad o uso de aguas de los propietarios / de predios, pueden restringirse por razones de interés público, y las aguas privadas pueden, por dichas razones, declararse del dominio público (artículo 171).-

## 2. Bulgaria

La escasez de recursos hídricos, y la irregular distribución / del agua según las estaciones, en las diferentes regiones de Bulgaria, ha hecho necesaria la adopción de medidas estrictas de conservación. El desarrollo armónico de su economía nacional, exige una legislación a fin de evitar la / contaminación de las aguas. En 1963 se promulgó una ley tendiente a evitar la contaminación del aire, del agua y del suelo, la que provee las medidas necesarias, baja distintas formas de protección, de acuerdo a la categoría de / los cursos de agua.

La Ley de Aguas de 1968, rige las cuestiones sobre el uso y // distribución de las aguas, y regula las facultades y responsabilidades de // los servicios encargados de su administración. Esta ley exige una utilización planificada de los recursos hídricos, con el objeto de asegurar que se cubran las necesidades domésticas y aquéllas de las actividades económicas, de la recreación, etc. En tal sentido distingue dos tipos de uso:

-Uso para fines domésticos, recreación, aguadas, para abrevaje de ganado: sin restricciones.

-Uso por medio de instalaciones de captación para necesidades industriales, requiere permiso.-

A los propietarios de predios, se les otorga el derecho de usar agua subterránea o superficial para sus necesidades domésticas; pero, no obstante, cuando es necesario el uso de dichas aguas para necesidades sociales o del Estado, dichos permisos pueden revocarse.

La Ley, proporciona medios para la aplicación de medidas especiales, tendientes a la protección de los ríos, ciénagas, lagos, diques y redes de irrigación y desagüe. Por otra parte, está contemplado el catastro de aguas, medida que está directamente ligada a los problemas de utilización y distribución planificada del agua.-

### 3. Dinamarca

La utilización y distribución de los recursos hídricos en este país, está regida por varios textos legislativos, siendo los más importantes la Ley del 31 de marzo de 1936, que trata específicamente la materia relativa al agua subterránea, y la Ley de los Cursos de Agua del 11 de abril de 1949. Estos textos, establecen las condiciones para la provisión de agua destinada a la agricultura.-

El principio general, es que los propietarios de predios tienen derecho al uso del agua que yace por debajo de sus propiedades, pero el derecho de usar dichas aguas para fines agrícolas, no incluye el derecho de irrigación artificial; para este objeto, la Comisión local de Terrenos debe otorgar un permiso especial.

Con respecto a los cursos de agua, existe una serie de principios reglamentarios que tienen en cuenta las condiciones específicas de cada curso: ubicación geográfica, longitud, profundidad, cantidad de agua disponible, etc. Cualquier persona que desee extraer agua de ríos o lagos, con fines de irrigación, debe solicitar el permiso de los Tribunales Hídricos. Estos, establecen las condiciones para efectuar dicho uso, teniendo en cuenta las características especiales del río o lago en cuestión. De tal forma, se da prioridad a las tierras agrícolas, cuyos propietarios están en condiciones de contribuir a la conservación de dichos ríos y lagos. Si el volumen // disponible de agua es suficiente, los permisos para su extracción pueden otorgarse a otros predios, dándose preferencia a aquellas tierras que tengan obras de distribución. Los propietarios de predios ubicados a lo largo de los cursos naturales (ribereños), pueden llegar a obtener una autorización -de / la Inspección de Distritos Hídricos- para extraer agua para irrigación, siempre que con ello no se reduzca el caudal natural hasta un grado perjudicial a los intereses de terceros.

Puede decirse que, en general, los Tribunales Hídricos tienen la responsabilidad de estudiar las condiciones para la mejor utilización de los volúmenes de agua, disponibles, y de otorgar permisos para el uso de dichos recursos. Los permisos se otorgan sólo por un período de tiempo determinado, y cada caso puede reconsiderarse cada diez años; pero, por otra parte, cualquier permiso puede revocarse, si es que se comprueba que de él se hace un uso distinto que aquel para el cual se otorgó.

Conforme a la legislación actual, cuando un propietario extrae agua que subyace a su propio predio y causa perjuicios a los propietarios vecinos (secado de pozos, disminución de los caudales de agua subterránea, sequía de tierras aptas para el cultivo, etc.), las partes afectadas pueden someter el caso a la Comisión de Tierras que, como lo requiere el poder juris-

diccional, puede exigir a los responsables que paguen una compensación indemnizatoria a la parte efectuada.

Debemos traer a colación el hecho, que en el año 1961 un Comité, al cual se le confió la revisión de la legislación de aguas, presentó un informe proponiendo la aclaración de los textos actuales, como así también / un programa de Planificación centralizada, en consideración a la creciente / demanda de recursos hídricos, que se viene produciendo en los últimos años, a raíz del desarrollo de la industria y de la agricultura.-

#### 4. Francia

El régimen jurídico de las aguas, en este país, está determinado en el Código Civil y, además, en algunas disposiciones del Código Rural. Su tratamiento fué complementado por una importante Ley dictada el 16 de diciembre de 1964, relativa a la propiedad y distribución de las aguas, y sobre las formas de evitar la contaminación. También corresponde que mencionemos la Ley 12-20 de agosto de 1720 la que, en particular, dispone que "las asambleas administrativas... deben buscar e indicar medios... para asignar... en cuanto sea posible, todas las aguas existentes dentro de sus jurisdicciones, para fines de utilidad general, de acuerdo con los principios de la irrigación"; y los Decretos del 25 de marzo de 1852 y del 13 de abril de 1861 / que regulan la materia referente a la descentralización administrativa, y facultan a los prefectos a decidir sobre la distribución -entre la industria y la agricultura- de las aguas de cursos no navegables y no flotables, en la / forma prescripta por reglamentaciones anteriores o por la costumbre del lugar; y, por otra parte, "acerca de la autorización de nuevas instalaciones, tales como... diques, obras de captación..., en los cursos de agua mencionados".-

Ante todo, haremos una breve referencia de las disposiciones / legislativas que regulan el régimen de propiedad de las aguas. En este orden de ideas, los ríos y corrientes de aguas navegables y flotables, se consideran como parte del dominio público. Con respecto a aquellos cursos no navegables ni flotables (recientemente designados como "cursos de agua no públicos"), el Código Civil establece que "las personas cuyos predios se encuentren a lo largo de cursos de agua que sean aquellos que se han declarado parte del dominio público, pueden hacer uso de dichas aguas a su paso, con fines de irrigación". En este caso, la "reglamentación del agua" (órdenes de la prefectura, dictadas en virtud del Decreto del 1º de agosto de 1905) no estipula la cantidad de agua que puede extraerse, desde que el punto está relacionado con los derechos que tiene el propietario ribereño, de acuerdo con el artículo / 644 del Código Civil, que le permite usar el agua de este curso, para la irrigación de sus predios.

En casos de disputa, o cuando el caudal resultare insuficiente para la provisión prevista, la distribución de los recursos disponibles / será efectuada entre los usuarios o distintas categorías de usuarios, y // siempre que existan reglamentaciones o costumbres locales aplicables, por la prefectura, por decisión de los tribunales, o por aplicación del artículo 104 del Código Rural (de acuerdo a la modificación que le fuera introducida por el artículo 24 de la Ley del 16 de diciembre de 1964), mediante una orden / del Ministerio responsable del control de los cursos de agua o del sector en disputa, y la orden -en este caso- dispondrá acerca de las reglas generales a que deberá ajustarse el uso de tales aguas.

Si las aguas de un curso no público son desviadas por una municipalidad o un concesionario de las mismas, por una asociación de usuarios o cualquier otro órgano público, en base a lo dispuesto por el artículo 113 / del Código Rural dicha obra debe declararse de interés público; la orden que contenga dicha declaración debe, también, autorizar la desviación y fijar el

volumen máximo de agua que puede extraerse o derivarse como así mismo, las / condiciones a que está sujeta la extracción. Estas mismas disposiciones, se aplican a la derivación de agua de manantiales y subterránea, quedando superditadas las condiciones de extracción a lo establecido por el Ministerio de Agricultura. Cuando el agua de un manantial es tomada por el propietario del predio, su utilización no es controlada por el Estado, y el propietario tiene libertad de usarla para la atención de las necesidades de su propiedad. En este caso queda sujeto a las disposiciones de los artículos 642 y 643 del Código Civil, en protección de los usuarios aguas abajo y de los habitantes de los centros poblados. Con respecto a las obras para la extracción de agua subterránea, realizadas por particulares, el artículo 40 de la Ley del 16 de diciembre de 1964 dispone que, cualquier instalación tendiente a la realización de obras para la extracción de esta agua, con otros fines que no // sean aquellos de uso doméstico, deben estar sometidas a la supervisión de // las autoridades. Por último, si a la salida del predio donde brotan los manantiales forman un curso de agua con carácter corriente y público, sus propietarios no pueden desviarlas de su curso natural en perjuicio de los usuarios aguas abajo.

Con respecto a la distribución de aguas, el artículo 24 de la Ley del 16 de diciembre de 1964, que reemplaza a una antigua disposición del Código Rural, establece el principio, que las reglas generales que rigen a los cursos de agua, son prescriptas por orden del Ministerio competente, de tal forma que se concilien los intereses de las varias categorías de usuarios, con respecto a la propiedad privada y a los derechos y usos establecidos después de una investigación, tendiente a determinar el interés público. Este principio de satisfacer necesidades, explica la nueva disposición general contenida en el artículo 29, en el sentido que el concepto de ríos de / propiedad pública, incluye a los cursos de agua, lagos y sus desviaciones, clasificados así, con el objeto de asegurar las dotaciones de agua para los

cursos navegables, para la agricultura y la industria, para la provisión de agua pública y el control de las crecientes. La Ley introduce importantes / cambios, en lo referente a los cursos de agua de propiedad conjunta, definidos en el artículo 35 como aquellos en los cuales los derechos de su uso pertenecen al Estado, y el lecho a los propietarios ribereños. Un curso de agua se clasifica como propiedad conjunta, por decreto del Consejo de Estado expedido por recomendación del Ministerio responsable de la supervisión y administración del curso de agua, solo después de una encuesta para determinar el interés público; en este caso, se conservan los derechos de los propietarios ribereños y de terceros.

Otro título de la ley trata de las medidas tendientes a evitar la contaminación de las aguas, teniendo en cuenta la satisfacción y conciliación de los requerimientos de provisiones de aguas públicas y de la salud pública, de la agricultura, de la industria, del transporte y otras actividades humanas de valor para la sociedad, de la flora y de la fauna, como así / también de los fines recreativos, deportes acuáticos y protección de los recursos pictóricos, y, por último, de la conservación de las aguas y sus desaguados. Con el objeto de asegurar la protección de la calidad de las aguas, la declaración de interés público de las obras de captación para la provisión / pública de agua, permite la creación, alrededor del punto de extracción, de una zona primaria de protección, terreno de que debe adquirirse de inmediato; una segunda zona de protección, dentro de la cual toda actividad que pueda poner en peligro la calidad de las aguas puede prohibirse o reglamentarse, y si fuere necesario, puede crearse una zona de protección exterior, en la / que estas actividades pueden regularse (artículo 7 de la Ley).

Por otra parte, la Ley de 1964 también multiplicó las facultades del Estado con respecto a la utilización del agua, y adoptó medidas respecto a la representación de las autoridades a varios niveles. Así, en este

orden de ideas, a los Departamentos y Comunas, como a las Corporaciones Priva das con participación estatal, se les otorga facultad para efectuar todos los trabajos necesarios para la conservación, protección y utilización racional de las aguas. Además para cada cuenca o grupo de cuencas fluviales, se establece un comité que incluye representantes de las corporaciones del gobierno local y de la administración, así como de los distintos grupos de usuarios. Cada // cuenca o grupo de cuencas tiene su propio "órgano financiero", creado como institución pública que goza de personería jurídica y autonomía financiera.

Se ha creado un Comité Hídrico a nivel nacional, comité que está constituido por representantes de las diversas categorías de usuarios en / partes iguales y representantes de los servicios administrativos. El Comité / Hídrico, es responsable ante el Primer Ministro y reconoce entre sus deberes el de aconsejar respecto a todos los proyectos de administración y distribución de aguas, así como respecto a los principios sobre planeamiento regional, y, en general, el de recoger la información necesaria y aconsejar en materia relacionada con las cuestiones que se planteon por aplicación de la Ley del 16 de diciembre de 1964. Por un decreto del Primer Ministro de fecha 21 / de octubre de 1965, se agregaron dos nuevos órganos a la estructura existente: las Misiones Técnicas de Cuencas y, particularmente, la Misión Interministerial, que es esencialmente responsable de colaborar en el planeamiento del uso de la tierra en forma coordinada.

Además, la legislación contiene disposiciones relativas a las / compensaciones a otorgarse cuando el uso normal del agua se dificulta a raíz de ciertas circunstancias. Así, se acuerdan ventajas a la agricultura como // compensación por concesiones otorgadas por el Estado, bajo las condiciones establecidas en la Ley del 16 de octubre de 1919 para la utilización de la ener gía hidráulica de los recursos hídricos corrientes, cuando la potencia de las instalaciones exceda de los 500 KW. Las especificaciones y condiciones conte-

nidas en el decreto de concesión pueden, si el Ministerio de Agricultura lo propone, disponer de las reservas de agua y energía, y el concesionario debe rá cederlas a las municipalidades, organismos públicos, asociaciones de usuarios y agrícolas de interés general, y puede especificarse que un volumen de terminado de agua se reserve sobre el lugar de extracción, especialmente con fines de irrigación.

Además, cuando se autoriza la desviación de manantiales, agua subterránea o cursos de agua no públicos, conforme a las disposiciones del / artículos 113 del Código Rural, la asociación u organización pública responsable de las obras, debe hacerse cargo, por adelantado, de indemnizar a los usuarios por cualquier perjuicio o daño que ellos pueden probar haber sufrido como resultado de la desviación. La orden que declara de interés público a la obra o trabajo, menciona esta responsabilidad y, además, estipula el volumen que debe mantenerse fluyendo aguas abajo de la fuente y a fin de proteger los intereses generales. El artículo 26 de la Ley del 16 de diciembre de 1964 // dispone que, cuando obras de mejoramiento afecten a una cuenca fluvial o curso de agua, y tengan como finalidad la regulación del caudal de un curso de / agua no pública o tiendan a aumentar su caudal durante los períodos de sequía, la declaración que dispone que las obras son de interés público puede asignar una parte del caudal del curso de agua a determinados usos, en el transcurso del año. Con tal fin la declaración estipula que, un caudal mínimo debe mante nerse aguas abajo de las obras durante todos los períodos del año, y por otro lado, puede establecerse un caudal adicional en relación con las disponibilidades.-

## 5. Israel

El texto básico de la legislación hídrica en Israel, es la Ley de Aguas de 1959 que establece una base esencial, conforme a la cual se reglamentan estrictamente las actividades de los particulares, estableciéndose, al mismo tiempo, las formas más precisas para el desarrollo de los medios de acción de que disponen las autoridades.-

Con el objeto de asegurar una acción eficiente, se requiere que varios organismos adopten decisiones básicas respecto a las aguas y a las organizaciones, para la coordinación entre los varios servicios que deben prestarse.

La Ley brinda al Estado, por medio de instituciones administrativas públicas y con personería jurídica, la facultad de controlar y regular la extracción y el uso de las aguas, y, por otra parte, de asignar equitativamente su distribución entre los diversos usuarios. Así, el Estado tiene amplias facultades en cuanto a la regulación y administración de todas las aguas del país, sea cual fuere su origen, ejerciéndose en tal sentido un control estricto. Sin embargo, se acuerdan procedimientos a los particulares, a fin de que puedan defender sus derechos cuando ello resultare necesario.

Además, la Ley contiene una serie de disposiciones destinadas a la conservación y regulación de las provisiones de aguas, ejerciéndose un control estricto sobre el consumo relativo a los diversos usos, y el Gobierno tiene facultades específicas para racionar la distribución. En este sentido, debe hacerse notar que la utilización de las aguas está sujeta a autorizaciones, de acuerdo a licencias que otorga el Comisionado de Aguas. Estas licencias, que permiten la coordinación de las necesidades de consumo con las provisiones de las cuales puede disponerse, fijan reglas y principios

respecto al volumen, calidad y precio del otorgamiento, y las condiciones a que debe someterse su uso. Se otorgan durante períodos fijos de tiempo, a la expiración de los cuales caduca el derecho de uso. Pero, por otra parte, el Comisionado puede revocar, suspender o modificar una licencia, si el beneficiario de la misma deja de cumplir sus condiciones, teniendo, éste último, el derecho de apelar la resolución ante los tribunales de justicia, siempre y // cuando se considere que la decisión perjudica sus intereses legítimos.-

En casos de ordenarse el racionamiento, el Estado tiene las más amplias facultades para regular la producción y consumo de aguas. El Ministerio de Agricultura es competente en materia de regulación de la asignación de agua en el sector donde se aplica la medida de racionamiento, fijando cantidad des, prioridades, etc. En orden al eficiente ejercicio de este control, el / Estado puede tomar todas las medidas que estime necesarias, incluyendo la // construcción de instalaciones para una mejor protección de las fuentes de / agua.-

En el año 1965 se promulgó una importante reforma a la Ley de Aguas, a fin de disponer de agua para recarga. Los recursos subterráneos, particularmente los de las regiones semiáridas del sur, se han agotado debido al régimen de sobre-extracción a que estuvieron sometidos durante un largo periodo. Su recarga en estos momentos es de vital importancia para poder asegurar una provisión constante. Este problema podría solucionarse transportando las aguas sobrantes de las que se dispone, principalmente durante los meses lluviosos del invierno, momento en que la demanda de los usuarios y consumidores es mínima, y recargar con ella los acuíferos agotados, para su posterior explotación y aprovechamiento. La recarga sólo puede efectuarse para cumplir con las finalidades determinadas por la Ley, y conforme a las condiciones especificadas en la licencia correspondiente. Los fines a que se hace referencia, en la actualidad, son dos; a) La recarga artificial sumada a la

natural, con vistas a la producción de volúmenes de agua satisfactorios, siempre que procedan de fuentes hídricas determinadas; y b) El almacenamiento de agua estacional y permanente. Otros fines pueden ser establecidos por el Ministerio de Agricultura. La Reforma, así mismo, trata también del control de la calidad de las aguas para recarga, del derecho de obtener dicha agua y del pago de la misma y cuestiones de indemnización por los daños y perjuicios causados como resultado de las operaciones de recarga.

Con el propósito de supervisar el cumplimiento de su política, el Gobierno ha creado cierto número de instituciones y organizaciones. Primero, la Ley de 1959 creó la Comisión de Aguas, presidida por un Comisionado, cuyo principal deber es desarrollar nuevos medios para intensificar el estricto control por parte de la Comisión, sobre toda materia referente a las pautas y metas de la economía hídrica. Esta Comisión, además, recoge toda la información disponible en materia hídrica general, mucha de la cual se obtiene a través de los varios servicios públicos interesados en la administración de las aguas. El uso de las aguas, de acuerdo a un sistema de licencias, también genera un cúmulo de información que debe seleccionarse, analizarse y sistematizarse para formar las bases de futuros sistemas de planeamiento hídrico. El planeamiento de la administración de las aguas, es de absoluta necesidad para los fines de la política israelí, desde que es más bien el agua antes que el suelo lo que constituye el factor limitante de su economía, a pesar de la gran densidad de población.-

Otro organismo importante creado por la Ley de 1959, es el Consejo Hídrico Nacional, el cual cumple funciones de asesoramiento para con el Ministerio de Agricultura, acerca de política hídrica en general. Está constituido por 27 a 36 miembros, e incluye representantes de las autoridades y de las organizaciones sionistas. La mayor cantidad de bancas deben ser ocupadas por los representantes de los diversos sectores de usuarios. Reconoce las

siguientes facultades como indelegables; consideración de cuestiones de política hídrica nacional; determinación de standards y reglas para el uso de las aguas; aprobación de planes; fijación de cargas o gravámenes; y determinación de las zonas de racionamiento.

Por otra parte, cabe también hacer mención a la existencia de varios otros organismos asesores. comités de expertos y técnicos que se dedican a la redacción de planes y programas para la explotación y uso de las aguas en la nación. Entre estos últimos organismos, se encuentra un Tribunal especial para Asuntos Hídricos que tiene competencia para decidir en todas las disputas relacionadas con las aguas. El Ministerio de Justicia tiene facultades para instituir uno o más de dichos Tribunales, a medida que las necesidades así lo reclamen. Cada Tribunal se encuentra constituido por un Juez como presidente y dos representantes de los usuarios nombrados por el Ministerio de Agricultura.-

Con relación al problema de las indemnizaciones, el principio general es que, cualquier daño o perjuicio causado a un usuario de aguas, debe ser reparado. En esto caso se otorga una justa indemnización bajo control de la administración, y esta medida se hace efectiva, aún cuando las autoridades encuentren que es necesario aplicar estrictas medidas de control a la utilización de las aguas. El caso se presenta con bastante frecuencia, cuando los usuarios sufren daños y perjuicios directos y excesivos, como resultado de la orden gubernamental de aplicar el racionamiento; los usuarios tienen, entonces, derecho a reclamar la compensación en dinero en efectivo y cuya suma es fijada por el Comisionado de Aguas. En caso de desavenencia, la cuestión se eleva al Tribunal de Asuntos Hídricos quien dictamina en última instancia sobre el quantum, condiciones y términos del pago.-

## 6. Italia

La legislación vigente, se refiere fundamentalmente a las aguas públicas, aunque también existen aguas privadas que constantemente se van restringiendo en su existencia para el Derecho. El Código Civil en su artículo 822 establece, que los ríos, torrentes, lagos y otras aguas, definidas en la legislación pertinente como aguas públicas, pertenecen al dominio público. La legislación básica en este campo es la Ley de Aguas (Real Decreto N° 1775) del 11 de diciembre de 1933, modificada y ampliada por leyes posteriores, la que fundamentalmente se refiere al sistema de utilización de las aguas públicas. La necesidad de modernizar y readjustar las diversas reglamentaciones en vigencia, ha sido periódicamente reconocida.

Con respecto a los problemas que no son expresamente contemplados por las leyes especiales, son de aplicación las disposiciones contenidas en el Código Civil, en especial los artículos 909/921 referentes a las aguas en general, y los artículos 1033/1055 y 1080/1099 concernientes a ciertas / servidumbres que afectan al régimen de aguas.-

Las aguas públicas pueden usarse:

- a) Para la navegación y usos especiales (como por ejemplo: flotación de troncos, extracción de arena y grava, pesca).
- b) Por extracción para bebida, regadío, desarrollo de tierras, producción de energía eléctrica o fines combinados.

Con el objeto de obtener una concesión para la utilización de aguas, debe presentarse una solicitud al Ministerio de Obras Públicas, solicitud que deberá ser acompañada por un plan de apoyo que indique la cantidad de agua requerida. obras a construir y maquinarias a usar. La prioridad

en la selección de las solicitudes, dependerá de los siguientes criterios:

- Mayor amplitud en la utilización de las aguas, que, a la vez, consulte en mayor grado la satisfacción del interés público, desde el punto de vista hidráulico y económico;
- En caso de igualdad o equilibrio en la aplicación del criterio anterior, la solicitud que ofrezca las mayores garantías técnicas y económicas;
- Cuando no existan diferencias, conforme a los criterios anteriores, se consultará el orden en que se presentaron las solicitudes.

La concesión de aguas públicas está sujeta a un cierto número / de condiciones -estipuladas por las autoridades provinciales del Ministerio / de Obras Públicas-, que establecen los deberes y obligaciones del concesionario. La concesión, implica la obligación de utilizar las aguas durante un período fijo de tiempo (que no exceda los treinta años para extracciones menores, y de setenta años en el caso de extracciones de mayor cuantía), y determina / el pago de un cánón. Las concesiones se extinguen, debido a alguna de las siguientes causas: expiración del término de la mismas, renuncia por parte del concesionario, prescripción, revocación y recuperación por parte del Estado.

La Ley de 1933 contiene una serie de disposiciones, destinadas a favorecer la utilización de las aguas públicas para irrigación. Así, el artículo 9º dispone que, con respecto a las concesiones que resultan primordiales para el desarrollo de la irrigación, la solicitud del propietario de las tierras a irrigar será preferida, si las solicitudes son equivalentes en // otras relativas a otros usos. El artículo 51 se refiere, a la reserva temporal en que deben mantenerse los recursos hídricos, para una eventual irrigación y desarrollo de tierras. El Artículo 43, establece un sistema de control

por parte del gobierno, cuando las aguas son usadas para diversos fines, así como la limitación de la utilización por extracción, en casos de déficit de agua, en salvaguarda de los intereses de la irrigación.

Por otra parte, en el desarrollo de los importantes programas agrícolas y de irrigación, iniciados después de la guerra, el Estado tomó importantes decisiones para asegurar la cubertura de las necesidades para atender la irrigación de importantes áreas (Plan Green Nº1 de 1961 y Plan Green Nº2 de 1966).-

La política de estimular toda iniciativa tendiente a encontrar y evaluar nuevas fuentes de aguas, especialmente la subterránea, y aquella de asegurar su mejor utilización, se lleva a cabo actualmente mediante la acción de la Comisión Interministerial, creada en virtud de la Ley Nº 632 de 1967 por el Ministerio de Obras Públicas, con la participación de representantes del Ministerio de Agricultura. Concretamente, se tiende a la redacción de proyectos para la protección del suelo. Esta tarea está directamente relacionada con el problema de las crecientes e inundaciones, las que causaron graves devastaciones en ciudades y zonas rurales a fines de 1966; pero / también debe considerarse como continuidad del trabajo que condujo a la formulación del plan para la regulación sistemática de los cursos de agua, aprobado por Ley en enero de 1966.-

Con el objeto de dar una solución adecuada al problema en cuestión, la Comisión, al adelantar algunos proyectos para armonizar los esfuerzos tendientes a la protección del suelo, también considerará cuestiones como la coordinación de las necesidades de energía eléctrica e irrigación, y un análisis de los usos existentes.-

## 7. Polonia

Los principales lineamientos en materia de regulación de los recursos hídricos de la legislación polaca, se encuentran en la Ley de Aguas de 1962, ley que contiene una serie de preceptos relativos al planeamiento para la administración de aguas, a la propiedad de las mismas, a su utilización, a los mejoramientos de las obras hidráulicas, a la protección de las aguas, al control de las crecientes, a los permisos para el uso de las aguas y a la construcción de obras básicas; por otra parte, también regula la actividad de los organismos estatales encargados de la administración de los recursos hídricos y de las cooperativas.-

Los programas de planeamiento para la administración de las a--guas, se cumplen sin considerar las bases de los planes de desarrollo nacio--nal.-

Las aguas en general pertenecen en propiedad al Estado, con excepción de las aguas superficiales estancadas y la de aquellos pozos, canales o zanjas que pertenecen a los propietarios de la tierra.

La ley, hace una distinción entre la utilización general, par--ticular y especial. Por utilización general, se entiende aquella que tiende a la satisfacción de las necesidades domésticas y de granja sin ejecución de obras-, mediante el uso de aguas que integran la propiedad del Estado. Utili--zación particular, es la que se realiza mediante el uso de aguas que pertene--cen en propiedad al usuario, así como la del agua subterránea, para la satis--facción de necesidades personales, domésticas y de granja. La extracción de agua subterránea sólo es permitida a una profundidad que no exceda los 30 me--etros, y que no sobrepase los 6 metros cúbicos por hora. La utilización gene--ral y particular de las aguas, en la forma que acabamos de exponer, no requie--

re permiso alguno de autoridad. Al propietario no se le permite; controlar el caudal natural del flujo de agua, alterar su curso, descargar agua en áreas adyacentes o reducir -en forma permanente- la napa de agua; se le exige, por otra parte, que elimine las obstrucciones en las corrientes de agua, y que / las vuelva a su curso natural, siempre que tales obstrucciones causen daño y perjuicios al propietario del predio adyacente o a la economía general de las aguas.-

Toda otra forma de utilización que no se incluya en las descripciones más arriba, se denomina "utilización especial" y, en tal caso, su uso requiere permiso. En particular, se requiere permiso para;

- la extracción de agua superficial;
- la extracción de agua subterránea, desde profundidades mayores a los 30 metros ó que sobrepase los 6 metros cúbicos por hora.
- las descargas de aguas provenientes de industrias o fuentes de energía, que pudieran contaminar las aguas naturales u obstruir su flujo;
- la extracción de materiales o hielo, ó el corte de plantas, / que puedan perjudicar la utilización general o particular de / las aguas.-

Las obras de ingeniería hidráulica, comprenden un caso de utilización especial; tal el caso de las construcciones para la toma de aguas / superficiales o subterráneas, y las instalaciones tendientes a la protección del agua contra la contaminación o variación de los niveles de las capas de / agua. Estas obras están estrictamente reglamentadas, con el fin de evitar se produzcan variaciones perjudiciales en las condiciones naturales de afluencia,

o en los niveles de aguas estancadas, superficiales o subterráneas. La ubicación y la ejecución de proyectos de inversión para tales obras, requiere el / consentimiento del organismo estatal territorial de administración de aguas, estando sujeta la ejecución de dichas obras, al otorgamiento de un permiso. La Ley de Aguas, por otra parte, prohíbe la realización de trabajos u obras, o cualquier otra actividad, en la vecindad de los mencionados proyectos de ingeniería, que pudieran constituir una amenaza o un perjuicio para las mismas.

Las mejoras hidráulicas, en general, que estén destinadas a facilitar la extracción del agua de pequeños ríos, arroyos ó reservorios, así como la de canales que no sirvan un fin exclusivamente agrícola, requieren un permiso especial; éste constituye una autorización, tanto para la toma de agua, como para la utilización de la misma en la forma indicada en el proyecto. No se requiere permiso alguno, para la realización de mejoras hidráulicas destinadas únicamente al drenaje.-

Se han tomado algunas medidas tendientes a la protección de los cursos de agua y de las cuencas de captación, mediante la creación de zonas de protección, en las que son aplicables una serie de medidas restrictivas // respecto a la tierra y al uso de las aguas. El objeto fundamental, es asegurar la calidad del agua y mantener el rendimiento de las fuentes hidrálicas. En el caso de aplicarse una medida restrictiva respecto a la explotación de tierras en una zona de protección, se paga una indemnización, cuyo monto se establece en base a la opinión de expertos, pudiendo, la parte agraviada, recurrir en apelación ante los tribunales de justicia.-

También se han adoptado medidas tendientes a evitar la contaminación; ésta se define como cualquier daño lesivo que resulte de la introducción en las aguas de cantidades excesivas de substancias sólidas, líquidas, gaseosas, radioactivas u otras. El efecto producido por dichas substanc-

cias, hace que el recurso hídrico resulte inadecuado para su uso normal con fines domésticos, industriales, agrícolas, pesqueros o cualquiera otro.-

Otro de los aspectos que está expresamente contemplado en la / Ley de Aguas, es el control de las crecientes, que en su acción preventiva se ejerce mediante el manejo del agua de crecidas o deshielos, con el objeto de salvaguardar las áreas amenazadas. El control inmediato de las crecientes, // consiste en coordinar los esfuerzos del Estado y aquel de los particulares, durante las operaciones de seguridad, con el objeto de reducir las consecuencias de las mismas.-

Los permisos para utilizaciones especiales de aguas, y para la ejecución de obras hidráulicas, son otorgados por el organismo estatal territorial competente para la administración hídrica. El permiso, debe estar de acuerdo -en orden a su otorgamiento-, con el plan previsto de desarrollo hídrico, y puede, según las circunstancias, ser otorgado por tiempo fijo o indeterminado. En algunos casos contemplados por la Ley, los permisos pueden / cancelarse o restringirse; por ejemplo, tal sería el caso cuando el usuario alterase la forma, alcance u objeto de la utilización de las aguas, o dejase de cumplir las condiciones bajo las cuales se le otorgó y que se indican en cada caso. Los problemas y decisiones en esta materia, pueden apelarse ante el organismo superior para la administración de las aguas.-

Los organismos estatales para la administración de aguas, regulan en base a las prescripciones legales de la Ley de Aguas, su utilización y la ejecución de obras hidráulicas, supervisan y controlan las condiciones, funcionamiento y utilización de tales obras, así como la conservación de los cursos hídricos y su adecuación para su uso normal. Para la coordinación de las medidas a adoptar en el área de la política económica a nivel nacional, y para la supervisión de los organismos estatales, se ha creado la Oficina / Central para la Economía Hídrica.-

## 8. España

El régimen jurídico de las aguas en España, está estructurado en base al Código Civil y a la Ley de Aguas del 13 de junio de 1879. Además, la política de desarrollo del sistema nacional de irrigación, ha conducido a la adopción de una serie de medidas, de las cuales, las más importantes, están condensadas en la Ley de Canales de Irrigación del 27 de julio de 1883, el Decreto del 23 de abril de 1885, la Ley relativa al régimen de canales y reservorios (obras hidráulicas) del 8 de julio de 1911 y la Ley del 12 de // abril de 1949.-

La legislación española hace una distinción entre las aguas públicas y las privadas que pueden destinarse a la irrigación, pero, en la prática, es muy difícil establecer una línea divisoria entre las dos categorias. En general, las aguas públicas comprenden todos los cursos, todas las aguas de los terrenos públicos y todas las de los terrenos particulares que por cualquier razón se hayan convertido en propiedad pública. Las aguas pri-vadas comprenden a aquellas que aparecen y fluyen sobre tierras de propiedad privada.

El uso de las aguas privadas, incluyendo el agua de lluvia, el agua subterránea y de arroyos, para fines agrícolas, está sujeto a la condición de que con tal uso no se comprometan los derechos públicos o de terce-ros, y que las autoridades estén facultadas para asegurar que dicha condición se cumpla. Así, por ejemplo, un propietario puede construir obras en su pre-dio para el almacenaje de agua de lluvia, siempre que no comprometa los derechos de terceros, o ponga en peligro la provisión de los predios vecinos. Se prohíbe, por otro lado, la instalación de obras capaces de cambiar el curso de las aguas de lluvia.

El Decreto del 12 de noviembre de 1955, referente a pozos surgentes, obliga a los propietarios del predio de surgencia, bajo penalidades establecidas, a instalar un mecanismo de cierre, en cada pozo, con el fin de evitar su afluencia mientras no se encuentre en uso, medida que ayuda a evitar el derroche.

La existencia de agua subterránea privada se encuentra en el Registro de Tierras, pero los propietarios pueden hacer libre uso del agua que yace por debajo de sus predios, con fines de irrigación, siempre que se respeten los derechos de terceros.

Pero, por otra parte, las aguas públicas están estrictamente / reglamentadas. Los propietarios ribereños que detenten sus derechos en pre-- predios ubicados a lo largo de los cursos de agua pública, pueden hacer uso de dichas aguas, siempre que se extraigan a mano y no modifiquen el curso de la corriente. Los propietarios ribereños a lo largo de los ríos navegables, tienen derecho a bombear agua destinada a irrigación, siempre que ello no // constituya un obstáculo para la navegación. Pero, por otra parte las autoridades tienen derecho a restringir la flotación en ciertos cursos de agua, y durante algunas épocas del año, con el objeto de permitir la utilización de las mismas con fines destinados a la irrigación de tierras para la agricultu-- ra.-

Pueden, asimismo, otorgarse concesiones de aguas públicas. Las personas que deseen extraer agua subterránea que se halle almacenada debajo de propiedades públicas, deben obtener una concesión respecto de las tierras en donde se desee hacer la extracción (artículo 25 de la Ley de Aguas). Si / el solicitante resulta ser un particular o un grupo de ellos, la concesión / se otorga sobre una base de perpetuidad, mientras que si se trata de una compañía o corporación, se otorga por un período de noventa y nueve años y está sujeta al pago de cánones.-

La política nacional referente a las concesiones, además de dar origen a una serie de disposiciones concernientes a los procedimientos administrativos, ha producido algunos cambios en los principios contenidos en Ley de Aguas, especialmente en cuanto se refiere a instalaciones hidroeléctricas e industriales. La distribución y asignación de las aguas públicas, que por mucho tiempo fué responsabilidad de Consejos elegidos por los usuarios, se / confia ahora por la ley, a organismos denominados Sindicatos de Irrigación.

El legislador español, en materia relativa al acceso de los // particulares a los recursos hídricos, se ha interesado especialmente en la / protección de los derechos del público en general, y de los terceros en especial, tratando de asegurar una distribución justa y equitativa de los recursos disponibles, a fin de cubrir las necesidades básicas de un sistema de irrigación racional.-

Cuando la construcción de canales o diques para la utilización de aguas en la industria o en la minería conduce al agotamiento de manantiales y otras fuentes de agua que se usan en la irrigación, los tenedores de / concesiones tienen derecho a restaurar el "status quo ante" hasta el límite de lo posible, y compensar a los usuarios que sufran daños o pérdidas como / resultado de su propia acción (artículo 39 de la Ley de Minas del 19/7/1944 que concuerda con el artículo 132 de las Reglamentaciones Generales del 9/8/1946).

Si los propietarios de predios realizan obras que amenazan la desviación o disminución de los caudales de cursos de agua pública, el intendente de la localidad puede, a pedido del Consejo Deliberante, ordenar la // suspensión de los trabajos (artículo 23 de la Ley de Aguas). El artículo 21 del mismo cuerpo legislativo, establece un sistema de apelaciones ante las / autoridades de la prefectura y en contra de las autoridades locales. En casos

de desavenencias, las apelaciones son escuchadas por autoridades provinciales que actúan en función de tribunales administrativos. Toda cuestión que / se refiera a perjuicios causados a los derechos de propiedad de terceros, son tratadas por los tribunales ordinarios (artículo 256 de la Ley de Aguas).-

#### 9. Reino Unido

##### Inglaterra y Gales

Las disposiciones referentes a la administración de los recursos hídricos en Inglaterra y Gales, están contenidas en la Ley de Recursos Hídricos de 1963. Esta ley adopta las providencias necesarias tendientes a / la designación de las autoridades fluviales, confiriéndoles la función de de sarrollar y cumplir una política hídrica nacional, incluyendo medidas para la conservación, incremento y redistribución de los recursos hídricos. Conforme a las previsiones legales, se han instituido 27 autoridades fluviales, con / el fin de controlar la extracción y el almacenamiento de las aguas de los // ríos, arroyos y capas subterráneas, en base a un sistema de licencias y gravámenes. Conjuntamente con las autoridades responsables de las áreas de influencia de los ríos Támesis, Leo y Londres, se encuentran las autoridades / fluviales que cubren toda la superficie territorial de Inglaterra y Gales.

Las autoridades citadas tienen, además, ciertas funciones relativas al control del drenaje de tierras y de prevención en casos de inundaciones, de reglamentación sobre la actividad pesquera y de prevención de la contaminación de los cursos de agua. Las Autoridades Fluviales se encuentran, actualmente, compilando informes acerca de los recursos hídricos disponibles

en sus respectivas áreas de influencia, como asimismo haciendo estimaciones de las demandas existentes y esperadas, con el fin de formular proposiciones para la conservación y distribución del agua necesaria.

Estas autoridades tienen el deber de determinar, para cada uno de los ríos de mayor importancia, en sus respectivas áreas, los intereses agrícolas y pesqueros y el caudal mínimo aceptable para poder cubrir las necesidades de los varios usos a los cuales se destina el agua de dichos ríos. Pero, además, estas autoridades tienen otras responsabilidades importantes y que se refieren al otorgamiento de licencias y a la aplicación de gravámenes por el uso del agua. La ley establece, como regla general, que ninguna persona extraerá agua de ninguna fuente de provisión que corresponda al área de / una Autoridad Fluvial, excepto el caso de que tal extracción esté autorizada por una licencia otorgada por la misma. Actualmente se trabaja en la elaboración de proyectos que especifican las tarifas de los cánones que deben pagar los tenedores de licencias para la utilización de aguas, y se ha pensado que los mismos, de acuerdo al proyecto de tarifas, sea la principal fuente de ingreso para que las Autoridades Fluviales puedan hacer frente a los gastos que ocasiona el ejercicio de sus funciones.

Se ha creado, además, un organismo central de planeamiento -el Consejo de Recursos Hídricos- que tiene la obligación de coordinar los trabajos tendientes a la conservación de las aguas y que son ejecutados directamente por las Autoridades Fluviales. Aunque los deberes de este Consejo con respecto a las Autoridades Fluviales se reducen, principalmente, a tareas de asesoramiento, estímulo, colaboración e información, en ciertos casos puede llegar a dar directivas a las Autoridades Fluviales.

Respecto al uso del agua en la agricultura, es necesario hacer una distinción entre el riego por aspersión y los otros métodos de riego. La

extracción o toma de agua de un río, arroyo, o de otra fuente de agua por // parte de un ocupante ribereño para ser utilizada en la irrigación de cultivos mediante otro método que la aspersión, está exenta de las disposiciones de / la licencia. No obstante, es necesaria una licencia para la extracción de // agua desde capas subterráneas con fines agrícolas (a menos que dicha agua se use de acuerdo al sistema de riego por aspersión), licencia que origina un / arancel reducido pero no se cobra gravamen alguno. El mayor grado de aprovechamiento potencial del agua para la agricultura, está centrado en el sistema de aspersión, siendo en estos casos necesaria -como se ha dicho- una licencia otorgada por la Autoridad Fluvial competente para la toma de agua de fuentes superficiales o subterráneas.-

También se requiere licencia para la construcción o modificación de cualquier obra de almacenamiento o desviación del flujo de un curso de agua, o para la extracción de agua subterránea, otorgamiento que origina un arancel que se cobra, por lo general, sobre el agua realmente extraída. La licencia otorgada confiere al beneficiario un "derecho protegido" sobre la cantidad que se ha autorizado en cada caso. Así, la autoridad tiene el deber de no otorgar licencias adicionales ni de realizar otra acción que pudiera / perjudicar la disponibilidad de agua para cubrir las necesidades de las licencias. Pero tales licencias, en tiempos de escasez, pueden restringirse.-

#### Escocia

La Ley de Recursos Hídricos de Inglaterra y Gales, no es aplicable en Escocia. Esta última tiene sus propias leyes para ejercer el control de la extracción y utilización de las aguas en sus diversos usos.

Irlanda del Norte

No existen medios reglamentarios para ejercer el control respecto al consumo de agua.-

Esta brevísimas reseña de los sistemas de utilización de las aguas, especialmente en la irrigación, referido a algunas legislaciones en los países europeos, nos brinda alguna idea del grado de desarrollo que el problema ha alcanzado en los distintos países a que hemos hecho referencia. En algunos casos servirán para brindarnos alguna idea concreta para el estudio de la conveniencia de adaptar algunas soluciones, y en otros nos pondrán de manifiesto el grado de desarrollo alcanzado por nuestra legislación. La única finalidad perseguida con la presente reseña, ha sido presentar al lector una apretada síntesis informativa sobre un problema que creemos debe solucionarse íntegramente, en forma gradual, en nuestro país. Esta es una tarea que / se nos presenta como imperiosa y, que la conciencia de los gobernantes imbuida de la problemática socio-político-económica, que se presenta en cada región del país, determinará cuando es el momento de encarar su total reestructuración y actualización. No queremos hacer el papel de críticos de la legislación y sistemas vigentes; es absolutamente cierto que todo el complejo legislativo y funcional que hoy nos rige, permitió -desde su vigencia- alcanzar el grado de desarrollo que hoy podemos observar. Pero, no olvidemos, que el tiempo y las circunstancias han hecho cambiar fundamentalmente, en la mayoría de los casos, las condiciones en que el sistema tradicional fué implementado. En este, como en otros aspectos fundamentales para el desarrollo integral de nuestra Nación, es imperiosa la necesidad de una reconsideración iniciándola desde las bases mismas.-

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) DEBBASH, Ch. Institutions Administratives, París 1966, página 174.
- (2) DIEZ, Manuel María Derecho Administrativo, Buenos Aires 1969, Tomo IV, página 358 y ss.
- (3) MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Dominio Público, Buenos Aires 1960, página 93.
- (4) PROUDHON, Victor J. B. Traité du Domaine Public, Dijon 1843, Tomo I, páginas 63 y 238.
- (5) BERTHÉLEMY, H. Traité Elementaire de Droit Administratif, París 1962, página 481.
- (6) DUGUIT, León Traité de Droit Constitutionnel, París 1923, Tomo III, página 323 y ss.
- (7) BIELSA, Rafael Derecho Administrativo, Buenos Aires 1956, Tomo III, página 385 y ss.
- (8) MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Dominio Público, Buenos Aires 1960, página 54 y ss.
- (9) MARIENHOFF, Miguel S. Opus cit.
- (10) DIEZ, Manuel María Opus cit., Tomo IV, página 382.
- (11) SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho de Aguas, Buenos Aires 1942, Tomo II y Tratado de Derecho Civil Tomo I, Volumen 3, página 469 y ss.
- (12) VILLEGRAS BASABILVASO, B Derecho Administrativo, Buenos Aires 1950, Tomo IV, página 165 y ss.
- (13) DIEZ, Manuel María Opus cit., Tomo IV, páginas 392/393.

- (14) ZANABINTI, Guido Corso di Diritto Amministrativo, Milán 1947, Tomo IV, página 31 y ss.
- (15) DIEZ, Manuel María Opus cit., Tomo IV, página 418.
- (16) BIELSA, Rafael Opus Cit., Tomo IV, página 397.
- (17) DIEZ, Manuel María Opus cit., Tomo IV, página 425.
- (18) RIVES "De la Propieté du curs et du lit des rívieres non navigables et non flottables" (Cit.: Spota, Trat. Der. Aguas - Tomo II, página 131).
- (19) WODON, León "Des aux", página 77, tomado del Digesto Italiano I, página 540.
- (20) CRUZADO, Félix "Legislación y Jurisprudencia de Aguas", Edición Reus, Madrid 1916, página 7 y ss.
- (21) CASTELLO, Manuel F. "Legislación de Aguas", Buenos Aires 1921, página 83 in fine y 84.
- (22) GILARDONI, cit. por SPOTA, A. "Tratado de Derecho de Aguas", Buenos Aires, 1942 - Tomo II, página 503, Nota Nº 584
- (23) SPOTA, Alberto G. "Tratado de Derecho de Aguas", Buenos Aires 1942, Tomo II, página 148.
- (24) SPOTA, Alberto G. Opus,cit., página 158 y ss.
- (25) SPOTA, Alberto G. Opus cit., página 352.
- (26) SEGOVIA, Lisandro Código Civil Argentino, Tomo II, página 120.
- (27) SALVAT, Raymundo "Derecho Civil Argentino", Derechos Reales, Tomo I.

- (28) TROPLONG, M. *Le Droit Expliqué. De la Prescription*", París 1835, Tomo I, página 234, Nº 147, expresa: "las aguas pluviales que corren sobre un camino vecinal, son res nullius y un particular no puede, por lo tanto, adquirir un derecho privativo".
- (29) SPOTA, Alberto G. *Opus cit.*, Tomo II, páginas 360/61; R. M. Salvat, "Derecho Civil Argentino" - Derechos Reales, Buenos Aires TEA 1952, Tomo II, página 409.
- (30) MARIENHOFF, Miguel S. "Régimen y legislación de las Aguas".
- (31) MARIENHOFF, Miguel S. *Opus cit.*, páginas 256/57.
- (32) SPOTA, Alberto G. *Opus cit.*, Tomo II, página 386 y ss.
- (33) BORDA, Guillermo A. "La Reforma del Código Civil-Bienes y Cosas" - El Derecho, Revista Nº 2427 de fecha 22 de mayo de 1970.
- (34) MARIENHOFF, Miguel S. "La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas" - Revista Jurisprudencia Argentina de fecha 18 de diciembre de 1970.
- (35) LAFAILLE, Héctor "Derechos Reales", Tomo II, Nº 897.
- (36) MACHADO, José Olegario "Exposición y Comentarios del Código Civil Argentino", Tomo 7, página 41
- (37) BIBILONI, J. A. Ante-Proyecto, artículo 2637.
- (38) BORDA, Guillermo A. *Opus cit.*, en nota (33)
- (39) ALLENDE, Guillermo L. "Lagos Navegables y No Navegables" - L.L. 131-1478 .

