

# Los códigos de agua provinciales y la distribución de competencias legislativas en la constitución

Genaro Osmar de la TORRE

**Sumario:** I- Introducción. II- Referencias sobre el Agua en los textos Constitucionales. a) Constitución Nacional; b) Constitución de la Provincia de Buenos Aires; III.-Deslinde de competencias legislativas entre la Nación y las Provincias. IV- El agua como objeto de derechos reales. V- Agua de dominio público y agua de dominio privado. Enumeración. VI.- Regulación del uso, los Códigos de Agua.

## I. Introducción.

El agua elemento vital para la vida, es de carácter limitado. Su escasez plantea la necesidad de compatibilizar sus distintos usos, produciendo ello, cada vez con mayor frecuencia, tensiones y conflictos de diversa índole. Resulta entonces de vital trascendencia para el derecho, en tanto herramienta al servicio del hombre, proceder a la regulación del agua para así redefinir en términos pacíficos los conflictos y tensiones generados alrededor del recurso. Uno de los métodos adoptados en nuestro sistema jurídico para alcanzar dicho cometido ha sido el dictado de Códigos de Aguas provinciales. No obstante estos Códigos, nacidos en un sistema federal, no concentran la totalidad de la regulación del agua.

En estas páginas intentaremos poner de manifiesto el posible contenido de los Códigos de Agua, es decir tratamos de responder el primer interrogante al que podría enfrentarse quien comienza a estudiar un código de aguas: ¿Qué trata un Código de Aguas?

Para ello tomaremos como punto de partida ineludible el análisis de la distribución de competencias legislativa entre el estado Nacional y las Provincias.

## II. Referencias sobre el Agua en los textos constitucionales.

Al intentar despejar nuestro interrogante lo primero que pensamos es analizar, así sea de modo muy ligero, si la Constitución Nacional se refiere al agua o si da alguna pauta expresa acerca de la

regulación. Al hacerlo lo primero que puede venírse nos a la mente es la referencia al ambiente contenida en el art. 41 de nuestra Ley fundamental.

Sin embargo sostener que solamente se refieren al agua las cláusulas que hablan del ambiente, parecería ser una afirmación un tanto simplista y hasta engañosa, pues el agua aparece contenida en ellas tanto como en las normas que hablan de la propiedad, de la expropiación, del comercio, de los servicios públicos, de los derechos de los consumidores, de la libre navegación, etc. En efecto el agua, en lo que al derecho respecta, es ni más ni menos que un objeto dentro de la relación jurídica, y por ello puede ser tratado por las diferentes ramas del derecho desde una óptica diferente, la que trasunta en un régimen con principios y caracteres propios, y aunque, si bien en las diferentes ramas del derecho el objeto agua siempre es el mismo, su regulación centra su atención principalmente en otros elementos de la relación, y sólo en forma incidental en ella.<sup>1</sup> Así por ejemplo el agua puede ser envasada y vendida, y entonces pueden generarse conflictos en torno a las relaciones jurídicas reguladas por el derecho comercial o con la impronta propia de las relaciones de consumo, y entonces la referencia constitucional al agua podrá ser la de los artículos 14 o 42 respectivamente. Pero no obstante ello, parecería que la cláusula ambiental es la que abarca al agua como una problemática integral, y en sí misma, ya que se trata de pensar al agua como un elemento integrante de un sistema más amplio cual es el ambiente, en el cual el centro de gravedad gira en torno al problema del uso por parte del hombre, de bienes escasos y vitales provenientes de la naturaleza. Lo escaso y vital del agua, por un lado, el aprovechamiento que de ella se haga por el otro es lo que más interesa al derecho ambiental.

Veamos ahora algunas cláusulas de la Constitución Nacional que se refieren al agua y luego haremos lo propio con la Carta provincial.