- (40) BORDA, Guillermo A. Opus cit., en nota (33)
- (41) BIBILONI, J. A. "Anteproyecto de Reformas al Código Ci-  
vil Argentino", Tomo III, páginas 266/269  
(artículo 12 en reemplazo del artículo 1/  
2637 del Código Civil)
- (42) SPOTA, Alberto G. Opus cit., página 494
- (43) FEDERACION ARGENTINA DE COLE-  
GIOS DE ABOGADOS. Cuarta Conferencia Nacional de Abogados.  
Tucumán, Julio 13-18 de 1936. Programa,  
antecedentes, versión taquigráfica y  
anexos. Buenos Aires, 1937, página 264 y  
ss y página 428.-
- (44) SEGOVIA, Lisandro Código Civil Argentino, Tomo II, pag. 15.
- (45) LLERENA, Baldomero Código Civil Argentino, Tomo VII, pag. 48.
- (46) SPOTA, Alberto G. Opus cit., Tomo II, página 508 y ss.
- (47) SPOTA, Alberto G. Opus cit., Tomo II, página 834/835 correl.  
nuestro estudio: Tomo I, ap. 3(a); pági-  
na 32 y ss.
- (48) SPOTA, Alberto G. Opus cit., Tomo II, página 854.
- (49) HAURIOU, Maurice "Précis de Droit Administratif et Droit  
Public" 2da. Edición, página 638.
- (50) BIBILONI, J. A. Opus cit., Tomo III, páginas 26/27.
- (51) BIELSA, Rafael Opus cit., 2da. Edición, Tomo II, página  
160.
- (52) SPOTA, Alberto G. Opus cit., Tomo II, página 857 citando a  
Hauriou.

- (53) SPOTA, Alberto G. Opus cit., Tomo II, página 863.
- (54) DIEZ, Manuel María Opus cit., Tomo IV, páginas 475 y ss.
- (55) MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado del Dominio Público", Buenos Aires 1960, página 318 y ss.
- (56) F.A.O. European Commission on Agriculture; Working Party on Water Resources and Irrigation. Report of the 3ed. Session held in Bruselas, Belgium, 1968 - Volumen II.

09690

Consejo Federal de  
Inversiones



United Nations  
Development Programme

Plan Agua Subterranea

ESTUDIOS DE DERECHO DE AGUAS

Tomo II

Del Régimen Jurídico del Agua Subterránea

Aspectos sobre su Aprovechamiento

por

Dr. ALFREDO RAFAEL BRIDGE

Presidente del Comité Jurídico de Aguas Subterraneas

San Juan

1970

Archivo: 200-1000  
Categoría: P-1000-1000

Ed. Impresión: 1000  
Categoría: P

FORMATO DE IMPRESIÓN: 1000

FORMATO DE IMPRESIÓN: 1000

FORMATO

FORMATO DE IMPRESIÓN: 1000

FORMATO DE IMPRESIÓN: 1000

FORMATO

Impreso en Argentina - Printed in Argentine  
Hecho en Argentina - Printed in Argentine  
Hecho en Argentina - Printed in Argentine  
Hecho en Argentina - Printed in Argentine  
(c) 1970 CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES  
Alsina 1401 Buenos Aires República Argentina

FORMATO

FORMATO

Este informe se eleva al Consejo Federal de Inversiones, previo a su aprobación por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, no representando necesariamente, por lo tanto, los puntos de vista de tal Organismo

ESTUDIOS DE DERECHO DE AGUAS

Tomo II

Al lector;

La necesidad de presentar este estudio al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, y al Consejo Federal de Inversiones, impidió una / prolija revisación y corrección de los respectivos stencils. De ahí una cantidad apreciable de errores de puntuación y de letras que se han deslizado en / la impresión.

A continuación salvamos tan solo las erratas más importantes, apelando -por lo tanto- a la benevolencia del lector.

Hoja	Reglón	Donde Dice:	Debe Decir:
1	3	Entre los cursos Naturales...	Entre los Recursos Naturales...
2	10	: el agua es la accesorio...	: el agua es lo accesorio...
8	17	que deben enfentarse...	que deben enfrentarse...
17	2	las correspondientes...	las correspondientes...
32	11	"...lleva consigo de de..."	"...lleva consigo la de..."
35	13	trabajos que pueden ocasionar	trabajos que puedan ocasionar
35	21	France" impone a ésta...	France" imponen a ésta...
36	13	indidando la profundidad...	indicando la profundidad...
38	4	causas de contaminacion.-	causas de contaminación.-
40	23	racionamiento sea debida...	racionamiento sea debido...
45	25	considerando las vestajas...	considerando las ventajas...
46	18	del agua subterránea.	del agua subterránea, ...
53	21	, y el ejecicio...	, y el ejercicio...
75	22	de una comunidad.	de una comunidad, ...
76	19	de los fondos vecinos...	de los fundos vecinos...
77	27	origen una serie de medidas,	origen a una serie de medidas,
79	27	necesidad de estructural...	necesidad de estructurar...
82	20	colección de agua pluviales;	colección de aguas pluviales;
85	10	intérprete, 'creterios' que...	intérprete, 'criterios' que...
85	22	fué uno de los antecedentes...	fué uno de los antecedentes...
91	11	tribunal letrado universonal...	tribunal letrado unipersonal...
91	24	En desidencia parcial:...	En disidencia parcial:...
91	25	(desidencia respecto...	(disidencia respecto...
93	5	Salvador A. Doncel y quella...	Salvador A. Doncel y aquella...
100	21	análisis y concordancia...	análisis y concordancia...
102	19	reglamentaciones pertinentes	reglamentaciones pertinentes
104	9	bienes que componeen...	bienes que componen...
110	10	un sísmo social.-	un císmo social.-

Hoja	Reglón	Donde Dice:	Debe Decir:
110	13	, están efectadas a ese uso...	, están afectadas a ese uso...
113	30	se violase ese uso común,...	se violase ese uso común,...
115	9	"pero no podrán emplearlas...	"pero no podrán emplearlas...
117	12	, cuanta con una sección...	, cuenta con una sección...
120	22	, las posibilidades que...	, las posibilidades que...
121	2	afectarse en otros aspectos...	afectarse en otros aspectos...
122	14	interferencias perjudiciales...	interferencias perjudiciales...
128	7	estas aguas no construyese...	estas aguas no construyese...
129	24	expedidas exclusivamente...	expedidas exclusivamente...
132	15	Dichos atributos...	Dichos tributos...
136	22	, eran secundados...	, eran secundados...
138	4	El sistema descripto,...	El sistema descripto tiene,...
151	23	medida circumscripciones...	medida circumscripciones...
156	6	de muy de cerca, ...	desde muy cerca, ...
157	12	de la importante misión...	de la importante misión...
157	22	a la racionalización...	a la racionalización...
160	9	de los países del mundo...	de los países del mundo...
167	1	eventualmente presentarse...	eventualmente presentarse...
169	17	esas conclusiones deben...	esas conclusiones deban...
172	14	, deberá estructural...	, deberá estructurar...
172	24	como fundamento técnico...	como fundamento técnico...
179	26	Las consideraciones expuestas...	Las consideraciones expuestas...
180	2	reducida extensión y algunos...	reducida extensión y a algunos..
182	21	hídricos, y viceversa; ...	hídricos, y viceversa; ...
183	11	territorio de más de...	territorio de más de ...
193	5	el fundamento para la ...	el fundamento para la ...

#### NOTAS BIBLIOGRAFICAS

En la hoja 135, reglón 24 (y hojas siguientes) sobre el problema / de la organización de las comunidades de usuarios en las provincias de San Juan y Mendoza, se ha consultado: LOPEZ, Joaquín R., "ORGANIZACION DE LAS COMUNIDADES DE USUARIOS EN LA REPUBLICA ARGENTINA", en ANNALES JURIS AQUARUM, Edic. de la International Association for Water Law, Mendoza, República Argentina 1968, páginas 237 y ss.

En la elaboración de los apartados: C. LAS CIENCIAS TECNICAS EN LA EXPLOTACION DEL AGUA SUBTERRANEA Y SUS IMPLICANCIAS JURIDICO-PRACTICAS, y D. CONCLUSIONES GENERALES, se han consultado los Informes Técnicos preparados por los Departamentos de Geología, Hidrología e Hidrogeoquímica del Plan Agua Subterránea, y consideramos fundamentalmente valioso el contacto personal con los profesionales responsables de cada especialidad.-

# I N D I C E

## Tomo II

	Página
DEL AGUA SUBTERRANEA	
INTRODUCCION	
A. NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO DEL AGUA SUBTERRANEA	7
1. Panorama en el Derecho Comparado	7
(a). Dos palabras acerca del Derecho Romano	7
(b). El Derecho Europeo	7
i. Régimen de propiedad del agua subterránea y derechos para su aprovechamiento	11
ii. Reglamentación de la actividad de investigación, alumbramiento y utilización del agua subterránea	14
iii. Reglamentaciones referentes a la excavación de pozos y perforaciones	18
iv. Disposiciones relativas a aquellos trabajos que pueden determinar variaciones en el comportamiento y perturbaciones en la provisión de agua subterránea	20
v. Disposiciones relativas a evitar la contaminación del agua subterránea	21
vi. Aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias	23
vii. Jurisdicción	25
viii. La legislación en ESPAÑA	25
ix. La legislación en FRANCIA	32
x. La legislación en ISRAEL	39
xi. La legislación en ITALIA	43
xii. La legislación en POLONIA	46

	Página
(c). El Derecho Americano	50
i. El Derecho Norteamericano	50
ii. El Derecho Latinoamericano	54
2. Naturaleza y Régimen Jurídico del Agua Subterránea en el DERECHO ARGENTINO	62
(a). El problema bajo la vigencia del Código Civil, antes de la reforma introducida por la Ley N° 17.711	63
i. Tesis Privatista, sostenida por el profesor Dr. Miguel S. Marienhoff	64
ii. Tesis Publicista, sostenida por el Dr. Alberto G. Spota	69
(b). El criterio seguido en la Reforma del Código Civil	77
i. Consideraciones generales	77
ii. El principio de la norma, a la luz de sus <u>antece-</u> dentes y de su doctrina	83
iii. La tesis que sustentamos	100
3. Régimen Jurídico del Agua Subterránea en el Derecho Local	114
(a). La regulación actual del agua subterránea en la pro- vincia de San Juan	114
(b). La regulación actual del agua subterránea en la pro- vincia de Mendoza	127
B. NOTAS SOBRE LA ADMINISTRACION DE AGUAS	133
1. Aspectos de la explotación y uso colectivo del agua subte- rránea	133

	Página
2. Algunas contravenciones legales observadas en San Juan	141
3. La actual autoridad provincial de aguas	145
<b>C. LAS CIENCIAS TECNICAS EN LA EXPLOTACION DEL AGUA SUBTERRANEA</b>	
Y SUS IMPLICACIONES JURIDICO-PRACTICAS	146
1. El conocimiento geohidrológico de cuencas y acuíferos	146
2. Algunas consideraciones en materia de perforaciones	148
3. Interferencia lesiva entre pozos	149
4. La Hidrogeoquímica y el problema de la calidad del agua. Contaminación de Acuíferos	151
5. La Hidrología y el problema de la explotación intensiva e indiscriminada de las cuencas. El Modelo Matemático como elemento esencial en el futuro control de cuencas	153
6. Un caso especial: El Agua Surgente. Su explotación actual y control	155
7. El deficiente control técnico existente en el mecanismo total de la explotación del agua subterránea	157
8. Conclusión: Estos problemas tienen implicancias jurídicas e institucionales	159
<b>D. CONCLUSIONES GENERALES</b>	160
1. Visión de Conjunto	160
2. La Investigación Técnica y las Soluciones Legales	170

	Página
(a). Importancia del conocimiento geohidrológico	171
(b). Manejo científico de cuencas	171
(c). Zonas de restricción	172
(d). Política fiscal	174
(e). Ejecución de proyectos, ubicación, autorización y construcción de pozos e instalación de equipos de bombeo	175
(f). Calificación de las interferencias injuriosas o lesivas a intereses de terceros	175
(g). Resguardo de la calidad química del agua, de la salinización y de la contaminación de acuíferos	176
(h). Sistema adecuado de control técnico del proceso de ejecución de perforaciones y su explotación	177
(i). Explotación integrada de los recursos hídricos	178
(j). Posibilidad de la recarga de acuíferos por medios artificiales	180
3. Algunos aspectos sobre el Uso Integrado de los Recursos Hídricos	181
4. Hacia la adopción del criterio funcional para la Administración de los Recursos Hídricos	186
5. Hacia el Uso Mancomunado del Agua Subterránea y Superficial	191
6. Consideraciones relativas al actual sistema de Administración de las Aguas, que nos induce a aconsejar el sistema de administración funcional, bajo un criterio de usos integrados	193
7. Palabras Finales	196
NOTAS BIBLIOGRAFICAS	197

## DEL AGUA SUBTERRÁNEA

### INTRODUCCION

Entre los recursos Naturales que integran el patrimonio Nacional, el Agua Subterránea es, en la actualidad, uno de los elementos que más contribuye a delinear una fisonomía propia, dentro de la actividad económica. Su explotación no solo coadyuva a complementar los riegos en zonas de insuficiente irrigación con agua superficial, sino que, además, podrá servir para habilitar nuevos núcleos colonizados, inclusive con la utilización intensiva del agua subterránea, sometida a un control adecuado.

El problema social y económico que crea la necesidad del hombre, en cualquier forma en que se encuentre agrupado o asociado, de estar dotado de suficientes recursos hídricos para poder desarrollar integralmente su naturaleza productiva en sus diversas faces, se considera vital, desde que el hombre existe.

Puede afirmarse, sin temor a equívocos, que la escasez o abundancia de agua, es una de los factores de mayor influencia en el desenvolvimiento / de los pueblos, y un determinante básico de su estructuración social y económica. Conjuntamente con la tierra, como factor esencial, es base de la ganadería y agricultura de todos los pueblos, adquiriendo a la vez importancia / decisiva y vital, en lo que se refiere a la subsistencia del hombre.

El problema de por sí, se agudiza en aquellas zonas desérticas o áridas de nuestro continente, entre las que se encuentra una larga faja que comienza en Perú, pasa por Chile y Bolivia, y abarca una gran parte de la región noroeste de la República Argentina.

Cuán grande es la importancia de tanpreciado recurso, al observar / que la vida humana, vegetal o animal dependen de él; que la riqueza que re-- presenta un inmueble, está condicionada en razón directa con la capacidad a- cufiera o de irrigación con que cuenta el terreno. Para reafirmar este acer- to, basta decir con Bruno Henri (57) que "es evidente que las condiciones // climáticas no menos que la frecuencia de las lluvias, influyen de un modo di recto sobre la necesidad mayor o menor de irrigación, en una zona. Si, la // configuración del terreno, su constitución orográfica, y la disposición natu- ral de sus bajos, bastan para hacer que el suelo sea productivo, la tierra / posee un valor propio y es la base de la propiedad; el agua es la accesorio. Al contrario, en las regiones donde la escasez de las lluvias y la influen- cia de un clima ardiente condenan a la tierra a una esterilidad casi perpe- tua, el agua es el elemento fundamental de toda la riqueza agrícola, y la // condición esencial de todo cultivo; acá es la posesión del agua lo que se // convierte en base y punto de partida de la posesión de la tierra. Así, el a- gua, a medida que se hace más escasa, se vuelve a igual título que la tierra, y más que la tierra, la verdadera propiedad".

Debido a la enorme extensión que abarca el territorio nacional, es / posible encontrar tierras bajo la influencia de los más variados tipos de // clima y, en consecuencia, con dotaciones muy dispares en lo que se refiere a riqueza hídrica.

Al respecto, es digna de especial consideración, la zona central-nor- te andina, en particular los territorios abarcados por las Provincias de San Juan, La Rioja y Catamarca, donde el problema se agudiza en nuestro país. Existen sectores de aridez total, con precipitaciones pluviales prácticamen- te nulas, y en donde la subsistencia es casi imposible.-

En cuanto a la conveniencia de aprovechar el agua subterránea en la parte desértica de la República Argentina, desde que se plantea el problema,

adquiere carácter de indiscutible interés público. La zona desértica y sin agua, es estéril por definición. Actualmente, la misma aprovecha, para vivificar sus tierras, sus ríos superficiales, de escaso caudal e irregular distribución, y, además, con el fin de ampliar en cierto modo las extensiones de / tierras cultivables, se han efectuado gran número de perforaciones, muchas / de ellas ubicadas al azar y sin contar con un estudio previo. Ello ha conducido a una explotación indiscriminada y a veces irracional de las capas subterráneas; existen, por otra parte, otros problemas derivados de la falta de control por parte de los organismos estatales, que causan gran complejidad / en la consideración integral del problema. Pero, a pesar de ello, nuestro / país cuenta con grandes extensiones desérticas que solo podrían habilitarse para la vida humana, la agricultura y la ganadería, por medio de una explotación racional de los recursos hídricos subterráneos. Mientras tanto, importantísimas zonas de territorio nacional siguen estériles, las cuales solo podrían sacarse de su estancamiento (58) por una labor conjunta del Estado Naccional, de los respectivos Estados Provinciales, y de los particulares.

En la región que abarca las provincias de San Juan y Mendoza, se extiendieron considerablemente las áreas bajo cultivo, fundamentalmente plantaciones de viñedos; pero, paralelamente no se contó con un mayor caudal de // riego que hiciera posible en todo momento la irrigación de las extensiones / cultivadas. Mayor aún es el problema de sequía que periódicamente azota a estas provincias, en mayor o menor grado. Es por ello que resulta de imperiosa necesidad recurrir al apoyo que pueda brindar el agua subterránea. Su explotación debe hacerse, atendiendo a los más estrictos principios de distribución, consultado especialmente el interés de la colectividad, y bajo un régimen de policía que asegure fundamentalmente una explotación racional del recursos hídrico subsuperficial.

Al encararse el estudio de la condición jurídica del agua subterránea, es necesario tener presente: los estudios técnicos, avalados por la más

reciente experiencia en la materia, el planteo de viejos problemas de contaminación, de los efectos de la explotación intensiva e irracional, y otros; y sus soluciones a la luz de los últimos adelantos en materia hidro-químico-geológica. Es decir, que deben buscarse bases para legislar en esta materia aún fuera del ámbito netamente jurídico, a fin de no formar un sistema legal de mero gabinete y ajeno a la realidad, dadas las graves implicancias económico-sociales que entran en juego.

El motivo de este trabajo, no es poner en tela de juicio a la legislación vigente en nuestro medio, sino brindar algunas bases para una solución integral, aprovechando aquellos elementos y principios ya sentados por muchas leyes y, a la vez, traer a colación y a la consideración del lector el pequeño aporte que podamos realizar con este estudio.

En nuestros días es habitual escuchar, en los ambientes que demuestran interés, directa o indirectamente, por los recursos hídricos, que la // provisión de agua para los distintos usos es un problema real y que día a // día se agudiza. Este aspecto, esencial para el desarrollo de la economía integrada, se vuelve más agudo en las economías regionales que dependen de la producción agrícola-ganadera en grado variable, pero siempre esencial para / la supervivencia.

Se han soportado años de gran sequía, sobre todo la de 1968 y 1969, que ha afectado sensiblemente a las regiones comprendidas por la misma. Ello hace pensar en la necesidad de buscar soluciones definitivas y permanentes. No olvidemos, por una parte, que el agua superficial se ve limitada en su // caudal por los módulos promedio de los ríos y arroyos que atraviesan la zona de regadío: el embalse de dichas aguas ha sido la solución más importante // vislumbrada desde hace tiempo y que permite su almacenamiento y distribución en las épocas propicias. Pero, por otra parte, se cuenta con el agua subte--

rránea la que debe ser administrada en forma correlativa y armónica con los recursos superficiales, en un programa de explotación integral de los recursos hídricos. No olvidemos que su explotación indiscriminada acarrea serios y graves problemas, que, como más adelante veremos, hace que peligren en alguna medida las reservas existentes.

El uso eficiente de los recursos hídricos, exige que la distribución y el desarrollo de las fuentes o provisiones de recursos hídricos, concuerden con un criterio de planeamiento regido por principios económicos, y que tenga como meta la satisfacción racional de las apetencias o necesidades de los diversos usuarios. No pueden desconocerse los factores físicos especiales que afectan a las provisiones de recursos hídricos, que en modo alguno / invalidan los criterios económicos, pero sí deberá tenerlos en cuenta en / la labor de programación. Conforme a nuestro régimen institucional, y teniendo en cuenta el aspecto relativo a la naturaleza jurídica de las aguas en // nuestro país, la labor en el sentido mencionado es eminentemente estatal o / pública y de la misma, dependerá el asumir temperamentos adecuados para propender al mayor y más eficiente uso de los recursos hídricos.

En este sentido, es necesario que recalquemos que, aún cuando consideramos que la acción estatal es necesaria para lograr la mayor eficiencia / en el uso de las provisiones de agua, ello no significa, de ningún modo, que deban ignorarse los principios económicos; por el contrario, el logro del mayor grado de eficiencia exige que los beneficios derivados de cualquier acción, sean superiores al costo de la misma. Pero este punto de vista no es / esencial, teniendo en cuenta la finalidad primaria del Estado en orden a la satisfacción de las necesidades públicas, es decir, el Estado como servidor de los intereses públicos puede mantenerse más o menos neutral en el manejo de los criterios económicos, en cuanto perciba la imperiosa necesidad de adoptar medidas tendientes a satisfacer necesidades de supervivencia en gene-

ral. Pero tales criterios tienen prevalente consideración, en cuanto el Estado pretenda la financiación externa de las obras, criterio que se exterioriza en la elaboración de los estudios de factibilidad técnica, económica y financiera.

Por otra parte, en muchos casos la acción conjunta del Estado y de los particulares es perfectamente conciliable, a fin de lograr un operativo eficiente en la utilización de los recursos hídricos. Tal es el caso, por ejemplo, de la participación de los usuarios en la administración de las aguas, sistema que se adopta con bastante éxito en las provincias de San Juan y Mendoza.

En el desarrollo de esta segunda parte de nuestro estudio, referente al régimen y administración de las aguas en Argentina, trataremos en particular en complejo relativo al agua subterránea, esforzándonos por brindar un panorama lo más amplio posible dentro de las limitaciones a que nos vemos sometidos, dado el carácter de nuestro trabajo.

Hemos creído conveniente, para lograr la mayor comprensión del problema, incluir en la primera parte un estudio general del régimen jurídico de las aguas en nuestro país. Ello brinda un panorama general acerca de los principales aspectos y fuentes de la sistemática normativa del Derecho de Aguas en Argentina, que orientará y ayudará a ubicar mejor el problema integral del agua subterránea que ahora nos ocupa.-

## A. NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO DEL AGUA SUBTERRANEA

### 1. Panorama en el Derecho Comparado

#### (a). Dos palabras acerca del Derecho Romano

Con el ánimo de concretar el problema podemos decir que, según el Derecho Romano, el agua subterránea correspondiente a predios privados, pertenecía a los dueños de los mencionados predios. En el Digesto (libro 8, 10 y 39) se decía que, si una persona abría un pozo en su casa, perjudicando al vecino cortándole los manantiales del pozo, el primero no estaba obligado a indemnizar. Pero cabe señalar que Ulpiano advirtió que dichos trabajos debían hacerse sin ánimo de perjudicar, admitiendo también estipulaciones por las que un vecino se obligaba a no buscar agua en su predio, para no disminuir la dotación del pozo del fundo contiguo. Tales principios fueron / la base para posteriores elaboraciones doctrinarias, en las que se va desde la aceptación incondicional del principio del "ejercicio absoluto del derecho de propiedad", hasta la "limitación del mismo, en base a la prioridad // del principio de utilidad pública".-

#### (b). El Derecho Europeo

Tomando como base de las siguientes consideraciones un estudio preparado por la Subdirección de Investigaciones Legislativas de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (59), trataremos de ofrecer un breve panorama de los aspectos esenciales que algunas de las legislaciones europeas contienen en materia de agua subterránea.

La finalidad inmediata de estas consideraciones, está centrada en la oportunidad de brindar al lector los elementos necesarios para el estudio de los / diversos sistemas caracterizados en el derecho extranjero y, al mismo tiempo, contar con las bases para la observación comparada de los distintos regímenes en relación con el nuestro propio.

La explotación del agua subterránea ha adquirido, en todo el mundo y en especial en aquellos países ubicados en la zona árida o semi-árida de la Tierra, una importancia definitiva y vital, tanto para satisfacer las necesidades de la alimentación, como las del riego y de la industria. Teniendo en cuenta los otros recursos hídricos disponibles, las aguas almacenadas en el subsuelo constituyen una riqueza cuya protección y explotación / adecuadas, son del mayor interés para la economía nacional de cada país.

En lo que respecta a la región europea, la cuestión afecta no solamente a aquellos países menos desarrollados para el desarrollo de cuya agricultura el agua subterránea constituye un recurso absolutamente indispensable, sino también a los países más desarrollados que deben enfrentarse con el problema que plantea el aumento de la extracción de agua subterránea con fines industriales. En estos países, los progresos técnicos alcanzados en la excavación y perforación en general, permite la extracción para uso industrial, de considerables cantidades del líquido almacenado, corriendo, en consecuencia, grave riesgo la satisfacción de las necesidades de la agricultura y de la alimentación. Por otra parte, aquellos países cuyas / economías agrarias dependen en gran medida de sus recursos subterráneos para cubrir las necesidades de la agricultura, las extracciones excesivas y el derrame del agua extraída del subsuelo, pueden llegar a disminuir en forma peligrosa o agotar rápidamente esta riqueza indispensable; pudiendo, por otra parte, afectar su calidad y hasta hacerla inadecuada para satisfacer estas / necesidades.

Por todas estas razones, los diferentes países de Europa prestan un interés creciente a la legislación del agua subterránea, así como a las estructuras administrativas de las que depende la aplicación satisfactoria de las disposiciones legales y reglamentarias. Se ha advertido, en // efecto que, en algunos países, la legislación referente a esta materia es, o bien prácticamente inexistente, o bien inadecuada para las necesidades. En otros países se han dictado disposiciones legislativas y reglamentarias, pero su aplicación ha resultado ser defectuosa a causa de una estructura administrativa inapropiada, particularmente por la falta de coordinación entre / los diferentes servicios oficiales encargados de la aplicación de los sistemas dispositivos. Las cuestiones relacionadas con la coordinación, parecen / constituir un problema común, cuya existencia ha sido reconocida por la mayoría de los países europeos.

Los diversos países de la región que consideramos están / comprendiendo en forma progresiva, la necesidad de proceder a la protección de los recursos de agua subterránea, tanto cuantitativa como cualitativamente. Por tal razón es dable observar actualmente una actividad legislativa y reglamentaria muy importante.

Las legislaciones sobre la materia ofrecen una gran variedad, tanto en lo relativo a la técnica legislativa utilizada, como en el grado de protección que se ofrece al agua subterránea y el grado de vigilancia a que se somete el aprovechamiento de dicho recurso.

En un primer grupo de países (principalmente Austria, España, Finlandia, Israel, Italia, Polonia, el Reino Unido, la República Federal Alemana y Suecia), un texto legislativo único, de carácter orgánico, regula todas las cuestiones relativas a las aguas, superficiales o subterráneas, estando el régimen jurídico del agua subterránea sujeto a disposicio-

nes particulares. El texto fundamental se completa, frecuentemente, con otras disposiciones de orden legislativo o reglamentario sobre el particular, como por ejemplo sobre las condiciones relativas a la construcción y utilización de los pozos, caso éste, por ejemplo, el de Israel y España. Las leyes de carácter orgánico y de reciente promulgación, en estos países, tratan de todos los recursos hídricos, advirtiéndose una tendencia hacia el ordenamiento hidráulico de todo el territorio en su conjunto, teniendo en cuenta todos los intereses en juego. Dentro del marco de las disposiciones legislativas de esta clase, el establecimiento de medidas para la aplicación de la legislación en un plano regional o por cuencas completas, podría permitir obtener una mejor conservación y utilización de las aguas, incluidas las subterráneas.

En un segundo grupo de países (Bélgica, Chipre, Francia, Luxemburgo y Rumania), las disposiciones relativas al agua subterránea son objeto de textos legislativos o reglamentarios especiales, frecuentemente diseminados, y que, por lo general, regulan determinados aspectos del problema, principalmente, todo cuanto se refiere al alumbramiento del agua subterránea y las autorizaciones necesarias a que deben estar supeditados éstos, las excavaciones de pozos y las perforaciones.

En un último grupo de países, la importancia de los problemas relativos al agua subterránea no ha parecido justificar, hasta la fecha, la promulgación de reglas particulares. Tal el caso de Irlanda, país que no posee legislación que trate directamente la cuestión, y el de Noruega, donde la Ley relativa a los cursos de agua, no contiene más que algunas referencias al agua subterránea; en este mismo país, una ley especial hace referencia solamente a las medidas de seguridad que deberán tomarse con respecto a los pozos.

Se puede agregar, por otra parte, que en ciertos países que poseen un Código Civil, éste contiene disposiciones sobre el régimen de

propiedad del agua subterránea: España, Francia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Turquía y Suiza. En este último, estas disposiciones son casi las únicas que tratan directamente del agua subterránea. En Rumania y Yugoslavia, los principios que determinan el régimen de propiedad del agua subterránea figuran comprendidos en la Constitución Nacional.

Este resumen general de las distintas legislaciones europeas permite apreciar cuán diversas son las técnicas legislativas utilizadas, con el objeto de resolver los problemas relativos al agua subterránea.-

i. Régimen de propiedad del agua subterránea y derechos para su aprovechamiento.

La primera cuestión que se plantea en lo que concierne al régimen de propiedad del agua subterránea, es la de saber si ésta puede / ser objeto de apropiación privada o si, por el contrario, debe formar parte del dominio público.

La mayoría de las legislaciones europeas estipulan que, el agua subterránea y los manantiales forman parte de la propiedad del predio en que se encuentran o en cuya superficie surgen. Su aprovechamiento depende, en este caso, por accesión, de la propiedad del suelo, bajo reserva de las / restricciones legales, que cada vez son más numerosas. Entre los diversos países europeos, sin embargo, las legislaciones de Israel, Rumania, Turquía y / Yugoslavia declaran expresamente que las aguas subterráneas forman parte del dominio público. En Turquía, la Ley relativa al agua subterránea, promulgada en 1960, ha introducido este concepto; en consecuencia, las disposiciones del Código Civil respecto a la propiedad del agua subterránea, que reproducía el

criterio del Código Civil suizo, han debido modificarse. En Polonia, la ley de aguas declara que éstas son propiedad del Estado, salvo disposición legal en contrario. Dentro de los límites determinados por la propia ley, la propiedad del suelo comprende la del agua de los pozos.

En la República Federal Alemana, la Ley Federal de 1957 en materia de aguas, que se ha puesto en vigencia recién en 1960, trata sola mente de los derechos de aprovechamiento de las aguas, los que quedan sujetos a la concesión de un permiso; la Ley del Land de Baden-Württemberg referente a las aguas, dictada en virtud de la ley federal, estipula que el propietario del predio no puede disponer del agua subterránea. Las leyes de los Länder / de Baviera y de Hamburgo estipulan que, aún cuando el derecho de propiedad / comprenda al agua subterránea, ésta puede ser objeto de usos de interés público, que el propietario está obligado a tolerar. En Italia, la Ley especial / sobre las aguas, que contiene importantes restricciones a los derechos del / propietario del suelo, reconocidos por el Código Civil, estipula que las // aguas, incluso la extraída artificialmente del subsuelo, apta para ser utilizada con fines de interés público, forma parte del dominio público.

En los otros países de la región europea, prevalece el principio de la propiedad privada sobre el agua subterránea y los manantiales de un predio determinado. Este derecho es particularmente absoluto en // Austria, España, Francia (donde, sin embargo, está limitado cuando el propietario del predio es una institución pública), Irlanda y el Reino Unido (donde la legislación en vigor precisa que este principio se aplica al agua subterránea que no sigue un cauce definido). Sin embargo, en estos mismos países, existen restricciones cada vez más numerosas, especialmente en lo que / se refiere a los derechos de aprovechamiento y a la ejecución de obras de // perforación, restricciones que frecuentemente se limitan a zonas determinadas.

En otro orden de ideas, en la mayoría de los países de Europa los derechos de aprovechamiento del propietario del predio, se entienden sin perjuicio, según los casos, de los derechos de terceros, de los derechos de los propietarios de los predios inferiores, del abastecimiento a poblaciones (legislación de Austria, Bélgica, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Polonia y Suiza) y, de modo más general, bajo reserva de otras disposiciones legales.

Conviene, asimismo, hacer notar que la necesidad urgente de conservar los recursos de agua subterránea y de mejorar su utilización, ha llevado a disociar cada vez más el derecho de propiedad del derecho de uso, incluso en aquellos países que reconocen derechos de propiedad privada sobre el agua. Ello es particularmente evidente en la nueva legislación finlandesa, según la cual la propiedad no tiene por objeto la substancia misma del agua subterránea. Los derechos de aprovechamiento quedan sujetos a restricciones que varían según los países; sin embargo, de manera general, se reconoce el derecho del propietario a utilizar libremente el agua subterránea para sus necesidades domésticas, agrícolas, etc. En los países cuya legislación incluye al agua subterránea en el dominio público, solo pueden reconocerse los derechos de aprovechamiento.

Particularmente en Austria, Israel y la República Federal Alemana, cuando el aprovechamiento del agua subterránea queda sujeto a reglamentaciones, los derechos de aprovechamiento deben ser declarados, reconocidos e inscriptos oficialmente en el "Registro de Aguas".

.Por otra parte, varias legislaciones de los países de Europa -entre ellas, las de Austria, Finlandia, Suecia, Suiza y Turquía- estipulan que cuando el agua subterránea o de manantiales disponibles en un predio determinado no se aproveche o lo sea sólo parcialmente por parte del

propietario del predio o por el titular del derecho de aprovechamiento, según los casos, los propietarios de los predios vecinos que tengan necesidad de / agua y no la encuentren en las proximidades, podrán hacerse adjudicar derechos de aprovechamiento sobre dicha agua. Estas legislaciones contienen disposiciones relativas al procedimiento a seguir en tales circunstancias, a las indemnizaciones que habrán de pagarse al propietario del predio y, en algunos casos, al permiso previo que deberá obtenerse de las autoridades administrativas.

ii. Reglamentación de la actividad de investigación, alumbramiento y utilización del agua subterránea.

El problema de la investigación de los recursos de agua subterránea, es una cuestión que va ligada a aquella que consiste en la determinación de los recursos existentes en áreas preseleccionadas al efecto; esa determinación constituye una operación de gran importancia y que, normalmente, debe preceder a una reglamentación apropiada de los trabajos de alumbramiento y de la utilización del agua del subsuelo. La legislación de Chipre, por ejemplo, ordena la realización de estudios hidrológicos previos a la determinación de la posibilidad de llevar a cabo trabajos destinados a la utilización del recurso. En España y Polonia existen disposiciones detalladas / que reglamentan las investigaciones hidrológicas subterráneas que realizan / los servicios competentes, así como la determinación de las reservas con que se cuenta. En España es necesario un permiso de la Administración para llevar a cabo investigaciones que decidan encararse en terrenos de dominio público; las investigaciones en tierras de propiedad privada pueden ser efectuadas, sólamente, por el propietario del suelo o con su autorización. En Italia, la / investigación en zonas determinadas puede quedar reservada al Estado; en aquellas zonas de protección del agua subterránea, determinadas conforme a la Ley,

la investigación del recurso puede quedar sujeta a la fiscalización de las / autoridades competentes.

La necesidad de conservar cuantitativa y cualitativa--mente los recursos de agua subterránea y de impedir su derroche ha impuesto, en la mayoría de los países, la necesidad de establecer reglamentaciones respecto al alumbramiento y a la utilización del agua, tanto en lo que se refiere a los particulares, como a las empresas públicas o privadas, con el fin de / satisfacer las distintas necesidades. En la mayoría de los países, el uso del agua subterránea se va disociando progresivamente del derecho de propiedad / -hecho que antes pusimos de relieve- y que determina que el primero se vaya sometiendo a crecientes restricciones. Estas restricciones existen también / en los países que reconocen al propietario del suelo un derecho de propiedad sobre el agua subterránea, y son, a fortiori, todavía más severas en los países cuya legislación incluye al agua subterránea en el dominio público.

En Israel, por ejemplo, existen disposiciones muy completas de la Ley de Aguas que se ocupan de la cuestión relativa al alumbramiento y utilización del agua, así como de las redes de distribución de ésta y los costos de suministro.

La fiscalización del alumbramiento y utilización del / agua subterránea se ejerce, en general, imponiendo a los usuarios la obligación de obtener un permiso de las autoridades competentes.

El permiso de utilización se necesita, por definición, en los países que no reconocen derechos de propiedad privada sobre el recurso subterráneo, sino simplemente derechos de aprovechamiento, tal es el caso de España e Italia, países en que se necesita contar con un permiso para la utilización del agua subterránea de dominio público. En algunos países, ade-

más, existen excepciones en lo relativo al uso del recurso, destinado a satisfacer necesidades domésticas del propietario del predio; estas aguas pueden ser, entonces, extraídas, o bien libremente o mediante una simple declaración.

La determinación de las necesidades de agua, a los efectos de la obtención de un permiso o de la aplicación de las excepciones previstas para las necesidades domésticas; excedidas las cuales sería necesaria una autorización previa, es realizada por las autoridades competentes, previo dictámen de los servicios técnicos. Esto permite tener en cuenta la situación existente en un país o en una región del mismo, en lo que concierne a / las necesidades con relación a los recursos de agua subterránea, y evitar que ésta se derroche.

Cuando se reglamenta el aprovechamiento del agua subterránea, la correspondiente fiscalización se ejerce tanto respecto de la utilización a que se destina el agua extraída, como sobre la cantidad empleada. Ello plantea una cuestión de preferencias cuando los recursos de agua subterránea son limitados, siendo necesario, entonces, efectuar una selección entre las diversas utilizaciones en competencia. Por regla general, la provisión / de agua a las poblaciones y las necesidades domésticas inmediatas, gozan de preferencia en la mayoría de los países. A continuación, se toman en cuenta las necesidades de la agricultura y de la industria, en función de la política del país relativa a la utilización de las aguas. En muchos casos, estas / necesidades pueden determinarse más fácilmente en el plano regional, en el / cual la satisfacción de determinadas necesidades gozará de preferencia dentro del marco de la ordenación general del territorio. A este respecto, se puede señalar que la legislación polaca establece, como principio, que el agua subterránea se podrá utilizar con fines industriales, cuando las aguas de superficie no sean suficientes. En Italia, el Código Civil establece que la conciliación de los intereses en disputa, debe realizarse teniendo en cuenta las

necesidades de la agricultura y de la industria. En Turquía, cuando varias / utilizaciones, respecto de las cuales se han presentado las correspondientes peticiones, puedan alcanzar el "límite de seguridad" de cierto y determinado recurso de agua subterránea, las peticiones son estudiadas por una comisión especial.

La determinación de las preferencias exigirá, con mucha frecuencia, una coordinación entre las Administraciones de las cuales dependen los intereses en juego.

En varios países de Europa, en los que el propietario puede utilizar libremente el agua subterránea de su predio, pueden, no obstante, aplicarse restricciones en zonas determinadas. Tal el caso, de Italia, / por ejemplo, donde el propietario del predio está facultado para extraer el agua que necesite pero, en ciertas zonas del país, la investigación, el alumbramiento y la utilización del recurso, pueden quedar sujetos a las fiscalizaciones de las autoridades.

La legislación de algunos países establece, asimismo, diversas medidas tendientes a la protección del agua subterránea; así, por ejemplo, la Ley Federal Alemana prevé la fijación de zonas de protección y / estipula que, cuando el agua subterránea sea tomada sin autorización o alumbrada involuntariamente, podrá ordenarse la obturación de los pozos; éste es también el caso de Austria, Polonia, Turquía y Suecia; en este último país, el Tribunal de Aguas fija un nivel por debajo del cual no se puede hacer bajar el del agua subterránea.

Una reglamentación completa de la utilización del agua subterránea, exigirá toda una serie de medidas, cuya aplicación dependerá de las condiciones propias de cada país, y de los organismos administrativos y

técnicos de que disponga el mismo. En la legislación de Israel, especialmente, se establecen medidas muy completas al respecto, consistentes, en particular, de normas sobre la protección de las aguas, la fiscalización de los aprovisionamientos, las redes de distribución, la medición del agua extraída, la obligación de declarar las extracciones realizadas y el consumo de los manantiales, los cánones a pagar y la fiscalización del precio del agua subterránea.

iii. Reglamentaciones referentes a la excavación de pozos y perforaciones.

El desarrollo de las técnicas y el aumento, en consecuencia, del número de perforaciones a gran profundidad, han impuesto -en muchos países- la necesidad de reglamentar las actividades dedicadas a la excavación de pozos y a las perforaciones en general, con el fin de tender hacia la conservación de los recursos de agua subterránea y de evitar su derroche. La excavación y la perforación están reglamentadas, generalmente, en función de la profundidad calculada y del volumen de agua que se trata de extraer. La profundidad límite fijada, puede variar, en un mismo país, según / las regiones. Se puede subrayar al respecto que, en varios países, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a la investigación y utilización de las capas subsuperficiales, son diferentes de las concernientes a las capas acuíferas más profundas.

Las reglamentaciones más completas en la materia imponen, principalmente, la obligación de obtener un permiso antes de proceder a la excavación o perforación, acompañada generalmente de la de facilitar datos e informes técnicos sobre el desarrollo de los trabajos. Entre otras obliga-

ciones, pueden citarse: la de llevar un registro diario del desarrollo de las operaciones técnicas, de la medición de las cantidades de agua extraída y variación de niveles, y de la obturación de pozos en determinadas circunstancias.

Conviene hacer notar, asimismo, que la legislación de muchos países europeos establece medidas especiales en lo que se refiere a los pozos artesianos. Estas disposiciones, en general, son particularmente estrictas, imponiendo, principalmente, la obligación de aplicar mecanismos que permitan regular el caudal de estos pozos o de interrumpirlo cuando no se utilicen (tal el caso de España, Grecia e Italia, país este último en el cual la fiscalización de las aguas de origen artesiano, se ejerce incluso en las zonas que no están sujetas a reglamentaciones en cuanto a la apertura de pozos).

La fiscalización de la apertura y de la utilización de los pozos y de las perforaciones se traduce, en general, en la obligación de obtener, por parte de la persona que se propone excavar o perforar, un permiso previo, de las autoridades competentes. La obtención del permiso de perforación no supone siempre el derecho de extraer el agua y utilizarla, lo que, en muchos países, es objeto de un permiso especial. Este se concede una vez que se han efectuado ensayos de bombeo e implica, en particular, determinadas obligaciones relativas a la cantidad de agua que se puede extraer. La obligación de obtener estos dos permisos existe, principalmente, en Israel y Turquía.

iv. Disposiciones relativas a aquellos trabajos que pueden determinar variaciones en el comportamiento y perturbación en la provisión de agua subterránea.

Muchas de las legislaciones de los países de Europa, / contienen una serie de disposiciones encaminadas a impedir que determinados trabajos y operaciones, que no tienen por objeto la captación de aguas subterráneas o manantiales, puedan producir en éstas, consecuencias perjudiciales, bajando el nivel de la capa de agua, provocando perturbaciones en la provisión a lugares poblados, etc. Por lo general, este tipo de medidas es objeto de disposiciones legislativas y reglamentarias (por lo general dispersas). En este sentido pueden mencionarse las reglamentaciones respecto a las obras de ordenamiento efectuadas en los ríos, ya sea para la producción de energía hidroeléctrica o para la retención de las aguas, que pueden producir repercusiones permanentes sobre el nivel de las capas subterráneas. La legislación francesa, por ejemplo, contiene disposiciones que imponen obligaciones en // cuanto a la recarga de acuíferos en caso de otorgarse concesiones para la producción de energía hidroeléctrica, y establece medidas adecuadas para vigilar la influencia sobre el nivel de las capas subterráneas de las nuevas captaciones efectuadas en las zonas urbanas e industriales, al implementarse programas de acción regional. Por otra parte, también existen previsiones legales referentes a las excavaciones a profundidades determinadas, que no tengan por objeto la extracción de agua subterránea o de manantiales, pero que puedan / afectar directa o indirectamente su comportamiento; en general, en estos casos, se exige que, previamente, se notifique la realización de tales trabajos y se faciliten los datos e información técnica correspondiente. Los trabajos de minas y canteras, principalmente, están sujetos a medidas de fiscalización en lo que se refiere a su posible influencia sobre las capas de agua, tal el caso de las legislaciones de España, Francia y Luxemburgo.

Los trabajos de avenamiento pueden tener, también, repercusiones perjudiciales sobre el nivel de las aguas subterráneas, existiendo particularmente en Inglaterra, Austria y Bélgica disposiciones preventivas.-

v. Disposiciones relativas a evitar la contaminación del agua subterránea.

La legislación de todos los países de la región europea incluye disposiciones, más o menos numerosas y detalladas, respecto a la forma de evitar la contaminación del agua subterránea, así como lo referente a las medidas a adoptar en casos de contaminación. Pero no existe ningún texto legislativo o reglamentario cuyo objeto sea tratar exclusiva y específicamente el problema. Conviene hacer notar, al respecto, el ejemplo de Suiza, país que ha dictado en el año 1955 una ley muy completa respecto a la protección de las aguas contra la contaminación, que abarca todas las aguas: superficiales y subterráneas, públicas o privadas.

Las disposiciones relativas a este problema se encuentran, en general, dispersas en los textos legislativos más diversos. Figuran normalmente en los Códigos Civiles, en las Leyes en favor de la salud pública, en la legislación relativa a las aguas en general, o al agua subterránea en particular, a los establecimientos industriales que significan un peligro para la salud o que sean nocivas o insalubres, a las relaciones entre vecinos, a la vivienda, etc. Resultaría en sumo grado conveniente lograr agrupar estas disposiciones, lo cual permitiría coordinar las medidas establecidas, llenar las "lagunas" y facilitar la vigilancia necesaria.

En cuanto al contenido de las disposiciones, varía considerablemente. Algunas legislaciones se limitan a enunciar principios generales; otras no tratan sino de determinadas causas de contaminación; otras, en fin, contienen a la vez principios generales y reglas relativas a los diversos aspectos del problema de la contaminación. Muchos textos legislativos enuncian, en forma más o menos parecida, el principio de que al agua subterránea debe protegerse contra toda clase de contaminación si ésta da como resultado el hacerla perjudicial para la salud o inadecuada para su uso normal, si altera sus propiedades o si afecta al interés público o el de los particulares. Establecido esto, prohíben de una manera general todo acto o actividad capaz de provocar una contaminación tal o prevén los reglamentos o medidas / que deberán adoptarse en el futuro.

La medida más importante que tienen en cuenta las legislaciones, para evitar la contaminación de los manantiales y las capas subterráneas es, sin duda alguna, la fijación de zonas de protección, medida que aparece en la mayoría de las legislaciones de los países europeos. Los textos legales se limitan, a veces, a prescribir que en el interior de estas zonas, es posible prohibir o limitar ciertas actividades y obliga a los propietarios o a los usuarios de los predios a tolerar las medidas necesarias destinadas a la protección, dejando para una disposición particular, el detalle de estas prohibiciones o restricciones; tal el caso de las legislaciones de Austria, España, República Federal Alemana, del Reino Unido y Yugoslavia. Otras legislaciones prevén con más detalle los actos o actividades prohibidos o sujetos a autorización; por ejemplo, el caso de Finlandia, Francia, Polonia y Rumania. Estos incluyen, generalmente, la construcción de edificios, la ubicación de cementerios o de zonas destinadas a "camping", la ejecución de perforaciones o excavaciones, de los depósitos de abonos, de grava, carbón, residuos, desperdicios, o, en definitiva, de toda substancia sólida o líquida capaz de contaminar las aguas.

Numerosas legislaciones contienen, igualmente, disposiciones sobre las medidas a tomar en caso de contaminación. Las autoridades / pueden ordenar que se ponga fin a las actividades perjudiciales, y puede exigirse el restablecimiento al estado anterior, en la medida de lo posible.-

vi. Aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias.