---

1 En relación a ello, enseña Botassi, que “vinculada en forma inescindible a la vida, se comprende que el interés que posee el agua para el Derecho resulte amplísimo y abordable desde sus diversas ramas y cortes transversales. Así, el derecho constitucional se ocupa de deslindar las potestades normativas y fiscalizadoras entre la Nación, las provincias y las municipalidades. El Derecho Administrativo estudia el régimen de las aguas públicas y sus usos comunes y especiales por parte de los particulares. El derecho civil categoriza al agua como objeto valioso y regula la manera de compatibilizar su aprovechamiento en las relaciones de vecindad. El derecho agrario se interesa por el empleo del agua para riego. El derecho ambiental considera al agua un recurso que debe preservarse a toda costa. El derecho de la energía encuentra en los ríos una inmejorable fuente generadora de hidro electricidad. El Derecho Penal sanciona la contaminación de los cursos de agua y el Derecho Internacional se ocupa de su aprovechamiento compartido entre dos o más Naciones” (Botassi, Carlos Alfredo, “Ensayos de derecho administrativo” Ed. Librería Editora Platense, La plata 2006, pág. 321 y 322).

### a) Constitución Nacional<sup>2</sup>.

Ya el texto primigenio de la Constitución traía referencias al agua, si bien, sólo con respecto a la navegación (arts. 12, 14, 20, 75, inc. 10, 13 y 18, 116 y 125 en su redacción actual). Es decir que la constitución anterior a la reforma de 1994 no se refería al agua en sí, sino más bien a uno de los tantos usos de que esta es susceptible, más precisamente el uso para la navegación.

Mathus Escorihuela<sup>3</sup> al comentar la relación del Derecho de Aguas con el Derecho Constitucional señala que “La Constitución contiene normas específicas relativas a las aguas; por ejemplo, los arts. 12 y 14 aluden a la libre navegación de las aguas públicas; el art. 75 contiene entre las atribuciones del congreso la de reglamentar la libre navegación de los ríos interiores (inciso 10), regular el comercio internacional e interprovincial (inciso 13) y promover la constitución de canales navegables (inciso 18 en concordancia con el art. 125). El art. 121 establece la distribución de competencias entre la Nación y las Provincias”.

Con la reforma Constitucional se le otorga al agua una tutela de rango constitucional, aunque de modo indirecto, en tanto se trata de un recurso natural constitutivo del ambiente.

Es decir que ahora sí la constitución se refiere al agua en sí, independientemente de algún uso en particular. Desde este mirador, entonces, lo característico no es un uso en especial que del agua se haga, sino su característica de elemento necesario y constitutivo de algo más amplio, que precisamente es el ambiente<sup>4</sup>, el medio.

Así la constitución manda que los recursos naturales sean utilizados racionalmente, y dispone que el daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer, otorgándose expresamente la vía del amparo para proceder a su tutela judicial, siempre y cuando se den las condiciones para su procedencia (art. 41 y 43)<sup>5</sup>.

Por otro lado se la incluye dentro del concepto de Dominio originario, que tienen las provincias sobre los recursos naturales (art. 124 CN). En relación a la consideración del agua como recurso natural Mathus<sup>6</sup> señala “que el agua como recurso es un nuevo “objeto jurídico” que trasciende el concepto de “cosa” en los términos del art. 2311 CC, que debe ser regulado de un modo particular

---

2 Véase PASTORINO, Leonardo Fabio, “Derecho Agrario Argentino”, Abeledo Perrot, 1ª ed, Buena Aires, 2009, pag. 233.

3 Mathus Escorihuela, Miguel, “Agua y Derecho” en *Derecho y Administración de Aguas*, Miguel Mathus Escorihuela, Mendoza, 2007, pág. 26.

4 Conf. BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de la Constitución Reformada”, Ed. Ediar, Bs. As. 2006, tomo II, pág. 85.

5 MOSSET ITURRASPE- HUTCHINSON-DONNA, “Daño ambiental”, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pag. 240.

6 Mathus Escorihuela, Miguel, “Agua y Derecho” en *Derecho y Administración de Aguas*, Miguel Mathus Escorihuela, Mendoza, 2007, pág. 14.

por el derecho, teniendo en cuenta la interdependencia existente con los demás recursos y elementos naturales que componen el ambiente”

### **b) Constitución de la Provincia de Buenos Aires.**

La Constitución de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 28, reivindica para si la propiedad de los recursos naturales, concepto que comprende el agua<sup>7</sup>.

Queda claro entonces, que en nuestro sistema político de corte federal las provincias son propietarias de sus recursos naturales y poseen, por añadidura, la atribución de reglar el uso que de ellos hagan los particulares<sup>8</sup>.

### **III.- Deslinde de competencias legislativas entre la Nación y las Provincias.**

Tocamos aquí uno de los problemas- junto al dominio- más intrincados de la regulación del agua. Es este un problema propio de los sistemas federales, pues en los estados unitarios no hay conflicto de competencia alguno, ya que todas las competencias legislativas reposan en cabeza de un único gobierno.

El primer interrogante que debemos despejar implica determinar cuál es la autoridad competente para establecer la naturaleza jurídica del agua, es decir si se trata de una cosa o no, y luego si es de dominio privado o público. En el derecho argentino el agua es una cosa y puede ser privada o pública. En la práctica el legislador nacional se ha encargado de establecer ello en el Código Civil, sin embargo calificada doctrina ha desplegado fuertes críticas contra la atribución del Congreso Nacional de regular de modo uniforme para todo el territorio nacional el dominio público- y aún el de las provincias -sobre el agua. Pastorino<sup>9</sup>, con relación a ello expresa lo siguiente: *“López recuerda que Guillermo Cano entendía que en el Código Civil no debían incluirse instituciones de derecho público, como lo es el dominio del Estado y que, por ende, esa clasificación hecha en el artículo 2340 y concordantes no correspondía al Congreso Nacional, teniendo las provincias la potestad de decidir sobre que recursos o que bienes pueden ser declarados de dominio público. También recuerda que a tal observación se le respondió diciendo que siendo que el Código*

---

7 Botassi, Carlos Alfredo, “Ensayos de derecho administrativo” Ed. Librería Editora Platense, La plata 2006, pág 327, PASTORINO, Leonardo Fabio, “Derecho Agrario Argentino”, Abeledo Perrot, 1ª ed, Buena Aires, 2009, pag. 61 y ss.

8 Botassi, Carlos Alfredo, “Ensayos de derecho administrativo” Ed. Librería Editora Platense, La plata 2006, pág 322.

9 PASTORINO, Leonardo Fabio, “Derecho Agrario Argentino”, Abeledo Perrot, 1ª ed, Buena Aires, 2009, pag. 238, nota 4.

*Civil trata el dominio privado, es útil que primero se delimite sobre que bienes éste queda excluido".* En posición contraria a la de Cano se encontraba Marinehoff<sup>10</sup> para quien *"a la Nación le compete establecer qué bienes ostentarán la calidad de "públicos" y cuáles la calidad de "privados". Esto, que implica establecer o determinar la condición o naturaleza legal de las cosas, es una facultad propia de la Nación, pues constituye una cuestión substantiva comprendida en la facultad de dictar el Código Civil. (...) considero que, por razones metodológicas, la mención de ambas categorías debe contenerla el Código Civil, que en esa forma mantendrá su unidad orgánica".* Es esta última tesis la que se ha convertido en pacífica doctrina mayoritaria.

La Nación también regula las restricciones al uso en interés privado, es decir aquellas que se aplican en las relaciones de vecindad. El propio codificador en la nota al art. 2611 del C.C. nos ilustra y aclara de que restricciones se ocupa el Código y dice: *"las restricciones impuestas al dominio por sólo el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los Códigos, son extrañas al derecho civil (...) Las leyes u ordenanzas sobre alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc. No crean relaciones de derecho entre los particulares y no pueden por lo tanto, entrar en un Código Civil. Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este título. Y si agregamos disposiciones sobre la libre transmisión de los bienes, es en el interés de esos mismos bienes (...) Estas restricciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietario vecinos".* Por ello es que el artículo 2611 del CC., señala que las restricciones al dominio impuestas sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo.