Los países de Europa reconocen, por lo general, que el éxito de una legislación apropiada en materia de agua subterránea, depende / en gran medida de la existencia de mecanismos administrativos eficaces, encargados de su aplicación. La legislación del agua subterránea, debería definir claramente, ella misma, las funciones que han de corresponder a los organismos administrativos competentes, y establecer medidas destinadas a permitir la coordinación necesaria entre estos organismos, con el fin de evitar la dispersión de las medidas de fiscalización de los diferentes usos que, en numerosos países, corresponde frecuentemente a autoridades administrativas distintas.

La legislación europea ofrece una gran variedad en lo que respecta a las estructuras administrativas. En muchos países, especialmente aquellos que no poseen una legislación orgánica en materia de agua subterránea, autoridades administrativas diferentes, que pertenecen a distintos departamentos ministeriales, son a menudo los competentes para la aplicación de las diversas disposiciones legislativas y reglamentarias que regulan uno o varios aspectos de la cuestión. Se plantea, pues, con gran urgencia la necesidad de lograr la coordinación entre las diferentes autoridades en estos/ países. En tal sentido, en disposiciones recientes se ha previsto la constitución de comisiones técnicas y de comisiones consultivas en zonas donde es

necesario coordinar el cumplimiento de las leyes y reglamentos relativos a / los recursos hídricos.

En otros países, la coordinación necesaria se realiza mediante el establecimiento de organismos únicos, competentes en materia de administración de aguas en los diferentes planos; local, regional o provincial y nacional. En Austria y Polonia, por ejemplo, las autoridades administrativas, organizadas jerárquicamente, son competentes para aplicar las disposiciones legislativas y reglamentarias, y en particular para la concesión de los permisos exigidos para poder hacer uso de las aguas. En Israel, un organismo especializado, la Comisión de Aguas, que tiene al frente un Comisario de Aguas, es competente para todos los aspectos administrativos de la cuestión; la Comisión administra los diferentes servicios especializados y está encargada, principalmente, de la concesión de los permisos necesarios para la utilización de las aguas que, en este país, forman parte del dominio público.

Conviene indicar que estos organismos pueden ser semi-públicos y gozar de una cierta autonomía, o bien depender directamente de las autoridades gubernativas. En ambos casos existe la posibilidad de incluir en dichos organismos, bajo fórmulas diversas (comisiones de dirección, comisiones consultivas, etc.), además de los representantes de los departamentos interesados, a representantes de los usuarios.

Cualquiera sea la fórmula escogida, es importante que los órganos encargados de la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias, puedan actuar eficazmente en el plano local en las diferentes cuestiones de su competencia.-

vii. Jurisdicción

En aquellos países europeos en los cuales existe una / legislación orgánica en materia de agua en general, o de agua subterránea en particular, existen disposiciones precisas en lo que respecta a los órganos / jurisdiccionales competentes para resolver los conflictos que puedan plantearse, ya sean entre particulares, ya sean entre particulares y la Administración, en lo referente al agua subterránea. En otros países, el problema está regulado por disposiciones de carácter más general.

Las autoridades jurisdiccionales competentes pueden ser llamadas a resolver cuestiones de facto o de jure. Sin embargo, existe una / tendencia que, no está generalizada en Europa, de dejar la solución de las / cuestiones de facto a los órganos administrativos, con el fin de aligerar las tareas de los tribunales ordinarios, mientras que las cuestiones de jure, en materia referente principalmente a derechos privados, son de la competencia / de los tribunales. Los tribunales constituyen, o bien una jurisdicción civil ordinaria, competente en los problemas en que se tiende a salvaguardar los / derechos privados (España, Francia, Turquía), o una jurisdicción especializada de las aguas, compuesta por jueces y expertos incluyendo, en muchos casos, la representación de los usuarios particulares (tal es el caso de Israel).

viii. La legislación en ESPAÑA

En España, el problema relativo al régimen de propiedad y los derechos de aprovechamiento del agua subterránea, está regulado // por el Código Civil y por la Ley de Aguas del 13 de junio de 1879.

El Código Civil, en los apartados 6 y 7 del artículo / 407, establece que es del dominio público el agua subterránea que exista en terrenos públicos y el agua encontrada en la zona de trabajos de obras públicas, aunque las mismas sean realizadas por concesionarios. Es de propiedad / privada, a tenor de los dispuesto en el apartado 3 del artículo 408 del Código Civil, el agua subterránea que se encuentre en predios de dominio privado. Sólo el propietario de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él, el agua subterránea (artículo 417). Además puede abrir pozos ordinarios con el exclusivo objeto de atender al uso doméstico o a las necesidades domésticas, no empleando en los aparatos para la extracción del agua / otro motor que el hombre (artículo 20 de la Ley de Aguas), aunque con ello / resulten amenguadas las aguas de sus vecinos (artículo 19 de la Ley de Aguas). Puede, asimismo, alumbrar y arpopiarse por medio de pozos artesianos o galerías, las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, con tal que no desvíe o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural (artículo 23 de la Ley de Aguas).

El artículo 418 del Código Civil, por su parte, dispone que el agua alumbrada, conforme a la Ley especial de Aguas, pertenecen al que la alumbró. Si el dueño del agua alumbrada la dejare abandonada a su curso natural, será del dominio público (artículo 419, del Código Civil).

Las aguas privadas deben inscribirse en el Registro de la Propiedad, bastando para ello un acta notarial en la que se haga constar / su existencia, las características de estas aguas y la forma en que son aprovechadas.

Otro tema de interés, es el relativo al problema de la Reglamentación relativa a la investigación, alumbramiento y utilización del / agua subterránea. Como ya se indicara más arriba, el propietario de un predio

puede proceder libremente a la investigación y alumbramiento del agua subterránea que se encuentre en el mismo. Por el contrario, debe solicitarse autorización administrativa para investigar y aprovechar el agua subterránea que se encuentre en terrenos públicos (artículo 417 del Código Civil).-

Por otra parte, el Real Decreto del 5 de junio de 1883 establece que, toda persona que desee realizar trabajos tendientes a lograr el alumbramiento de agua subterránea, debe presentar una solicitud dirigida a las autoridades competentes, acompañada del correspondiente proyecto, en el cual se expondrá el objeto a que haya de ser dedicada dicha agua, la extensión que se pretende dar a las operaciones, la zona de influencia, los términos a que estén afectadas, y el presupuesto estimado de las obras. Las condiciones hidrogeológicas para el alumbramiento de agua subterránea en cuanto a las posibilidades de las cuencas y el señalamiento de los puntos más adecuados para la realización de los trabajos, son determinados por el Instituto Geológico de España, conforme las prescripciones del artículo 1º del Real Decreto del 28 de junio de 1910.-

En lo referente a la realización de trabajos de alumbramiento de agua que deban ser efectuados por el Estado, corresponde al Instituto Geológico disponer la forma y el orden en que se han de estudiar y, además, ejercerá funciones de dirección técnica y vigilancia. Cuando dichos trabajos se hayan de realizar en terrenos de particulares se tendrá en cuenta, entre otras cosas, las ventajas que ofrezcan los propietarios, y, si fuere necesario, se procederá a la expropiación forzosa (Conforme; artículo 6 del Real Decreto de 1910).-

El Decreto del 5 de febrero de 1954 declara de alto interés nacional los trabajos, obras e instalaciones que, para la investigación y el alumbramiento de agua subterránea con fines exclusivos de riego, realice

el Instituto Nacional de Colonización. La aprobación pertinente por parte del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Agricultura, del informe / técnico en que se fundamente la necesidad de realizar en una determinada zona, investigaciones de agua subterránea, llevará aparejada la declaración de urgencia de las correspondientes obras y, por consiguiente, la de su utilidad pública a los efectos de una eventual expropiación forzosa y ocupación urgente de dicha zona.

El Decreto del 23 de agosto de 1934 establece, en su / artículo 1º, que es de exclusiva competencia del Cuerpo Nacional de Ingenieros de Minas todo cuanto se refiere a la catalogación, protección, aprovechamiento de los manantiales naturales y alumbramiento de aguas.

En otro orden de ideas, todos los manantiales naturales y alumbramientos de agua deben inscribirse obligatoriamente en el Registro / Regional de Manantiales de la Jefatura de Minas del distrito correspondiente. Las Jefaturas enviarán, periódicamente, a la Dirección General de Minas y // Combustibles copias de las fichas correspondientes, a los efectos de la formación del Registro Central.-

Los pozos y aprovechamientos de agua para usos domésticos por sus propios dueños son de inscripción voluntaria, conforme lo establece el artículo 2º del citado Decreto.

Como se dijo anteriormente, todo propietario puede, en virtud del artículo 19 de la Ley de Aguas, abrir libremente pozos ordinarios en sus terrenos; no obstante, deberá guardar la distancia de 2 metros entre pozo y pozo en las poblaciones y de 15 metros en el campo, distancias comprendidas entre la nueva excavación y los pozos, estanques, fuentes y acequias preexistentes de los vecinos. Puede, igualmente, alumbrar y apropiarse

del agua subterránea de su finca por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías, con tal que no distraiga o merme aguas públicas o privadas, destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos (Conforme: artículo 23 de la Ley de // Aguas). Por su parte, el artículo 24 establece que no podrán efectuarse las labores antes mencionadas a menor distancia de 40 metros de los edificios ajenos, de un ferrocarril o carretera, ni a menos de 100 metros de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público, sin la licencia / correspondiente de los dueños o, en su caso, del Ayuntamiento.-

Además, todo propietario de aguas artesianas alumbradas en terrenos de propiedad privada, destinadas al riego, estará obligado a instalar el adecuado mecanismo para interrumpir la salida de aquellas durante el tiempo en que no se utilicen para el fin propuesto (Conforme: Decreto del 12 de noviembre de 1954).-

Por último, aquellas personas que deseen alumbrar agua subterránea por medio de galerías, socavones o pozos artesianos en terrenos del dominio público, deberán obtener de la Administración Pública, una concesión de dichos terrenos, de acuerdo a lo dispuesto con el artículo 25 de la Ley de Aguas.-

En materia relativa a los trabajos que pueden eventualmente ocasionar variaciones en el comportamiento del agua subterránea, perturbaciones en los aprovisionamientos, etc., la legislación española contiene / algunas especificaciones al respecto. Según lo dispuesto por el artículo 39 / de la Ley de Minas de 1944, los concesionarios de explotaciones mineras, antes de emprender labores que puedan afectar al régimen de manantiales comunes importantes, deberán someter los proyectos a la Jefatura del Distrito Minero que, previo los estudios e informes que fueren necesarios, elevará lo actuado

a la aprobación del Gobernador Civil de la provincia, quien resolverá si puede autorizar las labores propuestas pudiendo, en caso afirmativo, imponer condiciones especiales que garanticen la conservación de los manantiales. Además, el dueño de cualquier terreno puede alumbrar agua subterránea de su predio / por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías, con tal que no desvie o aparte aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente. En este caso el Alcalde, de oficio o a pedido del Ayuntamiento o por denuncia de los interesados, podrá suspender las obras (Conforme: artículo 23 de la Ley de Aguas).-

En cuanto a la forma de evitar la contaminación del // agua subterránea, se establecen algunas normas. El Reglamento de Sanidad Municipal del 9 de febrero de 1925 establece que la extracción, conducción y / distribución de agua destinada al consumo público, estarán condicionadas por la necesidad de evitar su contaminación. Con este fin se exige en los alumbramientos de agua profunda, el empleo de tuberías o de pozos cerrados, de / paredes impermeables que impidan la penetración y mezcla de aguas profundas / mal filtradas o de las superficiales sospechosas; por otra parte, se prevé la erección de un perímetro de protección de la cual estarán dotadas las instalaciones (artículo 5, texto legal citado).-

La Ley de Aguas prohíbe a los establecimientos industriales la conducción hacia las aguas de substancias y propiedades nocivas y, en la medida del perjuicio causado, autoriza al Gobernador de la provincia a ordenar la suspensión del trabajo industrial hasta que se adopten las medidas adecuadas (Conforme: artículo 219 texto legal citado).-

Respecto a las aguas del dominio privado, el artículo 227 de la Ley de Aguas dispone que la Administración Estatal se limitará a / ejercer sobre ellas la vigilancia necesaria para que no puedan afectar a la salubridad pública.-

El artículo 6 del Reglamento de 1925 prohíbe la contaminación de los cursos superficiales de agua y de los manantiales, pozos y depósitos, con residuos orgánicos, aguas negras, aguas blancas sospechosas de contaminación y aguas residuales de industrias, mataderos, etc., si antes del // vertimiento o del eventual contacto no se las somete a la depuración que corresponda.-

El Decreto N° 2414 de 1961, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, trata especialmente de la contaminación del agua subterránea y de las superficiales. Su artículo 17 prohíbe a los establecimientos industriales que desechen aguas residuales, capaces por su toxicidad o composición química y bacteriológica / de contaminar las aguas profundas o superficiales, el establecimiento de pozos, zanjas, galerías o cualquier tipo de obra que pueda facilitar la absorción de dichas aguas. Se considera desaparecido el citado riesgo de contaminación y, por lo tanto, se podrá autorizar el uso de pozos absorbentes cuando / éstos se situen a 500 o más metros de todo centro poblado y cuando un estudio hidrogeológico demuestre la imposibilidad de contaminación de las capas acuíferas freáticas y profundas. Su artículo 19 califica como insalubres y nocivas las actividades relacionadas con el empleo de la energía nuclear o atómica, en cuanto puedan dar lugar a la contaminación del suelo, aire, aguas o productos alimenticios. Se prevé, en este caso, que las industrias que ejerzan tales actividades adoptarán las medidas preventivas específicas dictadas por los organismos técnicos competentes.-

En materia de Jurisdicción, el artículo 251 de la Ley de Aguas establece que las providencias dictadas por la Administración Municipal en materia de aguas, causarán efecto si no se reclama contra ellas ante el Gobernador en el plazo de quince días. Las que dicten los gobernadores, producirán el mismo efecto si no se recurre contra ellas por la vía administrativa

ante el Ministerio, o por vía contenciosa, cuando proceda, ante las comisiones provinciales, como los Tribunales Contencioso-administrativos. Finalmente, compete a los Tribunales de justicia el conocimiento de las cuestiones relativas a daños y perjuicios ocasionados a terceros en el ejercicio de sus derechos de propiedad particular, cuya enajenación no sea forzosa (artículo 256 de la Ley de Aguas).-

#### ix. La legislación en FRANCIA

El régimen de la propiedad del agua subterránea y los derechos de aprovechamiento de la misma, es una cuestión que se encuentra regulada por el artículo 552 del Código Civil, norma de alcance muy general, y que expresamente estipula que "la propiedad del suelo lleva consigo de todo lo que está por debajo y por encima del mismo...". El propietario "...podrá hacer bajo la superficie del suelo todas las construcciones y excavaciones que estime oportuno obteniendo de estas últimas los productos que le puedan proporcionar, salvo las modificaciones resultantes de las leyes y reglamentos relativos a las minas y de las leyes y reglamentos de policía". En virtud de este artículo, el propietario del suelo es propietario también del agua subterránea que pueda extraer por medio de pozos o perforaciones. Con arreglo a la jurisprudencia, dicho artículo faculta al propietario del suelo a cortar, mediante excavaciones, las corrientes de agua que sirven para el aprovisionamiento de sus vecinos o de los habitantes de un municipio, incluso si las obras tuviesen como consecuencia el agotamiento del manantial. El derecho administrativo señala, sin embargo, ciertas restricciones cuando el propietario del predio sea una persona de derecho público, pues según la jurisprudencia del Consejo de Estado cuando una persona pública interrumpa un curso de agua subterránea en terreno de su propiedad privada de ella a sus vecinos, deberá proceder a indemnizar a estos últimos.-

El Decreto-Ley del 8 de agosto de 1935, relativo a la protección del agua subterránea, restringió el derecho del propietario a realizar excavaciones, problema que será tratado más adelante.

No existe en el Código Civil ninguna otra regla que se aplique específicamente al agua subterránea. La jurisprudencia, sin embargo, ha asimilado su régimen al de los manantiales. El artículo 641 del Código Civil dispone que los manantiales pertenecen a los propietarios de los predios en que surgen, quienes podrán dejar fluir el agua sobre los predios inferiores, debiendo indemnizar a los propietarios de éstos en caso de perjuicio. A continuación el artículo 642 del mismo cuerpo legal agrega que el propietario que posea un manantial en su terreno, puede aprovechar libremente el agua para las necesidades de su predio, si bien no podrá privar del agua necesaria a los habitantes de un municipio, pueblo o aldea; podrá exigir una indemnización cuando éstos no hubiesen adquirido por prescripción el aprovechamiento / del agua (Conforme: apartado 3 del artículo 642 del Código Civil). Pero, además, el artículo 643 del Código Civil restringe los derechos del propietario del agua de manantial al disponer que si, al salir del predio en que surge, formará un curso de agua que ofrezca caracteres de agua pública y corriente, no podrá aquél desviarlas del curso natural en perjuicio de los usuarios de los predios inferiores.-

En cuanto a las relaciones entre vecinos, importa recalcar que, según el artículo 674 del Código Civil, quien proceda a la excavación de un pozo contiguo a un muro, sea o no medianero, ha de respetar las distancias fijadas por los reglamentos y usos establecidos o efectuar las // obras prescriptas a fin de evitar cualquier perjuicio al vecino.

Con respecto a las reglamentaciones relativas a la investigación, alumbramiento y utilización del agua subterránea, la legislación

francesa contiene algunos principios normativos que examinamos a continuación. Los alumbramientos particulares, salvo en lo referente a las perforaciones, que luego comentaremos, no están comprendidos en la fiscalización del aprovechamiento de las capas de agua. Las personas de derecho público, en cambio, están sujetas a lo dispuesto en el artículo 113 del Código Agrario, que expresamente dice: "La desviación... de manantiales o agua subterránea hecha en / interés general por una corporación pública o su concesionario, por una asociación sindical o por cualquier otra entidad de derecho público, se autorizará mediante la correspondiente decisión, declarando la utilidad pública de dichas obras, en la que se hará constar el volumen máximo de agua que podrá extraerse y las condiciones de la extracción, con arreglo a las prescripciones que establecerá el Ministerio de Agricultura a los fines de salvaguardar los intereses generales cuya protección le incumbe...".

El artículo 131 del Código Minero obliga a quien ejecute un sondeo o excavación de profundidad superior a los 10 metros, sea cual / fuere su objeto, a ponerlo en conocimiento de la Jefatura de Minas; ésta podrá requerir el envío de muestras y de los documentos e informaciones de índole geológica, hidrológica o minera necesarios (Conforme: artículo 132 del Código Minero).-

El Decreto del 8 de agosto de 1935 relativo a la protección del agua subterránea, estableció el sistema de autorización previa, para pozos o sondeos de más de 80 metros, en los Departamentos del Sena, Seine-et-Oise y Seine-et-Marne. La providencia del Prefecto concediendo la autorización, determinará las características de la perforación, las condiciones para la ejecución de las obras y, en su caso, el volumen máximo utilizables y las condiciones de explotación de las obras (artículo 2º).

En su artículo 11, el nombrado Decreto, estipula que / sus disposiciones podrán hacerse extensivas a otros departamentos del país, /

indicándose en cada caso el máximo de profundidad, pasado el cual, no podrán hacerse sondeos ni perforaciones sin autorización. En el norte y el Paso de Calais, conforme las prescripciones del Decreto del 3 de octubre de 1958, se fija en 10 metros el límite de profundidad, pasado el cual se requiere autorización para construir pozos o realizar sondeos. Para las perforaciones entre dicha profundidad y 80 metros no se necesita autorización si el caudal / de agua no excede de 250 metros cúbicos diarios. En cuanto a los pozos y sondeos para caudales diarios que excedan de tal cifra y de profundidad inferior a 80 metros, la Jefatura de Minas consultará obligatoriamente a la Jefatura / de Ingeniería Rural encargada del ordenamiento agrícola de las aguas para la región correspondiente.

En materia relativa a las disposiciones vigentes sobre trabajos que puedan ocasionar variaciones en el comportamiento del agua subterránea, perturbaciones en los aprovisionamientos, etc., el artículo 84 del Código Minero prescribe que si las obras de investigación o explotación de / las minas pudieran perjudicar el uso de los manantiales y capas de agua que / surten a las ciudades, pueblos, aldeas y establecimientos públicos, el Prefecto tomará las medidas oportunas, pudiendo obligar al concesionario de la mina a tomar las precauciones que juzgue convenientes.

Las leyes y decretos de concesión a "Electricité de // France" impone a ésta, ciertas obligaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del pliego de condiciones tipo, para las empresas hidráulicas. Así, la Ley del 5 de enero de 1955 relativa al ordenamiento del río Durance (artículo 5º) obliga a la E.D.F. a realimentar, con las aguas industriales, las capas aluviales del río Durance y, en general, a tomar disposiciones que permitan mantener las instalaciones de riego por bombeo y, los pozos tributarios de dichas capas en las mismas condiciones respecto, a la alimentación de agua antes de comenzarse las obras de ordenación. El apartado 116 del programa de /

acción regional, aprobado por Orden del 16 de abril de 1959, que hace referencia al Decreto del 8 de agosto de 1935 relativo a la protección del agua subterránea, prevé la vigilancia de la influencia sobre los niveles de las capas, de las nuevas extracciones que se vayan a realizar en las zonas urbanas e industriales; además, también, se refiere a las observaciones de las variaciones de nivel en los pozos, que permitan seguir la evolución de las capas y comprobar los descensos peligrosos de nivel.-

Por su parte, respecto a los pozos y sondeos que no tienen por objeto la extracción de agua subterránea, el artículo 9º del Decreto del 4 de mayo de 1937, por el que se dictó el Reglamento de Administración / para la aplicación del Decreto-Ley de 1935 (protección del agua subterránea), estipula que una vez terminados los trabajos, el interesado enviará a la Jefatura de Minas un perfil geológico de las obras, indicando la profundidad de los niveles de agua y las medidas que piense adoptar para la obturación de / los pozos o perforaciones, imposibilitando de tal manera todo tipo de comunicación entre capas.-

Puede agregarse, finalmente, aunque la cuestión queda fuera del marco de la legislación nacional, que el Convenio de 1956 celebrado entre Francia y la República Federal Alemana, relativo al ordenamiento del curso superior del Rin, prevé medidas destinadas a proteger el agua subterránea que pueda verse afectada por las operaciones de ordenamiento.

Además, existen en la legislación francesa, disposiciones encaminadas a evitar la contaminación del agua subterránea, las cuales / se encuentran, especialmente, en el Código de Salud Pública. En los artículos 1º y 2º se prescribe que en cada departamento, el Prefecto, a propuesta del Director de Salud Pública del departamento, establecerá un reglamento sanitario aplicable a todos los municipios de la jurisdicción. En dicho reglamento se determinarán, especialmente, las prescripciones referentes al aprovecha-

miento de agua potable, vigilancia de pozos, evacuación de materias residuales y condiciones de construcción de los pozos negros. El artículo 21 dispone que el derecho al aprovechamiento de un manantial de agua potable entraña, para el municipio que lo posea, la obligación de limpiarlo, cubrirlo y protegerlo contra toda posibilidad de contaminación.-

Por otra parte, el Código de Salud Pública prevé la delimitación de zonas de protección. Conforme lo dispuesto en su artículo 19, el decreto u orden que declare de utilidad pública la captación de un manantial, determinará los terrenos que podrán adquirirse en plena propiedad y la fijación de un perímetro de protección contra la contaminación del agua del manantial o de la capa subterránea. En dichas zonas se prohíbe esparcir abonos humanos, orgánicos o químicos, y realizar perforaciones de pozos sin autorización del Prefecto.-

La indemnización que podrá otorgarse al propietario de los terrenos, se determinará con arreglo a la Ordenanza de 1958, por la que se reforman las normas relativas a la expropiación por causa de utilidad pública (Ordenanza N° 58-997).-

Existe, además de lo expuesto, un gran número de disposiciones legales relativas al problema y que solo enumeraremos a continuación, a los fines de facilitar una eventual consulta: Decreto del 4 de mayo de // 1937 que constituye el Reglamento Administrativo para la aplicación del Decreto-Ley del 8 de agosto de 1935 relativo a la protección del agua subterránea; Ordenanza N° 58-1132 del 15 de noviembre de 1958, relativa al almacenamiento subterráneo de gas; la Ley del 19 de diciembre de 1917 sobre establecimientos peligrosos, nocivos e insalubres con sus modificaciones y complementaciones; los artículos L.33, L34 y L35 del Código de Salud Pública, complementados por una Orden del 19 de julio de 1960 que tienden a evitar la contaminación, orde

nando el enlace obligatorio de los inmuebles a la red de alcantarillado; y, por último, varias circulares ministeriales que estudian en detalle los problemas planteados por las fosas sépticas, las aguas usadas, las basuras de / las viviendas y otras causas de contaminación.-

Para terminar, en materia de Jurisdicción y con arreglo al artículo 641 del Código Civil, de todo litigio que pueda derivarse de la creación y ejercicio de las servidumbres citadas en el pre-citado texto / legal, entenderá, en primera instancia, el Juez de instancia del cantón, // quien procurará conciliar los intereses de la agricultura y de la industria, respetando como corresponda, los derechos de propiedad. En los litigios entre particulares, ocasionados por la aplicación de las disposiciones del Código Civil, serán competentes los Tribunales ordinarios de justicia.-

En caso de reclamación contra resoluciones adoptadas / por el Prefecto, en relación con autorizaciones adoptadas en virtud del Decreto-Ley del 8 de agosto de 1935 y textos complementarios, decidirá el Consejo de Estado mediante Decreto dictado a propuesta de los Ministerios del / Interior y de Obras Públicas.-

Digamos, a título informativo, que existe un sistema / de sanciones aplicables y tendientes a la protección integral del agua subterránea, contenidas fundamentalmente en el Decreto-Ley de 1935 y en el Código de Salud Pública.-

#### x. La legislación en ISRAEL

En cuanto al régimen de la propiedad y a los derechos de aprovechamiento del agua subterránea en este país, conforme al artículo 1º de la Ley de 1959 referente al régimen de las aguas, los recursos de agua // -comprendida el agua subterránea- son del dominio público del Estado, quedando sometidos a la fiscalización del Estado mismo (Conforme; artículo 2º texto legal citado).-

Toda persona tiene derecho a recibir y utilizar agua / de conformidad a las disposiciones de la Ley, pero los derechos que una persona tenga sobre un terreno no le confieren derecho alguno en cuanto a los / recursos de agua que hayan en él (Conforme; artículos 3º y 4º texto legal ci- tado).-

En materia de reglamentaciones relativas a la investi- gación, alumbramiento y utilización de las aguas subterráneas, la Ley de // Aguas de 1959 contiene una serie de disposiciones que analizaremos brevemen- te a continuación.-

Las aguas sólo podrán ser distribuidas y utilizadas // con arreglo a los principios y reglas establecidas por el Ministerio de Agri- cultura, en todo cuanto se refiere al volumen, calidad, precio y condiciones del aprovechamiento (artículo 21).-

Para efectuar alumbramientos y distribuir aguas, es // necesario obtener una "autorización de alumbramiento" del Comisario de Aguas (artículo 23), en la que debe indicarse el volumen de agua que su titular pue- de extraer y distribuir durante un período determinado, y las demás condicio- nes prescriptas en los reglamentos (artículo 24). Dicha autorización podrá

ser otorgada por un período de tiempo determinado, a cuyo término expirará el derecho concedido; también deberá contener las condiciones requeridas para / asegurar el buen funcionamiento del suministro, la constitución de reservas y la distribución, medidas tendientes a evitar el deterioro de los recursos hídricos disponibles (artículo 25).-

El Comisario de Aguas podrá retirar, suspender o modificar dicha autorización, cuando el titular no cumpla las condiciones impuestas a pesar de haber sido formalmente intimado a ello (artículo 30). Contra la decisión del Comisario, el titular de la autorización podrá recurrir ante el Tribunal de Aguas, quien podrá modificar o anular la decisión de aquél / (artículo 31).-

Cuando en algún sector o región no se estimaren suficientes los recursos de agua para satisfacer el consumo existente, el Ministerio de Agricultura, previa consulta con la Junta de Aguas, podrá declarar a dicho sector en "racionamiento", estando facultado para reglamentar la distribución y consumo del agua en la misma zona en cuanto a cantidad, calidad, condiciones de aprovisionamiento y prioridades (artículo 37). Las personas a quienes tal decisión pueda causarles algún perjuicio, podrán presentar una / oposición motivada por escrito ante el Comisario de Aguas (artículo 39).-

Si a causa de un racionamiento, los pozos o instalaciones hidráulicas perdieran valor o se causare perjuicio a algún distribuidor o consumidor, deberá otorgársele la indemnización correspondiente, excepto / cuando el racionamiento sea debida a un empobrecimiento de los recursos de / agua en el sector, a causa de la explotación a que haya estado sujeto el recurso hídrico (artículo 44).-

La distribución del agua sólo podrá efectuarse mediante suministros sujetos a medición (artículo 2). El Ministerio de Agricultura

podrá obligar a todo consumidor que posea algún derecho de agua, o a quien / de algún modo lo obtenga, a que mida la cantidad de agua consumida o extraída (artículo 4º). Al mismo tiempo podrá, obligar a quien distribuya el agua sin efectuar mediciones, a distribuirla conforme se prescribe en el artículo 4º (artículo 6º). El precio por unidad de agua, así como el volumen, se establecerán, en cada caso, por acuerdo entre las partes y, a falta de éste, por resolución del Comisario de Aguas (artículo 7º y 8º).-

Para la construcción de pozos, se requiere un "permiso de perforación" que será otorgado por el Comisario de Aguas (artículo 4º de la Ley de 1955 sobre vigilancia de perforaciones). La Ley citada, entiende / por "construcción de pozos" cualquier modificación aportada a la instalación, estructura o equipo de un pozo, con el objeto de ampliar su rendimiento (apartado 2 del artículo 1º).-

Cuando se presente una solicitud de permiso, el Comisario publicará un edicto con el nombre del peticionante, así como la índole y emplazamiento de la instalación proyectada (inciso a del artículo 7º). Contra la concesión de las autorizaciones para perforaciones, podrá formularse oposición por escrito ante el Comisario, indicando los motivos de la oposición; los recursos presentados serán examinados por el Comité de Perforaciones, que remite su opinión al Comisario a fin de orientar la decisión de éste.-

Si el Comisario resolviese conceder el permiso, lo notificará por escrito al peticionante y a cuantos hubiesen presentado oposición; en caso de denegarlo, será notificado solamente al peticionante (artículo 8º); contra las decisiones del Comisario cabe recurso ante el Tribunal de Aguas (artículo 9º).

Según el Reglamento del 20 de octubre de 1955 relativo a la vigilancia de las perforaciones, dictado en virtud de la Ley de 1955, /

los permisos para perforaciones dan a su titular solamente el derecho de construir un pozo, pero no el de su explotación, para lo que deberá previamente efectuar pruebas de bombeo y presentar un informe al Comisario de Aguas (Conforme; inciso a del artículo 3º y artículo 8º). Conforme al artículo 7º del Reglamento, el permisionario deberá informar a la Comisión de su propósito / de efectuar tales pruebas y, en general, éstas se realizarán en presencia // del representante del Comisario. El titular no podrá iniciar la explotación del pozo antes de haber efectuado mediciones a fin de determinar el nivel de las aguas, y de haber colocado un medidor y una conexión a un manómetro, así como una toma para la obtención de muestras de agua (artículo 10). El Comisario podrá inspeccionar los pozos, efectuar mediciones, ensayos de bombeo, tomar muestras y otras medidas conducentes a verificar si se han cumplimentado adecuadamente los extremos legales exigidos.-

Por otra parte, el Reglamento del 16 de abril de 1958, dictado en virtud de la Ley de 1955, estableció un sistema de inscripción en un Registro de todos los pozos situados en el territorio del Estado. Corresponde a cada propietario de pozo, solicitar dicha inscripción, facilitando / todos los datos necesarios que se compilan e inscriben en la Oficina Central del Comisariato (artículo 3º).-

A cada propietario de pozo se le entrega un certificado de inscripción, después de comprobados los datos aportados, en el que se indica detalladamente el emplazamiento, equipo y caudal del pozo, así como el número oficial de inscripción (artículo 4º).-

En base a estos datos e información, la Oficina del Comisariato lleva un "Registro de Pozos". Los servicios técnicos inspeccionan los pozos y perforaciones en todo el país para comprobar la debida inscripción de todos ellos y verificar si se han efectuado modificaciones contrarias

a la Ley, tanto en lo referente a equipos como en lo relativo a los sistemas de extracción del agua. En algunos casos, y previa una autorización especial basada en hechos comprobados y en causas específicas, el Comisario de Aguas puede ordenar la obturación de pozos.-

#### xi. La legislación en ITALIA

En relación al régimen de la propiedad y derechos de / aprovechamiento de las aguas subterráneas en Italia, el artículo 840 del Código Civil enuncia el principio general en el sentido de que la propiedad del suelo se extiende igualmente al subsuelo, comprendiendo todo cuanto él contiene, a reserva de las disposiciones particulares relativas a las aguas y a las obras hidráulicas. Conforme a los prescriptos por el artículo 909, el propietario de un predio tiene derecho a aprovechar las aguas sitas en el mismo, a reserva, asimismo, de las disposiciones de las leyes especiales sobre las // aguas públicas y las aguas subterráneas; podrá disponer de ellas a favor de otras personas a condición de no causar perjuicios a terceros, pero no podrá, después de haber utilizado las aguas, desviarlas, si con ello ocasiona daños a los predios contiguos. Por otra parte, el artículo 1º del Real Decreto N° 1775 del 11 de diciembre de 1933, por el que se aprueba el texto único de las disposiciones legales relativas a las aguas y a las instalaciones eléctricas, estipula que se consideran aguas públicas aquellas que, bien aisladamente, debido a su importancia, o bien en relación con el sistema hidrográfico al que pertenezcan, puedan ser utilizadas en interés público.-

En lo referente a la reglamentación relativa a la inves tigación, alumbramiento y utilización de las aguas subterráneas, el artículo 911 del Código Civil dispone que la persona que desee captar aguas de manantiales o, de modo general, efectuar alumbramientos de aguas subterráneas, de-

berá atenerse a las distancias prescriptas y realizar los trabajos necesarios para evitar todo perjuicio a otros predios o a otros manantiales empleados / para riego, fines domésticos, o industriales. Por otra parte, el artículo 93 del Real Decreto de 1933 establece que el propietario de un terreno puede extraer el agua subterránea del mismo, aún valiéndose de medios mecánicos, para su uso doméstico, a condición de observar las distancias y precauciones pre vistas en la Ley.-

En virtud del artículo 94 del mismo Decreto, el Estado podrá determinar las zonas en las que la explotación, el alumbramiento y la utilización del agua subterránea deberá someterse a la fiscalización de las / autoridades públicas. El Real Decreto N° 2174 de octubre de 1934, sobre reglamentación para la explotación del agua subterránea, enumera los municipios / sometidos a dicha fiscalización.-

Atento a lo prescripto por el artículo 95 del Decreto N° 1775, en el interior de dichas zonas, toda investigación de aguas subterráneas y excavación de pozos, efectuadas en predios propios o ajenos, quedará sujeta a la obtención de una autorización previa, excepto en el caso de / que tales operaciones se efectúen para satisfacer las necesidades domésticas (artículo 95 texto citado). La autorización se concede, solamente, por el período de un año, con posibilidad de prórroga, y puede ser revocada sin derecho a indemnización (Conforme; artículos 100 y 101 texto citado). El Servicio de Ingeniería esta facultado para realizar la inspección de las obras de captación y utilización de las aguas públicas o particulares ubicadas en tales zonas, imponiéndose, además, la obligación de poner en conocimiento de / este Servicio todos los alumbramientos de agua subterránea, aún aquellos situados fuera de las zonas sometidas a la fiscalización de las autoridades.

Conforme lo prescripto por el artículo 1º del Real Decreto N° 1775, las aguas públicas deberán inscribirse en los registros que / a tal efecto existen en cada provincia.-



El texto refundido de las leyes relativas a la salud pública, del 27 de julio de 1934, en su artículo 202 prohíbe efectuar obras que puedan modificar el nivel del agua subterránea, en los casos en que tal modificación sea considerada perjudicial de acuerdo a los reglamentos locales sobre higiene. Pero, además, el pre-citado texto refundido, al reglamentar todo lo relativo a la higiene del suelo y a las condiciones sanitarias que deben regir a la evacuación de las aguas y desperdicios sólidos o líquidos, contiene disposiciones diversas para evitar la contaminación del agua subterránea (título III).-

En materia de Jurisdicción para la aplicación de las disposiciones legislativas y reglamentarias sobre la materia, el artículo 183 del Real Decreto N° 1775 establece un Tribunal Regional de Aguas Públicas, adscripto a cada uno de los tribunales de apelación. Se compone de una sala del Tribunal de apelación y de tres funcionarios del Servicio de Ingeniería Civil nombrados por el Consejo Superior de Obras Públicas; contra sus decisiones cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Aguas Públicas (artículo 142).-

Los Tribunales de Aguas Públicas entienden en los litigios sobre agua subterránea pública, y en los que se planteen en ocasión de la investigación, alumbramiento y aprovechamiento del agua subterránea en los distritos de ordenación rural, en los casos en que los litigios interesen a la Administración Pública (artículo 144).

Si surgiere alguna desavenencia entre los propietarios a quienes pueda resultar de alguna utilidad un determinado caudal de agua, la autoridad judicial evaluará sus respectivos intereses, considerando las vestajas que el uso presente y el proyectado puedan representar para la agricultura y la industria. -

Podrá otorgarse una indemnización a los propietarios cu  
yos derechos hayan resultado desminuidos, conforme al artículo 912 del Código  
Civil.-

#### xii. La legislación en POLONIA

En cuanto al problema que presenta en este país el rég  
men de propiedad y los derechos de aprovechamiento del agua subterránea, el  
Código de Aguas, promulgado el 30 de mayo de 1962, establece el principio de  
que el agua subterránea es propiedad del Estado, a menos que se disponga de  
otro modo (artículo 1º), agregando en sus artículos 36 y 37 que el propieta-  
rio de un terreno tiene derecho a utilizar las aguas situadas debajo de la su  
perficie del mismo, sin necesidad de autorización alguna, pero al solo efecto  
de satisfacer sus necesidades domésticas o agrícolas, y siempre que la extrac  
ción de agua no se haga a más de 30 metros de profundidad ni en cantidad que  
exceda los 6 metros cúbicos por hora. El propietario del fundo no podrá cau--  
sar cambio alguno en el nivel del agua si de ello resultare un perjuicio para  
las propiedades vecinas.-

En la referente a la investigación, alumbramiento y uti  
lización del agua subterránea. el artículo 42 considera a los aprovechamien--  
tos de agua como distintos de los indicados más arriba, refiriéndose, en este  
caso, a aprovechamientos especiales, los cuales quedan sometidos a la conce--  
sión de autorización con arreglo al artículo 43 del citado Código. Sólo se /  
otorgará esta autorización, cuando las autoridades competentes hayan determi--  
nado las reservas de agua subterránea. La autorización, según lo dispuesto //  
por el artículo 47, puede concederse por un período determinado o por duración  
ilimitada, y podrá ser anulada o sometida a ciertas restricciones, mediante /

la indemnización correspondiente, cuando así la exigiere el Plan Nacional para el desarrollo y fomento del agua subterránea, u otras consideraciones de interés público. La autorización será denegada, cuando el sistema proyectado para el aprovechamiento del recurso no se ajuste al referido Plan.-

La obtención de una autorización para el aprovechamiento de agua, no exime de la obligación de obtener otra para construir las instalaciones y realizar las obras necesarias, con arreglo a las disposiciones que reglamentan estos tipos de construcciones (Conforme: artículo 68).-

Además, toda persona que haya obtenido una autorización de aprovechamiento, deberá informar al órgano competente de todas las extracciones que efectúa y facilitar observaciones e informes periódicos sobre las variaciones de nivel del recurso.-

Los Servicios de Administración de Aguas, ejercen la vigilancia de los recursos de agua subterránea en coordinación con el Servicio Central de Geología.-

Con arreglo al artículo 78 del Código de Aguas, y mediante la indemnización correspondiente, podrán imponerse al propietario de un predio restricciones sobre el aprovechamiento de las aguas, cuando ello sea necesario para la protección de las mismas. Además, en ciertos casos, se fijarán zonas de protección junto a los manantiales y tomas de agua subterránea; dentro de tales zonas se impondrán restricciones a la utilización del agua y de los terrenos (artículo 79). Según el artículo 81, los propietarios de los terrenos afectados tienen derecho una indemnización justa. Dichas zonas serán fijadas por el organismo regional de Administración de Aguas, de conformidad con los organismos competentes para la inspección sanitaria nacional y los servicios locales de ordenamiento del territorio (artículo 79).-

Todas las autorizaciones para aprovechamientos especiales, así como las obras ejecutadas a tal efecto, deberán inscribirse en el Registro de Aguas, conforme lo prescribe el artículo 133. En el Catastro de Aguas se anotan las reservas de agua subterránea y todos los datos esenciales y las características del agua, desde el punto de vista económico y técnico.

El problema relativo a la reglamentación de las actividades tendientes a la realización de excavaciones de pozos y perforaciones, también se encuentra previsto en el Código de Aguas. Conforme lo prescribe el artículo 43 del citado cuerpo legal, toda excavación de más de 30 metros de profundidad que represente una extracción de agua superior a 6 metros cúbicos por hora, quedará sujeta a autorización del organismo de Administración del distrito. Dicha autorización será concedida, cuando se efectúe una extracción a una profundidad superior a los 100 metros y exceda de los 25 metros cúbicos por hora (Conforme: artículo 44).-

La ley N° 303 sobre ordenamiento geológico, del 16 de noviembre de 1960, dispone todo lo referente a la realización de los trabajos geológicos para la investigación del agua subterránea. Cuando las perforaciones excedan de 30 metros de profundidad, se aplicarán las disposiciones de la Ley de Minas, quedando las mismas sujetas a la vigilancia e inspección de las autoridades mineras.

Los resultados de dichas obras e investigaciones geológicas se reunirán en documentos, que deberán presentarse para su aprobación por parte del Servicio Central de Geología. La documentación deberá contener una descripción técnica detallada de los trabajos efectuados, e información referente a la estructura geológica de los pozos, al nivel de las capas de agua, a los descensos de nivel según las diversas extracciones y el caudal máximo que puede rendir el pozo; al mismo tiempo, deberán darse pautas tendientes a la explotación y conservación de los pozos. Por otra parte, se ha establecido

la obligación de llevar un "libro de explotación" en el que deben consignarse periódicamente, los informes relativos al nivel del agua y caudal del pozo. Además, existe la obligación de comunicar a las autoridades competentes todas las modificaciones permanentes de nivel, caudal o calidad del agua.-

Las disposiciones del Código de Aguas se aplican, igualmente, a aquellas obras que pudieren ocasionar cambios perjudiciales en las / condiciones naturales del agua subterránea o ejercer una influencia perjudicial en la misma; en tal caso, para la ejecución de tales obras, se requiere de la correspondiente autorización de la Administración Pública del Agua. Con el objeto de evitar consecuencias o perturbaciones, toda persona que intente aprovechar agua subterránea está obligada a presentar la correspondiente documentación hidrogeológica detallada y a establecer inventarios sobre las reservas de agua del subsuelo.-

Por otra parte, el artículo 22 del Código de Aguas dispone que uno de los objetivos del ordenamiento general del agua, está dirigido a evitar la contaminación; a tal efecto, los planes nacionales de desarrollo sobre economía hídrica deben establecer normas que definen las propiedades físicas, químicas y biológicas del agua, procurando evitar toda contaminación. El mismo cuerpo legal considera contaminación nociva, a toda alteración debida a la introducción en las aguas de cantidades excesivas de substancias sólidas, líquidas, gaseosas, radioactivas o de otra índole que las vuelvan inadecuadas para su aprovechamiento normal.-

(c). El Derecho Americano

i. El Derecho Norteamericano

Debido a la complejidad que presenta el estudio del derecho de aguas en los Estados Unidos de Norteamérica a causa, principalmente, de la existencia de legislaciones para cada Estado de la Unión con sus principios, criterios y características especiales, que están determinados -en / gran medida- por las características físico-geográficas, climatológicas y los usos y costumbres particulares, criterios todos, reconocidos por las diversas legislaciones y la doctrina jurisprudencial, no entraremos a considerarlo en particular, como hubiera sido nuestro deseo, en orden a cumplir con nuestra / finalidad inmediata. Lamentablemente dos imperativos marcan estrechamente los límites de nuestro trabajo; extensión y tiempo; en razón de ello, esbozaremos brevemente la evolución de los criterios fundamentales del derecho norteamericano en materia de agua subterránea.-

La doctrina más antigua de los derechos al uso del agua subterránea, es conocida generalmente por "Common Law" o por doctrina inglesa. Su origen, podemos decir, se remonta por lo general al caso *Acton vs. Blundell* fallado en Inglaterra en el año 1843. En el problema que se plantea, el actor se vió privado del agua de un pozo situado en su terreno, por trabajos mineros realizados en terrenos del demandado a unas 3/4 millas de distancia. El tribunal declaró que el caso "caía dentro del principio que acuerda al // propietario de la tierra todo lo que se encuentra debajo de la superficie y que, en tal calidad, puede hacer excavaciones en su predio y emplear todo , cuanto allí se encuentre en su provecho, a su voluntad y placer; y si, ejerciendo este derecho, interceptara o desviara el agua recolectada en los pozos de su vecino, proveniente de manantiales subterráneos, este inconveniente // causado a su vecino no puede dar lugar a una acción". Esto nos demuestra cla-

ramente el criterio y extensión de la doctrina inglesa, no ofreciendo ninguna posibilidad de contralor para evitar la extracción exagerada de agua de una cuenca subterránea. La doctrina sentada en este caso, recién en el año 1933 / se considera en Inglaterra como un precedente digno de tenerse en cuenta. A pesar de ello, los ingenieros ingleses pensaron que tal doctrina no protegía suficientemente los intereses de los propietarios de pozos existentes y, especialmente, a las aguas corrientes públicas, las que podrían verse gravemente comprometidas por el bombeo excesivo de nuevos pozos particulares.

La doctrina del caso que comentamos, fué adoptada en va-rios Estados de la Unión. En 1930, en el Juicio "Fire Dist. N°1 Graniteville Spring Water Co.", el vocal Mr. Power de la Suprema Corte de Vermont dijo, "Nuestro derecho es la ley común o el derecho inglés. Sabemos que no es la / ley que rige en muchos de los estados. En este país se ha desarrollado una / doctrina que se conoce bajo el nombre de Derecho Americano, y otorga al pro-pietario del terreno tan solo el uso razonable del agua de filtración. Se di-ce que la jurisprudencia se inclina hacia esta solución. Pero este no es nues-tro derecho y no estamos dispuestos a apartarnos de lo que ha sido ley en es-ta jurisdicción durante más de tres cuartos de siglo y que ha sido adecuada a nuestras circunstancias y a nuestra situación...".-

En el año 1862, la Corte Suprema de New Hampshire se / alejó de la doctrina inglesa en el caso "Basset vs. Salisbury Mfg. Co.", y / elaboró lo que se conoce como la doctrina Americana o doctrina del "Uso Razo-nable", convertida, desde entonces, en la regla fundamental de muchos esta-dos. En el caso mencionado se planteó el problema del almacenaje de agua por medio de un dique, alegando el actor que tal trabajo afectaba al agua de fil-tración de su terreno. El tribunal sugirió, en la oportunidad, que el derecho de una persona a apropiarse del agua de filtración en su propio terreno, está limitado por el derecho equivalente de su vecino, obligando a cada uno al //

ejercicio razonable de sus derechos, y al uso razonable de su propiedad, sin perder de vista los derechos similares de los terceros. El proceso de adopción de esta doctrina por parte de otros estados fué lento, fortaleciéndose / la misma, recién en 1900, en un fallo recaído en el caso "Forbell vs. New // York City", que declaró no ser de "uso razonable" el extraer agua subterránea de una propiedad para venderla a otras alejadas de la del que vendía, caso / que ejerce, desde entonces, una profunda influencia sobre la legislación posterior en materia de agua subterránea. En 1903, el caso "Katz vs. Walkingshaw" introdujo la doctrina del "uso razonable" en California, la que gradualmente se fué adoptando en otros estados que poseían un sistema desarrollado de irrigación. La influencia de esta doctrina se hizo sentir, más tarde, en otros estados de la región húmeda, por ejemplo, en New Jersey, en 1908, en el caso "Meeker vs. East Orange".-

Como se ha dicho, en el caso "Katz vs. Walkingshaw" el tribunal de California aplicó la doctrina del "uso razonable", determinando lo que se ha llegado a denominar "la doctrina de los derechos correlativos". Allí se dijo: "Las disputas entre propietarios superficiarios por el uso del agua, a la que todos tienen igual derecho, deben dirimirse, cuando el caudal resulte insuficiente para todos, dando a cada uno, una proporción justa y // equitativa...". De acuerdo al Corpus Juris, la doctrina de los "derechos correlativos" determina que "los derechos de todos los propietarios ubicados / sobre una cuenca común, sobre un estrato saturado o sobre una reserva subterránea, son co-iguales o correlativos, y un propietario no puede extraer más que la parte que se le adjudica, aún para usarla en su propio terreno, cuando los derechos de los demás resultaren lesionados y bajo ningún argumento de beneficio especial podrá pedir más que la parte que le corresponda". Además, se establece que "la parte de cada propietario se determina en base al uso / razonable y según las circunstancias". También se dice que "en base a esta / doctrina, si la provisión común resulta suficiente, cada propietario puede /

satisfacer todas sus necesidades, ya sea para el uso en su propio terreno o en otros". En el año 1928 se reformó la Constitución de California, estableciéndose en la materia, que el derecho de usar agua de corrientes naturales o cursos de agua, estaría sujeto a un uso razonable; o a un método razonable de uso; o a un método razonable de extracción. El significado de esta reforma reside en que el "uso razonable" se interpreta más estrictamente como la forma de limitar, en lo posible, el uso de agua por propietarios ribereños y, por extensión, por los propietarios quasi-ribereños de derechos de agua subterránea. Pero cabe señalar que los resultados de la costumbre en la utilización del agua subterránea, donde las doctrinas del "uso razonable" o de los "derechos correlativos" se han reconocido judicialmente, la utilización de tales doctrinas ha sido fundamentalmente anulada por las dificultades que acompañan a su aplicación práctica. Se pensó que la mejor forma de llegar a ejercer un control efectivo sería, a través de la legislación que se dictare posteriormente, pues nada hacía pensar que la aplicación de las doctrinas en el futuro sería mejor de lo que lo fueron en el pasado.-

La doctrina de la apropiación para un uso beneficioso se ha desarrollado, sobre todo, en los estados semi-áridos y áridos. Sin embargo es una doctrina muy antigua, pues el agua ya podía apropiarse bajo la ley civil romana. Según la doctrina más antigua, la concesión de una apropiación no confiere el derecho de propiedad, sino un derecho de usar, y el ejercicio de dicho derecho es un permiso válido solamente mientras dicho uso se haga con fines beneficiosos. Además, el uso debe ser esencialmente continuado, ya que después de un cierto período de no-uso el derecho caduca y vuelve al estado, pudiendo otorgarse a otro interesado. El progreso más notable en la doctrina de la apropiación, se produjo en New México en 1927, cuando se sancionó una ley que declaró al agua subterránea sujeta a apropiación. La ley original se declaró inconstitucional, pero en 1931 se sancionó una nueva ley que corregía los defectos de la anterior, consiguiéndose un gran adelanto en

lo referente al control del uso del agua subterránea, ley que está destinada a ejercer una profunda influencia en el futuro desarrollo de la legislación. Uno de los aspectos más ponderables de la ley de 1931, es el reconocimiento definitivo del hecho de que el agua subterránea no es ya una riqueza escondida, cuya forma de presentarse, movimiento y volumen sean un misterio; por el contrario, estas características son perfectamente descifrables gracias a la investigación científica. La aplicación de la doctrina de la apropiación, considera a aquellas aguas subterráneas, como comprendidas en la ley, en razón de estar contenidas en depósitos, cuencas o lagos artesianos, cuyos límites están razonablemente definidos por la investigación científica o las indicaciones superficiales. En Utah, en 1935, la legislatura sancionó una ley colo- cando al agua subterránea en situación de ser apropiada como el agua superfi- cial, doctrina que también se reconoce legislativamente en Idaho, Nevada, Co- lorado, Arizona, aunque con algunas limitaciones y variantes (60).-

## ii. El Derecho Latinoamericano

El origen común de los sistemas legislativos e institu- ciones jurídicas en los países de la América Latina, en general, responde a / las influencias del derecho ibérico-español y portugués, fuertemente influen- ciados, a su vez, por el derecho romano, el francés, el alemán y, particular- mente en la materia que nos ocupa, por el derecho musulmán.-

Un tópico de relevante importancia y que, a nuestro juicio, es prioritario en el estudio del régimen de las aguas, es aquel relativo a las relaciones entre el derecho de propiedad de la "superficie" y respecto de los elementos o cosas subyacentes, en nuestro caso "el agua subterránea". La solución práctica de esta cuestión, a la luz de las prescripciones normati-

vas contenidas en nuestra Ley de fondo, dividió -en su momento- a la doctrina nacional.-

Haciendo una ligera revisión de los textos legales, implicados en el problema, vigentes en los distintos países sudamericanos, podemos extraer y configurar con nitidez dos sistemas fundamentales, con la prevención de que, en cada país, la solución respectiva reviste las particularidades que surgen en la exégesis del propio sistema legislativo y sus fuentes. Siguiendo al doctor Guillermo J. Cano (61), los dos sistemas en que podemos ubicar las distintas soluciones legislativas, son: Leyes que consagran la propiedad de las aguas por parte del dueño del suelo; y Leyes que permiten la / explotación del agua subterránea por terceros.-

-Leyes que consagran la propiedad de las aguas por el dueño del suelo;

La mayor parte de las legislaciones sudamericanas, proclaman la propiedad del agua subterránea como inherente al propietario del / suelo donde se las alumbría. Algunas los establecen en términos expresos y categóricos, tal el caso de Bolivia (Ley de Aguas, artículo 20), y Chile (Código de Aguas, artículo 22). En otras, la doctrina de los autores concluye con tal solución por aplicación del principio de derecho que dice que "la propiedad del suelo, comprende todo lo que se encuentra bajo él" (criterio que resultó de aplicación entre nosotros conforme a la redacción e interpretación literal y autónoma del principio contenido en el artículo 2518 de nuestro Código Civil -antes de la reforma de 1968- ).-

-Leyes que permiten la explotación del agua subterránea por terceros, distintos al dueño del suelo;

Sin perjuicio de lo manifestado en el apartado anterior, es posible encontrar legislaciones de países o leyes provinciales que,

en diversa forma, se enrolan en la posición contraria. En Ecuador, el Decreto N° 142 del año 1938, considera al agua subterránea como cosa del dominio público sin decirlo expresamente, por cuanto autoriza la concesión del derecho de su uso a terceros ajenos al dueño del suelo, sin reconocer indemnización a éste último. En Brasil, el Código de Aguas en su artículo 50 expresa, que el dueño de un predio donde se ha alumbrado agua subterránea, después de satisfechas todas sus necesidades, no puede impedir su curso hacia terrenos inferiores para su utilización por parte de los dueños de éstos, lo que importa -en definitiva- una restricción al concepto absoluto del dominio privado sobre este recurso. En la República Argentina, podemos citar los siguientes antecedentes concretos: en San Luis, la derogada Constitución de 1949 en su artículo 33, declaraba explícitamente que el agua subterránea era del dominio público; los Códigos de Aguas de las provincias de Jujuy, La Pampa, La Rioja y Santiago del Estero, si bien no declaraban de carácter público al agua subterránea, reconocen el derecho a expropiarla, sea por el Estado, sea por particulares que las alumbran en suelo ajeno, con lo que el principio de su dominio privado experimenta una considerable mengua. No es preciso en dichos / regímenes una nueva declaración de utilidad pública, pues ésta es prestada / genéricamente.

Para una mejor sistematización de la legislación sudamericana, podemos exponer el contenido de los regímenes vigentes, de la manera siguiente:

-En lo referente a FUENTES ó MANANTIALES

El "caput-fontis" -cabeza o lugar donde brota el agua- pertenece al dueño del suelo en los trece países sudamericanos, con la sola excepción de Colombia, cuya legislación nada dice al respecto.

Las aguas, una vez salidas del "caput-fontis", son:

- a) del dueño del suelo donde brotan, en Chile, Paraguay y Surinam; (y en Argentina, salvo cuando corran por cursos naturales, situación en que son públicas);
- b) de los ribereños, y el uso de las que éstos no aprovechan está sujeto a concesión por la autoridad competente, en Perú y Bolivia;
- c) del dueño del suelo donde brotan, pero el uso de los remanentes que éste no utilice, está sujeto a concesión por la autoridad competente en Paraguay;
- d) del dueño del suelo donde brotan, pero los remanentes que éste no use son de los ribereños, en Brasil y Venezuela;
- e) de propiedad exclusiva de los ribereños, en las Guayanas Británica y Francesa.-

#### -POZOS CONSTRUIDOS POR EL HOMBRE

El "caput-fontis" es del dueño del suelo en todos los países sudamericanos, con la sola excepción de Chile donde también lo es, pero previa concesión del poder administrador, y de Ecuador donde el agua subterránea es pública, y su uso solo puede obtenerse por concesión administrativa.

El agua una vez salida del pozo artificial, es:

- a) del dueño del suelo donde el pozo está ubicado, en / Paraguay, Colombia, Venezuela, Guayana Británica y Surinam;
- b) del dueño del suelo donde el pozo está ubicado, previa concesión gubernamental, en Chile;

- c) del dueño del suelo donde el pozo está ubicado, pero el remanente no retenido es de propiedad pública y puede ser usado por los ribereños mediante concesión, en Perú;
- d) del dueño del suelo donde el pozo está ubicado, pero los ribereños pueden usarla en la medida que aquél / no la retenga, sin concesión, en Bolivia, Brasil, / Uruguay y Guayana Francesa;
- e) de propiedad pública, y solo puede ser usada mediante concesión administrativa, en Ecuador. (Tal sería el caso, actualmente, en Argentina, salvo la expresa reserva de un derecho de uso común, en favor del propietario del fundo).-

-AGUAS SUBALVEAS:

Se considera, en general, que siguen la condición jurídica del río o lago bajo el cual están.

En lo referente a la regulación del derecho a "extraer y usar" el agua subterránea, cabe distinguir los siguientes sistemas legislativos:

- a) Leyes que autorizan el uso del agua subterránea, sin control ni regulación;

En la mayor parte de las legislaciones sudamericanas, el derecho a extraer agua subterránea en suelo propio, es reconocido a los dueños del suelo, aún en caso que produzcan mengua o perjudiquen otros / aprovechamientos de terceros; no está sujeto a control ni permiso gubernamen-

tal. Dichas leyes, sin embargo, establecen la prohibición de hacer pozos a menos de dos metros del límite con la propiedad ajena (Bolivia: Ley de Aguas, artículo 21; Perú: lo establecía en su anterior Código de Aguas, artículo / 20).-

b) Leyes que autorizan a particulares a alumbrar agua en terrenos públicos:

Existen casos de leyes que autorizan el alumbramiento de agua subterránea en terrenos pertenecientes al dominio público del Estado, y autorizan su concesión a quienes las alumbran con permiso de la autoridad competente. Concretamente, este tipo de legislación, no se ha enfrentado con la idea de la propiedad privada del agua subsuperficial por parte de los dueños de la superficie, y solo autoriza la explotación en terrenos del dominio público del Estado.

Este grupo legislativo reconoce, a quien logra alumbrar agua subterránea en terreno público, la concesión definitiva de su propiedad y el derecho a trasladarlas hacia otros lugares, por medio de las respectivas servidumbres de acueductos (Conforme: Brasil Código de Aguas, artículo 101 - Chile: Código de Aguas, artículos 22, 50, 66, 281 y subsiguientes - Perú establecía el anterior Código de Aguas, artículo 22 - Bolivia: Ley de / Aguas, artículo 22 y subsiguientes).-

c) Leyes que establecen la regulación administrativa / del uso del agua subterránea:

Este grupo de leyes, sujeta a control administrativo la extracción de agua subterránea en suelo propio. Chile -Código de Aguas, Artículo 22- exige concesión por parte de la autoridad competente, salvo si es para usos domésticos. Perú exige que los propietarios suministren a la //

autoridad, información precisa sobre las condiciones del pozo, profundidad, diámetro, perfiles geológicos del suelo, caudal producido, niveles del agua y análisis de las mismas. En esta orientación, y con similares exigencias, encontramos en nuestro país las leyes de San Juan y Mendoza.-

Los Códigos de Aguas de Jujuy, La Pampa, La Rioja y Santiago del Estero, dividen los territorios bajo su jurisdicción, en zonas tuteladas y no tuteladas; en ambas, la perforación de pozos está sujeta al / permiso administrativo. Pero en las "zonas no tuteladas", la autoridad se reserva el derecho de imponer condiciones a los propietarios, como por ejemplo: limitación del caudal a extraer, colocación de válvulas que impiden el / escurreimiento de los pozos, cuando hay peligro de contaminar capas potables con las que no lo son; zonas de prohibición, cuando se mengüen pozos ajenos / por explotación preexistente; obligación de suministrar informes detallados / sobre las características de los pozos (Conforme: Jujuy: Código de Aguas, artículo 259 y subsiguientes - Santiago del Estero: Código de Aguas, artículo 251 y subsiguientes - La Rioja: Código de Aguas, artículo 247 y subsiguientes).-

Es posible observar que en distintas legislaciones, la propiedad del suelo, se encuentra sometida a diversas limitaciones que difieren entre sí, en el grado de restricción al libre ejercicio del derecho de dominio sobre la superficie, y que son impuestas en defensa e interés de la explotación del agua subterránea. La de mayor grado es la de soportar la expropiación por el alumbrador, y que en una apretada síntesis es la siguiente, según el sistema vigente en los Códigos de Aguas de las provincias de Jujuy, La Pampa, La Rioja y Santiago del Estero, inspirados en un Proyecto de Ley de / Aguas Subterráneas para la provincia de Mendoza, elaborado en el año 1942 por el doctor Guillermo J. Cano; en caso de que los trabajos tengan éxito y el / perforador consiga extraer agua, ésta le es concedida definitivamente, debien

do en este caso el concesionario pagar al dueño del suelo, la indemnización que los Tribunales ordinarios fijen por la privación del dominio del agua. El concesionario adquiere, además, el derecho a expropiar la superficie circundante al pozo, a razón de una hectárea por litro por segundo de agua que produzca el pozo, debiendo pagar el precio de la expropiación.-

Otras limitaciones de menor incidencia en el derecho / del propietario superficial, son las que contiene el Código de Aguas del Brasil, que establece la obligación de recibir los sobrantes de aguas alumbradas en su fundo superior, previa indemnización.-

Por otra parte, todas las leyes establecen zonas de // protección para el caso de pozos preexistentes, como así también de edificios, ferrocarriles, caminos públicos; zonas en las que no es permitido hacer nuevos alumbramientos, y cuyo ancho varía entre los 2 y los 100 metros, según / las leyes.-

Cabe destacar que, en las leyes más modernas, pueden / extenderse considerablemente dichas zonas, y por lo general es la autoridad administrativa la competente para su delimitación, atendiendo a las circunstancias y condiciones geológicas particulares del terreno.-

## 2. Naturaleza y Régimen Jurídico del Agua Subterránea en el DERECHO ARGENTINO

El problema de la naturaleza y régimen jurídico de las aguas / subterráneas en nuestro derecho, es uno de los primeros y fundamentales aspectos que debemos definir, con el propósito de brindar algunas bases concretas para encarar otro aspecto esencial en la cuestión, cual es el régimen de utilización y control de este recurso, en un sistema integral de aprovechamiento de los recursos hídricos.

Con el fin de brindar un panorama lo más completo posible sobre esta materia -dentro de las limitaciones a que estamos sujetos-, dividiremos el estudio de la cuestión en dos etapas, dentro del tratamiento del derecho / substantivo, a fin de ofrecer el panorama durante la vigencia del Código Civil hasta la fecha de promulgación de la Ley Nº 17.711, y la definición del problema a partir de la reforma introducida a nuestra Ley de fondo por el texto legal ante-citado. Los aspectos que informen la solución a que se llegue en la exégesis que intentaremos de la norma implicada, serán de fundamental / importancia para una futura estructuración de un régimen local en materia de utilización y control del agua subterránea. La exposición en dos momentos, de los principios jurídicos que gobiernan al recurso subyacente, se hace con el objeto de brindar al lector una base comparativa que permita evaluar los cambios introducidos en el Código Civil, y poder ponderar o no las verdaderas / excelencias de la reforma civil en esta materia.-

(a). El problema bajo la vigencia del Código Civil, antes de la reforma introducida por la Ley N° 17.711.

En orden a la consideración de la naturaleza y régimen jurídico de las aguas subterráneas, conforme a la sistemática legal de nuestro Código Civil -antes de las reformas que le fueran introducidas por la Ley // N° 17.711- puede decirse que la doctrina nacional elaborada a través de los largos años que han transcurrido desde la época de su promulgación ha sido / contradictoria al punto de considerar al recurso subyacente como "perteneciente al propietario del fundo", interpretación basada especialmente en una exégesis estrictamente ajustada a los términos y principios normativos expresos de nuestro Código y, podría decirse, ajustada categóricamente a los criterios del derecho privado tradicional; ó considerarla como "perteneciente al dominio público del estado nacional o provincial, según los casos", por interpretación del precepto contenido, fundamentalmente, en el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil y en la que se tomara en cuenta, principalmente, el interés público como principio informante del precepto pre-citado. La solución a que se arribara, se entendió en su momento, tendría relevante importancia por las diversas e importantes implicancias jurídicas, sociales y económicas que a cada una de las soluciones expuestas le son propias y, por otra parte, para determinar la base de aplicabilidad de los principios substantivos en orden a su oportuna reglamentación en las esferas de jurisdicción local.-

Las dos principales posiciones, que doctrinariamente se / disputaron la inteligencia del problema sobre la naturaleza y régimen jurídico del agua subterránea, fueron: la que sostuvo el profesor doctor Miguel S. Marienhoff -que podríamos denominar "Tesis Privatista"-, y aquella que adoptó el doctor Alberto G. Spota -identificada como "Tesis Publicista"-; veamos, pues, a continuación los fundamentos en que ambos se inspiraron:

i. Tesis Privatista, sostenida por el profesor Dr. Miguel S. Marienhoff (62):

El punto de partida en que se basó el autor, es de suma importancia para la consideración y comprensión de su posición en el estudio del problema. En su obra nos dice que "aguas subterráneas son todas las que se encuentran o corren por debajo de la superficie de la tierra", afirmando / que no puede, desde el punto de vista jurídico, hacerse diferenciación hidrológica o geológica. En su concepto, es subterránea toda agua que no sea superficial o exterior sin hacer distinción alguna entre agua y corriente subterránea. Corrientes Subálveas, dice, son las que corren debajo del lecho de / ciertos ríos o arroyos, en forma más o menos paralela a las corrientes superficiales de éstos, con los cuales pueden tener una mayor o menor relación de dependencia. Adopta respecto a estas corrientes subálveas, una postura acorde con la tesis general que sostiene en orden a la vigencia de los derechos / privados de los propietarios de la superficie sobre las cosas o elementos // contenidos en profundidad dentro de los límites de los fundos bajo dominio, asimilándolas así a la que él denomina agua subterránea. Ello importa tanto como que las corrientes subálveas seguirán la misma condición jurídica del / agua subterránea. De acuerdo a lo expuesto, Marienhoff afirma que será agua pública o privada, según que el río del cual dependa, luego de insumirse bajo la superficie, reaflore nuevamente o no; en el primer caso es privada.

Refiriéndose a la diferencia entre manantial o vertiente y el agua subterránea nos dice que, la vertiente es el punto donde aflora el agua procedente del interior de la tierra y, también, el agua que de allí surge. En punto a definir su naturaleza jurídica, con el fin de diferenciarla de aquella respecto del agua subterránea, expresa que "el agua de vertiente es agua superficial o exterior, y no subterránea. Desde el punto de vista jurídico, hay una disociación entre el agua vertiente y la subterránea; de /

tal forma que la propiedad de una persona sobre determinada vertiente, no // obsta a la propiedad que un tercero tenga sobre el agua subterránea de la // que, en realidad, se alimenta el manantial". En tal sentido cabría afirmar / que "las venas de agua subterránea que alimentan un manantial, no forman parte de éste". Ello significa que, desde el punto de afloramiento el agua del manantial forma una entidad legal independiente del agua subterránea de la / cual proviene, sin que sea relevante la investigación geológica o hidrogeológica acerca de la identificación de la vena subterránea de la cual se alimenta el manantial.-

En lo atinente a la condición legal de las vertientes, sienta como principio general el criterio de que "serán bienes privados, si nacen en un terreno de esa naturaleza, y serán bienes públicos si afloran en propiedad de tal carácter".-

En cuanto a las aguas que nacen y mueren dentro de un mismo predio, designa como de estricta aplicación la norma del artículo 2350 del Código Civil, en consecuencia "pertenecen en propiedad, uso y goce, al / dueño de la heredad". En lo relativo a las aguas que brotan en una heredad y mueren en otra, están regidas por la norma del artículo 2637 del Código Civil afirmando, luego del análisis de la norma, que son privadas.-

Por último, el agua subálvea es asimilada por este autor a la subterránea, conforme con la posición que sustenta la legislación / suiza y española y la doctrina enseñada, entre otros, por Gilardone; pero se considera agua exterior y siguiendo la condición jurídica del río o arroyo / por Gianini, Pacelli y Spota.-

Al analizar la condición jurídica del agua subterránea en nuestro derecho positivo, Marienhoff adopta como principio rector la norma contenida en el artículo 2518 del Código Civil, concluyendo que su propiedad

p pertenece a los propietarios superficiales en cuya heredad se alumbra. El artículo 2518 del Código Civil, dice textualmente: "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 encuentren bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos". Acá corresponde que hagamos notar una observación importante. Si nosotros observamos las fuentes de dicho artículo, podemos afirmar, conforme con los juristas franceses Mazeaud (63), que el derecho de propiedad es un derecho "en volumen"; ... no recae solamente sobre la superficie de las fincas... En tiempos pretéritos se decía que, en razón de su carácter absoluto, el derecho de propiedad no tenía límites ni en altura ni en profundidad; los romanos decían que se extendía "usque ad caelum et usque ad inferos". Los redactores del Código Civil francés reprodujeron esta regla en el artículo 522 párrafo 1º: "La propiedad del suelo, lleva consigo la propiedad de lo que está encima y debajo de él". Pero, continúan, "le ha sucedido a esta afirmación, igual que a la definición misma del derecho de propiedad: la evolución social ha limitado su alcance...".-

De la conclusión que extrae Marienhoff por aplicación del artículo 2518 del Código Civil, resulta que las masas de agua o el agua subterránea, pertenecen en propiedad al dueño del suelo. Esgrime, como vemos, una posición contraria a quienes dividen al agua subterránea en "corriente" y "estancada" -Spota y Von der Heyde Garrigós-.

La opinión de Spota, en síntesis, consiste en afirmar el carácter público del agua subterránea corriente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, en cuanto establece que pertenece al dominio público todas las aguas "que corran por sus cauces naturales". Pero, Marienhoff combate firmemente esta posición, en base a los siguientes argumentos, que en forma suscinta pasamos a exponer:

- a) Nuestra ley no hace distingo entre el agua subterránea corriente, y el // agua subterránea estancada; por lo tanto, si el agua no es exterior, es subterránea, lo que basta para atribuirle el carácter de bien privado;
- b) El Código Civil considera como bien privado, a toda el agua de origen subterráneo, sean o no agua corriente. Es el caso del agua que se extrae de un / pozo ordinario, como el de aquella proveniente de manantiales o vertientes, ya sea que nazca o muera dentro de una misma heredad, o que desaparezca fuera de la heredad en que nació (argumento conforme a los artículos 2350 y 2637 del Código Civil).
- c) Conforme a los principios normativos de nuestra legislación de fondo, la propiedad del suelo "se extiende a toda su profundidad" sin otras excepciones que las referidas a los tesoros y a las minas (artículo 2518 del Código Civil). Cualquier afirmación en contrario, crearía una excepción no consagrada por el Código Civil.
- d) Al afirmarse la teoría que refuta Marienhoff, éste dice que se establece de hecho un "derecho de superficie" -por cuanto se dá carácter público al // agua subterránea-, situación que no está prevista en nuestro Código (nota al artículo 2503; artículos 2614 y 2617 del Código Civil).
- e) Al argumentarse que el agua subterránea corriente es del dominio público / en cuanto corre por cauces naturales, por aplicación del artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, es una solución desacertada, pues según se deduce de la nota del codificador referida al citado precepto y de las fuentes de éste, dicho texto se refiere exclusivamente a las aguas "exteriores", y no a las / subterráneas.
- f) Otra crítica que hace a la afirmación del carácter público del agua subterránea corriente, cuando Spota manifiesta que "esta interpretación tiene explicación o aplicación en casos tales como aquellos en que esa agua afluye en cantidad tan considerable, que puede ser destinada al uso público...". Marienhoff dice que "tal argumento es inadmisible en nuestro derecho, en el cual, /

para que las aguas de vertiente, por apreciable que sea su caudal, pierdan / su carácter de privado, es indispensable cumplir con los requisitos de la expropriación, según lo dispone expresamente el artículo 2637 del Código Civil, en concordancia con el artículo 17 de la Constitución Nacional".-

En cuanto a la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, Marienhoff señala, por ejemplo, el siguiente fallo: "...Tratándose de agua subterránea, de agua que corre por la profundidad de la tierra, / la ley ha atribuido su dominio a los dueños de los terrenos por debajo de los cuales circula, correspondiendo su uso y goce a los mismos, sin otras limitaciones que las señaladas en el Título VI del libro III del Código Civil (artículos 2518, 2522, 2637, 2314 y argumento de los artículos 2648, 2650 y 2514 y su nota)" (64).-

Por último, señalaremos los derechos del propietario o del dueño del suelo sobre el agua subterránea que corre por debajo del inmueble, y que Marienhoff los concreta así:

-El propietario superficial tiene la facultad de practicar en su inmueble todo tipo de excavaciones y/o perforaciones que estime // convenientes u oportunas; ello, por cuanto dicho propietario no hace más que usar y disponer de su propiedad en los términos autorizados por el artículo 2514 del Código Civil.

-El dueño del terreno puede disponer del agua subterránea que corre por debajo de su inmueble; pero para que dicho acto de disposición tenga validez legal, debe realizarse en alguna de las formas siguientes:

a)debe enajenársela conjuntamente con el terreno bajo el cual se halla y con el que constituye una individualidad jurídica;

- b) La disposición del agua puede limitarse a la constitución de una mera servidumbre, en mérito a la cual el dueño del inmueble se compromete a no efectuar perforaciones en su fundo, y a no extraer de éste agua subterránea, a fin de no perjudicar al vecino;
- c) El propietario del terreno, tiene el derecho de usar del agua subterránea que descubre o alumbra en él, / pues resulta que el "jus fruendi" y el "jus abutendi" son facultades inherentes al derecho de propiedad;
- d) El dueño del terreno tiene la facultad de excluir a terceros en el uso y goce de dicha agua, derivando / ésta del carácter de exclusividad del dominio;
- e) Las restricciones al derecho del dueño del inmueble / para practicar perforaciones y/o alumbrar agua subterránea, solo pueden resultar de un "título" válido / (contrato, servidumbre, disposición de última voluntad,...).-

ii. Tesis Publicista, sostenida por el doctor Alberto G. Spota (65):

El punto de partida de la doctrina que elaboró este tratadista del derecho civil, parte de la distinción fundamental entre "aguas / subálveas" y "aguas subterráneas".

Las primeras son aquellos cursos de agua que discurren sobre un lecho impermeable y por debajo de las corrientes superficiales que / corren sobre un cauce permeable. Afirma que éstas forman parte integrante del

curso superficial, constituyendo con éste una unidad indivisible; y aclara / que no se trata de partes fluídas del suelo que forman su profundidad -estando, en tal caso, comprendidas en el artículo 2314 del Código Civil-, "sino / de porciones líquidas superficiales". Así pues, concluye afirmando que "las aguas subálveas, geológica y jurídicamente, deben discriminarse de las aguas subterráneas", en una palabra, que las aguas subálveas son de la misma naturaleza jurídica que las superficiales, de las cuales derivan. Por ello es que / se pregunta: "¿cómo no considerar que se trata de un mismo río, del mismo // arroyo, que posee un trecho de su recorrido en forma subálvea?". En apoyo de tal tesis cita la doctrina y jurisprudencia italiana, y la Ley de Aguas de / Turingia. En tal orden de ideas es que Pacelli, citado por Spota en su obra, manifiesta, reproduciendo los considerandos de una sentencia, del Tribunal / Superior de las Aguas Públicas, "es necesario no confundir las aguas freáticas que corren por el subsuelo, con las subálveas y con las fuentes. Las subálveas derivan de los ríos... y tienen su mismo carácter jurídico...".-

Respecto a las segundas, es decir a las "aguas subterráneas", Spota se pregunta sobre "la condición jurídica de las mismas cuando discurren por las entrañas de la tierra, formando verdaderos ríos o arroyos, ello es, con un lecho definido, y por ende, determinable... en otros // términos: ¿las aguas que corren formando lo que en doctrina y jurisprudencia norteamericana denominan "underground waters", en oposición a las "percolating waters" (aguas que si bien son subterráneas, no poseen un álveo conocido), pertenecen como las últimas -por aplicación del artículo 2518 del Código Civil- al dueño del fundo debajo del cual circulan? El autor estima que, en virtud del artículo 2340 del Código Civil y debido a la amplitud de su // contenido, corresponde englobar a "toda agua que circule por cauces naturales" y toda interpretación restrictiva que se intentare, resultaría violatoria y arbitraria respecto al espíritu de la ley, hasta tanto no se dicte una norma expresa que limite tal comprensivo resultado. Por ello es que, confor-

me a esta interpretación doctrinaria, el agua subterránea que forma verdaderos ríos subterráneos, queda comprendida dentro de la definición legal de // aguas corrientes públicas, en razón de que "todas las aguas que corren por / cauces naturales" son bienes públicos. Interpretación que, se dijo, concordaba con el texto severo de la ley y de su interpretación gramatical que, por otra parte, armonizaría con el fin deseado por el legislador y se desprendería de la fuente de la norma en cuestión. En este sentido y siguiendo tal orden de ideas es que Spota manifiesta que "el fin de la ley, la ratio legis, no solo exige que el Estado sea el propietario único y el regulador del uso de las aguas corrientes superficiales, sino también -en particular en aquellas regiones de nuestro territorio nacional en las que el valor inmobiliario se determina por el agua que fertiliza las tierras y que satisface las necesidades potables de los centros poblados- de todas las corrientes de aguas subterráneas, o sea, de los ríos o arroyos que, sin ser cursos subálveos, // constituyen aguas que corren por cauces naturales".-

El criterio expuesto, en general, que fuera compartido por nosotros hace algunos años (66), no tanto en el aspecto de la posibilidad real de su aplicabilidad judicial, sino más bien como una petición de / principios, ya que la jurisprudencia -en general- fué contraria a la recep- tibilidad de esta doctrina, nos lleva a ahondar un poco más en el fundamento e interpretación de la norma que nos ocupa. La fuente del artículo 2340 del Código Civil nos conduciría a una solución acorde con la posición que sustentamos: En la recopilación de Indias, El Emperador Carlos V, en la Ley 5 / -Título 17- Libro IV decía que: "Nos, hemos ordenado que los pastos, montes, y aguas sean comunes en las Indias, y algunas personas sin título nuestro, / tienen ocupada muy grande parte ... Mandamos que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las Provincias de las Indias, sean común a todos los vecinos de ellas que ahora son, y después fueren para los que los puedan gozar / libremente...", y en la Ley 7 agregaba: "Los montes, pastos y agua... en las

Indias, deben ser comunes a los españoles e indios...". Al respecto Bibiloni, por su parte, concluye que "las aguas... eran bienes del Estado y el Código, encontrando esa legislación vigente en el momento en que entraba a regir, la interpretó como lo hace en el artículo 2340, y como la nota lo repite. Eran bienes del dominio público..." (67).-

Nuestro codificador, si bien es cierto se inspiró en / la Ley civil chilena para la redacción del inciso 3º del artículo 2340 de / nuestro Código Civil, en realidad tuvo en cuenta, felizmente, este principio tan lato, tan adelantado, de un contenido social tan considerable, como es el declarado en la Recopilación de Indias. Por ello, según lo manifiesta Spota, ni el derecho romano, ni la legislación alfonsina, ni el derecho francés, citados por el codificador en la nota al precepto en cuestión, constituyen la fuente del mismo (68). Pero Vélez Sarsfield creyó conveniente reproducir las palabras de Goyena, con el fin de dejar bien establecida la importancia de / "todos los ríos" o cursos de aguas corrientes, sin distinguir entre superficiales ó subterráneos, "por la multitud de usos necesarios a la vida, a la / industria y a la agricultura, que pueden hacerse de sus aguas". Todo lo cual conduce, según Goyena, a que dichas aguas se consideren de propiedad del Estado, a quien compete -por ende- la regulación de sus usos.-

En substancia, en este orden de ideas, el autor a quien glosamos sostiene que "la fuente profunda de la ley, el texto severo de la / misma, la ratio legis expresada por el codificador, y la necesidad -en último término- de acoger una interpretación histórico-evolutiva (basada en la / observación del aprovechamiento y derroche del agua subterránea en nuestro / país y en determinadas zonas, en especial; además, es una interpretación que encuentra su justificación en las razones históricas invocadas por su autor), nos conduciría a afirmar que, dentro de la norma legal, quedan comprendidas aquellas "aguas que corren por cauces naturales", sea que estos cauces estén

trazados por obra de la naturaleza en la superficie de la tierra, sea que se trate de lechos naturales subálveos, sea, en fin, que se esté en presencia / de cauces naturales bien definidos que se hallan en el interior de la tierra. El autor señala, además, que la doctrina clásica y la jurisprudencia de los tribunales, no contemplaron el problema especial que se analiza. Solo se detuvieron a señalar, sin hacer distinción, que el agua subterránea, a pesar de no indicarse expresamente su condición en el Código Civil, pertenece al dueño del fundo, como parte fluida del mismo (69); a igual solución se llega en los considerandos de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando se dice "que el Código Civil ha adoptado, al legislar sobre la propiedad de las aguas corrientes, dos criterios distintos. Tratándose de las aguas corrientes superficiales, ha declarado que los ríos navegables o no, son bienes públicos del Estado... Tratándose de agua subterránea, de agua que corre en las profundidades de la tierra, ha atribuido su dominio a los dueños de los terrenos / por debajo de los cuales circula, correspondiendo su uso y goce a los mismos, sin otras limitaciones que las contenidas en el Título IV, del Libro III - artículos 2518, 2522, 2637, 2314 y argumento de los artículos 2648, 2650 y / 2514 y su nota del Código Civil" (70).-

Ahora bien, conforme al criterio que informa la fundación de la posición del doctor Spota, los preceptos citados como fundamento de la posición de la Suprema Corte, en la sentencia que nos ocupa, no regularían la situación jurídica de las corrientes subterráneas, las cuales / solo habrían sido contempladas -según su opinión- en la norma del artículo / 2340, inciso 3º del Código Civil, de acuerdo a las argumentaciones expuestas más arriba. Y así, expresa que, cuando el Código Civil, en el artículo 2518, sienta el principio que el dominio sobre el suelo se extiende en líneas perpendiculares a toda su profundidad, no ha pretendido abarcar en el principio, bienes que ha declarado del dominio público en el artículo 2340 del Código / Civil; ello sería lo mismo que admitir una seria contradicción en el texto /

legal. En cuanto al artículo 2522 del Código Civil, ningún papel desempeñaría en esta materia, en razón de que la corriente o río subterráneo no forma un todo con el fundo, y tiene individualidad jurídica independiente. En el caso del artículo 2637 del Código Civil, tampoco resultaría una norma aplicable al caso, por cuanto una cosa son las aguas que brotan "ex naturali causa" de una heredad, y otra muy distinta es la corriente subterránea. Por último, en cuanto a la aplicación del artículo 2314 del Código Civil, el agua subterránea que no corre por cauces naturales, es parte fluida del suelo y pertenece al dueño del fundo; pero no así el agua subterránea que discurre sobre álveos subterráneos, pues ésta es un bien público.

Una de las críticas fundamentales que se le hace a la tesis publicista, consiste en invocar la misma fuente histórica que menciona Spota -Recopilación de Indias; Ley 5 y 7- y manifestar que no se refiriría en modo alguno al agua subterránea, en cuanto mandaba que todas las aguas de las Provincias de las Indias deben ser comunes. Ello por cuanto en aquella época, se dice, no hacía falta hechar mano a tal agua, por contar con suficientes recursos hídricos superficiales para la atención de las necesidades generales / (71).~

Pero, lo cierto es que dicho texto legal aparece expresamente mencionado en la nota que el codificador puso al pie del artículo // 2340 del Código Civil. No se haría incapié en la argumentación en el sentido que se la incluyera o no en el término genérico "aguas"; como tampoco en la necesidad o no, de su utilización. Pero sí, podría afirmarse que cuando Velez Sarsfield se refiere en el artículo 2340, inciso 3º a "todas las aguas que / corren por sus cauces naturales", no ha hecho exclusión de las corrientes subálveas o subterráneas. Además, cuando Velez tomó como fuente el referido texto legal de la Recopilación de Indias, indudablemente se abstuvo de considerar si en ese texto positivo, en el término "aguas", estaban o no incluidas /

las corrientes subálveas y subterráneas, en consideración al momento histórico de su vigencia. El texto es genérico, no hace exclusiones; y por lo tanto así lo tomó Vélez cuando habla en el Código (artículo 2340, inciso 3º) de "todas las aguas que corren por sus cauces naturales". ¿Y por qué dudar? ¿No serían acaso las aguas subálveas y las corrientes subterráneas -en muchas hipótesis concretas- aguas que corren por cauces naturales que tienen su fuente / en las superficiales, las que se insumen bajo la superficie adoptando tal carácter? Si, tanto en la Recopilación de Indias como en nuestro Código Civil se hubiese querido excluir a las aguas corrientes subterráneas, podría haberse incluido una excepción legal en los respectivos cuerpos normativos. Lo // cierto es que, para la época de sanción de nuestro Código Civil, el agua subterránea explotada, no revestía la importancia que hoy puede asignársele sin esfuerzo alguno. Por ende, frente al texto de la ley podían buscarse argumentos exegéticos que, en mayor o menor medida, respondiesen al criterio del intérprete y a las necesidades socio-económicas, a fin de incluir a éstas en / uno u otro régimen. La jurisprudencia fue terminante; prevaleció el criterio privatista que, en el pensamiento de los señores magistrados, tendrían mayor apoyo legal.

Pero, en nuestros días, el crecimiento demográfico y / agro-industrial de las sociedades asignan al agua, en general, un valor preponderante. Es indudable, pues está demostrado científicamente, que el desarrollo socio-económico de una comunidad. está supeditado en razón directa a / los recursos hídricos con que se cuente; de este bien valiosísimo, depende // la producción, la alimentación, la propia subsistencia humana, animal y vegetal, y por ende, la tranquilidad social que implica no vivir con la angustia de la incertidumbre.

En el Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, Bibiloni (72) no hace referencia al problema particular que presenta el /

agua subterránea, ni incluye norma alguna a fin de regular en forma expresa / su status jurídico.

En el informe que elevó al Poder Ejecutivo, el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1936, cuya comisión estuvo integrada por / grandes juristas de la época: doctores Roberto Repetto (presidente), Julián P. Vera, Raymundo M. Salvat, Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora, Juan Antonio Bibiloni, Rodolfo Rivarola, Enrique Martínez Paz y José A. Gervasoni (vo-cales), se sientan algunas preocupaciones sobre el agua subterránea. Dicha / Comisión dejó constancia de que, en la oportunidad, se tuvo en cuenta el se-rio problema que representa para el país, el aprovechamiento y el derroche / de dicho recurso hídrico contenido en las capas freáticas y artesianas. Se // agregó que, dado el régimen de lluvias en nuestro territorio nacional, gran / parte del noroeste, las provincias andinas y gran parte de las altiplanicies patagónicas, constituyen regiones áridas o semiáridas, en las cuales la agri-cultura, la industria, y aún el establecimiento de poblaciones, se encuentra bajo la dependencia tiránica del agua. Y expresamente sigue: "La constitución de esas capas, independientes de las divisiones artificiales del dominio, así como el peligro de que ellas se inficionen, o sean abusivamente captadas en perjuicio de los fondos vecinos, significan otros tantos puntos de vista que inclinarían también a colocar en primer término los derechos del Estado, sin perjuicio de los correlativos que pudieran concederse, en cuanto al uso y go-ce de ellas, al dueño del suelo". Pero, en definitiva, la Comisión deja libra da la solución legislativa a una ley especial que se dicte al efecto (73).-.

(b). El criterio seguido en la Reforma del Código Civil

i. Consideraciones generales

En una breve referencia introductoria, prescindiendo / por ahora de la norma legal que se refiere en forma directa al problema del / agua subterránea bajo el régimen de la Ley 17.711, expondremos -antes de entrar en su análisis- algunas consideraciones generales y un escueto análisis de los antecedentes de la reforma, que nos servirán de base para orientar // nuestro criterio exegético en orden a determinar su naturaleza jurídica actual.

Es bien conocida por todos, la importancia que -sobre / todo en los últimos años- ha adquirido el agua subterránea, ya sea como factor esencial de apoyo al desarrollo, ya como elemento de mantenimiento de las economías regionales caracterizadas por explotaciones de tipo agro-ganadero-industrial. Las posibilidades tecnológicas de la época moderna tendientes a su explotación, nos la muestran incrementando los volúmenes hídricos superficiales en algunos casos, y como el único recurso disponible para abastecer, en forma autónoma y exclusiva, centros poblados o áreas pequeñas de regadio agrícola o de explotación ganadera. Es por ello que, todo trabajo de investigación y evaluación de las cuencas de agua subterránea, importa la ostensible generación de expectativas sociales, que mueven al individuo hacia metas de superación. Este fenómeno es particularmente observable en los tiempos actuales y, especialmente, en aquellas regiones áridas o semiáridas -entre las que se encuentran las zonas estudiadas por el Proyecto que ahora llega a su fin- debido a una serie de circunstancias climatológicas, geográficas, sociales y de estructura económica, que gobiernan las posibilidades de expansión. En este sentido, la gran sequía que hiciera sentir sus efectos nefastos en la región, durante los últimos tres años, ha dado origen una serie de medidas, //

programas y expectativas socio-económicas, en las que el agua subterránea ocupa un lugar principalísimo y, por qué no, a veces decisivo. Pero, a la vez, no debe olvidarse que el recurso subterráneo no está almacenado en forma uniforme, que su volumen no es infinito, que los procesos de extracción intensiva dan lugar a algunas consecuencias negativas como es el caso de la salinización de las aguas, la interferencia entre pozos, el descenso notorio de los niveles de extracción que llega hasta el "secado" de algunas perforaciones, etc. Ello nos indica la necesidad de dictar medidas tendientes a la reglamentación de la extracción y explotación del agua subterránea, como asimismo, para controlar la ubicación y todo el proceso de obras y trabajos de construcción de pozos e instalación de los equipos de bombeo.-

La explotación indiscriminada, intensiva y carente de / un control adecuado, son los mayores problemas que se observan en la actualidad, hecho que pone de relieve la necesidad de que el Estado, conforme a los principios institucionales y jurídicos implicados en la materia, adopte medidas y decisiones que hagan a la organización e implementación de un sistema / jurídico-estructural adecuado, para hacer que el complejo sistema relativo al gobierno integrado de las aguas, sea operativo y tienda a una distribución más justa y racional del recurso, atendiendo fundamentalmente a una entrega proporcional, conforme al real uso efectivo que pueda dársela a cada parcela de tierra.

Ante los ojos del "usuario" común del agua subterránea se presenta un programa caracterizado, en primer lugar, por la necesidad -más o menos apremiante- de utilizar el recurso para los fines que tiene previstos; él piensa sólo en el "derecho" que le asiste de extraer y utilizar el // agua de un pozo que él mismo debió costear para poder atender sus necesidades. Pero, además, tiene frente a sí una compleja problemática comprendida en el "misterio" que encierra la existencia y explotación del agua almacenada en el subsuelo. En forma alguna puede pretenderse que todos los individuos lleguen

a comprender o aceptar la explicación que pueda brindar un técnico, sobre el comportamiento natural e la influencia de la obra del hombre sobre la mecánica hidráulica que muchas veces se ve alterada en forma notable. Pero si sostenemos que, mediante la labor de asesramiento y de divulgación científica a nivel general que pueda brindarse desde los organismos comprometidos en la investigación y administración de las aguas, todo "usurario" puede llegar a tomar una conciencia clara de los irreparables perjuicios que origina la explotación descontrolada, irracional e indiscriminada de los volúmenes de agua / almacenados, perjuicios que, en definitiva, pueden llegar a generalizarse de tal manera, que harán que el agua que cada uno necesita, sea inapta para el uso, o imposibilitarán su extracción debido a un sensible descenso de niveles. Estos, y otros innumerables problemas, determinan -en términos sociales- incertidumbre económica e inestabilidad social, litigios con terceros y, en definitiva, un detrimento notorio del tan preciado recurso que la naturaleza nos brinda.

Si pasamos una breve revista a los términos en que se han planteado los problemas que hemos expuesto, veremos que en la consideración y estudio del agua subterránea, son innumerables los aspectos que están en íntimo contacto y que, por lo tanto, no es posible considerarlos en forma independiente. La localización y dimensionado técnico de las cuencas; la evaluación cuantitativa y cualitativa de los volúmenes almacenados, la comprobación del grado y características de la interinfluencia que existe con otras / manifestaciones de las aguas; la necesidad de contar con mayores y mejores // cantidades de agua que respondan a la creciente demanda que se origina por el incremento de las áreas explotadas y por el mayor consumo para abastecimiento; la incertidumbre social que se plantea ante el futuro desconocido; la necesidad de estructurar un sistema integrado, para el gobierno, utilización y control de las fuentes de provisión, del líquido vital en sí y su distribución, por medio de un conjunto de normas legales y reglamentarias que orienten

la acción; y tantas otras cuestiones que pueden plantearse, nos sitúan frente a un complejo objeto de estudio, en el que deben intervenir distintas especialidades, deben consultarse los intereses individuales y colectivos y, en fin, deberá ser convenientemente receptado por una adecuada política económica, en resguardo de los fines e intereses de la sociedad.