Determinado entonces que corresponde a la Nación establecer qué agua es de dominio público o privado, resta dilucidar a qué autoridad corresponde la facultad de legislar sobre los usos del agua. Para poder despejar el interrogante planteado debemos tener presente que la facultad de legislar o poder de policía<sup>11</sup>, es un atributo inherente al poder soberano de los Estados, el poder de

---

10 MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo V, Ed Abeledo Perrot, Bs. As. ,4ta. Ed., 1998, pág. 154

11 Conviene aquí tener presente lo apuntado por Botassi al señalar que" universalmente se acepta como convencionalismo semántico denominar "poder de policía" a la potestad reservada al Parlamento y "función de

legislación es una derivación del derecho de soberanía de los estados<sup>12</sup>. El principio que gobierna la materia se encuentra acogido en el art. 121 de la Constitución Nacional, conforme al cual las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente a la nación. Sentado ello, debemos preguntarnos si se ha delegado expresamente a la nación la facultad de regular los usos del agua. La respuesta es afirmativa pero sólo parcialmente; en efecto la nación se encuentra autorizada a regular únicamente el uso del agua para la navegación y con el alcance que luego veremos.

Nuestra Constitución Nacional trae varias referencias a la navegación: así el artículo 26 establece que la navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional. Por su parte el artículo 75 inc. 10 establece que corresponde al Congreso de la Nación reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas. En el mismo sentido el artículo 75 inc. 13 establece como atribución de la Nación reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

Con relación a la extensión de las facultades nacionales para reglar la navegación de ríos provinciales Marienhoff<sup>13</sup> ha dicho que *“(...) las facultades de la nación respecto a los ríos se reducen a reglar la “navegación” exterior y de las provincias entre sí y todo lo relacionado con ella. De modo que respecto a ríos provinciales las atribuciones de la Nación se reducen a reglar la “navegación” exterior y de las provincias entre sí; nada más.”* A lo que agrega *“Se desprende de lo dicho que la Nación nada tiene que hacer respecto a los ríos provinciales o interprovinciales “no” navegables, como tampoco tendría algo que hacer respecto a ríos “navegables” exclusivamente situados dentro de una misma provincia, pues, en tal caso, la navegación no sería exterior o de las provincias entre sí, como lo requiere el art. 67 inc. 12 de la Ley suprema”.*

Con la reforma Constitucional de 1994, a las facultad de la Nación para reglar la navegación, se suma la de establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental. El artículo 41 introduce una nueva problemática a las ya conocidas en el federalismo argentino. Dicho artículo establece que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

---

policía” a la conducta concreta del poder administrador” ver BOTASSI Carlos A., “Ensayos de Derecho Administrativo”, Edit. Platense, 2006, pág. 248.

12 Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V. “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional”, Ed. Plus Ultra, 1978, Tomo IV, pág. 144.

13 MARIENHOFF, Miguel S. “El régimen de aguas en nuestro sistema federal”, ED-106-791.

Claro que ahora la discusión corre por andariveles distintos, quedando claro que la materia es ambiental, las grandes dudas se presenta a la hora de saber que es un presupuesto mínimo, pues ese es el límite –por cierto bastante difuso- de las facultades Nacionales. En uso de dichas facultades la Nación sancionó la Ley 25.688 de Gestión Ambiental de las Aguas, la que ha recibido fuertes críticas por parte de la doctrina señalándose que al regular sobre gestión y creando comités de cuencas interjurisdiccionales con facultades para emitir dictámenes vinculantes, se han transgredido las atribuciones provinciales que no han sido delegadas a la Nación. Puntualizando que la creación de entidades de cuenca para la administración de las mismas, debe ser regulada por los estados involucrados mediante convenio, y a falta de acuerdo, la cuestión deberá ser dirimida por la Corte Suprema de la Nación<sup>14</sup>.