Con el fin de limitar adecuadamente el alcance de nuestra materia de estudio, creemos conveniente tratar de caracterizar e individualizar el agua subterránea como tal y diferenciarla de las de fuente o manantiales y de las de vertientes, conceptos que se siñen al ámbito estrictamente jurídico, pudiendo, por ende, diferir en alguna medida del criterio técnico que tienda a su definición y caracterización.-

Dentro del ámbito meramente conceptual podemos decir // que agua subterránea es aquella que está bajo la superficie terrestre formando cuencas o lagos subterráneos, con algún grado de movilidad y circulación, y que el hombre extrae para su aprovechamiento. Esta se acumula por infiltración a través de las capas permeables del suelo, desde los cauces naturales / de ríos, arroyos, etc., desde los deshielos de las altas cumbres, de las aguas de lluvia, de las aguas utilizadas para la irrigación y/o desde los canales / de distribución, etc. En este orden de ideas, sabemos que el agua es un recurso natural único, de naturaleza intrínseca común -aún cuando sea factible encontrar en ella una variedad de componentes químicos secundarios-, y que en / su manifestación en la naturaleza se nos ofrece bajo diversos aspectos, como nubes, lluvia, agua que fluye, estancada, subterránea, etc. No existe, en la actualidad, mayor problema para llegar al conocimiento, evaluación, control y utilización del agua superficial, pero ¿qué ocurre con el agua subterránea?. En cierto modo y aunque desde antiguo se conocía la existencia de agua ubicada bajo la superficie terrestre, es recién en los últimos años del siglo pasado que empieza a prestársele alguna atención especulativa seria. De tal forma,

mediante la investigación técnica realizada por expertos profesionales en las distintas ramas comprendidas en su estudio integral, se ha llegado a definir con bastante aproximación, y en algunos casos con certidumbre, el concepto, volumen, conocimiento de las cuencas y la mecánica de comportamiento del recurso hídrico subterráneo. Indudablemente, en nuestros días, podemos afirmar que el agua que discurre por la superficie terrestre, proveniente de precipitaciones pluviales, del deshielo que se produce en las cumbres nevadas, de la utilización y distribución de los cursos de agua para irrigación, etc., a través, en el proceso de descenso o circulación, superficies de los más variados tipos de contextura geológica -que van desde los terrenos totalmente impermeables a aquellos de gran permeabilidad-. En su trayecto, en consecuencia, el agua que discurre o circula por terrenos propicios, se infiltra en el subsuelo, acumulándose en reservorios o cuencas llenados por materiales que permiten su almacenamiento, con un variable y relativo movimiento o circulación subterránea. Bajo tales condiciones, es dable encontrar agua subterránea "libre", es decir, bajo acción directa de la presión atmosférica, o bien agua "confinada" bajo presión hidrostática, hecho que determina que, en el // primer caso el nivel de agua, una vez realizada una perforación, se mantenga / estático, y en el segundo que, a consecuencia de tal perforación, el nivel de agua ascienda dentro del pozo hasta alcanzar su nivel de equilibrio o nivel / piezométrico, produciéndose -en algunos casos- la surgencia natural de agua. Esta forma típica de manifestarse el recurso hídrico tiene algunas características que le son propias, y más que ello, que lo particularizan de tal forma, que determinan la necesidad de que la sociedad lo considere y lo regule en forma diferenciada; tales características son: su relativa movilidad, su renovabilidad condicionada y su presencia en grandes mantos que, en algunos casos, abarcan varias propiedades superficiales, hecho que lo colocaría / en una situación jurídica asimilable al condominio.

Respecto a la relación entre el agua subterránea y las fuentes o manantiales, veamos cual es la condición jurídica de las segundas / y la relación que guardan entre ambas. La ley romana contenida en el Digesto decía que, manantial de agua es el punto donde nace el agua, criterio seguido por nuestra ley civil en cuanto hace referencia a "las aguas que surgen..." (artículo 2637 del Código Civil); por ende, acá se alude al lugar en que surge o aflora al exterior, el agua proveniente del interior de la tierra, y, además, a tal tipo de agua en sí (Conforme: criterio definido en el presente / trabajo, Tomo Primero, A.4.(b), página 70 y ss.).-

En consecuencia, toda agua de fuente o manantial proviene de agua subterránea que en un punto determinado "surge" al exterior, es decir, a la superficie; por ello se dice que, el nacimiento jurídico del manantial se produce, cuando en un lugar determinado aflora a la superficie el agua que lo forma; antes de ello sólo habrá agua subterránea y después del afloramiento las aguas de fuentes serán aguas superficiales reguladas por los artículos 2637 y 2638 del Código Civil.-

En relación al problema de las vertientes (ver presente trabajo, Tomo Primero, A.4.(c), página 81 y ss) sólo diremos que éstas son aguas que descienden de las partes altas de los fundos, y provienen de la fusión de la nieve o del discurrimiento de la colección de agua pluviales; por lo tanto no tienen origen subterráneo. Son aguas superficiales regidas por el artículo 2350 del Código Civil, y cuando discurren por cauces naturales se rigen por / el principio contenido en el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil -ello es, pueden ser privadas por aplicación del artículo 2350 del Código Civil, o públicas por aplicación del criterio general del artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, en cuanto fluyen por cauce natural- .-

ii. El principio de la norma, a la luz de sus antecedentes y de su doctrina.

Hechas estas breves acotaciones previas, pasaremos a // analizar concretamente el régimen jurídico que estructurara la Ley de Reformas al Código Civil, en materia de agua subterránea. Bien es cierto que esta materia no ha sido tratada con suficiente claridad por la reforma civil, habiendo dado origen a algunas interpretaciones y doctrina controvertidas, aunque no muy claras hasta el momento. De cualquier manera, y con el ánimo de / brindar algunos elementos esclarecedores sobre el particular, trataremos de / presentar -de acuerdo a nuestra humilde experiencia- algunas pautas y criterios que explicarían el sistema adoptado, por cuanto, si bien el texto de la ley carece de la claridad que debió caracterizar a tan importante y fundamental reforma, el criterio que adoptara la Comisión que lelaborara el proyecto hoy vigente, ha sido sanamente inspirado, pudiendo llegar a ser operativo en la práctica, mediante una adecuada reglamentación por parte de los gobiernos locales que, en alguna medida, podría ordenar adecuadamente el principio y la restricción contenida en la norma de fondo.-

La redacción actual del artículo 2340, inciso 3º del / Código Civil, dice textualmente: "Quedan comprendidos entre los bienes públicos:..... los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales, y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de / interés general, **COMPRENDIENDOSE LAS AGUAS SUBTERRANEAS, SIN PERJUICIO DEL // EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO DEL PROPIETARIO DEL FUNDO DE EXTRAER LAS AGUAS SUBTERRANEAS EN LA MEDIDA DE SU INTERES Y CON SUJECION A LA REGLAMENTACION".**

Pensamos que la mejor forma de poder llegar a interpretar el precepto, con el fin de tratar de ser fieles a la intención del legislador y a las bases que inspiraron la inclusión del agua subterránea entre //

los bienes del dominio público, es a través de las fuentes mediata e inmediata que se tuvieron en cuenta para la redacción del principio que hoy es ley. La fuente mediata de la norma la encontramos en el derecho italiano, más concretamente, en el Real Decreto de 1933, en su doctrina y en la jurisprudencia elaborada en su consecuencia. La fuente inmediata está constituida por las / recomendaciones que sobre materia de aguas elaborara la IV Conferencia Nacional de Abogados, realizada en Tucumán en el año 1936.-

En cuanto al primer antecedente -fuente mediata-, es indudable que cuando en la Conferencia de Tucumán de 1936 se trató el problema relativo a las aguas, momento en que se creía se promulgaría el Proyecto de / Código Civil de 1936, la mayoría de los juristas allí presentes e interesados en el particular, tuvieron en cuenta los preceptos del derecho italiano contenidos en el Real Decreto N° 1775 del año 1933. En su artículo 1º expresamente se prescribe: "son públicas todas las aguas surgentes, fluyentes y lacustres, así como las extraídas artificialmente del subsuelo, vinculadas o incrementadas, las cuales consideradas sea aisladamente por su caudal o por la amplitud de la respectiva cuenca imbrífera, sea en consideración al sistema hidrográfico al cual pertenezcan, tengan o adquieran la aptitud de satisfacer los usos públicos de interés general". El criterio de la dominicalidad de las aguas, en el derecho italiano, se basa en los preceptos contenidos en el Código Civil pero también, y fundamentalmente, en el criterio que se sigue a través del texto / del Decreto de 1933. citado.-

Gilardoni explica con toda claridad (74) que el atributo del interés general implica una necesaria complementación recíproca entre el criterio de 'generalidad' y el de 'publicidad'. El interés público es general, cuando influye en cualquier medida y con cualquier sentido de relatividad, sobre la riqueza nacional, sobre la importancia de la producción, sobre la aptitud y adecuación a los fines de posibilidad técnica y de utilización / eficaz, a la economía de la Nación; y puede concluirse: un interés no es público

co si no es general y, si es general llega a ser público por este solo hecho.

En orden a las ideas expuestas, la 'aptitud de satisfacer usos públicos' y, en consecuencia, 'de interés general', si bien no constituye por sí solo un criterio práctico para determinar cuando nos encontramos frente a 'aguas públicas', implica -en cambio- un principio directriz de suma importancia que, agregado a las circunstancias a que se refiere el precepto (caudal, amplitud de la cuenca imbrifera, o sistema hidrográfico al // cual pertenece), permite determinar en cada caso si tales aguas tienen la aptitud de satisfacer los usos públicos de interés general. El texto de la ley italiana que comentamos, sólo le proporciona al intérprete, 'criterios' que -en forma aislada o conjunta- conducen a acreditar que se está o no, en presencia de un bien público. Es decir que, en conclusión, la jurisprudencia adquiere un valor prevalente para brindar la definitiva orientación en su aplicación y determinación.

Además, cabe señalemos que, el criterio determinante / que adopta la ley de 1933 para la configuración de las aguas públicas, es un criterio general y de aplicación amplia, no se hace ninguna diferencia entre el agua superficial y la subterránea; para ambos tipos, son válidos los mismos criterios.

El criterio jurídico que sigue el derecho italiano, tiende a la determinación del carácter y propiedad de las aguas, contenido en el Real Decreto de 1933 que suscintamente expusieramos, fué uno de los antecedentes fundamentales que se consultaron y discutieron en la Conferencia de Tucumán, a fin de llegar a conclusiones concretas. Las bases que se prepararon y aprobaron en la oportunidad, consultaron, por una parte y en alguna medida, los antecedentes del derecho italiano, pero, a la vez, bifurcaron el criterio que él sigue, desde que en Tucumán se decidió que todas las aguas debían ser

del dominio público, pero se siguió al Texto italiano en el temperamento que se adoptó respecto a las aguas privadas -excepciones contenidas en el Código Civil, y que de acuerdo al criterio de la Conferencia, debían conservarse (en la forma que más adelante veremos). Pero, por otra parte, también influyó // -en la oportunidad- la doctrina que expusieron prestigiosos juristas argentinos, entre los que cabe mencionar a Alberto G. Spota, A. Von der Heyde Garrigós y Angel María Figueróa, posición que en el fondo también apareció informada por el espíritu de la ley italiana. Las bases aprobadas en la oportunidad, como decimos, fueron la fuente inmediata que tuvieron en cuenta los integrantes de la Comisión que redactó las reformas del Código Civil Argentino, hoy vigentes, en la materia que ahora nos ocupa.-

A los efectos de poner a consideración de los lectores los principales elementos de juicio, transcribiremos a continuación el Proyecto de Bases para una Legislación de Aguas que preparara la comisión respectiva de la IV Conferencia Nacional de Abogados (75):

"La cuarta conferencia nacional de abogados, DECLARA, que conviene que la legislación de aguas se ajuste a las siguientes bases":

#### I. Principios Generales. Dominio.

1. La legislación de aguas debe orientarse en el sentido de / reconocer el interés colectivo como su esencial fundamento. Por tanto, el dominio y sistemas de aprovechamiento de be establecerse mediante un régimen que asegure a la Nación y a las Provincias, según el caso, el dominio de las aguas susceptibles de utilidad pública, determinada por / las necesidades de la convivencia social.

2. Que en cuanto al régimen de propiedad, convienen establecer:
  - a) Que son del dominio público nacional o provincial, las aguas que corren por cauces naturales; las demás que // tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general; y los cauces mientras que por ellos corrnan aguas.
  - b) La Nación y las Provincias, dentro de sus respectivas / jurisdicciones, tienen el dominio público 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.
3. El dominio sobre las aguas y cauces deberá ser inscripto en registros especiales que serán organizados a tal fin.

### III. Concesión del uso de las Aguas Públicas.

#### A. Principios Generales.

4. El uso del agua pública debe acordarse por el sistema de la concesión, único título jurídico que permite su aprovechamiento, y que / solo confiere sobre la misma un derecho de uso y goce.
5. La concesión debe estar sujeta a revocación por el organismo concedente, en virtud de las causales generales o particulares predeterminadas en la ley vigente al otorgarse la concesión. En todo caso, la reglamentación debe estatuir las garantías para asegurar la esta

bilidad de las concesiones, mientras sea normal su ejercicio.

6. La concesión de aguas públicas, para otros fines que no sean de regadío, debe ser de carácter temporal.
7. La concesión deberá llevar implícita la obligación de pagar una tasa con destino al mantenimiento del organismo administrador de las aguas.
8. La concurrencia para el aprovechamiento de una corriente de agua deberá decidirse a favor del mayor interés social.
9. El título de la concesión deber ser inscripto en los registros públicos pertinentes.

B. Particulares para el agua de riego.

10. El aforo de las corrientes destinadas al regadío, como la determinación del límite máximo concedible, de acuerdo con la unidad establecida, deben ser impuestos por la ley al organismo administrador, de manera que las concesiones no puedan exceder, en ningún caso, de dicho límite máximo; el cual, una vez determinado, no deberá ser modificado sino con acuerdo legislativo, prestado mediante una adecuada / mayoría de votos.
11. Para fijar la dotación del agua de regadío, conviene adoptar un sistema fundado en el volumen por unidad de tiempo y con relación al inmueble para el cual se destina el agua.
12. La concesión de agua para riego debe ser declarada inherente al fundo para el cual se la destina, de modo que sea un accesorio inseparable del mismo.

13. El aprovechamiento del agua de riego adquirido definitivamente con / anterioridad al nuevo régimen legal; y el actual, de hecho, ejercido durante el tiempo que la ley fijare, debe ser respetado en la medida que el agua hubiere sido utilizada, debiendo regularizarse dicha situación mediante la pertinente concesión.
14. Los gastos inherentes sólo a determinadas concesiones, serán solventados por los respectivos concesionarios, mediante tasas.

C. Fuerza motriz, energía hidroeléctrica

15. .... 20.

D. Satisfacción de necesidades fisiológicas de la población.

21. Las concesiones de agua potable para servicios públicos deben ser // temporales; a su vencimiento conviene autorizar su renovación, si // subsisten los motivos determinantes del otorgamiento.
22. La ley contendrá normas destinadas a asegurar la potabilidad de las aguas.
23. La concesión de aguas para usos fisiológicos tendrá los caracteres / jurídicos de los servicios. -

E. Usos industriales.

24. Se dictarán normas con el objeto de asegurar que el agua no se utilice para otras finalidades, a fin de evitar que constituya un peligro para la salubridad pública.

III. Aguas medicinales y termales.

25. Se establecerán zonas de protección de las fuentes.

IV. Aguas subterráneas

26. La ley deberá reglamentar la búsqueda, extracción y aprovechamiento del agua subterránea, inspirándose en los principios sentados por el Código de Minería.
27. La ley deberá facultar al poder administrador para determinar las zonas en las cuales la búsqueda, extracción y / aprovechamiento del agua subterránea serán declarados de utilidad pública.
28. Deberá reglamentarse el derecho del propietario de extraer las aguas subterráneas de su fundo, de manera que no perjudique los aprovechamientos existentes, ni disminuya, ni desvíe las aguas del dominio público del Estado.

V. Gobierno y administración de las aguas

29. Conviene centralizar el gobierno de las aguas en un organismo autárquico con facultad de otorgar las concesiones y declarar sus caducidades, además de las que fueren inherentes a la índole de las funciones que deba desempeñar.
30. Es necesario dar al usuario participación en el gobierno del agua, a cuyo efecto las entidades funcionales deberán ser mixtas, constituidas por ingenieros y concesionarios.
31. Es conveniente que las servidumbres forzosas de acueducto y desague sean impuestas por el organismo administrativo con los recursos correspondientes.-

VI. Jurisdicción y competencia.

32. Es conveniente crear un tribunal especial colegiado de única instancia, de carácter mixto formado por abogados e ingenieros (predominando los primeros), el cual entenderá en todos los asuntos de derecho privado y contencioso administrativo, derivados, ambos, de la ley de aguas. Deberá reconocerse un recurso de inaplicabilidad de ley y de inconstitucionalidad, para ante el Superior Tribunal de la circunscripción judicial donde funcione aquél.
33. Para la simplificación de la competencia en materia de aguas, es conveniente crear circunscripciones de distrito o zonas, donde funcionará el tribunal letrado universonal que podría entender en las cuestiones relativas a los turnos, compuertas, cobro de cánones, etc., con apelación ante el tribunal colegiado de aguas.
34. Hay conveniencia en establecer el procedimiento oral, términos fatales, la brevedad de los plazos para fallar y la improporcionalidad / del fuero de aguas.
35. Los miembros de los tribunales de aguas deberán gozar de la misma independencia y prerrogativas que los magistrados judiciales.

VII. Carácter de estas bases.

36. Las bases 1º y 2º son de derecho común, y las demás de derecho público.

Firmado: Sebastián E. Alvo - Norberto Antoni - Juan /  
Agustín Moyano - Alberto G. Spota.

En desidencia parcial: Angel María Figueroa y  
Guillermo Cano (h). (desidencia respecto a los  
puntos 11, 13, 29, 30, 32 y suprimir el 36)""

Transcripto el proyecto de bases para una legislación de aguas, preparado por la comisión respectiva de la nombrada Conferencia de 1936, cabe anotemos -desde ya- que, en la materia que nos interesa en forma inmediata, las bases 1, 2, 3, 26, 27, y 28 del proyecto original fueron aprobadas tal como fueron concebidas. Pero con el propósito de ahondar un poco // más en el criterio que generó y determinó la redacción de los referidos principios, que en este momento nos resulta necesario desentrañar con claridad, trataremos de extraer de las actas del debate las nociones básicas que rigieron la proposición y aceptación de los pilares que sirvieron para articular / la posición prevalente, y que hoy -con algún cambio- han pasado a ser ley de fondo en nuestro país.-

El miembro informante de la comisión Dr. Angel María / Figueroa, en la parte referente al agua subterránea (76), manifestó que el tema era de capital importancia en el país, pues era bien sabido que existen regiones áridas, en las cuales el problema del agua es vital durante algunas estaciones del año. Agregó que en su criterio, el agua subterránea pertenece al Estado, pero que el punto era fuertemente discutido en el terreno de la doctrina y de la ley. Más adelante manifiesta que, la Comisión pensaba que la / Nación y las Provincias tienen el dominio público sobre esas aguas, sin perjuicio de reconocer el derecho del propietario del fundo para extraerlas en / la medida de sus necesidades, con sujeción a la reglamentación que corresponda adoptar. La enumeración de las aguas que forman parte del dominio público, explicaba, es materia que hace a la legislación substantiva; y, dada nuestra organización de gobierno, sin perjuicio de la facultad que corresponda al Congreso para dictar la legislación de fondo, siempre le queda a las Provincias y a la Nación, en los lugares y territorios sometidos a su jurisdicción la facultad de reglamentar por ley el uso de las aguas que pertenecen al domi  
nio público.

Pero veamos, por otra parte, cuáles fueron las posiciones que se plantearon en el debate, y cuál aquella que prevaleció. De una parte del debate tomado de la versión taquigráfica (77) podemos extraer dos posiciones fundamentales: la sostenida por los abogados sanjuaninos Sebastián E. Alvo y Salvador A. Doncel y quella -que termina por adoptarse- sostenida por Angel María Figueroa, Alejandro Von der Heyde Garrigós y Alberto G. Spota.

El doctor Doncel advirtió que en el punto 2º, los incisos A) y b) contemplaban dos aspectos distintos, ello es, aguas corrientes de superficie y aguas subterráneas. Dijo que el principio del dominio público se funda justamente en el interés público, estableciéndose esta fórmula, entonces, respecto a las aguas corrientes de superficie en consideración a la aptitud de satisfacer usos de interés general. Pero, observó, que en cuanto concierne a las aguas subterráneas no reza la misma fórmula jurídica, por cuanto se declara que todas son del dominio público y lo razonable, a su criterio, / era que solo fuesen del dominio público las aguas subterráneas que puedan servir al interés público, es decir, aquellas que puedan satisfacer un interés / público, y no la totalidad.

La advertencia que hiciera el doctor Doncel es aclarada, en los términos en que la Comisión entendió circunscribir el problema, por el doctor Alejandro Von der Heyde Garrigós como sigue: "en la Comisión que redactó el proyecto se debatió ampliamente el tema del dominio de las aguas y, lógicamente, también el dominio de las aguas subterráneas. La observación del / doctor Doncel se refiere a que en las aguas superficiales se hace un distingo y en las subterráneas no. (El distingo a que alude el exponente se refiere a que el punto 2º, inciso a, hace alusión a que son del dominio público, además de las aguas corrientes -en las que se presume actualizada la aptitud de satisfacer intereses generales-, a 'las demás aguas que tengan o adquieran dicha / aptitud'. Es decir, que en el caso de otras aguas -que no sean las subterráneas- puede darse el caso de que si tienen una aptitud actual de satisfacer /

usos públicos queden afectadas ministerio legis al dominio público, o bien, puede ocurrir que en el futuro adquieran esa aptitud., con lo cual se cumpliría la condición requerida por la base en consideración). Quizá en cuanto a la redacción sea cierta esta observación". Pero, a continuación agrega, "el principio de la Comisión ha sido, y está bien establecido, que todas las // aguas en cualquier forma en que se presenten en la naturaleza, puesto que no se presenten en forma fija, sea del dominio público, no tanto por el interés social que le es propio, sino por su naturaleza... El régimen del dominio // del agua en el Código Civil, se funda en el principio de que toda el agua es pública, con dos o tres excepciones. Esas excepciones ha querido salvarlas / la Comisión (aclaramos que habla de las excepciones a que se refiere en forma indirecta la base que comentamos, cuando hace alusión a 'las demás aguas'). Es indudable que si propusieramos que de hoy a mañana se trasladarán las // aguas que hoy se reputan del dominio privado, porque presuntamente nacen y / mueren en una propiedad, al dominio público, sin indemnización, concesión o regulación de alguna especie, estaríamos produciendo trastornos graves. En no es posible. Se trató de salvar ese inconveniente en una forma que yo conceptúo transaccional y que, por lo tanto, se presta a estas discusiones, diciendo que solamente las aguas que hoy se consideran públicas y aquellas que estuviesen en el dominio privado, pero fueran de utilidad social, fuesen públicas".-

Seguidamente Von der Heyde Garrigós, al referirse concretamente al agua subterránea, dice que la cuestión presenta un problema de otro orden, aclarando su pensamiento como sigue: "Todas las aguas subterráneas son del dominio público. Esto ha sido impugnado por el doctor Doncel. Las aguas subterráneas, efectivamente, no siempre interesan a la sociedad; estoy completamente de acuerdo en que el principio no tendrá aplicación en todos los casos, por falta de objeto. Pero es indudable que debe ser sentado, ante el grave peligro que la ausencia del mismo plantea al país, puesto

que hoy el agua subterránea no es de nadie o lo es de todos; basta colocar / una bomba en un lote cualquiera y bombeare agua, para que la influencia del // bombeo afecte a todas las propiedades vecinas, salvo quizás en el caso de // enormes latifundios. Eso demuestra que el agua subterránea, a pesar de los ar tículos poco claros del Código Civil (se refiere a los textos legales anterio res a la Reforma vigente desde 1968) no puede ser considerada propiedad del / superficiario, porque no está fija debajo de la superficie; está, por lo me nos, en un estado de condominio, y, como esa situación no puede sostenerse en términos prácticos, habrá que llegar a considerar al agua subterránea como del dominio público. Lo manifestado no sucede con las corrientes superficiales".-

Por otra parte, en otro orden de ideas, el doctor Sebas tián Alvo manifestó que, en su criterio, el concepto que se introducía en el proyecto que en ese momento estaba en consideración era, indudablemente, un poco lato, y que dicho criterio no fué el que primitivamente se tuviera en cuenta. Dijo que el concepto original era el de dar al Estado un poder de policía, de defensa, sobre el agua subterránea; que el Estado debería 'tutelar', forma / que estimaba más aceptable que el concepto amplio que se quería imponer.

En forma terminante el doctor Alberto G. Spota contestó y concretó la posición de la Comisión, en materia de tanta trascendencia, diciendo que las palabras del doctor Alvo no reflejaban en la oportunidad el / concepto que propiciaba la Comisión, por cuanto ésta entendía que todas las / aguas subterráneas son del dominio público, pero se acordaban derechos al propietario del fundo para que las utilizara con el fin de satisfacer sus necesidades domésticas, sometiendo ese aprovechamiento, del superficiario a las reglamentaciones pertinentes. Explica, seguidamente, que de tal forma se salvaban dos principios: existía, por una parte, una declaración del dominio público de las aguas subterráneas, y, por otra parte, se limitaba el principio, / acordando derechos al propietario de la superficie. En consecuencia, dejaba / de ser cierta la máxima romana de que el agua subterránea forma 'pars fundi'.-

Pero, además de lo expuesto, existe -en orden a lograr la exégesis integral del criterio de la Conferencia- la complicación que // traen aparejadas las bases 26, 27 y 28. La primera reza: "la ley deberá reglamentar la búsqueda, extracción y aprovechamiento del agua subterránea, inspirándose en los principios sentados por el Código de Minería"; la segunda, "la ley deberá facultar al poder administrador para determinar las zonas en las / cuales la búsqueda, extracción y aprovechamiento del agua subterránea serán declarados de utilidad pública"; y por último, en la tercera se dice que "deberá reglamentarse el derecho del propietario de extraer las aguas subterráneas de su fundo, de manera que no perjudique los aprovechamientos existentes, ni disminuya, ni desvíe las aguas del dominio público del Estado".-

De la discusión y examen que acabamos de hacer respecto de las bases, surge que el primitivo proyecto fué concebido siguiendo al Texto Único Italiano de 1933 -posición que, en el debate mantenido en la Conferencia apoyaron los doctores Doncel y Alvo- y que dice, que son públicas todas las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general. Ello significa que todas las aguas, incluyendo la subterránea, si tenían la aptitud de satisfacer usos de interés general, eran públicas; caso / contrario, eran privadas. En base a este criterio es que el derecho italiano legisló la materia, estableciendo zonas bajo tutela y zonas no sometidas a / tutela. Cuando las aguas existentes en una zona bajo tutela tenían aptitud / para satisfacer usos de interés general, se las declaraba públicas, debido a la configuración de la citada aptitud, mientras tanto no se reuniese dicha / condición, eran aguas privadas.

Pero reunida la Conferencia de Tucumán -habiéndose tratado el problema con alguna antelación en reuniones de comisión-, se cambian los principios inspirados en la Ley Italiana, diciendo que todas las aguas / son públicas, dejando a salvo, en el caso del agua subterránea, el derecho / del propietario.-

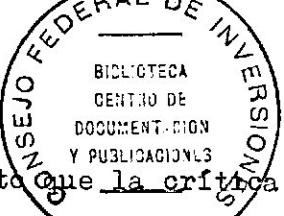
De lo expuesto brevemente, podemos extraer una primera / conclusión,

- a) En el derecho Italiano -criterio primitivo del proyecto de bases que se prepara para la Conferencia de 1936, y en la oportunidad mantenido por los / doctores Doncel y Alvo- todas las aguas, incluyendo la subterránea, son públicas, si tienen la aptitud de satisfacer usos públicos de interés general y, si no la tienen, pueden llegar a ser públicas cuando la adquieran.
- b) De las bases aceptadas por la IV Conferencia Nacional de Abogados y conforme a la doctrina que informara el criterio que se adoptó, puede extraerse lo siguiente:
  - 1) Son del dominio público las aguas superficiales corrientes y los cauces mientras que por ellos corran aguas.  
Respecto a "las demás" (refiriéndose a las excepciones que se mantienen, contenidas ya en el Código Civil como aguas privadas, artículos 2350, // 2635 y 2637), serán públicas cuando tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general.
  - 2) Son públicas todas "las aguas subterráneas", reconociéndose, solo, el derecho del propietario del fundo para extraerlas en la medida de sus nesesidades y con sujeción a la reglamentación correspondiente.
  - 3) Prescindimos de las conclusiones que pueden extraerse de las bases 26, / 27 y 28, por cuanto son de derecho público, y no hacen al fondo de la // cuestión que acá nos planteamos.-

Hasta acá hemos tratado, en breve análisis, los antecedentes que han servido de base al criterio que se adoptara en la Comisión de Reformas de 1967 y que determinaron la actual redacción del artículo 2340, inciso 3º del Código Civil.-

Veamos ahora qué conclusión podemos extraer de nuestra ley civil en relación a la condición y régimen jurídico del agua subterránea, intentando su interpretación a la luz de los antecedentes ante-expuestos, del propio texto de la norma y de alguna doctrina que se ha esbozado. Es indudable que el definir este problema resulta una cuestión harto espinosa y comprobmetedora; pero también es indudable que debe salirse del actual mutismo que / se ha guardado con relación a la exégesis real del precepto que regula la situación jurídica del agua subterránea, fenómeno que no ha resultado común con respecto al resto del articulado y sistematización de la Reforma, pero que si se ha hecho sentir hondamente en relación al asunto que tratamos. Es nuestra opinión que en alguna medida deben sentarse algunos principios de fondo sobre este problema que, en ciertas zonas del país, lleva implícita una profunda / connotación social y económica, por no llegar a decir lo que realmente pensamos, pecando de exagerados, en cuanto se presentaría como un problema crucial y decisivo para el futuro inmediato del desarrollo y supervivencia en una vasta zona árida de nuestro país, zona en que se encuentran ubicadas las dos provincias que han sido objeto de los estudios que realizara el Plan Agua Subterránea.-

Es cierto que la reforma civil en materia de aguas ha sido objeto de una crítica acerba, hasta despiadada podría decirse, sin consultar el verdadero fondo y el propósito que se persiguió con la misma, diciéndose -especialmente en cuanto al agua subterránea- que se llega hasta el cercenamiento del derecho de propiedad del dueño de la superficie, hecho que, en nuestro derecho, no es posible sin que medie expropiación e indemnización; que no obsta a tal conclusión el hecho de que el agua subterránea no haya sido aún aprovechada por los dueños de la superficie, situación que influirá, sin duda, en el monto de la indemnización, pero no alteraría el principio / acerca de su procedencia (78).-



También resulta un hecho concreto que la crítica a que nos hemos referido ha sido contestada con el ánimo de justificar su incorporación y aportar alguna base para su fundamentación jurídica. En este sentido se ha dicho (79), que la tesis por la que sólo mediante expropiación previa pudo haberse establecido la disposición en materia de agua subterránea, no resiste la crítica por cuanto, el principio de la inviolabilidad de la propiedad privada establecido en la Constitución, no significa que tal derecho deba permanecer impoluto, indemne a toda restricción o modificación de su // contenido. Significa, sí, que la esencia de la propiedad, el derecho a usar y gozar de la cosa, sea substancialmente mantenido, doctrina invariable mantenida por la Corte Suprema que ha convalidado las leyes de prórroga de las locaciones y arrendamientos rurales, la de moratoria hipotecaria y muchas otras que implicaban un evidente cercenamiento del derecho de propiedad, si bien / razonable, según lo juzgó en su momento el alto tribunal. Si el argumento con que se ataca la reforma en esta materia fuera valedero, habría que admitir / que también es inconstitucional la reforma de los artículos 2513 y 2514 del Código Civil, que privaron al propietario de su derecho de degradar y des- truir la propiedad y le quitaron al derecho su carácter absoluto, al imponer le un ejercicio regular, no abusivo, de sus atribuciones. Se agrega a continuación que lo antedicho significa un cercenamiento importante del derecho que el Código de Vélez reconocía! Y, sin embargo, a nadie se le ha ocurrido afirmar que tal reforma es inconstitucional, simplemente porque este es el / derecho de propiedad reconocido por la conciencia jurídica de nuestro tiempo; y como dice Allende (80) la tesis de Marienhoff llevaría a declarar inconstitucional la supresión de los derechos reales eliminados por Vélez en / su Código.

Pero, a pesar de la breve referencia doctrinal, en ningún caso se ha entrado a tratar el fondo mismo de la reforma; nada se ha dicho del régimen a que queda sujeta el agua subterránea en el agregado hecho

al artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, nada con respecto al carácter, extensión y correlación del derecho del propietario de la superficie en relación con el dominio público que detenta el Estado sobre toda esta agua, ni tampoco sobre la medida del interés del propietario superficiario que retiene algún derecho sobre el agua que extraiga.-

iii. La tesis que sustentamos.

Para una mejor sistematización de la solución que proponemos, dividiremos el texto de la norma y su consideración -en la parte / que nos interesa- en dos problemas fundamentales que responden a la siguiente idea:

- a) ¿Cuál es la condición jurídica substancial del agua subterránea? La repuesta la hallaremos en la interpretación y concordancia de aquella parte del artículo 2340, inciso 3º del Código Civil que reza: "...comprendiéndose / las aguas subterráneas,...".
- b) Problemas más complejo resulta el segundo; ¿Cuál es el régimen jurídico a que queda sujeta el agua subterránea? ¿Qué carácter, extensión y correlación tiene el derecho del propietario del fundo de extraer el agua subterránea? ¿Cuál es la medida del interés del propietario en el ejercicio // del derecho de extraerla?

La respuesta a estos interrogantes deberá surgir de la interpretación, / análisis y concordancia que podamos realizar de la última parte del inciso 3º del artículo 2340 del Código Civil y que concretamente dispone: "..., sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación".-

Analizaremos cada una de las dos cuestiones fundamentales planteadas en forma concreta y tratando de brindar claros elementos de / juicio, de modo que resulte una solución comprensiva de la trascendencia que la misma encierra, en orden a su aplicación efectiva y como base para la imprescindible tarea de reglamentación local que deberá encararse, en forma más o menos inmediata, en cada jurisdicción territorial de nuestro país.

Primera Cuestión; Condición jurídica del agua subterránea.

El legislador de 1968, con análogo criterio al seguido para el mantenimiento de "los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren / por cauces naturales" dentro de los bienes del dominio público del Estado, / continua la enunciación legal -en el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil- con "las aguas subterráneas". Cuando la ley dice "comprendiéndose", tal expresión está directamente referida a los bienes públicos; es decir, comprendiéndose (entre los bienes públicos) al agua subterránea.

Esta tesis es avalada, concretamente, por la posición que, al respecto, se sustentara en la IV Conferencia Nacional de Abogados de 1936, por cuanto la Comisión designada por la Secretaría de Estado de Justicia para el Estudio de la Reforma al Código Civil, en la Nota de elevación, expresamente manifestó que "han gravitado especialmente en esta Comisión, los proyectos de reforma elaborados hasta la fecha y las decisiones de los congresos y jornadas que reunieron a destacados juristas y auspiciaron la sanción de modificaciones al Código Civil". Y resulta indudable que las conclusiones adoptadas en la reunión de Tucumán de 1936, fueron las bases que se tuvieron en cuenta para la redacción del nuevo artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, a que nos venimos refiriendo, posición que se ve reforzada por la simple lectura del texto legal interesado, y la base 2º, inciso a) y b) que fuera /

aprobada en la mencionada jornada. Por ello es que afirmamos que la fuente inmediata de nuestra norma, está circunscripta en las bases que se aprobaron en Tucumán y que la interpretación que del texto se intente debe tener en cuenta la doctrina predominante allí expuesta por los juristas Figueroa, Von der // Heyde Garrigós y Spota, en particular.

En razón de lo dicho es que rechazamos en forma absoluta la opinión que se ha sustentado (81) afirmando que la fuente de la reforma en materia de aguas está referida al Texto Único Italiano de 1933. Ello no es así, por cuanto ya dijimos que el proyecto originario de las "bases" que elaborara la Comisión respectiva en 1936 seguía al derecho Italiano y, además, fué la posición que en la Conferencia sostuvieron los doctores Doncel y Alvo. Pero, como claramente se expresara por parte de la posición mayoritaria, el principio que la Comisión ha establecido es que "todas las aguas en cualquier forma en que se presenten en la naturaleza, puesto que no se presenten en forma fija, sean del dominio público..." (ver Tomo II, página 94 del presente / trabajo), agregándose más adelante que "la Comisión entendía que todas las / aguas subterráneas son públicas, pero se acuerdan derechos al propietario del fundo para utilizarlas con el fin de satisfacer sus necesidades domésticas, sometiendo ese aprovechamiento a las reglamentaciones pertinentes..." (ver Tomo II, página 95 del presente trabajo).

Es decir, lo expuesto nos pone de manifiesto que, si / originariamente se consultó el Texto Único Italiano de 1933 para la adopción de un criterio, en definitiva la Conferencia de Tucumán se apartó de él, fi-jándose la posición que resumieramos anteriormente (página 97) y que condice con la tesis que propugnamos. En definitiva la reforma civil, en esta mate-ria, ha seguido el criterio de la base 2º, correlacionando en un único texto los incisos a) y b) de la base antes citada, tomando así una posición defini-da sobre el problema, aún cuando pueda decirse no lo suficientemente explíci-

ta, sobre todo, en la última parte. Pero, para la ley civil, en nuestros días, toda el agua subterránea es pública; no se hace distingo de ninguna naturaleza, aún cuando la misma ley autoriza el ejercicio del derecho del propietario del fundo para extraerlas en la medida de su interés con sujeción a la / reglamentación que oportunamente se dicte. Con esta fórmula, siguiendo la opinión que Spota expusiera en el debate de Tucumán, oportunidad en que se trató la base, se salvan dos principios: existe, por una parte, la declaración de que "todas las aguas subterráneas" quedan sometidas al dominio público, y, por otra parte, se limita el principio , acordando derechos al propietario de la superficie. Deja de ser cierta la máxima romana de que estas aguas forman 'pars fundi'

Además de lo expuesto, en nuestro criterio existen dos circunstancias básicas que han influido en forma decisiva en la incorporación del agua subterránea al dominio público del Estado, ellas serían:

-La propia naturaleza del agua subterránea que, por constituir mantos más o menos extensos, y con mayor o menor movimiento y circulación, y, además, subyaciendo en terrenos pertenecientes, en la mayoría de // los casos, a varias propiedades y propietarios, se encontraría en un estado / de verdadero condominio. Pero como tal solución no resulta práctica ni sostenible en términos jurídicos, el legislador habría optado por su afectación / indiscriminada al dominio público, situación que permite al Estado un amplio ejercicio de sus facultades como regulador del dominio hidráulico.

-En segundo lugar, cabe anotar que, en la base ante-expuesta, subyace latente la 'importancia' que el agua subterránea tiene actualmente en nuestro país, en general, y en las zonas áridas, en particular. Dicha 'importancia' se actualiza en la 'utilidad' que potencialmente puede llegar a adquirir o que actualmente revista, y la 'peligrosidad' que significa dejar librado su uso al arbitrio individual.

Segunda Cuestión: Régimen jurídico del agua subterránea.

Atento los conceptos que ya expusiéramos en la Parte / Primera de este trabajo, y siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, podemos decir que "los bienes del dominio público, del Estado general, de los Estados particulares y de los Municipios, son los de uso / público, sea por su naturaleza o por su afectación o destino a un servicio de utilidad pública y, estos últimos mientras, dure esa afectación o destino" (82). Por otra parte, también hemos dicho que, de acuerdo con el destino de los bienes que componen el dominio público y su uso, sometido al interés general, es lógico concluir que éstos reconocen como caracteres esenciales, el ser // "inalienables" e "imprescriptibles" (Conforme, argumentos de los artículos // 2336, 2337, inciso 1º y 3951 del Código Civil). Además, debemos señalar que, conforme al artículo 2341 del Código Civil, "las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán / sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales", concepto que se complementa con la nota a este artículo donde el codificador ha dicho que "el simple derecho de goce es esencialmente temporario; la existencia a perpetuidad de un derecho tal, no sería una simple modificación, sino una verdadera destrucción de la propiedad. La concesión perpétua / del goce, debe ser considerada como una enajenación completa". Sin embargo, el concepto del codificador, inspirado en las ideas de Demante, no implica que / tales concesiones puedan tener una duración 'indefinida', siempre que al concedente le corresponda el derecho de declarar la caducidad de las mismas por causas preestablecidas, el de vigilar que el uso concuerde con el destino de la cosa pública y el de ejercer el derecho de revocación en todo tiempo, sin perjuicio de la indemnización que corresponda. Aún podemos agregar -con el ánimo de aclarar el problema- las reflexiones de Bibiloni sobre el particular cuando dice: "El concepto (de la nota al artículo 2341) es de Demante, pero / éste no hablaba sino de la propiedad común. Aplicada al dominio público, es /

mucho más que un error. ¿O es que el uso del mar, de los ríos, de los lagos / de toda clase, de las calles, es temporal? El texto mismo del artículo repudiá la declaración del párrafo de Demante, escrito para otra cosa". En definitiva, no es cierto que el uso y goce perpétuo excluya al dominio público, porque todavía queda el derecho de 'disposición', y éste es precisamente el que no puede pasar a los particulares, ni aún con asentimiento del Estado, ni por vía de concesión (83). Por último, digamos que los particulares pueden hacer uso de los bienes públicos mediante dos vías fundamentales: el uso común y // los aprovechamientos especiales o mediante concesión para la utilización privativa de los mismos.

Es principio aceptado por la doctrina en general y por la jurisprudencia en particular (84), que corresponde al Estado regular el // uso y goce de las aguas públicas, acordando derechos de uso, que revestirán / el carácter de derechos reales administrativos, sujetos a revocación o extinción, de acuerdo con los respectivos reglamentos locales. De esta forma se consigue que el Estado -nacional, provincial o municipal- sea el supremo regulador de las aguas públicas, tal como fué concebido el sistema por nuestro codificador, respétando esos derechos reales administrativos sobre las aguas públicas, y dentro de los límites de la precariedad inherente a las concesiones o permisos. Tal el principio que presenta el artículo 2642 del Código Civil, al decir que la utilización de las aguas públicas sólo puede verificar- se mediante concesión de autoridad competente.

En conclusión podemos decir que, siendo todas las aguas subterráneas -sin distinción alguna-, bienes del dominio público, deben quedar sujetas, en adelante, a los principios que acabamos de exponer. Ello significa tanto como que "todas las aguas subterráneas" -dejando a salvo el principio del derecho del propietario, que luego veremos- para su utilización // privativa en usos especiales, deberá quedar sujeta a los principios e instituciones del derecho administrativo, en cuanto a los caracteres y extensión que le son propios.-

En tal orden de ideas es que, conforme a los principios e instituciones de derecho administrativo, el derecho al uso especial de las aguas públicas en general, y de las subterráneas en particular, puede ser adquirido de alguna de las siguientes maneras: uso ministerio legis, concesión y permiso. Trataremos de esbozar brevemente algunos principios y diferencias entre las dos últimas formas, ya que resultan en nuestro caso de utilidad inmediata.

En derecho administrativo se distingue el permiso de la concesión, admitiendo la generalidad de la doctrina que, el primero es precario, revocable, y crea obligaciones sólo al permissionario. Por el contrario, la segunda es acordada por plazo fijo o indefinido, crea obligaciones reciprocas y su revocación está reglada por ley; es decir, tiene ciertas condiciones de estabilidad que no posee el primero.

Las concesiones de uso de aguas públicas, o "derechos de agua" como se las llama en la legislación de las Provincias de San Juan y Mendoza, tienen caracteres jurídicos bien definidos:

-Son derechos reales administrativos

-No llevan implícita la enajenación del agua pública, sino que otorgan solo un derecho subjetivo de aprovechamiento (Conforme: Códigos de Aguas de Jujuy, artículo 12; Código de Aguas de Santiago del Estero, artículo 33). Sin embargo, en la legislación chilena se entiende que el derecho que el concesionario adquiere es absoluto, hecho que permite vender el agua concedida.

-La administración concedente no es responsable de la disminución del caudal concedido, cuando el hecho pro-

viene de causas naturales (Conforme; Código de Aguas de Jujuy, artículo 14).

-Toda concesión se otorga sin perjuicio de terceros // que tengan derechos adquiridos antes de la misma; este es un principio básico para la estabilidad de los derechos y para la confianza de los usuarios en lo // que se refiere a su seguridad patrimonial (Conforme; Código de Aguas de Salta, artículo 17).

-Ninguna propiedad puede gozar de dotación superior a la necesaria (Conforme; Código de Aguas de Jujuy, artículo 54).

-El modo material de ejercer las concesiones no crea / derechos adquiridos que no puedan ser revisados por / la administración concedente (Conforme; Decreto N° 4390/44 de Entre Ríos, artículo 30) (85).-

Además, en la generalidad de las legislaciones encontramos dos institutos jurídicos que importan en si, la adopción de medidas / graves, susceptibles de ser tomadas en determinadas circunstancias por parte de la administración concedente, en contra de los usuarios, por parte de la / administración concedente, ellos son: la suspensión y la revocación de las / concesiones. Pero, teniendo en cuenta el perjuicio que su ejercicio puede llegar a ocasionar a los usuarios, y con el fin de garantizar el derecho contra las eventuales arbitrariedades de la administración, las leyes o reglamentos han tenido sumo cuidado en detallar las causales que pueden dar lugar a la / adopción de tales medidas. De tal modo, en ningún caso sería posible hacer / uso de estas medidas, si no se está en presencia justificada de alguna de las causales enumeradas en la ley.-

Es por todo ello que, en virtud de los principios que / surgen de la interpretación del articulado de nuestro Código Civil y de los / elementos de derecho administrativo que acabamos de exponer, podemos decir / que el Estado -nacional o provincial- es el titular de un derecho de propiedad pública sobre todas el agua subterránea (artículo 2340, inciso 3º del Código Civil). Por otra parte, las personas particulares tienen el derecho de usar y gozar de los bienes públicos del Estado, conformando su ejercicio a las disposiciones del Código Civil y a las ordenanzas generales o locales propias del derecho administrativo, ello es, mediante concesión de autoridad competente y las demás instituciones y principios de esta disciplina (Conforme, artículos 2341 y 2642 del Código Civil y argumentaciones sentadas *ut-supra*). Por ende, las leyes locales de aguas no constituyen sino un conjunto de normas destinadas a establecer el estatuto regulatorio de ese uso y goce, de las aguas pú---blicas.-

Veamos ahora, qué carácter, extensión y correlación tiene el derecho del propietario del fundo de extraer el agua subterránea en la medida de su interés, y cuál es en la práctica la medida de tal interés.

Cuando la fórmula legal que comentamos reza, más adelante, "... sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraerlas...", la ley expresamente está reconociendo el carácter / público de toda agua subterránea; es decir, reconoce un derecho real de propiedad pública del Estado sobre la misma. Ello, por cuanto dispone que tal dominio público que detenta el Estado se reconoce 'sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo'.-

Ahora bien, ¿significa ello que coexiste sobre un mismo objeto -el agua subterránea- un doble derecho de propiedad; aquél inherente al Estado que ejerce el dominio público, y el del propietario del fundo?, o por

el contrario, ¿el dominio eminentे pertenece al Estado, y el propietario sólo tiene un derecho de uso, virtualmente concedido por imperio de la ley?

Al primer interrogante respondemos categóricamente en forma negativa. Ante el supuesto de la coexistencia de los dos derechos de / propiedad, sobre un mismo objeto, ello significaría lo mismo que reconocer / la existencia de un verdadero condominio del Estado y del propietario superfi ciario sobre el agua subterránea, hecho o situación que de ninguna forma resul ta admisible por las siguientes razones básicas:

- se opone con la lógica jurídica: ¿como admitir la co- existencia del dominio público del Estado sobre los / bienes cuyo uso pertenece en esencia a "todos", con el dominio privado sobre las cosas cuyo uso es "privati- vo" del titular?;
- está en contradicción con el principio de exclusivi- dad del dominio privado (artículo 2523 del Código Ci- vil);
- no se cumplen los requisitos jurídicos que justifiquen la existencia del condominio, pués surge claramente de la ley, que el dominio es público, es decir, un dere- cho de propiedad pública del Estado;
- por último, escapa esencialmente al espíritu y a los / términos expresos y claros de la norma.

Por ello es que, en definitiva, nos inclinamos decisi- vamente por la contestación afirmativa en cuanto al segundo interrogante. El derecho accordado por la ley al propietario del fundo de extraer el agua sub- terránea en la medida de su interés, es un derecho de Uso Común accordado mi- nisterio legis. Entendemos que la ley ha concedido este derecho al propieta-

rio superficiario, siguiendo un sano principio de política legislativa, en orden a conciliar en alguna medida el principio del artículo 2518 del Código Civil, en cuanto dispone que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y aquel que se consagra en el artículo 2340, inciso 3º del Código Civil, que somete al dominio público a toda el agua subterránea. Es decir, el criterio adoptado en la reforma del artículo 2340 en la parte que comentamos, trata de armonizar y amortiguar el paso del agua subterránea al dominio público, otorgando a los propietarios superficiarios un derecho de uso común sobre el agua que extraigan en sus propiedades, con el loable propósito de no crear un sísmo social.-

Ahora bien, ¿qué entendemos por uso común?

Los bienes del dominio público de uso común y, en consecuencia, las aguas públicas, están efectadas a ese uso y goce por parte de // los habitantes. Sin embargo, determinados usos comunes están restringidos con respecto a determinadas aguas públicas, tal el caso de los ríos y lagos no navigables; además, tales utilizaciones pueden quedar sujetas, no solo a reglamentación, sino que requerirán el otorgamiento de permisos administrativos. En este orden de ideas, y conforme a la disposición del artículo 2341 del Código Civil, diremos con Spota (86) que se trata del ejercicio normal de la libertad individual: "quien usa de las aguas públicas, sea para satisfacer sus necesidades domésticas, sea para navegar, sea con el fin de obtener los aprovechamientos infimos o generales de las mismas, no ejerce un derecho privado o público; se limita a ejercer una facultad que forma parte integrante de su esfera de libertad. Mientras se mantenga dentro de esos límites, mientras no ataque las esferas de libertad que corresponden a otros individuos, ni sus derechos, mientras observe las reglamentaciones policiales y administrativas, el particular, al aprovecharse de esas cosas públicas, no hace más que usar de su libertad. Solo en virtud de un derecho, de una concesión, puede sobrepasar los límites de esas esferas de libertad". Por lo tanto, cualquier ataque al uso común, hará nacer una acción inherente al ataque de la libertad individual.-

Ahora bien, este uso común deberá estar sujeto a ciertos principios que importarán, a su vez, limitaciones en su ejercicio, principios que, en general, han sido reconocidos por la doctrina europea y americana, y por la legislación comparada; ellos son:

- en el otorgamiento de concesiones debe advertirse que, con tal acto, no debe atacarse el uso común, tornándolo imposible;
- el uso común exige para su ejercicio, el acceso público o privado al agua pública, pero en el segundo caso debe contarse con la respectiva autorización del dueño de la heredad;
- el uso común deberá ejercerse, por último, de modo / que no excluya el que le corresponde a otros, ni perjudique el derecho de terceros.

Tengamos bien presente que, toda utilización de aguas públicas que exceda del uso común, requiere el otorgamiento de concesiones / administrativas, según el principio que surge del artículo 2642 del Código / Civil y de los argumentos expuestos.

Sentado esto, agregaremos que el principio del uso común ha sido reglamentado por las leyes provinciales de aguas, en forma más o menos extensa. Tomando, por ejemplo, el caso de la Provincia de Mendoza, la Ley General de Aguas en su artículo 49 dice: "El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, el uso conveniente para los menesteres domésticos o para abrevar sus animales; pero no podrá hacer uso para el riego ni como fuerza motriz, sin una concesión de autoridad competente ..."; por otra parte el artículo 106 agrega: "Mientras las aguas corren por cauces naturales y públicos, todos podrán usar de ellas para beber, lavar ropa, vasi

jas o cualesquiera otros objetos, bañarse, abrevar animales, con sujeción a los reglamentos"; principio que se mantiene, además, en las disposiciones de los artículos 107 y 109 de la misma Ley. En la legislación provincial que comentamos, a los usos públicos se les designa como "el derecho natural en el uso del agua" (ver Nota al artículo 49 texto legal citado, y concordantes).

Hemos querido hacer estas breves referencias sobre el régimen y alcance del uso común, relacionándolo con alguna legislación provincial, con el fin de obtener alguna idea más concreta sobre la real comprensión de esta forma de exteriorización de la libertad individual, y tendiente a extender su aplicación al problema que directamente nos ocupa: el ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer el agua subterránea.

A modo de conclusión, en este aspecto, digamos hasta / acá que:

- El criterio legal que impera en esta materia es que "todas las aguas subterráneas" -sin distinción alguna- son del dominio público del Estado -nacional o provincial- según el caso.
- Sin perjuicio de tal principio, la ley reconoce a favor de los propietarios superficiarios un derecho de uso común, a fin de que puedan extraer el agua subterránea en la medida de su "interés" (necesidad?).
- Ese uso común se ejercitará en los términos y formas normales en que es de suyo hacerlo, y comprenderá // los "usos domésticos", genéricamente considerados, ello es: uso doméstico como tal, abrevaje de ganado, bañado, lavado en general, etc. Este uso común deberá ejercerse con sujeción a la reglamentación que /

oportunamente se dicte, la que deberá contener, en //, forma adecuada, una enunciación de los usos factibles, las condiciones para su ejercicio y que, en definitiva, definirá "la medida del interés del propietario" de tal forma que no quede lugar a dudas.

- Toda el agua subterránea, en consecuencia de lo manifestado en primer término, es pública, tanto para el propietario superficiario como para terceros. En consecuencia, para el uso de esa agua pública se requiere una concesión, tanto en el caso del propietario / del fundo como en el de terceros, otorgada por autoridad competente. Y dicha concesión deberá ser otorgada por la Administración en todos aquellos casos en que no se trate de uso común, es decir, para la satisfacción de las "necesidades ordinarias de la vida".

Este es el criterio seguido por leyes análogas que declaran como bien público al agua subterránea, otorgando un uso común ministerio legis de la misma al propietario de la superficie para la satisfacción, mediante pozos ordinarios, de las necesidades esenciales de la vida.-

- Por último, el uso común que gozan los propietarios / superficiales sobre el agua subterránea (Conforme: artículo 2341 del Código Civil), es un mero derecho de 'uso o aprovechamiento' concedido a los propietarios ministerio legis. No implica, en forma alguna, otorgar facultades de disposición, inherentes al derecho real de dominio -ya que este como derecho de propiedad pública, pertenece al Estado-, y, si en alguna // forma se excediese o se violase ese uso común, se estaría violando el espíritu de la norma y el carácter del derecho otorgado al propietario del fundo.-

### 3. Régimen Jurídico del Agua Subterránea en el Derecho Local

(a). La regulación actual del agua subterránea en la provincia de San Juan.

La única disposición contenida en la Constitución Provincial (del año 1927) que, en forma directa, hace alusión a nuestra materia es aquella contenida en el artículo 70, inciso 10 que entre los atribuciones de la Cámara, dispone le corresponde ..."fomentar el establecimiento... de canales generales de irrigación...". El aprovechamiento de agua en San Juan data de la época pre-colonial, pero recién en 1882 se dicta una ley sobre concesiones eventuales, y en 1884 la primera ley orgánica en la materia. La Ley de / Aguas vigente, N° 312, denominada "Ley de Irrigación", recién fue promulgada en el año 1928. De ésta, las disposiciones que se refieren al agua subterránea, son las siguientes:

a) Artículo 1º: "Son bienes públicos del Estado Provincial los ríos y sus caus" "ces y todas las aguas que corren por cauces naturales, con excepción de " "las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad particular," "en cuyo caso pertenecen en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad;" "... (Concordante, artículo 2350 del Código Civil).-

b) Artículo 6º: "Las aguas que broten de los terrenos privados pertenecen a " "los dueños de éstos, y pueden libremente usar de ellas y mudar su direc--" "ción natural. El simple hecho de correr por los terrenos inferiores, no " "da a los dueños de éstos derecho alguno. Pero si ellas fuesen el princi--" "pal alimento de un río, o fuesen necesarias a algún pueblo, están sujetas" "a expropiación por utilidad pública".

La redacción de esta disposición respondía al antiguo texto del artículo 2637 del Código Civil (antes de la reforma de 1968), disposición que, a nuestro juicio, aparte de que debería ser adecuada a la reforma civil, no

es necesario incluir en las leyes de agua de las Provincias por el "imperium" territorial que tiene la norma civil en razón de su origen. Lo conveniente es, en cambio, dictar la reglamentación adecuada de dicha norma en las jurisdicciones particulares.

- c) Artículo 8º; "las aguas que nacen en terrenos del dominio público y las / " "que nacen en terrenos de dominio privado, pertenecen a los dueños respec " "tivos de dichos terrenos mientras discurran por ellas. En su consecuen-- " "cia, pueden utilizarlas libremente y aún cambiar su dirección natural, / " "pero np podrán emplearlas en un uso que las haga perjudiciales a las pro " "piedades inferiores (Concordante artículo 2637 del Código Civil y Ley // " 312 artículo 6º).
- d) Artículo 9º; "Los dueños de los predios donde nacen las aguas están obli- " "gados a dejar que las aguas no aprovechadas o las que quedaren, despues " "de aprovechada una parte, se deslicen por sus cauces naturales; no pueden en " "consecuencia dichos dueños hacer obra alguna tendiente a desviar las // " "aguas de su curso primitivo. Lo mismo se ordena al dueño del predio infe " "rior, con respecto al siguiente, observando siempre este orden"(Concor- " dante, artículo 2637 del Código Civil y Ley 312, artículo 6º y 8º).
- e) Artículo 10º; "Si el dueño del predio donde vierten o se originan las // " "aguas no las hubiese aprovechado en todo o en parte, en el transcurso de" "veinte años a contar de la promulgación de esta Ley, ya sea consumiéndo- " "las total o parcialmente o de cualquier modo, perderá todo derecho a in- " "terrumpir los usos y aprovechamientos inferiores de las mismas aguas que" "se hubieran ejercitado durante seis años y un día consecutivos".

Nos parece justificado y conveniente el fin reglamenta "rio que persiguen estas últimas normas, pero creemos, al mismo tiempo, que dicho objetivo teleológico deberá ser cuidadosamente estudiado y descripto /

en forma general tal que permita su aplicación en los variados casos que puedan presentarse en el uso de este tipo de agua. Deberá tratarse cuidadosamente el problema de la prescripción adquisitiva del uso del agua.

- f) Artículo 11º: "Pertenecen al dueño de un predio en propiedad, las aguas / " "subterráneas que en él hubiese adquirido por medio de pozos ordinarios y " "artesianos (Referente: artículos 2340, inciso 3º; 2350, 2637, 2638, 2648 " y 2659 del Código Civil)."
- g) Artículo 12º: "Todo propietario puede abrir libremente pozos ordinarios / " "para sacar agua a la superficie dentro de sus fincas".
- h) Artículo 13º: "Para la apertura de pozos ordinarios, deberá guardarse den- " "tro de las poblaciones, la distancia de 5 metros entre pozo y pozo, y la " "de 20 metros en la campaña, entre la nueva excavación y los pozos, estan- " "ques, puentes o acequias de los vecinos".-
- i) Artículo 14º: "Previa la apertura de todo pozo, el Departamento General de" "Obras Públicas otorgará el permiso correspondiente y podrá modificar el /" "límite mínimo de cinco metros, si un dictámen técnico lo autoriza".
- j) Artículo 15º: "Se entiende por pozos ordinarios, a los efectos de esta ley", "aquellos que se abren con el exclusivo objeto del uso doméstico, o necesi- " "dades ordinarias de la vida y en los que no se emplea para la extracción " "del agua sino la acción del hombre, las norias y los molinos de viento".
- k) Artículo 16º: "Cuando se busque el alumbramiento de agua subterránea por " "medio de pozos artesianos, por socavones o galerías, el que las hallase " "o la hiciese surgir a la superficie del terreno, será dueño de ella a per- " "petuidad, sin perder su derecho, aunque salgan de la finca donde vieron " "la luz, cualquiera que sea la dirección que el alumbrador quiera darle".  
(Referente a los artículos del Código Civil, idem que en apartado f).-"

Estas últimas disposiciones (artículos 11 al 16 de la Ley 312, San Juan), son motivo de un serio llamado de atención para que, cuando en el futuro se intente la regulación del agua subterránea, se haga un estudio exhaustivo y profundo de las normas que contienen, atentos a la reforma / introducida al Código Civil Argentino, a los resultados de las últimas investigaciones, tanto en el campo de las ciencias técnicas como en aquél de las / ciencias jurídicas y administrativas, y además, desde el punto de vista de la política económica definida.

El gobierno, administración y policía de las aguas en todo el territorio de la provincia de San Juan, está a cargo del Departamento de Hidráulica, ente que fue creado en el año 1942 en virtud de la Ley N° 886. Actualmente, en materia de agua subterránea, cuanta con una sección especial denominada "Sección Perforaciones", la que tiene a su cargo las funciones de cumplimentar y adecuar los medios y reglamentaciones para la ejecución de perforaciones, explotación y administración del agua subterránea en la Provincia.

El primer antecedente escrito que se conoce en la Provincia, sobre la necesidad de dictar una reglamentación en materia de agua subterránea, data de 1948, año en que el entonces jefe de la Comisión Perforaciones del Departamento de Hidráulica dirige una nota al Director de esta Repartición con el objeto de que se "dispongan las medidas necesarias para elaborar un proyecto de decreto sobre perforaciones". De tal solicitud surgen / dos finalidades esenciales: organizar, encausar y asesorar científicamente a quienes buscan en el subsuelo soluciones perentorias al problema del agua; y la formación del mapa hidrológico de la Provincia.-

En el año 1950 se sanciona la Ley Provincial N° 1612 por la que se encomienda al Departamento de Hidráulica, proceder al levantamiento del mapa hidrológico, por intermedio de su Sección Perforaciones. Con tal

objeto, la mencionada sección reuniría todos los antecedentes y elementos necesarios, a cuyo fin crearía un registro estadístico, tendiente a la formación del libro de agua subterránea de la Provincia.-

Recién en 1958 se pone en vigencia en la Provincia de San Juan el Decreto-Ley Nº 8-OP, de fecha 17 de enero, que viene a suplir una / ansiada necesidad desde largo tiempo puntualizada, ello es, la reglamentación de las perforaciones y de los aprovechamientos de agua subterránea. Dicho // cuerpo legal fue reglamentado inmediatamente, mediante el Decreto Nº 319 BIS publicado en Boletín Oficial del 26 de agosto de 1958. De los antecedentes / respecto a la elaboración del Decreto-Ley Nº 8 solamente se conoce que fue el resultado de la iniciativa de funcionarios de la Dirección de Minería de la Provincia, siendo posteriormente aprobado por el Honorable Consejo del Departamento de Hidráulica, de donde se le dió curso para su sanción en setiembre de 1957.-

Doce años de vigencia han puesto de manifiesto lo acertado de su promulgación, no obstante alguna resistencia que se notó, sobre todo en un principio, por parte de algunos círculos privados. Llenó un importante vacío legislativo; contribuyó, como factor importante, a que se diera el primer paso para la confección del mapa Hidrogeológico de la Provincia; contribuyó, en alguna medida, a regularizar y ordenar la ejecución de perforaciones y la explotación del agua subterránea. Aunque las críticas que actualmente se le pueden hacer, desde el punto de vista de su sistemática y ortodoxia legislativa, desde aquel de sus disposiciones y aplicación, etc., son muchas, en // realidad el mismo debe ser considerado con retrospección al momento histórico en que fue sancionado y en relación a la situación que imperaba en este campo, hechos que determinan que su puesta en vigencia sea contemplada con / beneplácito por los círculos interesados; ello, además, se justifica por los escasos conocimientos hidrogeológicos y de técnica jurídica y administrativa

especializada con que se contaba en la Provincia. Como principal antecedente tuvieron, sus redactores, la Resolución N° 451/1953 del Departamento General de Irrigación de Mendoza, anotándose ciertas diferencias en la política socio-económica que les inspiró, en cada caso, debido a los períodos histórico-políticos en que fueron elaborados. Dicha diferencia puede apreciarse, sobre todo, en la inspiración del primer artículo, de los respectivos reglamentos.

A continuación se pasará una breve revista a sus disposiciones más importantes, a fin de brindar alguna idea sobre sus previsiones:

-El capítulo I determina la materia objeto de regulación / legal ("los pozos actuales o simples perforaciones de donde derivan aprovechamientos de aguas subterráneas, así como los pozos o trabajos que en el futuro se hagan persiguiendo igual finalidad, y cualquiera sea la forma de extracción y el destino que se les dé"), y establece la competencia del Departamento de Hidráulica para "entender en todo lo relacionado al estudio del subsuelo, ejecución, funcionamiento, contralor y ubicación de las perforaciones". Este organismo ejercerá, además funciones de policía en lo referente al aprovechamiento racional del agua subterránea con posterioridad a su afloramiento.

-El capítulo II crea, en forma obligatoria, la matrícula para las empresas y profesionales que se dediquen a los trabajos relativos al aprovechamiento del agua subterránea, reglamentándose algunos requisitos que se deberán / cumplimentar para obtener tal inscripción. En su consecuencia, la Autoridad ha abierto un doble registro, uno de "profesionales" y otros de "empresas perforadoras",

aunque del texto de la ley, ambos registros no resultan claramente dispuestos, ya que el artículo cuarto sólo hace alusión a las "empresas". Con criterio acertado este / reglamento no hace referencia a los "prácticos perforadores" como habilitados, y sujetos a la obligatoriedad del registro, para proyectar, ejercer la dirección técnica y construir obras de perforación, por cuanto se entiende // que tales responsabilidades deben quedar reservadas a // personal profesional universitario, debido a la compleja gama de conocimientos que requiere y los valores puestos en juego.

Asimismo, se establece la obligatoriedad de solicitar la autorización pertinente para realizar cualquier obra // tendiente a extraer agua del subsuelo, fijándose algunos aspectos del trámite y procedimiento a seguir, para lograr dicho permiso.

El artículo 9º y subsiguientes, establecen la obligatoriedad de notificar a los colindantes sobre la ejecución de una nueva perforación disponiendo, para el caso de // oposición, el procedimiento. En la práctica, muy rara // vez se ha suscitado la oposición, por cuanto actualmente han disminuido, hasta casi anularse, las posibilidades que tiene algún vecino de oponerse a la obra, fundando la oposición en razones técnicas (??); previo a la autorización de iniciación de los trabajos, es condición ineludible / el certificado de un Inspector Técnico de la Autoridad / del Aguas, informando -previa inspección ocular del terreno- acerca de la ubicación del pozo proyectado, distancia desde la perforación más cercana y desde los acueductos próximos. De cualquier modo, pensamos, no está de //

más la publicidad sobre la ejecución de una nueva obra, pues pueden afectarse en otros aspectos, los derechos de terceros. No se establece la forma en que se notificará a los colindantes, quedando en la actualidad, a opción / del interesado demostrar su cumplimentación ya sea por la forma de notificación expresa por escrito, o mediante la publicación de edictos (normalmente por dos días ).

Traemos a colación, en este aspecto, el Punto N°4 de las Bases para Legislación de Aguas, de la IV Conferencia Nacional de Abogados (Tucumán, 1936) cuando dice: "Hay conveniencia de establecer el procedimiento oral, términos fatales, la brevedad de los plazos para fallar y la im-- prorrogabilidad del fuero del agua".-

-El Capítulo III (de las Distancias) determina los distanciamientos mínimos que deben guardarse entre las nuevas / perforaciones y otros pozos, carreteras, vías férreas, / cauces de regadío; ríos, arroyos, etc. (80 y 200 metros respectivamente), pudiendo alterarse únicamente cuando la ejecución de perforaciones haya sido dispuesta por el Gobierno de la Provincia, como accesorias de obras públicas o para reforzar dotaciones de riego. Las referidas distancias quedan subordinadas a las mayores que en tales / casos establezca la Administración de Obras Sanitarias de la Nación con arreglo a la Ley N° 13.577.

Las distancias mínimas que se establecen en forma general, desde el punto de vista hidrogeológico y considerando los avances experimentados por esta ciencia, no tienen fundamentos ya que, a primera vista, aparecen como arbitrarias, debido a que en algunos casos dichas distancias

deberán ser mayores, y en otros menores, debido a las características geomorfológicas e hidrológicas de los acuíferos a explotar, y en algunos casos puede, perfectamente, prescindirse de las mismas, debido a la explotación de diferentes capas geológicamente determinadas. Es así que, actualmente y en la práctica, únicamente se obliga / a guardar ese distanciamiento entre dos o más pozos, en aquellos casos en que se proyecta explotar el mismo acuífero. Si se demuestra técnicamente -en el proyecto presentado antes de la iniciación de la obras- que el nuevo pozo extraerá agua en una capa diferente, entre estratos / impermeables, respecto al anterior, se autoriza la construcción a distancias menores, en base a la presunción de que no existen posibilidades de interferencias perjudiciales ocasionadas por el bombeo, evitando cuestiones enojosas entre los propietarios de pozos vecinos. En la Provincia tampoco se obliga actualmente a guardar la distancia de 80 metros entre la ubicación de nuevos pozos y ciertos acueductos, en determinadas zonas, teniendo en consideración las mismas razones expuestas. Son muchas las circunstancias que deben analizarse técnicamente, para determinar con cierta precisión, si la explotación de un pozo / puede interferir o no en el caudal que lleve un acueducto. Sería conveniente tener en cuenta para el futuro, que la ley debería especificar qué es lo que desea proteger con tales separaciones, dejando su determinación, en cada caso, a las autoridades de aplicación, sin especificar medidas uniformes, ni estáticas sin fundamento claro. En este sentido, nos parece acertado el método indicado por el artículo 255, inciso e del Código de Aguas de la

Provincia de Jujuy, basado en el Proyecto Cano. Con igual criterio Vélez Sarsfield dijo en la nota al artículo 2621 del Código Civil -hace poco más de un siglo- "El progreso de las artes hace que las previsiones de las leyes no puedan circunscribirse a casos y límites ciertos".-

-Por el Capítulo IV (De las obras de perforación); se obliga a los profesionales, directores técnicos de los trabajos, a ajustar la ejecución de éstos a las disposiciones del reglamento, a observar las instrucciones que se imparten por parte del Departamento de Hidráulica y a presentar a la Autoridad la documentación técnica que ésta exija al finalizar las obras, previo a la Resolución que otorgue el permiso de uso definitivo al propietario del pozo. Otra obligación de importancia que se establece es la de "evitar la evasión y contaminación por filtraciones de las distintas capas de agua" en las obras de perforación, pudiendo con tal finalidad, obligarse a cementar // los acuíferos que se estime necesario.

-El Capítulo V (Del Uso), determina el deber de realizar un aprovechamiento controlado y racional del agua subterránea, adoptando las medidas necesarias para esa finalidad (válvulas o llaves de regulación), como asimismo, las precauciones tendientes a asegurar la seguridad de las personas o cosas. Su incumplimiento acarrea el emplazamiento bajo apercibimiento de su cumplimentación por parte de la autoridad, de oficio y a cargo del propietario. Establece como obligación de los usuarios que pretendan modificar la profundidad, diámetro o capacidad de bombeo

del pozo, el solicitar su autorización. Además, deberán comunicar a la autoridad el cese de producción del pozo cualquiera sea la causa (artículos 22, 24, 25 y 26). En caso que exista concurrencia en los usos del agua subterránea que deriven en conflictos sobre la forma, el // tiempo o el caudal que deba utilizar cada regante, se faculta al Departamento de Hidráulica para que proceda a fijar turnos u otros medios que aseguren eficazmente la normal distribución del agua (Artículo 23).

Finalmente, se exime del pago de todo impuesto por el termino de diez años a partir del alumbramiento y mientras / el aprovechamiento se haga en forma ininterrumpida, a // quien utilice agua subterránea en un predio que carezca de derecho de agua de cualquiera naturaleza (artículo 27).

En la actualidad, se hace necesario ampliar las normas reglamentarias relacionadas con el uso del agua subterránea. En la época de su redacción, conforme surge del texto y espíritu del Decreto-Ley Nº 8/1958, se trató de fo-mentar la extracción de agua del subsuelo, según surge // del artículo 27 del citado reglamento. Pero, actualmente, debido a la cantidad de perforaciones existentes y al caudal que anualmente se extrae, y conforme se puede con-cluir de las recomendaciones hidrogeológicas tendientes a la conservación y administración racional de los recursos hídricos subterráneos, no se justifica en áreas explota-das intensivamente, como la del Valle de Tulum en San // Juan y las del Valle del río Mendoza y Tunuyán en Mendoza, una política de fomento, sino por el contrario, deben a-plicarse medidas tendientes al control y racionamiento // del gasto hídrico, que en definitiva determinarán la con-servación del recurso.

Al respecto, es oportuno traer a colación las consideraciones que hace el ingeniero Adolfo Fácter en el trabajo que publicó en Catamarca en 1964 intitulado "El Agua Subterránea en la Región Arida Argentina. Bases para una Política de Desarrollo", cuando dice, "deberá protegerse a las regiones que explotan el agua subterránea contra el agotamiento o disminución del recurso hídrico, dictando normas o procedimientos jurídicos, leyes, etc., que eviten extracciones abusivas en zonas donde se manifieste un descenso / en los niveles de bombeo. (Antecedentes: California, USA; Aldama y Comarca Lagunera, MEXICO; San Juan, República ARGENTINA). Deberá evitarse el sobre bombeo en las zonas donde hay capas saladas que puedan influir en las capas dulces (Costa de Hermosillo, MEXICO). Deberá estudiarse en cada caso las posibilidades de protección natural del recurso, mediante recarga artificial de los acuíferos. Deberá tenderse al mejor uso del recurso mediante la difusión de normas técnicas de ejecución y desarrollo de perforaciones; aplicación y difusión de métodos económicos de regadío que se traduzca en mayor eficiencia y riego oportuno..."

-Capítulo VI (Del Registro Estadístico): Se impone al Departamento de Hidráulica la obligación de llevar un "Padrón actualizado de todas las perforaciones existentes en el / territorio de la Provincia" (artículo 28), enunciándose, a continuación, algunos de los datos más importantes a registrar en cada caso.

Incurriendo en un error de metodología legislativa, el / Decreto-Ley, que comentamos, trata en este mismo capítulo de las "penalidades a que se hacen pasibles los contraven

tores del mismo". Acá se imponen dos tipos de sanciones; a) multas al propietario y a la empresa perforadora, por construir un pozo clandestino. Esta sanción puede extenderse hasta el cegamiento de la obra de captación si fuere / imposible encuadrarla en las disposiciones legales. Las multas se cobrarán por vía de apremio. b) Por otra parte los profesionales intervenientes pueden sufrir amonestación, suspensión o cancelación de la matrícula, cuando no cumplan con las prescripciones legales, teniéndose en // cuenta la gravedad y/o la reincidencia de la contravención. Estas sanciones, excepto la suspensión provisoria / del uso del agua y la paralización de los trabajos, se aplican sin previa audiencia sumaria del afectado.

-El capítulo VII (Tributos) establece las exacciones que / percibe el Departamento de Hidráulica por cada solicitud de permiso de perforación, permiso para modificar una perforación existente, y por cada solicitud de inscripción en la matrícula de profesionales o empresa perforadora. Asimismo, a la autoridad se le atribuye facultad para establecer el monto por los servicios que la Repartición / preste a los particulares en esta materia, y para determinar anualmente los tributos señalados, al fijar su presupuesto, cosa que hasta la fecha nunca se llevó a la // práctica.-

-Por último, el Capítulo VIII trata de algunas disposiciones transitorias cuyo análisis carece de interés.-

Estas consideraciones hechas comprenden una visión general de las disposiciones que, en lo fundamental, rigen la materia en la provincia de San Juan, regulación que es completada, en algunos aspectos por disposiciones internas del Departamento de Hidráulica que sólo han ordenado, en / algunos casos, trámites o funciones administrativas y/o técnicas pero que no alteran en medida alguna lo descripto.-

(b). La regulación actual del agua subterránea en la provincia de Mendoza.

El texto legal ordenado por decreto del Poder Ejecutivo / de la Provincia de Mendoza en 1888 de la Ley de Aguas, clasifica los pozos en "ordinarios" y "artesianos por socavones o galerías".

Se entiende por pozos "ordinarios" (artículo 36), "aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender el uso doméstico o necesidades ordinarias de la vida, y en los que no se emplea en los aparatos para la extracción del agua otro motor que el hombre". El agua subterránea que el dueño de un predio hubiese adquirido por medio de pozos ordinarios, pertenece al mismo en propiedad (artículo 33), y además, todo propietario puede, libremente, abrir pozos para llevar agua a sus fincas (artículo 34). Estos / pozos no pueden ser cavados a menos de 5 metros entre sí en las áreas urbanas, ni de 20 metros en las rurales (artículo 35). Conforme a la Resolución Nº 451/53 del Departamento General de Irrigación, están sólo sujetos a registro previo.-

Para los pozos "artesianos y demás no ordinarios", la ley guarda silencio sobre la necesidad de permiso y también en materia de "zonas

de protección". El artículo 37 de la Ley de Aguas dice: "Cuando se busca el / alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o galerías, el que las hallase o hiciese surgir a la superficie del terreno, será dueño de ellas a perpetuidad, sin perder su derecho aunque salgan de la finca donde vieron la luz, cualquiera sea la dirección que el alumbrador / quiera darles, mientras conserve su dominio". En el caso de que el dueño de / estas aguas no contruyese acueductos para conducirlas por predios inferiores y las dejase abandonadas a su curso, los dueños de predios inferiores tendrán el derecho de aprovechamiento eventual, aprovechamiento que puede consolidarse por el uso no interrumpido durante diez años (artículo 38 y 39).

Por Resolución N° 451 del Tribunal Administrativo de Irrigación, se adoptó, en el año 1953 en la provincia de Mendoza, un "Reglamento General de Perforaciones y Aprovechamientos de Agua Subterránea", cuyo texto, posteriormente, fue judicialmente cuestionado. El mismo no responde, en ortodoxia jurídica, ni a técnica ni a metodología jurídica, pero en la realidad es el único medio reglamentario para la ejecución de perforaciones y aprovechamientos del agua subterránea, razón por la cual pasaremos una breve revisión a sus disposiciones más importantes.

- 1) Toda construcción de pozos o simples perforaciones de donde se derive aprovechamiento de agua subterránea, así como toda obra o trabajo conducente a igual fin, y cualquiera sea la forma de extracción y el destino que se le dé, están sujetas al "poder de policía" del Departamento General de Irrigación.
- 2) El Departamento General de Irrigación sólo protegerá los usos socialmente útiles, sea cual fuere la antiguedad de las excavaciones, y sobre la base de que el trabajo, la industria y la propiedad individual deben desenvolverse en función social.

- 3) Los permisos de uso que otorgue, exigirán como requisito esencial su empleo con fines económicos y socialmente justificados, debiendo prevenir y reprimir el desperdicio de agua subterránea.
- 4) El Departamento General de Irrigación, en sus funciones de policía, deberá cuidar de evitar toda clase de fraudes y uso abusivos en la explotación del agua subterránea, ya sea en daños a terceros, en perjuicio de la salubridad o de la vegetación.
- 5) El gasto incontrolado se reprime y puede motivar hasta la suspensión de la explotación, destinando dichas aguas al aprovechamiento por terceros o a reforzar dotaciones de canales de riego. Los pozos surgentes deberán estar provistos de válvulas.
- 6) Al otorgar permisos para la construcción de pozos y el aprovechamiento de agua subterránea, la autoridad tendrá en cuenta las preferencias que en materia de usos establece la Constitución Provincial en favor de entidades del Estado, y se seguirá el orden de prelación establecido por la Ley de Aguas (artículos 115 y 116).
- 7) La autorizaciones de uso se otorgan sin perjuicio de terceros, es decir, que si la autoridad prevé que un nuevo pozo va a disminuir el caudal de otro preexistente puede rehusar el permiso. Dicho permiso tiene, como límite el respeto a situaciones existentes que empleen el agua de conformidad al régimen de este reglamento. Además, no se acuerdan permisos de uso, más allá de la capacidad y disponibilidad comprobadas del acuífero de don se pretenda extraer agua.  
Estas autorizaciones de uso se consideran expedidas exclusivamente para / utilizarlas de acuerdo a la forma, tiempo y cantidad necesaria que ellas determinen, en alguna aplicación útil dentro del predio de extracción, / salvo que se la emplee en otro predio que pertenezca al mismo propietario

de aquel de extracción, ó en el abastecimiento a poblaciones, o en usos / medicinales, o para satisfacer necesidades ordinarias del usuario y sus / familiares.

- 8) El empleo de máquinas, bombas o elementos más poderosos o la profundización de pozos sólo se admitirá cuando con ello no se lesionen explotaciones anteriores, económica y socialmente útiles.
- 9) Todo pozo en uso ó a ser usado, deberá estar provisto de dispositivos adecuados que permitan en cualquier momento controlar el gasto, cerrarlo y / mantener su urgencia cuando no se ocupe para los usos autorizados. Esta regla no se aplicará cuando puedan resultar daños esenciales en la producción normal de los mismos.
- 10) El propietario de un pozo adoptará las precauciones necesarias para la seguridad de las personas y animales y también para la propia protección de la obra (cercado).
- 11) Las zonas de protección de los pozos "no ordinarios" son de 80 metros como mínimo; para los "ordinarios" rige la Ley de Aguas. Para proteger a los ríos y canales la distancia mínima respecto de ellos es de 200 metros. La autoridad puede aumentar dichas distancias y reducirlas hasta un mínimo definitivo de 40 metros. En todos los casos deben respetarse las distancias establecidas en la legislación nacional vigente para Obras Sanitarias de la Nación, es decir, 500 metros desde las fuentes de que dicho organismo se sirve. Tanto en este último caso, como cuando deba perforarse dentro de zonas fortificadas o de seguridad nacional, deberá requerirse un previo permiso de las autoridades competentes.
- 12) Las restricciones anteriores sobre distancias mínimas, no regirán cuando las perforaciones hayan sido dispuestas por el Gobierno de la Provincia o el Departamento General de Irrigación, como accesorias de obras públi-

cas de riego y con el propósito de recuperar agua del subálveo, para re-  
fuerzo y uniformidad de las dotaciones.

13) Se ordena realizar y mantener actualizado un censo de perforaciones, censo  
que se llevará por subdivisiones políticas (y no en base a cuencas subte-  
rráneas como hubiese sido lógico).

14) Para construir un pozo, se necesitan dos autorizaciones:

a) antes de hacer la perforación, debiéndose describir su proyecto. Se re-  
quiere la dirección técnica de profesionales especializados los que, /  
conjuntamente con las empresas perforadoras, deben matricularse, quedan  
do sometidos a obligaciones y responsabilidades. La solicitud debe pu-  
blicarse a fin de poder oír a terceros que pudieren considerarse perju-  
dicados.

b) una vez construido el pozo la autoridad, previa audiencia de terceros /  
eventualmente perjudicados, resuelve si concede el permiso de explota-  
ción y bajo qué condiciones.

15) En toda nueva obra de perforación deberá evitarse la evasión y contamina-  
ción de filtraciones de las distintas capas de agua y cuando se estime ne-  
cesario o conveniente se ordenará al propietario y constructor cementar /  
las capas que se indiquen conforme a estudios técnicos.

16) En el artículo 30 de la Resolución, es estipula una serie de obligaciones  
especiales a cargo de todo propietario de pozo, entre las que mencionamos:

- a) a no extraer ni dejar correr agua sino en la medida indispensable con-  
forme a su destino;
- b) a proveer a la obra de un sistema de válvulas o llaves;
- c) a dar aviso inmediato a las autoridades de cualquier inconveniente en  
la perforación;
- d) a facilitar las tareas de inspección técnica y control administrativo

de la obra en construcción o bien cuando está en servicio; a comunicar a la autoridad toda variación en el rendimiento del pozo, etc.-

- 17) El proyecto, dirección y construcción de perforaciones, sólo podrá ser // ejercido por los profesionales debidamente inscriptos en el registro que / al efecto lleva la autoridad, debiendo atenerse en todo caso a las prescripciones reglamentarias pertinentes.
- 18) Se determinan causas de caducidad de los permisos de uso (artículo 38 de / la resolución).
- 19) Se crean tributos para la atención permanente de los servicios de censo, registro, inspección o vigilancia y control, para los actuales y futuros aprovechamientos especiales de agua subterránea; a) Por cada pozo o perforación existente o futura de donde se derive agua para dichos usos. b) Por cada solicitud de permiso de construcción. c) Por inspección y vigilancia de equipos que el constructor ocupe en cada obra. d) Por cada solicitud de reforma o ampliación a obras de perforación. Dichos atributos se reducirán a la mitad cuando el permiso sea para abastecer poblaciones.

En el año 1950 se le otorga al Ministerio de Economía y Obras Públicas de la Provincia la autoridad hidrica subterránea y la confec--ción del mapa hidrológico, tarea que fue asignada a una sección de la Direc--ción Provincial de Minas y Geología, determinándose, por Ley 2543, sus respon--sabilidades: "el estudio y la investigación de todos aquellos problemas rela--cionados con la exploración y explotación del agua subterránea y sus reser--rios naturales. Le compete la confección del mapa hidrogeológico de la Provin--cia...".

Esta breve revista de disposiciones, comprende el sistema reglamentario básico del estatuto jurídico actual del agua subterránea en Men--doza, estatuto que es complementado por una serie de disposiciones legislati--vas y administrativas que no es nuestra intención considerar.-

B. NOTAS SOBRE LA ADMINISTRACION DE AGUAS

1. Aspectos de la explotación y uso colectivo del agua subterránea.

La explotación y uso colectivo del agua subterránea en estas / áreas, si bien se realiza en alguna medida por medio de la constitución // convencional de consorcios, no ha alcanzado a la fecha un grado de desarrollo adecuado, ni se ha definido al respecto una política clara para el futuro inmediato o mediato. Creemos que debe tratar de fomentarse esta forma de explotación, por cuanto permitirá un mayor control y un uso más racional de los / recursos hídricos, con bases técnicas y económicas apropiadas que lo respalden. La explotación de pozos, por medio de consorcios o cooperativas de regantes -como suele llamárseles- legalmente reglamentadas, arroja como saldo una mayor economía en el uso de conjunto (perforación - equipo de bombeo), una / mejor y más justa distribución del agua, y mayores posibilidades de control del gasto de los acuíferos, por parte del Estado.

En Catamarca, por ejemplo, el gobierno provincial dictó el Decreto Nº 2965/64 por el cual se declara de interés provincial, la construcción y funcionamiento de consorcios o cooperativas de usuarios de agua subterránea. Los organismos del Estado Provincial, deben prestar su colaboración y asistencia técnica para la organización de tales grupos de usuarios, y para la obtención de los recursos financieros necesarios. La Subsecretaría de Economía, la Dirección de Geología y Minería y la Dirección Provincial del / Agua, tienen la tarea de preparar las bases técnicas a que podrían ajustarse los consorcios o cooperativas de regantes, que se constituyesen para el uso combinado del agua subterránea y superficial ó de agua subterránea exclusivamente. El uso de las perforaciones construidas por el gobierno provincial para riego y/o bebida, además, se concede a los consorcios o cooperativas de / regantes constituidos legalmente, con carácter gratuito y por el plazo de //

diez años, renovables por períodos iguales. En el mismo decreto se dispone que la Administración competente del Gobierno Provincial, deberá convenir con el Banco de Catamarca un régimen adecuado que promueva el éxito del plan, dentro de la línea de créditos de reactivación económica que propicia la citada institución bancaria.-

Si bien entendemos que en el citado texto legal no está dicho todo lo que comprende un régimen de explotación colectiva de aguas, si debemos reconocer que ello significa un paso importante tendiente al perfeccionamiento de la administración de los recursos hídricos. La consideración del problema en la elaboración de la política hídrica provincial significaría, previamente, tener en cuenta dos aspectos esenciales: a) divulgar convenientemente las bases técnicas, económicas y sociales que aconsejan seguir este sistema, en contraposición con la explotación individual; y b) llegar razonablemente a la mente de los usuarios particulares, que actualmente se manejan con esquemas sumamente individualistas; casi todos los regantes quieren tener su propio pozo particular, sin apreciar las indudables ventajas que significaría la explotación comunera. En general, puede decirse que, sólo se recurrió al consorcio para la explotación en común, cuando la necesidad imperiosa lo exigía.-

El estado y la intensidad con que actualmente se están explotando las cuencas que nos ocupan, hacen prever que, a corto plazo, deberán adoptarse medidas tendientes a racionar el gasto; entre tales medidas, la explotación colectiva y el uso integrado de agua subterránea y superficial, se convierte en una necesidad impostergable a que deberá prestar atención el Ente Público. Intentándose alguna idea sobre el particular, podríamos decir que la ejecución de perforaciones de uso común, que tienden a reforzar los caudales de los canales de distribución, podría estar a cargo del organismo encargado de las obras hidráulicas, y su explotación podría dejarse en manos de los //

usuarios por intermedio de las entidades dependientes de la Autoridad del // Agua (Juntas Departamentales y Comisiones de Regantes). El Estado Provincial, podría adoptar una política expansionista respecto a este tipo de aprovechamiento, estableciendo franquicias y medidas fiscales que protejan e impulsen su adopción. Este aspecto debería ser parte del todo, que integrara la política hidrica regional, adoptada en base a sabios criterios técnicos, económicos y sociales, de forma que la solución resulte adecuada en tiempo y lugar. Inclusive, pensamos que, el sistema de la comunidad de usuarios, sería la forma más aconsejable y a la que debería tenderse para la explotación y aprovechamiento de las aguas, en áreas pobremente explotadas o totalmente inexplotadas. Sería, este, uno de los tópicos que debería integrar la política de fomento y colonización de nuevas tierras, concediendo amplias superficies a cooperativas privadas, bajo la condición de realizar la explotación y uso de manera colectiva y, a la vez, cuando ello resulte posible, integrarlo con el recurso superficial. Esta forma, permitirá orientar la ubicación técnica y ejecución de las perforaciones en las zonas más convenientes, y, al mismo tiempo, evitar la gran dispersión que determina la perforación individual. Ambas medidas, significarán una gran solución y ayuda para la función fiscalizada que debe cumplir la Autoridad de Aguas.

Para ofrecer una breve idea sobre la organización de las comunidades de usuarios en las Provincias de San Juan y Mendoza, pasaremos a continuación una ligera revista de las disposiciones legales provinciales que, en alguna forma, se refieren al problema.

El Código Civil Argentino prácticamente no tiene aplicación en el tema que tratamos.

En Mendoza, durante el periodo intermedio -1810 a 1884-, se dictaron numerosas leyes y resoluciones, que nos dan una idea bastante <sup>clara</sup> de la importancia económica y social que tenía el riego en aquella época.

Estos decretos y leyes reglan, también, la existencia, autoridad y funcionamiento de las comunidades de regantes que tenían a su cargo la distribución de las aguas, la ejecución de trabajos, la posibilidad de recaudar fondos para la prestación del servicio y sus atribuciones jurisdiccionales.

Estas comunidades se formaban de "jure propio"-por el sólo hecho de aprovechar un cauce común-, y reconocían como autoridad al "Juez de / Hijuela" asesorado, a menudo, por comisiones de regantes, y cuya elección realizaban los usuarios. Los Jueces de Hijuela, tenían facultades jurisdiccionales para resolver en primera instancia, las cuestiones que se les planteaban, con apelación ante el Juez General de Aguas; además, debían eleborar los reglamentos para presidir la distribución de aguas en sus respectivos cauces.-

Los títulos XV y XVI de las Ley de Aguas de Mendoza, se apartaron de su modelo -Ley Española de 1879-. Establecía la ley original de 1884, que los Inspectores desempeñarían funciones de Jueces de Hijuela y serían elegidos por los interesados de cada canal, elección que si no se realizaba, debido a las exigencias de concurrencia y voto, era suplida por el Poder Ejecutivo. Sus funciones eran, de recibir el agua que correspondía a su canal, conforme a las instrucciones impartidas por la Superintendencia y, además, debían vigilar las hijuelas derivadas del canal para que cada uno tuviese el agua / que le correspondiera. Tenían obligación de dar cuenta inmediata a la Superintendencia, de todo abuso o anomalía que observaran.-

Estos Inspectores, eran secundados por una Comisión de tres Delegados, a la que se le encargaba contratar con empresas especializadas la // limpieza de los canales, y cuyos gastos eran soportados por los usuarios en proporción al número de hectáreas que cada uno regaba.

La ley original en este aspecto, fué modificada en 1888 ampliando las facultades de los Inspectores y Delegados.-

Se estableció que la única autoridad necesaria era el Inspector, al que se agregarían los Delegados, sólo en caso de que los canales irrigasen más de trescientas hectáreas. Se les atribuyó las funciones de jueces de canales e hijuelas, teniendo a su cargo la administración de los mismos. Su formación sería siempre por elección de los regantes, y con sufragio proporcionado a la tenencia de tierra. Pero, por otra parte, se les atribuía facultad de elaborar los presupuestos de las hijuelas respectivas, pudiendo // disponer sanciones administrativas con apelación ante el Superintendente de Aguas.

Los Delegados, también elegidos por los usuarios, tenían por función contratar la "subasta" (monda o limpieza de canales) y provisión de agua, autorizar los presupuestos, resolver la prorrata que en concepto de mantenimiento y gastos del canal debían abonar los interesados, y fijar los // sueldos.

Las Inspecciones de cauces, eran supervisadas por las autoridades de Irrigación.

La Constitución de la Provincias, de 1916, actualmente en vigencia, en su artículo 187 acuerda jerarquía constitucional a estas comunidades de usuarios, estableciendo que las leyes de irrigación, en ningún caso / privarán a los interesados de canales, hijuelas y desagües, de la facultad / de elegir sus autoridades y administrar sus rentas, sin perjuicio de control de las autoridades del Departamento de Irrigación; de esta forma, se resume magníficamente las funciones y atribuciones de las comunidades de regantes.

Las leyes Nº 2.503 y 322, actualmente en vigencia, sobre organización administrativa del Departamento General de Irrigación, establecen el procedimiento para la apelación de las resoluciones de las "Inspecciones de cauces" (nombre de las comunidades de usuarios en Mendoza), la duración de

sus miembros, la forma de elección, las condiciones de elegibilidad, la forma de computar los votos, y los modos y formas en que las Inspecciones de Cauces pueden ser intervenidas.

El sistema descripto, actualmente, vigencia real en Mendoza, y hay más de quinientas administraciones de esta clase, en funcionamiento. Estas se dan su presupuesto, el que aprobado por el Departamento General de Irrigación, entidad autárquica encargada del manejo de la irrigación, de "jуре", y de facto en el manejo de los demás recursos hídricos.-

En la legislación mendocina, los Consorcios son de pleno derecho, "ministerio legis", no admitiéndose la posibilidad de disolverlos, ni de eximirse de formar parte de ellos; la Ley les proporciona los elementos para su funcionamiento y las atribuciones; no están sometidas a reglamentos que se den los usuarios y tampoco se admite la posibilidad de establecer sindicatos centrales como en la Ley Española. En definitiva, tienen facultades precisadas por la ley, tienen facultades jurisdiccionales, y únicamente tienen por objeto la administración de los canales que se usen en común.

En San Juan, la Ley de Aguas de 1866, autorizaba la formación de Consorcios de Usuarios, no así la reforma de 1908 que sólo otorgaba a los municipios el manejo del agua en los canales secundarios.

La Ley N° 866 de 1942, modificada en 1957, y que actualmente rige en la Provincia, establece que cada canal o grupo de canales que sirva más de trescientas hectáreas, y cuente con un mínimo de seis concesionarios, debe elegir para su administración una "Comisión de Regantes". A tal efecto los canales se dividen en tres zonas: superior, media e inferior; cada una / de ellas elige un titular y un suplente para integrar la comisión. Cuando los concesionarios son menos de seis, o las zonas irrigadas no exceden las tres-

cientas hectáreas, se elige un encargado que tiene las atribuciones de la Comisión. Cuando el agua del acueducto es utilizada por una ciudad o villa, ésta tiene su propia Comisión de Regantes.-

Las Comisiones eligen un Secretario y establecen las fechas / en que se realizan las sesiones, las que deben tener lugar, por lo menos, una vez al mes. Las comisiones tienen esencialmente los mismos deberes y atribuciones que las Inspecciones de Cauces, en Mendoza, y el sistema de elección, por voto secreto y obligatorio, se emite también en proporción al hectareaje, no pudiendo, en ningún caso, un solo propietario exceder de diez votos. Los electos duran dos años en sus funciones.-

La diferencia fundamental que existe entre las legislaciones de San Juan y Mendoza, es que, en la primera provincia nombrada, además de // las Comisiones de Regantes, existen tantas "Juntas Departamentales" como divisiones políticas o Departamentos hay en la Provincia.