Ya hemos visto agrandes rasgos que es lo que puede regular la Nación resta ver qué sucede con las provincias. Las provincias son titulares del dominio público del agua existente en su territorio y por ello pueden regular el uso que sobre estas pueda hacerse, salvo en materias delegadas a la nación. Asimismo como el poder de policía no es una materia delega a la Nación, las provincias pueden regular las aguas privadas, ello es así ya que según lo establece la Constitución Nacional en sus artículos 14 y 28 todos los habitantes de la nación gozan de los derechos allí mencionados conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, leyes cuyo dictado será facultad provincial en tanto no se trate de materias que hayan sido objeto de una delegación a la nación.

Además de lo relativo al uso, las provincias, en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 41 podrán regular el agua en aspectos de protección ambiental, a través del dictado de normas complementarias de las de presupuestos mínimos nacionales. Es decir que podrán ampliar el espectro de protección diseñado por la legislación nacional pero no disminuirlo.

De modo sintético podemos decir que corresponde a la Nación establecer qué bienes son de dominio público y cuáles de dominio privado -entre los que queda comprendida el agua- con fundamento en que se trata de una cuestión de fondo. En relación a los usos regula lo atinente a la navegación en el mar, en los ríos y lagos navegables interjurisdiccionales. Y por último en materia ambiental mediante normas de presupuestos mínimos.

Por su parte las provincias pueden regular los usos del agua pública con exclusión de la navegación. Respecto de las privadas también las regulan, pero en ejercicio del poder de policía

---

14 Ver MARTÍN Liber, "Jurisdicción para reglar el uso y aprovechamiento de las aguas" en MATHUS ESCORIHUELA Miguel (Director), "Derecho y Administración de Aguas", libro publicado bajo su dirección, Mendoza, 2007.

teniendo como límite la razonabilidad, atento a que el art. 28 de la Constitución Nacional establece que las leyes que reglamente el ejercicio de los derechos no podrán alterarlos. Y por último en materia ambiental mediante normas complementarias de las de presupuestos mínimos.

#### V. El agua como objeto de derechos reales.

Si bien en el sistema Argentino actual el régimen dominical de las aguas no es una cuestión propia de los códigos de agua provinciales parece relevante, aunque sea ligeramente, recordar el régimen dominical del agua adoptado en el código civil, pues ciertas pautas allí establecidas son las que ponen coto y definen el contenido de estos códigos. Ello puede evidenciarse con claridad ni bien se toma noticia de nuevas ideas que comienzan a surgir, mediante las que se pone en duda la conveniencia de encausar el agua en las clásicas categorías dominiales, idea que impacta de lleno en el contenido de los códigos provinciales<sup>15</sup>.

Vélez en la nota al Título IV del Libro III del Código Civil, adopta la opinión de Demolombe y dice “(...) derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentra en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto”.

Al respecto Mariani de Vidal señala que el objeto de los derechos reales son las cosa pero aclara que “Tal principio no surge de una norma expresa del Código, pero puede extraerse claramente de la notas al Título IV del Libro III<sup>16</sup>.”

El Código Civil se encarga de definir en el artículo 2311 el concepto de cosa de la siguiente forma “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor”. El