Estas Juntas Departamentales coordinan la labor de las "Comisiones", y se encargan del mantenimiento de los canales secundarios que alimentan a los terciarios que administran las "Comisiones", disponiendo además, los turnos de riego de los acueductos terciarios, y los trabajos que sean necesarios. Están compuestas de tres miembros, también elegidos por los usuarios en segundo grado, por voto de las personas elegidas para componer las / "Comisiones".

Este sistema que, en la actualidad, funciona perfectamente / bien, sigue a aquel de la ley chilena y española en cuanto se permite la existencia de Juntas de Vigilancia o Sindicatos.

En nuestra opinión, y mostrándonos decididos partidarios de la intervención del usuario en el gobierno de las aguas que aprovecha, siste-

ma al que adhiere la doctrina Nacional (Marienhoff, Spota, Cano, Corti Vide-la, Diez, Villegas Basabilvaso, entre otros), deberían ampliarse las facultades de estos consorcios, autorizándolos expresamente y en forma legal para / que, con un determinado quorum y por mayoría, puedan contratar préstamos y/o realizar obras para el mejoramiento de la infraestructura hidráulica, a fin de conseguir un aprovechamiento más provechoso de los recursos.

Un paso especial que deberá tenerse en cuenta en un futuro inmediato, es el que se refiere al agua subterránea y las formas legales de reglamentación a que podría sujetarse la explotación y el aprovechamiento comunitarios; en una palabra, el problema trasladado a este tipo de recurso, requiere previsiones inmediatas.-

Otro aspecto, al que deberá brindarse especial consideración, es el relativo a la integración legal del uso conjunto de las aguas superficiales y subterráneas. Un sistema que no ha creado problemas, hasta el momento, es la explotación estatal de pozos individuales o en conjunto, cuyo caudal es volcado a los cauces públicos de distribución, pasando, así, a engrosar el volumen original; es sólo un aspecto en que la proporción de entrega / por turno, se ve aumentada artificialmente. Pero merecería la pena estudiar / el problema, cuando los pozos son privados con pequeñas extensiones a irrigar, y cuando los propietarios "venden" los caudales para su uso en propiedades // linderas o no. Sería conveniente, entonces, que un estatuto legal regulase // las formas de establecer las condiciones de explotación, uso y aprovechamiento, y, al mismo tiempo, los derechos y obligaciones de los eventuales "consor-cistas".-

## 2. Algunas contravenciones legales observadas en San Juan

La aplicación de los artículos relativos a las penalidades, en los casos en que se infringe el Decreto-Ley N° 8-OP-58, ha suscitado algunos problemas de interpretación, por cuanto sus disposiciones, en ciertos aspectos, no son tan claras como hubiera sido de desear.

a) Analizando el artículo 30, inciso a) del texto legal precedido, surgieron discrepancias acerca de lo que debe entenderse por "pozo clandestino". Alguna jurisprudencia administrativa interpretó que tales son todas las obras de perforación, finalizadas o en construcción, realizadas sin la autorización correspondiente. Otras veces se opinó que además de aquellas obras, deben considerarse clandestinas, todas las perforaciones existentes en territorio provincial que no fueron denunciadas ante el Departamento de Hidráulica, en el plazo que otorgó el Decreto-Ley 319-BIS/58 (reglamentario del Decreto-Ley N° 8-OP-58), cuyos artículos, en lo pertinente, establecían: "Los profesionales o empresas constructoras que actualmente efectúan la construcción de pozos o perforaciones, deberán inscribirse y denunciarlos en el Departamento de Hidráulica en un plazo de cuarenta y cinco días, a partir de la publicación de esta Reglamentación".

"Dentro de un plazo máximo de noventa días, de la publicación de la presente Reglamentación, todos los propietarios de pozos en uso o en construcción, deberán denunciarlos por escrito al Departamento de Hidráulica". "Los interesados que no cumplan con las disposiciones de los artículos 35 y 36 de esta Reglamentación, estarán comprendidos en el artículo 30 del Decreto-Ley N° 8-OP-58 y sujetos a las penalidades que fija el mismo". (Conforme, artículos 35, 36 y 37 del Decreto-Ley 319-BIS/58).

Resulta interesante hacer notar que el artículo 37 del Decreto Reglamentario, no figura en la publicación correspondiente del Boletín Oficial

de fecha 26 de agosto de 1958 seguramente por un error de impresión, puesto / que el artículo siguiente lo nombra expresamente. De esta anomalía legislativa se ha valido cierta jurisprudencia administrativa.

El artículo 38 del Decreto Reglamentario dice: "Los propietarios de pozos comprendidos en el artículo 36 de esta Reglamentación, y dentro del plazo establecido, deberán ajustarse a las disposiciones de los artículos 22 y 24 del Decreto-Ley N° 8-OP-58, sin lo cual, serán considerados sin el // permiso de uso correspondiente, y sujetos al artículo 37 de esta Reglamentación".-

A pesar de los plazos estipulados en los artículos anteriormente transcritos, el Departamento de Hidráulica, de hecho, aceptó los "denuncias" hasta febrero de 1965. Recién en esta fecha se comprobó, que el procedimiento se prestaba a maniobras fraudulentas por parte de quienes hacían la tramitación administrativa de las obras, pues, al proyectarse la construcción de un nuevo pozo, en lugar de solicitar la autorización, de acuerdo al trámite que correspondía, lo denunciaban como ejecutado antes de la vigencia del / Decreto-Ley N° 8-OP-58, y solicitaban, al mismo tiempo, permiso para modificarlo (artículo 25 del Decreto-Ley citado), evadiendo de esta manera la publicación de edictos y el pago de la tasa por permiso para una nueva perforación, la que es más elevada que la establecida para la modificación de pozos (artículo 33, inciso a y b del Decreto-Ley citado).

b) El artículo 30 del Decreto-Ley N° 8-OP-58 reza; "Los contraventores a la presente Ley, se harán pasibles de las siguientes sanciones; Inciso a); Pozos Clandestinos; 1º) Al propietario del suelo, multa de \$ 5.000 y además podrá llegarse hasta la suspensión del uso del agua o paralización / de las obras hasta tanto se encuadre dentro de las disposiciones de la Ley; si no fuere posible encuadrarlo, el cegamiento del pozo".-

Fuera de la evidente desactualización del monto de la multa, la disposición no impone otra crítica. Al propietario que actualmente proyecta realizar una perforación, le resulta más económico construir el pozo y luego denunciarlo, pagando los cinco mil pesos de multa, que realizar el trámite / normal correspondiente, el cual entre publicación de edictos, análisis del // agua, honorarios del profesional y dibujante, tasa, sellado, etc., le signifi carían un desembolso de una suma equivalente a casi el cuádruple del monto de la multa. Por otra parte, existen presupuestos presentados a propietarios, // donde las empresas agregan un rubro: "Tramitación ante el Departamento de Hidráulica": \$ 20.000 .-

Lo expuesto pone de manifiesto la evidente necesidad de una reforma, en la cual deberá tenerse en cuenta el arbitrar un procedimiento por / el cual, en lo posible, los montos se mantengan actualizados. Este problema, podría solucionarse disponiendo que al fijarse anualmente el presupuesto del Departamento de Hidráulica, se actualizaran los montos de las multas, etc.; es decir, un procedimiento similar al dispuesto en el artículo 33, inciso e) relativo a los cánones.

Además, es digno de hacer notar que en ningún caso el Departamento de Hidráulica aplicó la sanción más grave estipulada; el cegamiento de pozos.-

c) El apartado segundo del artículo 30 que tratamos, establece otro tipo de sanciones: "Al profesional o empresa intervenientes, multa de \$ 10.000 e inhabilitación para la inscripción en el registro, conforme a los artículos 4 y 5".

El inciso b) del artículo 30 (texto legal citado), por su parte dispone: "Los profesionales inscriptos que no cumplan las disposiciones de este Decreto-Ley, se harán pasibles de amonestación, suspensión o anulación de la matrícula, según la gravedad o reiteración de la contravención".

En este aspecto también se nota cierta obscuridad en la redacción de la ley. Por ejemplo: legalmente, siempre deben actuar en forma conjunta el profesional y la empresa; en consecuencia, no se entiende a cuál de // los dos se le debe aplicar la multa cuando se constata la existencia de un / pozo clandestino en construcción o terminado. El inciso b), al establecer las sanciones para los profesionales, lo hace en forma bastante ambigua, e inclusive -la práctica lo ha demostrado- hasta en forma peligrosa, ya que faculta al órgano de aplicación, conforme a su libre criterio, para que imponga penalidades que pueden afectar, no sólo al patrimonio, sino a algo tan delicado / como es el prestigio profesional. Concretamente el problema se centra en el objetable proceder de la autoridad, en la gran diferencia observada en el grado de la sanción que se aplica en la práctica a distintos profesionales, y // por los "mismos" hechos, problema que se vé agravado, por cuanto quienes tienen tal misión no son profesionales del derecho. La Asesoría Letrada, sólo // tiene intervención en lo que concierne a aconsejar la procedencia o no de una sanción; pero se deja librado a los funcionarios jerárquicos superiores -generalmente ingenieros- el determinar el grado de la sanción a imponer.

Además, pensamos, la norma es demasiado amplia y general al decir "que no cumplan las disposiciones de este Decreto-Ley", dejando el campo abierto para que pueda incursionarse en la arbitrariedad.

Una reforma debería ahondar en el estudio de este problema; convendría reglamentar más cuidadosamente las contravenciones, establecer criterios claros, y disponer sanciones adecuadas.-

### 3. La actual autoridad provincial de aguas

La autoridad de aguas en el ámbito provincial la ejerce, el Departamento de Hidráulica en San Juan, y el Departamento General de Irrigación en Mendoza. Ambas dependencias de gobierno, en materia de agua subterránea, cuentan con una sección especial que tiene por finalidad encargarse de los / problemas relativos a la misma.

En este aspecto trataremos algunos puntos específicamente en el capítulo destinado a las conclusiones, por cuanto entendemos que sería estéril sistematizar las cuantiosas críticas de que es susceptible el tópico en cuestión, sin dar algunas pautas sobre sus soluciones. Es por ello que, preferimos tratar este asunto en otro lugar (ver Conclusiones Generales).-

C. LAS CIENCIAS TECNICAS EN LA EXPLOTACION DEL AGUA SUBTERRANEA Y SUS  
IMPLICACIONES JURIDICO-PRACTICAS.

1. El conocimiento geohidrológico de cuencas y acuíferos

Este aspecto reviste prevalente importancia en los estudios hidrogeológicos, importancia motivada desde nuestro punto de vista, por las bases y consecuencias que puede brindar al campo de las ciencias jurídicas, administrativas y económicas, en la explotación del agua subterránea. Es bien divulgado el criterio de que en el futuro se hace necesario y, más aún, imprescindible, tender hacia la conservación del recurso, mediante la racionalización de la explotación. El control del gasto, sólo será factible, mediante la explotación racional de cuencas y acuíferos perfectamente conocidos, tanto en sus dimensiones de capacidad volumétrica, como desde el punto de vista de su capacidad de rendimiento. Ello, por cuanto nos parece ilusorio hablar de "control y racionalización", si no conocemos los límites y volúmenes del objeto que será materia de tales medidas.

Desde el punto de vista jurídico-práctico, y especialmente teniendo en cuenta los aspectos reglamentarios que se encaren para la racionalización de la explotación del agua subterránea, y que, además, coadyuvarán a definir una política legislativa y económica en esta materia, son importantes los siguientes aspectos:

-Tratar de lograr, en todo nuestro país, el mayor y más extenso conocimiento geológico de las cuencas de agua subterránea, tratando de conocer en la forma más precisa posible, sus delimitaciones perimétricas. Estos datos servirán para determinar, en cada caso, la competencia territorial // aplicable en cada Jurisdicción particular, eliminándose así posibles problemas o litigios en el caso de la explotación de cuencas limítrofes y/o inter-

jurisdiccionales. Además, este problema puede presentarse en el caso de cuencas internacionales, caso en que estos estudios geológicos indicarán, a los respectivos gobiernos, la necesidad de buscar formas, mecanismos y medios que puedan adecuarse a la explotación conjunta del potencial subyacente, en territorios bajo distintas soberanías; éste problema es asimilable, in-totum, a los casos de cuencas interprovinciales.

-El conocimiento geológico de los acuíferos, reviste gran importancia, pues permitirá la ubicación correcta de pozos, evitando posibles interferencias. Consideramos, entonces, que no es conveniente que los reglamentos de perforaciones fijen distancias determinadas y estáticas entre las perforaciones y/u otros acueductos cercanos. En este aspecto solo deberían darse pautas y criterios básicos a la Autoridad, para que, en cada caso, pueda decidir sobre la mejor medida a adoptar fijándose el distanciamiento adecuado, / siempre, todo ello, en base a las recomendaciones técnicas ad-hoc de las autoridades competentes.-

-Otro aspecto importante, es el referido a la capacidad volumétrica de la cuenca, ya que ésta, tomada en relación al gasto total que se realiza, nos brindará una idea predictiva de su rendimiento en la explotación / futura. Hemos dicho que es necesario tender a la conservación del recurso, ya que éste no es infinito. Sabemos que la recarga -natural o artificial- amortiguará, en alguna medida, el gasto que se realiza, pero la misma puede o no llegar a reponer el agua extraída. Además, el gasto incontrolado, acarrea // otra serie de problemas en la mecánica hídrica, que no siempre podrán solucionarse, entre los que cabe destacar la intrusión de aguas salinas en los / acuíferos que, normalmente explotados, contendrían agua de buena calidad, y el descenso de los niveles de extracción a profundidades antieconómicas. Estas consideraciones, desde el punto de vista reglamentario, podrían llevarnos a establecer ciertas restricciones en la explotación, las que podrían adoptar

se selectivamente para determinadas zonas; siendo las mismas, 1) El establecimiento de zonas de veda, debido al estado actual de la cuenca que se muestra como sobreexplotada y/o con problemas de contaminación. 2) El establecimiento de zonas en las que se limite la extracción, mediante el uso de válvulas precintadas, medidores, o por medios indirectos como sería el caso del / control del gasto de energía eléctrica, etc.-

Por otra parte, teniendo en cuenta la capacidad de la cuenca y de los respectivos acuíferos, y en consideración al subdesarrollo de determinadas regiones y/o áreas, podrá, asimismo, programarse una política de desarrollo, alentando la explotación del agua subterránea.

## 2. Algunas consideraciones en materia de perforaciones

El problema que supone el proyecto, ejecución, instalación de equipos de bombeo, terminación de pozos y aislación de acuíferos desde el punto de vista del derecho práctico, es digno de tenerse en cuenta, debido a las importantes influencias que de ellos derivan.

Desde el punto de vista reglamentario, debe tratarse cuidadosamente la faz de la ubicación y el proyecto de pozos. Esta tarea debe estar, en todo caso, en manos de técnicos profesionales idóneos y debidamente autorizados por la Autoridad en base al sistema de matrícula, sistema que se hace extensivo a las empresas constructoras. Estas etapas deben ser cuidadosamente controladas y fiscalizadas por la autoridad pública, y es materia que no debe descuidarse por cuanto la "conservación integral" del recurso, depende en // gran medida de los métodos y precauciones que se adopten en la construcción / de pozos.-

Los equipos de bombeo que se instalen, deben estar autorizados en cada caso conforme a un determinado caudal, ya que ello permite programar la política de extracción en cada área, y regular adecuadamente la explotación de cada acuífero en particular, y de la cuenca en general. Cualquier cambio en la potencia impulsora o en la capacidad de extracción de los equipos / de bombeo, deberá estar especialmente autorizada cuando ello resulte conveniente.

La terminación de pozos y la aislación de acuíferos, es otro de los puntos que la experiencia práctica nos puntualiza como importante de tenerse en cuenta. Ello, sobre todo, en aquellas áreas en donde se encuentran / acuíferos explotables a diferentes profundidades, y donde unos contienen agua de buena calidad y otros están contaminados o almacenan agua con alto contenido salino. En tales casos, este aspecto, y sobre manera la aislación, es imprescindible con el fin de permitir el mantenimiento de la calidad del agua / explotada. Es por ello que, deberán adoptarse medidas reglamentarias que tengan a la preservación de la calidad del agua, mediante la imposición de mecanismos de control, que aseguren la adopción de las medidas convenientes en la construcción de pozos y aislamiento de acuíferos.-

### 3. Interferencia lesiva entre pozos.

Quizá éste sea uno de los problemas que, desde el punto de vista de su regulación, presente mayores inconvenientes y aparezca como más complejo. Desde el punto de vista de las ciencias técnicas y de la naturaleza, siempre que hayan más de dos perforaciones, aparecerá una "interferencia"; vale decir, cada nueva perforación que se realice para la explotación de un / determinado acuífero, producirá un efecto deprimente en el volumen dado, efecto que se hará sentir con mayor o menor grado, según el número de pozos exis-

tentes y la cantidad de extracción que en cada uno se efectúe.

Ahora bien, éste es un fenómeno que está insito en el hecho mismo de la explotación del agua, y que, en consecuencia, no es posible evitar por acción del hombre. Por lo tanto, cuando la Autoridad concede una autorización para efectuar una nueva perforación, está suponiendo, como hecho irreversible, que habrá algún grado de interferencias con respecto a las otras que / explotan el mismo acuífero.

Esta interferencia siempre es lesiva a derechos preexistentes / de terceros, a la vez que, en algún grado y aún intangiblemente se verá afectada la explotación. Pero lo que es importante, pensamos, es que ese perjuicio pueda tener alguna relevancia económica de importancia para los intereses del usuario ; ello equivale a decir que la reglamentación pertinente deberá / brindar bases ciertas para apreciar y medir el daño real que se cause y así / determinar si existió o no una lesión económica de acuerdo a la ley.

En este sentido, dos previsiones son necesarias y esenciales;

- Antes de la ejecución de una nueva perforación, la Autoridad deberá evitar se cause un perjuicio (legal) a los usuarios / preexistentes, sea indicando un distanciamiento adecuado o // bien indicando la perforación a mayor profundidad -explotando otro acuífero- cuando ello sea posible.
- Para el caso de futuras perforaciones clandestinas, además de las correspondientes disposiciones para con ellas, la reglamentación deberá prever medidas de cegamiento y/o indemnizatorias de los daños producidos, y previsiones para daños eventuales.

Es indudable que el tratamiento reglamentario de este aspecto, se deberá realizar con suma cautela, debido a las dificultades técnicas que presenta, sobre todo en la materia tendiente a encontrar el método para comprobar, apreciar y medir el perjuicio, y aquella de orden jurídico en cuanto al sistema de resarcimiento, etc.

4. La Hidrogeoquímica y el problema de la calidad del agua. Contaminación de Acuíferos.

El estudio de la composición química del agua y los cambios químicos a los que ésta está propensa, durante su infiltración en el suelo, en los acuíferos que contienen minerales poco solubles, por disolución de sulfatos, etc., es también parte de los estudios de investigación técnica que darán base a las reglamentaciones que deberán adoptarse con el fin de conservar la calidad del agua subterránea. Este problema de la calidad y contaminación, deberá estudiarse cuidadosamente, debido a las importantes, y a veces incalculables, influencias que ejerce sobre los campos de la agricultura, la ganadería, la piscicultura, etc., y, en definitiva, sobre la economía regional, especialmente afectando la producción y, en consecuencia, creando un elemento de perturbación social, cual es el menor ingreso per cápita del producto bruto interno. Además, desde el punto de vista agronómico, el uso de aguas de mala calidad produce el deterioro paulatino de los suelos, disminuyendo las posibilidades de su utilización y, aún, vedando zonas completas.

Algunos problemas que se presentan, y que actualmente se encuentran en mayor o menor medida circunscriptas a determinadas zonas, gracias a los estudios que se vienen realizando, son:

- La contaminación de acuíferos debido a la dificiente construcción de pozos y/o deficiencias en el entubamiento y cementación.
- Contaminación de acuíferos debido a los efectos de la sobre-extracción intensiva, por un fenómeno de mecánica hidráulica.

El riego con aguas con un alto contenido salino, agravado por / el proceso natural y normal de la evapotranspiración en general, acarrea graves problemas en la futura adaptabilidad de los cultivos en dichos terrenos / salinizados; problemas que deberán ser solucionados conjuntamente, por estudios agronómicos de los suelos (teniendo en cuenta el tipo de cultivo, el tipo de suelo, y la necesidad de agua con relación a los tipos anteriores), y, / además, por una conveniente regulación administrativa de la extracción de // agua, incluso imponiendo zonas de restricción y/o veda, según los casos.

Esto nos demuestra el gran interés que tiene este tipo de estudios para la futura regulación administrativa de la explotación del agua subterránea, punto de vista que es compartido, además, por las ciencias económicas y sociales, y que en conjunto nos permitirá definir una adecuada política hídrica integrada.

5. La Hidrología y el problema de la explotación intensiva e indiscriminada de las cuencas. El Modelo Matemático como elemento / esencial en el futuro control de cuencas.

Otro aspecto que reviste gran importancia para la futura regulación y control de la explotación del agua subterránea, es aquél que se caracteriza por el estudio de la mecánica a que responde el agua subterránea. Es decir, acá aparece como esencial el determinar los puntos y volúmenes // aproximados de la recarga de los acuíferos; el determinar posibles zonas en / las que, en el proceso de infiltración o escurrimiento se producen problemas de contaminación mineralógica; evaluar los volúmenes de extracción en la relación tiempo/recarga; seguir en el tiempo el comportamiento de la cuenca; etc. Todos estos datos serán analizados, más tarde, en relación a pequeñas áreas / predeterminadas al efecto, con el objeto de ajustar un "modelo matemático" de la cuenca, que demostrará su comportamiento ante la inclusión de distintas variables en relación al tiempo.

La implicancia de estos aspectos, desde el punto de vista jurídico-reglamentario, es enorme. Baste señalar los innumerables y, a veces, / irreparables perjuicios que acarrea la explotación intensiva e indiscriminada del agua subterránea. En nuestros días, la explotación no puede realizarse / desconociendo el comportamiento y las posibilidades que los reservorios nos / ofrecen, teniendo en cuenta los incalculables aportes que nos brindan las // ciencias técnicas y los adelantos de la tecnología. El sistema de explotación incontrolado ha sido superado. Hoy es necesario tomar real conciencia, y sobre todo en áreas donde se ha tenido la suerte de lograr un estudio del tipo que nos ocupa, sobre "qué" es lo que tenemos y "cuál" es la forma para "mejor conservarlo" para el futuro. El conocimiento científico para la explotación del agua subterránea y su aprovechamiento racional, son factores esenciales a tenerse en cuenta en su regulación.-

Además, el modelo matemático, desde nuestro punto de vista, nos brindará bases suficientes como para prever las medidas más adecuadas para / la regulación conciente y racional del agua subterránea, teniendo por fundamento su explotación por cuencas.

La explotación y la administración del uso del agua por cuencas, en base a un "modelo matemático", determina indirectamente algunas necesidades que se vuelcan hacia la faz organizativa y técnica, por ejemplo:

- La Autoridad Hídrica deberá proveer, por medio de su sección técnica, los técnicos, instrumentos y medios adecuados en general, a fin de mantener absolutamente actualizado el conocimiento científico de la cuenca en explotación. Dichos datos / alimentarán y mantendrán al día al "modelo" elaborado.
- Deberá contarse con las previsiones presupuestarias necesarias, de tal forma que el aspecto financiero-económico no interfiera en el comportamiento normal del "modelo" (en forma indirecta).
- Deberán adecuarse temporariamente las reglamentaciones, conforme surjan las conclusiones del "modelo", con respecto a / ritmo y zonas de extracción convenientes.

No escapan tampoco a nuestra vista, las innumerables implicancias económico-sociales que derivan de una explotación irracional en general, aspecto que nos demuestra, además, la urgencia de dar una solución al problema.-

6. Un caso especial: El Agua Surgente. Su explotación actual y control.

El problema actual que supone la explotación del agua surgente es un aspecto que debe ser motivo de especial preocupación. Las principales cuestiones que se presentan son las siguientes:

- En las zonas de surgencia, en la casi totalidad de los pozos existentes, el agua fluye sin ningún control, sea ésta aprovechada o vertida a los desagües naturales o hechos por el hombre.
- La colocación de válvulas de cierre, o esclusas, en los pozos viejos resulta prácticamente imposible, por cuanto la mayoría de estos no se encuentran entubados, o por tener cañerías deterioradas. En consecuencia su cierre lejos de brindar una / solución, acarrea serios perjuicios, por cuanto el agua buscará en los derredores del cierre la forma de efluir nuevamente hacia el exterior ya que la presión hidrostática es superior a la atmosférica. Se provocarán, además, problemas de / "revinición", etc.
- La solución que pueden brindar las válvulas de cierre o esclusas, si podrá adoptarse en aquellos casos en que se obligue / al entubamiento de los pozos nuevos que se construyan.
- Otro problema que se presenta, es aquel que se debe al descenso de los niveles piezométricos (o de equilibrio), de tal forma que agua que era surgente deje de serlo. Esto acarrea consecuencias económicas indirectas en los usuarios, ya que deberán instalar equipos de bombeo.

- La necesidad de estudiar detalladamente los problemas y adecuar una red de drenaje para la utilización de los suelos, / son otras cuestiones que se plantean.

El estudio de estos problemas desde el punto de vista de las / ciencias jurídicas y administrativas, tendiendo a su mejor regulación, deberá realizarse con suma cautela y siguiendo, de muy de cerca, toda recomendación que resulte de los estudios técnicos especializados que se hagan de las áreas comprendidas. Este, es un punto al que deberán dedicarse máximos esfuerzos para tratar de lograr el mejor aprovechamiento posible del agua y de la tierra a corto y largo plazo.

En lo referente al asunto del control técnico especial, para el caso de aguas surgentes, es bien poco o nada lo que actualmente se hace desde el punto de vista de la Autoridad de Aguas. Es necesario intensificar su estudio en particular y, además, instruir a los usuarios de los serios peligros que los amenazan, si las condiciones de explotación se siguen efectuando como hasta la fecha. La función de policía, que cabe desempeñar la Autoridad de / Aguas, debe ser rigurosa en este aspecto, con el fin de salvaguardar intereses actuales y potenciales de la comunidad de usuarios, en las zonas de sur- gencia y, también, tendiente a la racionalización de la explotación del agua para propender a su conservación. Dos factores imprescindibles en la explota- ción agrícola están en juego: la tierra y el agua.-

7. El deficiente control técnico existente en el mecanismo total de la explotación del agua subterránea.

Uno de los problemas más importantes que se observa en materia de explotación del agua subterránea, es aquel que deriva del deficiente y, en algunos casos, inexistente control en las etapas de ejecución y explotación del recurso.

Esta no es la oportunidad de pasar revista detallada de las deficiencias que se anotan, ni de pormenorizar acerca de las soluciones aconsejables en cada caso. De todo el contenido de este trabajo surgen, implícitamente, algunos tópicos que deberán considerarse especialmente y, en general, deberá tratarse de brindar mayor operatividad y celeridad en el cumplimiento de la importante misión de la policía del agua, adecuando convenientemente la estructura organizacional y su apoyo económico-financiero. La dotación de personal técnico competente y especializado, es otra condición que deberá reunir el organismo a cargo de la autoridad hídrica.

Desde la elaboración de proyectos para la ejecución de pozos, pasando por su aprobación, ubicación adecuada, control de las etapas de perforación, entubamiento, aislación de acuiferos o cementación, instalación de equipos de bombeo, etc., y la posterior puesta en marcha para la normal explotación, son todas las etapas que deben ser estrictamente ajustadas a las condiciones reglamentarias y técnicas, ya que ésta será la única forma de propender a la regionalización adecuada de la explotación del agua subterránea, teniendo presente el interés de toda la región y de todos los usuarios. En el futuro debe tratarse, por todos los medios al alcance de la autoridad, que se cumplan estrictamente las prescripciones que se imparten y, en estos momentos, aquellas que ya existen en vigencia que no son del todo despreciables.

Pero reconoczamos que la ley o el reglamento administrativo, no es la solución definitiva. Es necesario que la política legislativa y regla-

mentaria que se adopte, y aún la adoptada, sea observada por la Autoridad de Aguas y, además, por los usuarios; ello, en resguardo de sus propios intereses y en los de toda la comunidad. Una ley puede ser muy sabia en sus prescripciones y en la incorporación de las generalidades básicas aplicables, y, al mismo tiempo, las reglamentaciones pueden ser sumamente minuciosas en cuanto a la regulación de los procedimientos, condiciones, requisitos, etapas, / etc.. Pero todo ello tendrá poco resultado práctico si, previamente, no se han creado las condiciones necesarias y adecuadas para su aplicación en la Administración, y si, al mismo tiempo, no se inculca en los destinatarios y usuarios, la conciencia en el sentido que ese conjunto normativo, significa la // programación o definición de la política hidrica que se adopta en resguardo / de todos y cada uno de los habitantes de cada Estado, programa de desarrollo hidrico que se hará efectivo en la medida en que se le preste apoyo por parte de los dos sectores definidos. Siempre estará presente, la escala de valores humanos que el Estado respetará, desarrollo integral y sostenido de cada Estado en las condiciones humanas, económicas y sociales que son de la esencia de la persona humana; en segundo lugar, debe tender hacia la conservación del / potencial hidrico, por medio de su racionalización (aprovechamiento de las / aguas, conforme a las prioridades de uso, a las reales necesidades apetecidas en cada caso, es decir, a los requerimientos vitales para el normal desarrollo de la vida humana, vegetal y animal, y a todo otro factor que determine / el más justo aprovechamiento de las aguas, teniendo en cuenta los intereses / sociales y económicos de cada región).-

Es decir, la necesidad de contar con un sistema adecuado para la efectivización del control técnico en la explotación y aprovechamiento del agua subterránea, no es una mera imposición burocrática más, sino que reviste esencial importancia en el proceso para su mejor aprovechamiento. Por supuesto que los mecanismos administrativos competentes, deberán estar dotados de estructuras y engranajes ágiles, tal que permitan el más eficiente cumplimiento del objetivo.

8. Conclusión: Estos problemas tienen implicancias jurídicas e institucionales.

Como es fácil apreciar en las breves descripciones que se han hecho, acerca de la problemática técnica que involucra la consideración del agua subterránea, todos y cada uno de los aspectos que se han sintetizado, tienen un valor incalculable para el jurista y el legislador que deba tratar respecto a la regulación, administración y control de los recursos hídricos subyacentes.

Las ciencias jurídicas, desde este punto de vista, no se pueden manejar con conceptos netamente dogmáticos o preconstituidos en el laboratorio de trabajo; debe servirse, ante todo, de lo que la naturaleza muestra como inmutable, de las condiciones que la mano del hombre puede mutar, de los efectos que causa la extracción intensiva en las reservas del recurso natural; en fin, de todas las conclusiones y recomendaciones que nos brindan las ciencias de la naturaleza y las técnicas, que nos enseñan la mecánica a que responde su comportamiento. El jurista en este punto, y en el tratamiento de cualquier rama que reglamente el conocimiento, evaluación y aprovechamiento de recursos naturales, deberá trabajar en íntima relación con los resultados que puedan ofrecer las investigaciones. La regulación, deberá darse en aquellos aspectos en que el hombre sea capaz de influir; entonces, las influencias que perjudiquen a toda la comunidad, podrán corregirse encontrando la forma de mantener reservas en orden a adecuar su uso racional; en el caso del agua, resulta una necesidad vital.

Desde el punto de vista institucional, la adecuación de los mecanismos administrativos para control del agua, tampoco puede realizarse desconociendo los aspectos fundamentales que informan el comportamiento y problemática básica del recurso. Los Departamentos, Secciones y el personal técnico

y administrativo que debe desempeñarse en la administración de recursos hídricos, deben contar con los medios y conocimientos necesarios que les permitan la consecución de las finalidades esenciales: gobierno integral y racional de las aguas del dominio público para hacerlas servir en la forma más amplia y / justa a la mayor cantidad posible de destinatarios.-

#### D. CONCLUSIONES GENERALES

##### 1. Visión de Conjunto

Debido a la trascendental importancia y lugar que ocupa el agua en el desarrollo económico de las países del mundo y, en especial, de aquellas regiones que basan, en mayor o menor medida, su potencialidad en la posibilidad del aprovechamiento de los recursos hídricos disponibles, es que este recurso natural debe ser objeto de una especial consideración, tanto por parte de las autoridades de gobierno, como de las habitantes en conjunto. Este / recurso, debido a las características que lo individualizan, no puede ni debe ser tratado en condiciones similares a otras riquezas naturales, hecho que, desde ya, nos pone frente a la necesidad de regularlo en forma especial. El agua ha llegado a configurar una riqueza indiscutible pudiendo calificársela como un bien económico que condiciona, en todos los casos, las posibilidades de prosperidad de los pueblos y la expansión de los niveles habitacionales y productivos, determinando, en fin, los niveles de desarrollo económico, social y cultural de un país.

Actualmente, el recurso hídrico, en sus distintas manifestaciones, es susceptible de ser evaluado con una relatividad, que depende en particular de cada zona, pero que, en definitiva, permite su conocimiento con profundidad considerable a fin de poder planificar adecuadamente su explotación y utilización en forma integrada. El objetivo principal de un programa amplio de investigación relacionado, fundamentalmente, con el recurso subterráneo, / en cualquier región que se realice, puede concretarse en el planteo del siguiente interrogante: "¿Cuál es el volumen susceptible de ser bombeado anualmente sin agotar las reservas y, aún, sin producir algún otro efecto perjudicial?". Esta es una de las cuestiones fundamentales que, en nuestros días, debe responderse en todas aquellas regiones que desarrollan una explotación intensiva del recurso, con el objeto de poder hacer frente a las crecientes necesidades de la demanda de agua, para satisfacer las necesidades del abastecimiento general, la agricultura, y la provisión para las industrias.

Resulta indudable, aún para el leigo, que toda explotación de / agua subterránea debe tener un límite, que su explotación debe ser decididamente programada y coordinada con el recurso superficial, con el objeto de / proteger las reservas disponibles que no pueden en ninguna medida, llegar a considerarse infinitas e inagotables. El límite del bombeo a que puede estar sometida una cuenca es lo que se denomina, entre los norteamericanos, "safe yield", es decir, el límite de extracción factible, sin que con ella se cause un detrimiento sensible en los reservorios de agua subterránea o, en otras palabras, que la extracción (o bombeo) debe controlarse racionalmente. Cuando se sobrepasa dicho límite, se dice que se está efectuando una sobre-extracción del reservorio, cuyos efectos perjudiciales comprenden, además del posible agotamiento de las reservas, el deterioro sensible de la calidad del agua y el descenso del nivel del agua a profundidades a las cuales el bombeo puede llegar a resultar antieconómico. En este último sentido debe reconocerse que el costo económico del nivel de bombeo varía, según se trate de un uso indus-

trial -que podrá soportar mayores costos, por lo general- o de un uso para / irrigación.

En investigaciones menos ambiciosas, puede perseguirse, como objetivo suficiente, el delinear áreas de producción de agua subterránea, con / un volumen limitado de producción asegurado. En tal caso, puede demostrarse / la existencia de acuíferos que rendirán un determinado volumen, que puede re-sultar suficiente para los fines de irrigación, y otros, por el contrario, / que podrán desarrollarse sólo para un uso doméstico limitado.

Estos son aspectos que la ciencia hidrogeológica deberá deci-dir, sugiriendo el grado conveniente de desarrollo de determinadas áreas, conforme a las características propias que la conformen.

Para estimar en forma adecuada el índice de extracción, en un área determinada, es necesario evaluar los elementos de la ecuación hidroló-gica o, como a menudo se dice, hacer un "balance hidrológico". La ecuación / hidrológica es, simplemente, un método para establecer que: la cantidad de / agua que recibe una cuenca, es igual a la cantidad perdida, más o menos cual-quier variación en el almacenaje.

La ecuación hidrológica para una cuenca completa (agua superfi-cial y agua subterránea), puede escribirse:

"Precipitación + afluencia superficial + afluencia subsuperfi-cial + agua importada = evapotranspiración + efluencia superfi-cial + efluencia subsuperficial + agua exportada <sup>+</sup> variación en el almacenaje".

Ciertos elementos de esta ecuación, especialmente la evapotrans-piración, son muy difíciles de evaluar con exactitud.

La ecuación hidrológica para la masa de agua subterránea sola, adopta la forma siguiente;

"Infiltración + afluencia subsuperficial = descarga artificial  
+ descarga natural a la superficie + efluencia subsuperficial  
+ variación en el almacenaje".

Con el propósito de comprender las condiciones a que está sujeta el agua subterránea, es necesario obtener información acerca de todos los factores involucrados; los datos cuantitativos, por otra parte, son necesarios para evaluar el "límite de extracción" o, en otras palabras, para poder determinar las bases para la regulación de una explotación racionalmente controlada. Estos han sido los métodos que se han seguido para la investigación y evaluación del recurso por parte de los equipos técnico-profesionales del Plan Agua Subterránea, de forma que hoy -de las cinco áreas que se sometieron a dichos estudios- podemos decir que, por lo menos en tres de ellas, se han conseguido resultados satisfactorios en la elaboración y ajuste de los respetivos "balances" por medio de modelos matemáticos. Esto significa que, las / autoridades locales de las provincias comprendidas, están en condiciones de dictar sus respectivas reglamentaciones que, contemplando los resultados obtenidos, permitan una mejor y más racional administración del recurso subterráneo y, por otra parte, determinen una más justa distribución de los recursos disponibles en forma integrada.

En las regiones áridas, donde normalmente la recarga de la masa de agua subterránea es extremadamente limitada, aún una explotación moderada de la cuenca puede estar sobre pasando el límite de extracción racionalmente factible. Cuando tal sea el caso, puede resultar conveniente la explotación del recurso en la forma aconsejada para cualquier otra riqueza perecedera, / tal el caso de los minerales consumibles, los que no son naturalmente renovables.

bles o restituibles. En una palabra, en las regiones áridas deberán acentuarse notablemente las precauciones y determinarse con sumo cuidado los sistemas y regímenes a que deberá ajustarse la explotación del agua subterránea, por los inminentes peligros que el descontrol y la indiscriminación pueden llegar a occasionar.-

El género humano ha hecho uso del agua subterránea, desde hace miles de años. Primitivamente el hombre bebía de las aguas vertientes o surgentes, comenzando más tarde -cuando su cultura se lo permitió- a cavar pozos para sus propias necesidades y aquellas de la agricultura menor y de sus animales. A medida que la civilización se fué desarrollando, y ya en los tiempos modernos, el hombre incrementó notablemente el número de pozos perforados alcanzando profundidades cada vez mayores. Pero hay un hecho significativo, sólo en los últimos años ha comenzado a preocuparse por la administración de // las cuencas de agua subterránea.

Las razones iniciales por las cuales el hombre cavara pozos para conseguir agua subterránea son, en general, todavía válidas en la actualidad; con frecuencia se dispone la extracción de agua del subsuelo, donde las provisiones de agua superficial son insuficientes o intermitentes debido a / las reiteradas y periódicas épocas de sequía o falta de precipitaciones pluviales. Además, en muchas tierras el agua subterránea puede obtenerse en el / lugar en que se las necesita eliminando, así, la necesidad de canales o conductores superficiales.

Por último, existen otras razones prácticas que también han determinado el creciente aprovechamiento del agua subterránea; en la mayoría de los casos se la encuentra libre de contaminación bacteriológica, no se produce casi en absoluto pérdida por evaporación y, en algunos casos -comprobados en estos días en la Provincia de Mendoza- el costo de explotación y uso, es / menor respecto al agua superficial.-

El incesante aumento en la explotación del agua subterránea, por otra parte, ha determinado la aparición de numerosos problemas debido, sobre todo, a la extracción incontrolada en muchas áreas. El caso más común, es el sensible descenso de los niveles en los pozos, lo que incide en forma directa en el mayor costo del bombeo y, en algunos casos, en pérdidas económicas para aquellos cuyos equipos no son eficientes a la mayor profundidad requerida. En realidad, no puede decirse que el descenso de niveles en sí, lleve in situ un principio de daño hacia los usuarios; en efecto, es imposible la explotación de una cuenca de agua subterránea, sin que se produzca cierto descenso en los niveles de extracción. No obstante, este descenso debe producirse en una forma técnicamente previsible y controlada, de forma que puedan // adoptarse las medidas necesarias para impedir las pérdidas a que hicieramos / referencia. En tal caso, sería conveniente que los usuarios actuales y potenciales conociesen las previsiones de descenso, a fin de que les sea factible realizar los necesarios cálculos económicos para su explotación o no, ya que dicho cálculo económico estará directamente relacionado con el destino que se le asigne al recurso: uso industrial, irrigación, abastecimiento, etc.-

La explotación del agua subterránea sin el control adecuado, / con frecuencia resulta en problemas adicionales. Normalmente no ocurre que / llegue a agotarse una cuenca, pero la sobre-extracción de agua trae aparejada consecuencias sensiblemente perjudiciales, como es el deterioro en la calidad de la misma. La contaminación y/o salinización de los acuíferos de buena calidad, por el movimiento de descenso de los niveles, desgraciadamente se ha producido, aún cuando se creía que los acuíferos de buena calidad estaban / protegidos por arcillas impermeables suprayacentes (ver Informe de Hidrogeoquímica del Valle de Tulum, zona sud de Caucete y 25 de Mayo).

Pueden presentarse otros problemas relacionados con la calidad del agua, en áreas donde el uso de las mismas no es controlado en forma ade-

cuada. Los desechos humanos pueden causar la contaminación por infiltración desde los tanques sépticos o pozos negros inadecuadamente ubicados o construidos, o desde conductos cloacales con pérdidas. Los desechos industriales, incluso las substancias químicas venenosas, pueden penetrar en forma accidental en los reservorios de agua subyacente. Hasta puede producirse la contaminación por la descomposición bacteriológica de desechos o basuras que, en contacto con aguas superficiales, por infiltración pueden llegar a los reservorios subterráneos.

El desarrollo de los recursos hídricos, superficiales y subterráneos, sin una planificación y administración conjunta e integrada, ha originado y origina en la actualidad una serie de problemas complejos, entre los que solo citaremos, a modo de ejemplo, aquél del drenaje y revivificación de terrenos, y aquél referente a la posibilidad de mantener la recarga natural o / inducir la recarga artificial de las cuencas de agua subterránea. Ello nos / lleva a la conclusión, que un plan para la administración de los recursos de agua subterránea solamente, sin referencia al agua superficial, sería tan in completo, desconectado de la realidad y perjudicial, como lo sería un plan / para la administración de las aguas superficiales, sin prestar consideración alguna al recurso subterráneo. Es imprescindible la integración y coordinación en el estudio y consideración de los recursos hídricos por su inminente y fatal complementación.

El tratamiento integral de los recursos hídricos requiere, primero y en forma imperiosa, la investigación y evaluación completa de la o // las cuencas en cuestión. Los estudios deben calificar y cuantificar en forma detallada y minuciosa la cantidad de agua disponible, tanto superficial como subterránea, y debe describir los rasgos esenciales del sistema subterráneo, incluyendo el problema de la transmisividad y de la capacidad de almacenamiento. Estos trabajos conducirán a la evaluación económica de las varias /

alternativas que puedan eventualmente presentarse para el desarrollo de la regin, estudios que aconsejarán en algunos casos la operación conjunta del / agua superficial y subterránea. A la vez, la solución aconsejada, dará lugar a una serie de problemas políticos y legales que tendrán que resolverse previo a poner en práctica el desarrollo económico aconsejado, y que constituirán el marco esencial de su funcionamiento; y comprenderán, fundamentalmente, la elección y creación de la dependencia gubernamental que ha de administrar la cuenca -cuando esta forma se adopte-, o el agua en la región política deseada. Las fases descriptas, constituyen el programa previo para la estructuración orgánica y funcional de la administración de las aguas, administración que en la práctica sigue, esencialmente, dos sistemas: la administración por regiones políticas (sistema hoy vigente en todo el territorio de la República Argentina), y la administración por cuencas (sistema que, prescindiendo de // las circunscripciones políticas, estructura la administración en base al conocimiento y delimitación de cuencas hidrálicas que, en sí, pueden abarcar dos o / más jurisdicciones políticas), sistemas, este último, más recomendable desde que permite el tratamiento coordinado de los recursos hidráticos, facilitando / la tarea de ordenar y programar su mayor y mejor aprovechamiento.

La investigación hidrogeológica de una cuenca, conducirá a recomendaciones básica en cuanto al volumen y calidad del agua almacenada y a la probable utilización de la misma. El conocimiento científico del almacenamiento de agua subterránea, es particularmente valioso para la regulación de su / explotación, en relación con el recurso superficial disponible, ya que es normal que éste varíe de estación en estación. Deben adoptarse serias medidas a fin de conservar e incrementar el almacenamiento durante los ciclos de abundante agua superficial, racionando y controlando al máximo su utilización, // con miras a su empleo como refuerzo o intensificación durante los ciclos de / sequía. Ello nos pone, ostensiblemente, de manifiesto la imperiosa necesidad de tomar exacta conciencia del problema de la administración de los recursos

hídricos, con una visión de conjunto indispensable para la racional explotación del recurso, base de nuestra economía regional (refiriéndonos fundamentalmente al caso San Juan y Mendoza).-

Con el fin de producir o incrementar el almacenamiento de agua subterránea, en algunos países se está practicando la recarga artificial de las cuencas, ya que bajo condiciones de bombeo intensivo, los reservorios naturales suelen presentar serios problemas; por ello es que la recarga artificial resulta necesaria en ciertos casos, como por ejemplo, para eliminar o / paliar de alguna manera el deterioro de la calidad o el descenso de los niveles del agua subterránea. En algunas zonas del proyecto, se han ensayado métodos de recarga artificial sobre los cursos naturales de los ríos, mediante la construcción de líneas de contención, forma que sería usada en las épocas de marea de los canales de distribución y cuando el agua es librada a su curso / natural desde los diques de derivación.-

Otra de las cuestiones fundamentales que se plantean en el ámbito de la administración de aguas, es el problema relativo a los derechos para el aprovechamiento de los recursos hídricos, o derechos de agua como se los / denominan en la legislación actual de las provincias de San Juan y Mendoza. Si en el momento actual, en nuestro país, nos encontramos con las condiciones propicias para desarrollar una nueva etapa de la legislación de agua, es conveniente tener presente los criterios que para su administración se han expuesto, ello es, el reconocimiento de la interrelación existente entre el recurso superficial y el subterráneo, la necesidad de su aprovechamiento en forma coordinada y racional, bregar por el sistema de administración por cuenca, etc. Además, existen dos circunstancias que son propicias para decidir / este tipo de estudio, en igual forma que aquella que ha decidido a los gobiernos al desarrollo de estudios técnicos, y que son: la reforma del Código Civil que ha incluido a toda el agua subterránea dentro del dominio público, /

en las condiciones que describiríamos (87) y, por otra parte, los estudios de investigación técnica, los usos y costumbres, y la jurisprudencia administrativa -sobre todo en las provincias de San Juan y Mendoza- que, en alguna medida, son extensibles a otras áreas del país.-

A medida que un programa de investigación para el aprovechamiento de las aguas se va desarrollando, es esencial el reconocimiento y protección de la inversión encausada y de los resultados logrados para la producción del recurso, medidas que podrán adoptarse mediante un derecho formal o / no. En nuestras provincias cuyanas, la explotación del agua subterránea se ha venido realizando desde tiempos pretéritos con alguna orientación impartida / por la administración provincial y alguna protección brindada por la legislación vigente; pero, en general, mucha ha sido la arbitrariedad que ha precedido la decisión de los usuarios en lo referente a la ubicación, perforación y aprovechamiento del recurso. Si el Programa de las Naciones Unidas para el / Desarrollo, conjuntamente con el Gobierno Argentino, han llevado a cabo con / éxito un proyecto de evaluación y estudio en algunas zonas de las provincias de San Juan y Mendoza, nos parece lógico que, esas conclusiones deben tenerse en cuenta, en forma inmediata, para el reordenamiento de la explotación hídrica. Si se ha aconsejado eventualmente el desarrollo intensivo de una parte de determinada cuenca, hecho que aparejará el inminente descenso de niveles en / otro punto, es lógico pensar en la adopción de medidas de compensación o sustitución en la provisión del líquido vital. En definitiva, estos son aspectos que, conforme las conclusiones de la técnica, en consulta con la evaluación / de alternativas económicas, deberán tenerse en cuenta de inmediato, en orden a determinar el mayor grado de aprovechamiento de una inversión muchas veces millonaria.-

Las medidas de orden legal tendientes a controlar la ejecución de perforaciones e instalación de los equipos de bombeo, son también esenciales en un programa amplio de reordenamiento de la administración de aguas.