---

15 PASTORINO, Leonardo Fabio, “UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL PARA EL AGUA” ponencia presentada a las Jornadas realizadas en homenaje a Eduardo Pigretti, realizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE los días 9 y 10 de septiembre de 2011 y posteriormente en las audiencias públicas por la reforma del Código Civil en el Congreso Nacional. Allí nuestro maestro platense expresa: “la idea fundamental de este proyecto es la que se señala en el primer párrafo, es decir, la de reconocer que los elementos de la naturaleza tienen su propia dinámica, son únicos en sí mismos y participan de funciones tan esenciales a la vida humana que no pueden ser apropiados porque en sí, son esenciales para toda la colectividad, lo que requiere una gestión, precisamente colectiva, sin por eso necesariamente deber reconocer una titularidad de esas características”. Asimismo pueden consultarse sobre este tema otros trabajos del mismo autor entre los que destacamos: Pastorino, L. (2013) *La situación jurídica del agua en Canadá. Nuevas concepciones para nuevas problemáticas con especial referencia a la provincia de Quebec*. Trabajo en prensa a publicarse durante 2013 en la Revista de Derecho Agrario y Alimentario de España; *El agua y las categorías jurídicas*. En: Pastorino, L. (Director), *El agua*, libro editado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Ediciones Cooperativas, ps. 19-40, Buenos Aires, Argentina; *La comunidad internacional frente a los recursos naturales y el ambiente. Conceptos jurídicos trascendentes: res communes omnium, patrimonio mundial, interés de la humanidad, cuencas hídricas, daños transfronterizos*. En: Pastorino, L. (Director), *Principios en materia de ambiente y recursos naturales renovables*, libro editado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Ediciones Cooperativas, ps. 31-50, Buenos Aires, Argentina;

16 MARIANI DE VIDAL, Mariana, “Derechos Reales”, Zavalía, 7ª edición, 2006, Tomo I, pág. 25.

agua es un objeto material, sin embargo no siempre se la consideró un objeto valioso, ya que debido a una supuesta abundancia se la ha conceptualizada como un objeto de escaso valor económico a tal punto que en algunos libros de economía se la empleaba como ejemplo de bien sin valor económico.

Al respecto Marienhoff<sup>17</sup> se preguntaba si el agua tiene valor económico, a lo que respondía: *“hay quienes distinguen entre el agua destinada a satisfacer, en su estado natural, las necesidades inmediatas de la vida, y las aguas cuyo uso ha requerido un trabajo previo (como las que se expenden a domicilio en los pueblos para fines de bebida, etcétera), o aguas destinadas a fines industriales. Los que así proceden admiten que las dos últimas tengan precio, pero niegan que lo tengan las primeras.*

*Entre los que razonan de esa manera está el distinguido ex magistrado argentino, doctor Moyano Gacitúa, quien, en una de sus sentencias, sostuvo que “en nuestro país no tiene precio el agua que se usa para las necesidades inmediatas de la vida y por más escasa que ella sea”.*

*No comparto el razonamiento ni la afirmación que anteceden.*

*El agua, sea cual fuere la necesidad a cuya satisfacción esté destinada, recibe, como cualquier otro bien, los efectos de la ley económica de la oferta y de la demanda. En tal orden de ideas, su valor dependerá de su abundancia o escasez y de la índole de las necesidades que deba satisfacer; valor que, por lo tanto, estará determinado por la “utilidad” y la “rareza” del agua, o, como dicen los economistas, por la “utilidad rara” de la misma. Tal es el principio”.*

Resuelto, entonces, el inconveniente relativo al valor del agua, tenemos que, para el derecho argentino, el agua es una cosa. Siendo cosa, el agua, puede ser mueble cuando se almacena en recipientes o envases de cualquier naturaleza (arts. 2318 y 2319). También puede ser inmueble por naturaleza, por ejemplo el agua de arroyos (art. 2314), o inmueble por accesión, por ejemplo el agua que se encuentra en piletas, estanques, etc siempre que no sea con carácter provisional.<sup>18</sup>

Asimismo el agua es fungible (art. 2324); consumible (art. 2325) y divisible (art. 2326)<sup>19</sup>.

Por otro lado el agua, como ya lo adelantáramos, puede ser de dominio privado o público.

---

17 MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo VI, Ed Abeledo Perrot, Bs. As., 4ta. Ed., 1998.

18 Botassi, Carlos Alfredo, “Ensayos de derecho administrativo” Ed. Librería Editora Platense, La plata 2006, pág 323. MARIANI DE VIDAL, Mariana, “Derechos Reales”, Zavalía, 7ª edición, 2006, Tomo I, pág. 388.