Desde que la mayoría de los propietarios han ejercido con cierta libertad el derecho de ejecutar perforaciones en sus propiedades, sujetos solamente, a / algunos requisitos formales, el reordenamiento y modificación de tal derecho, para encuadrarlo en aquellas formas requeridas por la técnica, ha de producir alguna resistencia. Por ello, es que pensamos que toda labor de reordenamiento debe ser gradual y sistemática, y debe estar precedida por una labor de / educación y conciencia pública. En este sentido, mal puede pensarse que la / reforma legal -impecablemente concebida- podrá tener éxito en su aplicación / práctica, si es que previamente no se ha creado la necesaria conciencia estatal, por una parte, y la conciencia colectiva de los usuarios, por la otra. Es indudable que la labor de educación social no se logra de un día para otro, pero también lo es, que algún día deberá comenzarse; y entonces ... ¿que esperamos? (88).-

## 2. La Investigación Técnica y las Soluciones Legales.

Atentos el estado en que se vienen desarrollando las investigaciones hidrogeológicas, tanto en el plano cuantitativo como cualitativo, y / teniendo en cuenta el ritmo y características de la explotación del agua subterránea en ambas provincias, consideramos necesario e imperioso se dé al problema de su aprovechamiento, una solución integral. Ello se logrará, en la / medida en que los gobiernos locales observen la verdadera magnitud e importancia del problema, y se decida la adopción de medidas de fondo, en el orden / técnico, económico, legal y administrativo, que determinen un sistema racionalmente integrado para el aprovechamiento del agua subterránea, en forma // coordinada con el agua superficial.

Es indudable la íntima relación que existe, en esta materia, / entre las conclusiones a que se arribe en el campo técnico y la necesidad //

del legislador de tratar su incorporación en orden a determinar soluciones / prácticas. En este sentido, haremos, a continuación, una breve revista de algunas cuestiones que la técnica nos presenta, y la implicancia que las mismas tienen en las soluciones legales que pueden adoptarse.

(a). El conocimiento geohidrológico y la ubicación y delimitación de las cuencas, en la medida que ello resulte posible, tiene -por lo menos- una doble importancia:

- en el caso de la administración de aguas por circunscripciones políticas, a fin de evitar problemas jurisdiccionales interprovinciales o internacionales. En el caso de cuencas uni-jurisdiccionales no existen problemas de competencia; cuando estemos frente a cuencas pluri-jurisdiccionales, la explotación de las cuencas debería realizarse en forma coordinada / mediante acuerdos convencionales con las distintas administraciones competentes, para tender a una explotación conjunta y proporcional.

- en el caso de la administración de aguas por cuencas -solución más racional y a la que debería tenderse- la solución legal e institucional debería centrarse en la institucionalización de un sistema de "autoridad de cuenca", mecanismo que permitiría el aprovechamiento integral y coordinado de los recursos hídricos comprendidos.

(b). Debería tenderse al manejo científico de las cuencas.

Teniendo en cuenta que, a través de la hidrogeología, ha sido posible la obtención de dos balances hidrológicos -uno en San Juan y / otro en Mendoza- modulados y ajustados a través de sendos modelos matemáticos,

y que igual temperamento es factible de seguirse en otras zonas de las mismas provincias citadas y, en alguna medida, en el resto del país, nos conduce a / la conclusión de que es factible la administración del agua subterránea mediante métodos científicos. Ello permitirá la regulación de la explotación / por cuencas y coadyuvará a la racionalización adecuada, a que es esencial llegar a corto plazo. En ninguna forma se justificaría el ajuste matemático de / un modelo, por solo haber logrado el éxito en sí. La practicidad inmediata de este tipo de trabajo, se justifica plenamente cuando es llevado a una función práctica y esencial, cual es la regulación y control de la explotación del recurso. En definitiva, el modelo matemático viene a ser un medio tendiente a / obtener la racionalización y coordinación en la explotación de las aguas; en ninguna forma es un fin en sí.

Por lo tanto, el sistema de gobierno y administración de / las aguas, deberá estructural legal y reglamentariamente la aplicación y las formas para utilizar los medios que la ciencia moderna nos pone al alcance.

(c). Deberían fijarse zonas de restricción.

Consecuencia directa del criterio expuesto en el apartado anterior, y conforme a las observaciones y estudios técnicos realizados en / las zonas del Proyecto, se concluye que -en orden a racionalizar la extracción del agua del subsuelo y evitar los graves perjuicios comprobados- sería conveniente la fijación de zonas, técnicamente delimitadas, en las que se prohíba -relativa o absolutamente- la extracción de agua subterránea, y de ahí en más, no se admita la realización de nuevas perforaciones. Dichas medidas tendrían como fundamento técnico la conservación del volumen y la calidad del agua almacenada, y como fundamento jurídico la propiedad pública que detenta el Estado provincial sobre todas las aguas subterráneas bajo su jurisdicción. Como

principio o base general, el criterio debería incorporarse a la ley formal de aguas, principio que sería desarrollado y concretamente aplicado por vía reglamentaria, mediante la intervención de las correspondientes autoridades técnicas.

Algunos criterios básicos, de entre otros, a tener en cuenta, serían:

- criterio basado en el deterioro de la calidad química / del agua subterránea, conforme al uso del recurso. La explotación intensiva en algunas zonas (por ejemplo: ver Hidrogeoquímica de Caucete y 25 de Mayo en San Juan), trae como consecuencia el paulatino deterioro del agua subterránea, pudiendo llegar a estar completamente salinizada o contaminada, y ser / inútil para fines de irrigación. Es posible que una explotación controlada, / por ejemplo, sea factible para uso industrial, sin causar mayores perjuicios al acuífero.

- criterio basado en el descenso peligroso de los niveles explotables. En otra parte de este estudio (ver Tomo II, D. 1), hemos dicho, que la explotación del agua subterránea debe tener un límite y que la misma debe ser programada. El límite de extracción se basa en el principio que, dicha extracción, no debe causar ningún detrimiento ni perjuicio sensible a la cuenca de almacenamiento. La sobre-extracción del recurso puede llegar a causar el agotamiento del reservorio y, aún no llegando a tal límite, puede volver absolutamente antieconómico su bombeo desde grandes profundidades. Un problema relacionado con la cuestión que observamos, es el que hemos brevemente expuesto anteriormente, ello es, la contaminación de acuíferos por la intrusión de aguas salinas o de mala calidad, en los acuíferos de buena calidad.

- por último, otro criterio restrictivo podría basarse en razones de prevalente interés público. Tal el caso, por ejemplo, de la eventual conveniencia de adoptar el sistema de explotación mediante "baterías de

de pozos" realizadas por el Estado; en el caso de que circunstancialmente se decidiese la ejecución de una "batería" por particulares, bajo su responsabilidad, la administración de la misma debería encararse a través de la formación convencional de consorcios, o bien, aprovechar los entes constituidos / para la administración del agua superficial.

Este criterio se basaría en la conveniencia técnica de la ubicación de las perforaciones o en un principio de mejor política para la / distribución del recurso.

(d). Un medio conveniente para orientar la explotación del recurso subterráneo, sería la adopción de una determinada / política fiscal, forma que, en definitiva, mediante la presión impositiva, automáticamente obraría como principio selector. En este sentido, es necesario reconocer que hay zonas en las que es principio de buena política el alentar el desarrollo de la producción agrícola-ganadera, mediante el uso de agua // subterránea, en forma exclusiva o conjunta con la superficial, medida que en si sería parte de un amplio programa de colonización. Por el contrario, existen zonas donde -debido a los cuantiosos problemas que se presentan- conviene desalentar la explotación del agua subterránea, permitiendo una mayor explotación en zonas aledañas y cubriendo los déficits con agua superficial, o bien determinar puntos aptos para la ubicación de baterías, que permitirán / una mejor y más uniforme distribución del recurso, por medio de la red de canales respectiva.

(e). Debería actualizarse y adecuarse convenientemente la reglamentación relativa a la ejecución de proyectos, ubicación, autorización y construcción de pozos e instalación de equipos de bombeo.

Esta es una materia en la que debería acentuarse el control de la Autoridad local de aguas, por cuanto el complejo problemático que abarca, es sumamente amplio y de definitiva importancia en la racionalización de la explotación de los recursos del subsuelo. Para constatar el acerto, baste señalar que, de la responsabilidad de los profesionales intervenientes, de la capacidad técnica de la Autoridad de Aguas para determinar con certeza la ubicación de las perforaciones, el cumplimiento exacto de los requisitos exigidos en la construcción, cementación y control de las perforaciones e instalación conciente de los equipos de bombeo, depende, en forma directa, la conservación del recurso, y permite su racional aprovechamiento.

(f). Debería determinarse la calificación de las interferencias injuriosas o lesivas a intereses de terceros.

En este sentido, las legislaciones actuales solo fijan un criterio puramente objetivo y circunscripto a determinar las distancias mínimas entre pozo y pozo, o entre pozo y lugares públicos. Nos parece que éste no es un criterio acertado para los momentos actuales, en que el avance tecnológico nos demuestra la relatividad de tal temperamento. Somos contrarios al mantenimiento de tal criterio en las nuevas legislaciones que algún día / han de intentarse (ver Tomo II, apartado B. 3. del presente trabajo).

Por el contrario, consideramos que la nueva legislación debería fijar los criterios necesarios para que la autoridad técnica, en forma

concreta, pudiese fijar, en cada caso y consultando las propias características hidrogeológicas de la zona designada, la distancia conveniente que debería guardarse entre dos perforaciones, o entre un pozo en proyecto y determinados lugares de interés públicos. El problema de la interferencia tiene, por otra parte, un tinte acentuadamente económico en cuanto a los derechos preexistentes de terceros, que toca muy de cerca al problema de los perjuicios / eventuales, materia ésta que también deberá ser de especial consideración.

(g). Deberían adoptarse prevenciones reglamentarias especiales, tendientes a resguardar la calidad química del agua y para evitar la salinización y contaminación de acuíferos.

La materia relativa a la calidad química de las aguas, es uno de los puntos fundamentales a tener en cuenta en los programas de conservación y expansión agraria. La calidad del agua está íntimamente ligada al / uso para el cual se la destine, y las prevenciones a tener en cuenta respecto al particular, deberán estar en conexión directa con las zonas hidrogeológicas y la utilización directa de las mismas. Resulta indudable que no podrá / requerirse la misma calidad, para agua que se usa en funciones tan distintas como son la irrigación y la industria. Pero, aún dentro de la irrigación, / hay una serie de problemas conexos que se interinfluyen: por ejemplo, el tipo de suelo, el tipo de cultivo, el tipo de climas, etc.; todos ellos en su conjunto determinarán los criterios convenientes para una futura y eventual programación en la readaptación o extensión de las zonas agrícolas.

Pero, fundamentalmente, estos aspectos deberán tenerse en cuenta en los programas de colonización y expansión agraria que eventualmente se encaren en un futuro próximo.-

Algunos de los problemas que nos impulsan a esta reflexión, son de alguna gravedad, y han sido comprobados en nuestros días; salinización de tierras, contaminación de acuíferos de buena calidad, comprobada en la época de su primitiva explotación y que han sido deteriorados sensiblemente por un bombeo intensivo durante períodos prolongados, en zonas hoy delimitadas // perfectamente, gracias a los estudios de este Programa de Investigación. El llamado de atención reviste, en este caso, un imperativo categórico, en el // que, el Estado deberá intervenir en forma inmediata e indefectible, a fin de / reordenar la explotación en ciertas zonas; ello en defensa de los intereses / de la comunidad en general, de la economía provincial y de cada uno de los // usuarios cuya subsistencia depende directamente de la producción agrícola, en este caso.-

El problema de la intrusión de aguas de mala calidad en / acuíferos de buena calidad comprobada, deberá contemplarse conjuntamente con el sistema de control y los requisitos para iniciar la explotación de un determinado pozo ; es decir, se relaciona, en alguna medida, con la construcción / de pozos, cementación y aislación de capas acuíferas, etc.-

(h). Debería organizarse, dentro de la estructura administrativa que ejerza la autoridad de las aguas, un sistema adecuado para el control técnico de todo el proceso de ejecución de perforaciones y, posteriormente, en el de su explotación.

Este aspecto, está relacionado con algunos tópicos expuestos y comprendidos dentro de lo que podemos llamar el proceso de racionalización en la explotación del agua subterránea. Es una función que resulta natural en todo organismo destinado a la explotación de riqueza, íntimamente ligadas al desarrollo de las economías locales, y donde está en juego el interés general de la comunidad.-

(i). Debería propenderse a la explotación integrada de los recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneos, con un criterio científico-técnico acorde con el desarrollo / tecnológico y las necesidades realmente evaluadas.

Sobre todo en aquellas áreas, como las muestras, en las / que, gran parte de la economía se basa en la producción agrícola y en las que el agua adquiere un valor esencial, deberán encararse, inmediatamente, estudios de evaluación alternativa para la producción económica, teniendo como // punto de referencia las dotaciones reales de agua con que se cuenta, a través de la distribución superficial, y de los volúmenes almacenados en el subsuelo, con especial consideración a la factibilidad de su extracción y su costo real, en cada caso. La consideración integral del problema del desarrollo, y la exacta ubicación de los factores de la producción y de los recursos naturales -entre ellos el agua- que propenden y apoyan su desenvolvimiento, nos darán la exacta respuesta acerca de la necesidad y conveniencia de una explotación conjunta y armónica de las dotaciones naturales de agua superficial, con los volúmenes almacenados de agua subterránea, susceptibles de ser económica- mente extraídos.-

Estamos frente a un problema de alternativas y de reordenamiento en la administración de aguas. En este orden de ideas, nos es dable // observar en nuestro país que, en los últimos años, se han producido algunos / hechos significativos, que nos inducen a pensar en la concresión de una sana tendencia hacia el desarrollo institucional de los aspectos hídricos en general. Paralelamente, se ha observado una tendencia hacia la especialización y el entrenamiento de profesionales en las distintas especialidades, con una visión interdisciplinaria, lo que nos brinda otro de los elementos esenciales / de la infraestructura del desarrollo hídrico. Es decir, pensamos, estamos en la etapa del "despegue" en materia del desarrollo integrado y armónico de los

recursos hídricos, problema que deberá estudiarse con sentido profundo, determinando los reales y definitivos objetivos, un sistema justo de repartos y, en definitiva, considerando el fin último de la sociedad. Al hombre debe // asignársele, como persona humana, el lugar que por esencia le corresponde, lo grando la articulación y coordinación de las fuentes de riqueza, y, en fin, / de los factores de la producción, como medios esenciales para el logro del // fin de la sociedad.

A esta altura del desarrollo del conocimiento y de los sistemas de trabajo, el hombre disciplinado y respetuoso de las jerarquías, ha logrado -en todos los campos de la ciencia- éxitos espectaculares, del orden de los que día a día nos llenan de admiración. Nosotros, en el campo del conocimiento que nos ocupa, debemos bregar y luchar para el logro de un reordenamiento integral en el aprovechamiento de los recursos hídricos, elemento éste que nos resulta imprescindible desde varios puntos de vista, pero esencial / además para el desarrollo de nuestra economía, todavía hondamente caracterizada por la tradicional producción agrícola-ganadera.

Es decir, estas líneas significan un llamado de atención a todos los argentinos, ya que en éste, como en otros tantos campos, estamos frente a una alternativa decisiva: o llegamos a un reordenamiento total, o / caeremos en el orden de los países rezagados e inmersos en un subdesarrollo / injustificado. A todos y cada uno de nosotros nos toca jugar, desde los distintos campos de la actividad, con una responsabilidad ineludible; la seriedad con que se haga frente a la misma, determinará el grado de comprensión de los grandes problemas que nos afectan, y, en conjunto, facilitará el proceso de las grandes soluciones.

Las consideraciones espuestas, se refieren en forma directa al problema que venimos tratando. Es bastante común oír decir que es más conveniente un dique, que la ejecución de perforaciones; que la ejecución de

un dique permitirá la expansión de las áreas cultivadas, mientras que la extracción de agua subterránea sólo beneficiará a una reducida extensión y algunos regantes; y otras cuestiones similares. Estos acertos pueden tener su grado de verosimilitud, individualmente considerados. Pero, nuestro problema no puede, ni debe, plantearse en términos alternativos y excluyentes. Conocemos, por una parte, las características de un determinado caudal promedio de agua superficial; por otra parte, un estudio apropiado nos indicará una evaluación aproximada de las reservas subterráneas; luego, nuestro trabajo es establecer como, en forma coordinada, puede lograrse el más alto rendimiento en el aprovechamiento de los recursos hidráticos totales.

Así como, desde el punto de vista económico, debe bregarse por un desarrollo integral y armónico de la economía, desde el punto de vista de los recursos hidráticos, como elementos indispensables para la subsistencia y el desarrollo, debe observarse el problema en su conjunto, programando su // aprovechamiento en base a su relatividad y limitación, y teniendo presente la multitud de usos que demandan su utilización; ello, a fin de conseguir su // aprovechamiento integral, más amplio y justo.

(j). Debería contemplarse, para un futuro próximo, la posibilidad de la recarga de acuíferos por medios artificiales. Para ello podría estudiarse la forma de aprovechar los excesos periódicos de caudal o eventuales sobrantes, proveyéndose las bases y mecanismos técnico-administrativos para que la recarga pueda realizarse, buscando, además, reducir al máximo los costos e inconvenientes legales que podrían presentarse.

En general, estos son los aspectos más importantes que, hemos pensado, puede resultar útil tener presentes para las futuras labores tendientes al reordenamiento técnico, administrativo y legal en el aprovechamiento

to de los recursos hídricos. En los apartados siguientes pasaremos revista a algunos otros aspectos en forma especial, debido a la trascendencia que en sí representan.

### 3. Algunos Aspectos sobre el Uso Integrado de los Recursos Hídricos. (89)

Antes de sobrevenir la explosión demográfica y de producirse la gran influencia del progreso tecnológico, fué normal que el hombre hiciera / usos singulares de las aguas (sólo aquél que más la necesitaba). A medida que la especie humana se desarrolla, los usos singulares se van acrecentando y / empiezan a entrar en competencia los diversos usuarios; aparecen nuevas necesidades y, consecuentemente, deben satisfacerse otros usos con el recurso. Entonces es cuando aparecen las primeras legislaciones sobre la materia, dictando normas sobre su utilización.

A fines del siglo pasado, al entrar en juego los dos factores / arriba mencionados -explosión demográfica y progreso tecnológico- la demanda de agua aumenta considerablemente; pero, por otra parte, la cantidad de recursos hídricos aparecía como invariable. Ello condujo a la necesidad de utilizar un mismo recurso hídrico en varios usos distintos, simultánea o sucesivamente, y que hoy conocemos como sistema de "uso integrado".

Por otra parte, sabemos que los usos del agua son "consuntivos" o "no consuntivos", ocurriendo -casi siempre- que los primeros excluyen o dificultan a los últimos, hecho que origina la necesidad de definir prioridades entre dichos usos. El determinar prioridades en los usos del agua, origina la postergación de algunos de ellos en beneficio de otros de mayor interés público.

co. Las prioridades pueden estar referidas "al lugar" o "al tiempo". En el // primer caso, consisten en autorizar ciertos usos aguas arriba (los no consumtivos, como por ejemplo: el uso energético), de modo que otras usos que podrían impedir los primeros, se hagan solamente aguas abajo (usos consumtivos, como por ejemplo: uso para riego). Las prioridades referidas al tiempo, consisten en autorizar a ciertos usuarios a utilizar las aguas cronológicamente después que otros lo hayan hecho, encontrando su fundamento en consideraciones de orden económico y social.-

La necesidad de integrar los distintos usos del agua, deriva de su reciprocra interdependencia, pues, según como el hombre los practique se influyen positiva o negativamente. Así, por ejemplo, el almacenamiento de torrentes estacionales de agua para el control de inundaciones (lucha contra un efecto nocivo), permite la utilización y regulación de dicha agua en usos posteriores sobre el mismo curso hídrico, como sería el caso de su uso en la generación de hidroelectricidad (uso útil). Pero también se dá el caso de influencias negativas; si, por ejemplo, se almacenan aguas no utilizadas en una época, para su utilización en la irrigación agrícola en la estación propicia, ello impide su utilización en la generación de energía eléctrica (siempre que ésta última no se realice aguas arriba de la presa).

La administración por parte del hombre, de los otros recursos naturales, influye sobre los recursos hídricos, y viveversa; este hecho determina la necesidad de bregar por un uso armónico e integrado entre todos los recursos naturales de la misma manera que se habla de la integración en el uso del agua. Hechas las consideraciones y evaluaciones necesarias, la ley / será el instrumento apto para imponer el sistema.-

En cuanto al ámbito y contenido legal de la integración, diremos que ésta puede ser posible y conveniente en cualquier ámbito geográfico-

político; internacional, nacional y local o provincial; y, por otra parte, hemos dicho que la integración puede referirse a aquélla que se dá entre los diversos usos del agua, o entre ésta y los otros recursos naturales. En consecuencia, podemos hablar de integración "territorial o geográfica" o integración "funcional".

Primeramente nos referiremos a la Integración Territorial. La Naturaleza nos brinda una innumerable gama de ambientes físicos; en algunos de ellos la integración puede resultar más factible y, además, más necesaria: son las llamadas cuencas hidrográficas. Estas, a veces, están ubicadas íntegramente dentro de un mismo país, pero, otras veces, ocupan parcialmente el territorio de más de un país, son las llamadas "cuencas internacionales", hecho que traslada automáticamente al problema de la integración de su uso al / ambiente multijurisdiccional.

Pero aún, dentro de un mismo país, es posible y conveniente brgar por la integración de los usos de distintas cuencas entre sí, lo que nos conduce al problema de como la ley debe prever la organización de las institu-ciones hídricas a nivel nacional. En los países sujetos, por su forma de go-bierno, a un régimen federal, es usual que el manejo de los recursos hídricos compita a las autoridades locales de provincias o estados, trasladándose el problema, entonces, a este ámbito. A ello debe agregarse, además, la activi-dad tendiente a la integración y coordinación de la actividad de todas las / jurisdicciones locales en materia hídrica.-

Veamos con mayor profundidad el problema esbozado.

Las cuencas hidrográficas, desde un punto de vista jurídico, son los ambientes físicos, dentro de los cuales los recursos hídricos, sus usos / y sus efectos son naturalmente interdependientes. Ello nos pone de manifiesto que, desde el punto de vista de una cuenca, el uso y conservación de los re-

cursos hidricos en forma integrada, se vuelve una necesidad.

La 48a. Conferencia de la "International Law Association", reunida en New York en el año 1958, aprobó una declaración por la que, por primera vez, se adoptó el concepto de "cuena" para definir el ámbito de vigencia de los principios de derecho internacional. Dicha declaración dice así, "Tal como el concepto se utiliza en esta Declaración, una cuena de drenaje, es un área dentro del territorio de dos o más Estados, en la cual todas las corrientes de agua superficial -naturales y artificiales- drenan una hoya común por una o varias salidas comunes". Siguiendo este orden de ideas, la Conferencia sentó el siguiente principio de derecho internacional: "Un sistema de ríos y lagos de una cuena de drenaje, debe ser considerado como un conjunto integrado (y no por partes)", principio que fué explicado en los siguientes términos; "Hasta ahora, el derecho internacional, en su mayor parte, se refirió al agua superficial, aún cuando existen algunos precedentes relativos al agua subterránea. Es necesario llegar a la consideración de todos los elementos hidrológicos y demográficos de una cuena hidrográfica, en forma / que se reconozca la interdependencia entre todos dichos elementos".-

Los depósitos y corrientes de agua subterránea, también forman cuencas que, por regla general, coinciden con las superficiales, pero, a veces, la estructura geológica determina que no ocurra así. En tal caso, conviene que las leyes que tiendan a obtener el uso integrado de tales recursos, / tengan en cuenta tales circunstancias.-

Por otra parte, las fronteras políticas y administrativas que / separan a los Estados, pocas veces coinciden con las delimitaciones naturales de las cuencas. Este problema se presenta a distintos niveles políticos y con diferentes consecuencias, que, en la generalidad de los casos, traba el intento de uso integrado de los recursos hidricos.-

Dentro del ámbito de una misma nación, cuando los límites de / sus subdivisiones políticas -estados, provincias, etc.- no coinciden con los de las cuencas hidrográficas, determina la existencia de ríos interjurisdiccionales. Ello trae como consecuencia, que el manejo de un mismo río, es compartido por varias agencias administrativas locales a la vez, hecho que dificulta su utilización integrada. En numerosos casos, las cuencas son administradas por "agencias de administración por cuenca", lográndose un manejo integrado del recurso hídrico. En otros casos, las decisiones judiciales o de // autoridades de nivel superior, o los convenios interjurisdiccionales, han resuelto la forma de usar las aguas, sin llegar a crear administraciones particulares.-

Cuando las cuencas hidrográficas de agua superficial y subterránea coinciden, la ley debe procurar su uso integrado teniendo en cuenta / la recíproca influencia, de las aguas mencionadas, entre sí.-

La derivación de agua de una cuenca hidrográfica hacia otra, hecho que es viable gracias al progreso tecnológico de nuestro tiempo, produce -en algunos casos- un detrimiento para los usos de la cuenca de origen. Esto conduce a la conclusión, que es necesario que la ley autorice el trasvaseamiento, solo mediante un examen previo de la conveniencia pública, y sin / que con él se lesionen derechos.-

En otro orden de ideas, nos referiremos a continuación a la Integración Funcional.

La integración funcional, es aquella que se pretende entre los diversos usos a que es accesible el agua, y entre el agua y los otros recursos naturales. Es frecuente que diferentes agencias administrativas estén a cargo de distintos usos de los que es susceptible el agua, hecho que crea la necesidad de tender hacia su integración y coordinación.-

En el proceso de integración funcional, es conveniente que intervengan diversos aspectos, entre los que mencionaremos:

- El planeamiento del desarrollo de los recursos hídricos.
- La creación o el reconocimiento de los derechos de uso de las aguas, tema que conduce hacia la integración entre usuarios -individuales o entidades públicas-, e incluye, luego, la / cuestión de prioridades respecto a los diversos usos.
- La construcción y la administración de las obras y trabajos / hidráulicos, sean de conservación o de utilización en si, incluye la coordinación en la administración de las distintas / obras hidráulicas -de uso individual o colectivo-, especialmente cuando están en una misma cuenca.
- La regulación y control del uso directo (final) de las aguas, y de las medidas y trabajos necesarios para su conservación.

4. Hacia la adopción del criterio funcional para la Administración de los Recursos Hídricos (90).

Es dable observar que, en nuestro país, como ocurre en el resto del mundo, en los últimos decenios, el desarrollo y la administración de los recursos hídricos se ha caracterizado por una doble circunstancia: aumento y diversificación de la demanda de agua para diferentes usos. La competencia en el uso de recursos escasos ha sido intensificada, en tanto que la interdependencia entre los diversos usos, y entre éstos y otros subsistemas de los sistemas social y económico ha adquirido mayor importancia y exige que la planificación, el desarrollo y la asignación de los recursos, abarquen un campo / más extenso.

A medida que la escasez del recurso hídrico se acentúa, el marco institucional de su administración por los poderes públicos -o sea la legislación y la administración- debe hacer frente a nuevos problemas. Podemos observar claramente, que el problema se centra en que las estructuras y normas no siempre se elaboran con visión de futuro, es decir, que no siempre resulta fácil o posible tener en cuenta los obstáculos que deberán enfrentarse en un futuro, más o menos próximos. Es por ello que, la necesidad de las reformas administrativas y jurídicas constituye una de las raíces del problema del desarrollo, en países como el nuestro, en cuanto al crecimiento social y económico, depende de la idoneidad de la estructura orgánica dentro de la que se formulan la política, la planificación y la ejecución de las obras de desarrollo.

Recientemente se han examinado (91) las razones por las que, en países en vías de desarrollo, se impone un cambio o reforma administrativa. En tal sentido se hace una comparación entre los dos criterios fundamentales que se han seguido para la adaptación del mecanismo administrativo hacia las nuevas exigencias socio-económicas; en tanto que el criterio de la reforma administrativa "global" ha dado por lo general escasos resultados, las reformas "parciales" parecen ser más promisorias.

La posibilidad de contar con una estructura institucional adecuada para la planificación integral de recurso hídrico a largo plazo, es una necesidad, que mucho se hace sentir en estos últimos años. Las aguas, al intervenir en el ciclo hidrológico, se nos aparecen como recursos móviles, lo que implica que cualesquiera cambios que se produzcan en la calidad o cantidad del líquido en un lugar, pueden tener efectos directos sobre su utilización para otros fines, en otros lugares. Esta interdependencia física tiene consecuencias en los planos económico, estructural y administrativo, que se contraponen -cada vez más- a las modalidades tradicionales de coordinación de los recursos hídricos, con la administración de otros subsistemas económicos y sociales, para los cuales los usos del agua constituyen consumos. El desa-

rrollo de las vías de navegación interior, es parte del desarrollo general de los transportes, y el riego está vinculado fundamentalmente a la agricultura. Por consiguiente, la estructura administrativa tradicional de los recursos hídricos, acusa un alto grado de descentralización en gran número de dependencias gubernativas. Es por ello que, la responsabilidad respecto de los recursos hídricos se han asignado principalmente a dependencias con esferas de competencia conexas; el riego suele estar a cargo de los Ministerios de Agricultura; la energía eléctrica a cargo de Ministerios de Energía; la navegación a cargo de Ministerios de Transporte; etc.-

En consecuencia, dos requisitos orgánicos principales parecieran caracterizar al problema de la administración de los recursos hídricos:

- por una parte, existe la necesidad de coordinar la administración de los diversos usos de las aguas, con las respectivas / responsabilidades del gobierno; esto es, el riego con la agricultura, las obras hidroeléctricas con la energía, la navegación con las transportes, etc.
- por la otra, la interdependencia física de los usos de las / aguas, exige un ajuste óptimo de sus distintas demandas en un desarrollo integrado de los recursos hídricos; vale decir, / una planificación y un desarrollo coordinado de tales recursos.

Estos dos requisitos orgánicos, darían lugar a dos posibilidades diametralmente opuestas en la administración de los recursos hídricos;

- una organización orientada hacia los recursos (en nuestro caso, la Secretaría de Estado de Recursos Hídricos).

- o una administración orientada hacia el consumo (o sea, una / estructura en la que la jurisdicción sobre el agua se integra se con otras responsabilidades: agricultura, salud, energía, etc.).

Toda organización consiste en el establecimiento planificado de líneas de interacción entre centros de responsabilidad. La habilidad para lograr una estructura óptima, depende del arte para localizar y definir las necesidades de coordinación entre los centros de responsabilidad, y para idear el mecanismo de coordinación adecuado. Los principales Factores Funcionales, o sea la estructura jerárquica de la administración de los recursos hídricos comprende cuatro etapas principales:

- Formulación de la política rectora, es decir, la traslación de los valores económicos, sociales y políticos prevalentes al desarrollo y utilización de las aguas.
- Legislación y Planificación. Las leyes reglamentarias del planeamiento hídrico y, en algunos casos, las normas constitucionales, suministran el marco jurídico de la administración pública de los recursos. Conviene hacer notar que una Ley de Aguas no es un conjunto de normas abstractas, sino que debe concebirse como un instrumento de aplicación directa de la política hídrica. La planificación, por su parte, debe tener igualmente en cuenta los criterios rectores generales formulados al determinar la política general.
- Administración jurídica, Preparación de proyectos y Asistencia técnica y financiera. La administración jurídica implica la aplicación de las leyes de aguas mediante el otorgamiento de permisos, concesiones de uso de las aguas, adjudicación de derechos, solución de conflictos, etc. Los dos aspectos restantes, implican la aplicación de decisiones / adoptadas en la etapa de planificación.

- Construcción, explotación y conservación de obras.-

En el marco institucional para la administración de los recursos hídricos, debe preverse la interacción adecuada entre los diversos planos de la estructura jerárquica de adopción y ejecución de decisiones; es decir, lo que se conoce como "corrientes de información" descendentes y ascendentes.

Por otra parte, tenemos los Factores Físicos que determinan la estructura orgánica de la administración de los recursos hídricos, es decir, los factores físicos del desarrollo y la utilización de esos recursos que requieren ciertas pautas administrativas. Los principales factores que se refieren al aspecto geográfico de la administración son:

- La interrelación física de los recursos hídricos entre una // cuenca fluvial y una cuenca de agua subterránea.
- Las variaciones de ubicación zonal de los distintos usos del agua.
- El manejo de otros recursos requerido por el desarrollo de los recursos hídricos.

Los factores que atan al aspecto funcional de la administración, son:

- La interrelación física de las aguas de superficie y la subterránea.
- La interrelación de la cantidad y calidad del agua.
- La interrelación del agua con otros recursos naturales.
- La interrelación entre los distintos usos del agua.

A su vez, estas necesidades institucionales se ven afectadas / por algunos Factores Externos, tales como las condiciones jurídicas, políticas y constitucionales, la evolución histórica de la administración de los / recursos hídricos, la estructura económica, etc.

A modo de conclusión digamos que, una administración de recursos hídricos integrada, depende ante todo de una integración entre la formulación de la política, la planificación y la legislación.-

##### 5. Hacia el Uso Mancomunado del Agua Subterránea y Superficial.

El uso del agua subterránea en las provincias de San Juan y Mendoza, se ha desarrollado sobre una base que carece de coordinación; el hecho más notable es que cada individuo, o grupo de ellos, ha dispuesto del aprovechamiento del agua, sin conocer ni preocuparse del efecto acumulativo de las extracciones individuales. La cuestión se ve agravada por cuanto el Estado, como responsable directo en la adopción de la política hidrica y del conjunto de medidas que hacen a una explotación racional, no ha adoptado -hasta la fecha- ninguna medida importante de fondo en lo que a la administración del recurso se refiere. El aprovechamiento del recurso subterráneo se ha desarrollado con tanta intensidad, que hoy provee al regadío de un área que está en el orden del 25% de la superficie total cultivada. Si el actual ritmo de crecimiento en las extracciones se mantiene, deben adoptarse urgentes medidas / tendientes a su programación y control, y, además, estudiarse las formas de un mejor uso de los almacenamientos subterráneos, conjuntamente con el aprovechamiento coordinado del agua superficial.-

En este tipo de problema, tres son los aspectos que tienen importancia decisiva; el agua subterránea almacenada; la capacidad de almacenaje; y las propiedades trasmisivas del sistema de distribución natural. Es necesario distinguir perfectamente dos aspectos del asunto; el agua subterránea almacenada y la capacidad de almacenaje de agua subterránea; el agua subterránea almacenada puede usarse sólo una vez, mientras que la capacidad de almacenaje de agua subterránea, con su capacidad de recarga y extracción, puede emplearse una y otra vez con efectividad. Pero estos conceptos vertidos, no solo deben ser manejados bajo el imperio del criterio técnico, sino que, además, la evaluación de proyectos de factibilidad en el orden económico y político-social tienen preponderante importancia. Así por ejemplo, la extracción de agua subterránea excediendo a la recarga, ha permitido a la economía de California, U.S.A., financiar proyectos locales para la importación de agua en gran escala y que hoy están en servicio. Es por ello que, la sobre-extracción continuada con bases provisionales, defiriendo el rédito de una inversión a un plazo más o menos largo, puede permitir la solución de problemas a plazo mediano o largo en forma más económica y definitiva para la zona en cuestión. En definitiva, el problema -como hemos explicado en otras oportunidades- es de programación y planificación de los recursos hidráticos totales, basándonos en un criterio de usos integrados y de desarrollo sostenido.

Los estudios acerca de la posibilidad de la administración por cuencas, deben ser investigaciones a nivel de reconocimiento de planes alternativos y de operación integrada de todos los recursos de agua, planes que deben evaluarse en base a los factores físicos y económico-sociales interesados. La información que se obtenga de los estudios sobre la administración, debe ser empleada por el Estado para poder operar y decidir con elementos predictivos a nivel local, medidas que afectan a la construcción de estructuras físicas para el almacenamiento de agua, y el transporte de agua superficial suplementaria, que resulte necesaria para poder satisfacer las demandas del área.-

Como en otra parte hemos dicho, la primera fase de un estudio de administración, comprende un minucioso reconocimiento geológico del área, reconocimiento que tratará de dar una definición cuantitativa de las características geométricas e hidráulicas de la cuenca de agua subterránea, y proporcionará el fundamento para la segunda fase -el estudio hidrológico-, y para / la formulación y evaluación de planes alternativos en la tercera fase. En las zonas bajo estudio de las provincias de San Juan y Mendoza, el Plan Agua Subterránea realizó el estudio de las dos primeras fases, en virtud de que ése / era el objetivo que se le asignara. La tercera fase, deberá ser motivo de especial atención por parte de los gobiernos respectivos.-

En definitiva, la adopción del criterio funcional en la administración de los recursos hídricos, considerando a éstos en su totalidad -es de cir, los superficiales y subterráneos- a los fines de la reordenación de su / utilización, para lo cual deberá tenerse en cuenta el criterio de la integración de sus usos (aspectos ya descriptos en los apartados D. 3 y 4), parece / ser la solución más aconsejables, a la luz de los criterios más modernos, pa-rra el gobierno y administración de los recursos hídricos.

6. Consideraciones relativas al actual sistema de administración / de las aguas, que nos induce a aconsejar el sistema de adminis-tración funcional, bajo un criterio de usos integrados.

Trataremos de esquematizar brevemente algunas consideraciones / generales, relativas a la actual administración de las aguas en las provin-cias que nos ocupan, con el fin de justificar nuestro punto de vista en cuan-to aconsejamos la adopción de un sistema funcional e integrado de las aguas.

Algunas de las pautas que caracterizan nuestro actual sistema / de gobierno y administración de las aguas, se dan a continuación:

- El actual Departamento de Hidráulica de la Provincia de San Juan, se ocupa; en forma paralela, de la ejecución de obras hidráulicas y de la administración del recurso.

En este sentido, nos parecería más conveniente el sistema de desdoblamiento de funciones (similar al seguido en la Provincia de Mendoza, por vía de la Dirección de Obras Hidráulica y el Departamento General de Irrigación), dejando en manos del organismo natural la administración y control / del uso y la sola ejecución de obras menores tendiente al logro de una mejor distribución de las aguas. La ejecución de las grandes obras hidráulicas (represas, canales principales, secundarios, etc.) debería estar a cargo de los fondos del presupuesto general de la Provincia.

- Actualmente se le brinda mayor importancia a la administración del agua superficial, con el consecuente descuido en todo el complejo sistema de aprovechamiento del agua subterránea; hecho que se observa con mayor o menor claridad, con características propias, en ambas provincias.

- Se observa una clara desarticulación entre los sistemas de / aprovechamiento del agua superficial y la subterránea, hecho que llega a revestir gravedad en la eventual evaluación de proyectos locales o nacionales, en los que no se tenga en cuenta su natural interdependencia. Las alternativas conjuntas deben ser cuidadosamente evaluadas, tanto desde el punto de vista técnico, como desde el económico y político-social.

- Es dable observar, en las respectivas administraciones que comentamos, un alto grado de descuido en las tareas de control de la extracción y aprovechamiento del agua subterránea, en sus diversos aspectos.-

- La deficiencia operativa que apuntamos, sería la resultante / necesaria de varios factores: deficiencia estructural y funcional, deficiencia en la asignación de fondos presupuestarios, carencia de personal profesional y técnico que debería ser el encargado de las funciones específicas inherentes, carencia casi absoluta del equipo e instrumental básico de apoyo, etc. Estos factores se muestran mucho más acentuados en la Provincia de San Juan.-

- Desde el punto de vista del gobierno, no se observa una labor armónica y coordinada en la programación y planificación para el aprovechamiento de los recursos hídricos en planes de corto, mediano o largo plazo, de forma que se haya considerado al recurso total conocido y evaluado, las alternativas tendientes al logro de una proyección económico-social / de avance sostenido -en coordinación con los otros sectores económicos interesados-, aplicando el sistema de la integración y armonización de todos los // usos del recurso, sistema que permitirá su explotación con visión de futuro.-

Con estas breves anotaciones, no se intenta ningún tipo de crítica a la acción de los actuales gobernantes de las respectivas provincias, / ni de los funcionarios que entienden directamente en la administración de las aguas; solo hemos querido poner de relieve algunos de los innumerables problemas que aquejan a nuestro actual sistema de gobierno y administración de las aguas, a fin de llamar la atención respecto a la importancia real que reviste el problema en sí, y en relación con el desarrollo integral de las zonas a / que nos hemos referido.-

## 7. Palabras Finales

Muchos otros problemas y cuestiones aquejan al actual sistema / que estructura el gobierno y administración para el aprovechamiento de los / recursos hídricos. En ninguna forma nuestro objetivo ha sido el de hacer un / inventario de los mismos, sino -por el contrario- tratar de brindar algunos / aspectos y criterios que podrían servir de base a futuros estudios que sobre la materia se intentasen.

Este, nuestro humilde aporte a la solución de los grandes y gravez problemas que el mundo moderno presenta para el aprovechamiento intensivo y más justo de los recursos hídricos, es el medio mediante el cual nos permitimos expresar nuestro agradecimiento a todos aquellos que en alguna forma // nos permitieron indagar sobre otras ciencias ajenas a nuestro quehacer específico y que nos supieron impulsar, en el estudio de tan trascendental materia. Es la mejor forma que se nos ocurre de poder brindar algunas conclusiones positivas para la consideración integral de los recursos hídricos en las provincias a que nos hemos referido, y, en especial, a todo nuestro San Juan que ha sido el punto de referencia más próximo y ha constituido nuestro centro de mayor interés, sin por ello desmerecer el desinteresado apoyo que nos brinda--ran, colegas y profesionales de nuestra vecina Mendoza.-

Nuestro agradecimiento, además, a mi señor padre, Mr. Ralph Douglas Bridge, que, con paciencia infinita e inspirado en su amor hacia el hi--jo, supo dedicar largos días a la corrección de los barradores, y, por últi--mo a todo el personal que presta servicios en el Plan Agua Subterránea y que en alguna forma también contribuyó al logro de los objetivos directos del proyecto que nos permitió elaborar este pequeño trabajo.-

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (57) VON der HEYDE GARRIGOS, A. "Elementos para legislar en materia de / Aguas Subterráneas". Buenos Aires, 1941, página 30 (citado).
- (58) VON der HEYDE GARRIGOS, A. Opus citado, página 36 y ss.
- (59) F.A.O. Legislación de las Aguas Subterráneas en Europa, Roma 1964.
- (60) VON der HEYDE GARRIGOS, A. Opus citado, página 306 y ss.
- (61) CANO, Guillermo J. (h) "Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Sud América", Revista Jurisprudencia / Argentina Nº 2768 de fecha 14/3/67.
- (62) MARIENHOFF, Miguel S. "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1939.
- COMISION DE ESTUDIOS DE AGUA SUBTERRANEA Informe producido por la Comisión (Trabajo del Dr. José María Sayavedra) Mendoza 1966.
- (63) MAZEAUD, Henri, León y Jean "Lecciones de Derecho Civil", Edición / E.J.E.A., Buenos Aires 1960 - Parte II, Volumen IV, página 83 y ss.
- (64) FALLOS, Corte Suprema Tomo 140, páginas 289/90
- VILLEGAS BASAVILBASO, B. "Derecho Administrativo", Tomo IV, página 558 y ss.
- (65) SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho de Aguas, Buenos Aires 1941, Tomo II, página 139 y ss.

- (66) BRIDGE, Alfredo Rafael "El Régimen Jurídico del Agua Subterránea, en la Ley de Reformas al Código Civil" - Seminario de Investigación, Facultad de / Derecho y Ciencias Sociales, Universidad / Católica de Cuyo, 1967.
- (67) BIBILONI, Juan Antonio "Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino", Tomo III (Derechos Reales), páginas 11/12.
- (68) SPOTA, Alberto G. Opus citado, Tomo II, página 142 (sobre / las razones que lo llevan a afirmar la tesis que sustenta).
- (69) SALVAT, Raymundo M. "Tratado de Derecho Civil" -Derechos Reales- Edición T.E.A. 1952, Tomo II, página 411, Nº 1169.
- LLERENA, Baldomero Código Civil Argentino, Tomo VII, página 444.
- MACHADO, José Olegario "Exposición y Comentarios del Código Civil Argentino", Tomo VII, página 41.
- (70) FALLOS, Corte Suprema Tomo 140, página 282.
- (71) VILLEGAS BASAVILBASO, B. Opus citado, Edición T.E.A. 1952, Tomo IV, página 558 y ss.
- (72) BIBILONI, Juan Antonio Opus citado.
- (73) COMISION REFORMADORA 1936 "Proyecto de Reformas al Código Civil Argentino", Edición Kraft Limitada, 1936, páginas 13/14.
- (74) SPOTA, Alberto G. Opus citado, Tomo II, página 503, Nota 584 (citando a Gilardoni).



(75) FEDERACION ARGENTINA DE  
COLEGIOS DE ABOGADOS

"Cuarta Conferencia Nacional de Abogados"  
Tucumán Julio 1936, Programa, Antecedentes, Versión Taquigráfica y Anexos.  
Edición de la Federación, Bs. As. 1937.

(76) FEDERACION ARGENTINA DE  
COLEGIOS DE ABOGADOS

Opus citado, página 207 y ss.

(77) FEDERACION ARGENTINA DE  
COLEGIOS DE ABOGADOS

Opus citado, página 283 y ss.

(78) MARIENHOFF, Miguel S.

"La reciente reforma del Código Civil en materia de Aguas", Jurisprudencia Argentina, Tomo DOCTRINA 1970, página 255 (o Diario de diciembre, 18 de 1969).

(79) BORDA, Guillermo A.

"La Reforma del Código Civil - Bienes y / Cosas", El Derecho, Tomo 31, página 1.019 (o revista Nº 2427 del 22/5/1970).

(80) ALLENDE, Guillermo L.

"Lagos Navegables y No Navegables" - La Ley 131-1478.

(81) C.E.P.A.L. - C.F.I.

"Los Recursos Hídricos de Argentina", Edición, C.F.I., Buenos Aires 1969, Tomo 6, páginas 30/31.

(82) FALLOS, Corte Suprema

Tomo 147, páginas 178 y 216, considerando 12, in re "Provincia de Buenos Aires c/ Josefina Riglos de Alzaga" (15/9/1926).

(83) SPOTA, Alberto G.

Opus citado, Tomo II, página 833, Nota 21.

(84) FALLOS, Corte Suprema

Tomo 180, página 172 - Tomo 30, página 443

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Tomo 62, página 5

- (85) F.A.O. "Las leyes de Agua en Sudamérica" - Cuaderno de Fomento Nº 56 preparado por el / Dr. Guillermo J. Cano - Roma 1956, páginas 67 y ss.
- (86) SPOTA, Alberto G. Opus citado, Tomo II, página 876.
- (87) BRIDGE, Alfredo Rafael "Estudios de Derecho de Aguas" (el presente trabajo) Tomo II, páginas 62 y ss. Apartado A.2.
- (88) U.N. - UNESCO Methods and Techniques of ground water investigation and development - Water Resources Series Nº 33, 1967: Lectures by Robert T. Bean. (Consultado).
- (89) CANO, Guillermo J. (h) "La integración en el uso de los recursos hídricos: sus aspectos jurídicos e institucionales", Monografía presentada por su autor a la 1º Conferencia Internacional / de la "International Association for Water Law", Buenos Aires/Mendoza, 1968.
- (90) DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONOMICOS Y SOCIALES DE LAS NACIONES UNIDAS "El criterio funcional para la administración de los recursos hídricos", Estudio / preparado por la División de Recursos y Transportes, New York, 1968.
- (91) WATERSTON, Albert "Public Administration for What?", en // Finance and Development, Volumen IV, Nº 3 1967, páginas 175/186.-

Este trabajo se terminó de imprimir en  
los Talleres del Plan Agua Subterránea,  
Santa Fé 10-Este - 2º Piso, Provincia  
de San Juan, el día 10 de octubre de  
1970.