19 MARIANI DE VIDAL, Mariana, “Derechos Reales”, Zavalía, 7ª edición, 2006, Tomo I, pág. 388.

## VI.- Agua de dominio público y agua de dominio privado. Enumeración

Antes de referirnos a la enumeración que realiza el código civil conviene tener presente lo expuesto por Mathus quien enumera las reglas básicas que informan el Derecho de Aguas de la siguiente manera:

”a) Principio de dominialidad pública de las aguas contenido en el art. 2340.

a) Principio de la concesión administrativa como presupuesto para el uso de las aguas públicas (art. 2642).

b) Principio “residual” del dominio privado sobre ciertas aguas. El Código Civil establece la dominialidad pública de las aguas como principio, va de suyo que sólo aquellas aguas que escapan a la “iure conductio” del art. 2340 pueden formar parte del patrimonio de los particulares, como excepción a la norma general.

c) Principio de limitación al dominio privado: en razón del interés público derivado de la navegación o flotación, como lo es el camino de sirga o camino ribereño, establecido en beneficio de la comunicación (art. 2639 CC); restricciones al dominio privado impuestas en interés público, para una mejor utilización económica de la propiedad en materia de aguas; y las servidumbres administrativas (arts. 2611; 3082; 3094; 3097; 3100 del CC, etc.), impuestos en beneficio del uso del agua o para defensa de sus efectos dañosos”<sup>20</sup>.

### Agua de Dominio Público.

El agua de dominio público se encuentra enumerada en el artículo 2340 del CC el que reza:

“Art. 2.340. Quedan comprendidos entre los bienes públicos:

1° Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua;

2° Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;

3° 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, comprendiéndose las aguas subterráneas, 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;

---

20 Mathus Escorihuela, Miguel, “Agua y Derecho” en Derecho y Administración de Aguas, Miguel Mathus Escorihuela, Mendoza, 2007, pág. 27.

4° 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 medias ordinarias;

5° Los lagos navegables y sus lechos;

6° Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares;

7° Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común “.

### **Agua de Dominio privado.**

El código civil enumera como aguas privadas las siguientes:

- a- Las vertientes que nacen y mueren en una misma heredad (art. 2350 CC).
- b- Las aguas pluviales que caen o entren en fundos privados (art. 2635 CC).
- c- Las aguas de fuente que brotan o emergen en terrenos de los particulares y no formen cauce natural (art. 2637 del CC).

### **VII.- Regulación del uso en el Código de Aguas bonaerense.**

Ya hemos visto que el Código Civil regula el régimen dominical del agua, y por ser normativa nacional rige de modo uniforme en todo el territorio de la Nación. Esta normativa es la que determina qué agua es de dominio público y cuál de dominio privado.

Dejando entonces para la Nación, el deslinde de los bienes del dominio público (sean estos nacionales, provinciales o municipales) de los privados (sean del Estado o de los particulares), las provincias se ocupan de regular el uso del agua de dominio público<sup>21</sup>, como así también de dictar la legislación de policía respecto de la conservación. Dicha materia es la que suele regularse principalmente en los llamados códigos de agua. Decimos principalmente por que no obstante la pretensión de sistematización y completitud de los códigos, la realidad –al menos en la Provincia

---

21 Marienhoff señala que no obstante el art. 2.341 del CC. establecer que “*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*” las provincias pueden legislar al respecto en forma distinta a lo que disponga o resulte del Código Civil, pues *trátase de una materia cuya regulación les corresponde a ellas y no a la Nación (Conf. MARIENHOFF, M. S., “La reciente reforma al Código Civil en materia de aguas”, J.A., Serie contemporánea, Doctrina, 1970).*

de Buenos Aires- indica que el uso del agua se encuentra sujeto a pautas que se encuentran en otras leyes por fuera del Código, sobre todo en materia de control de la contaminación<sup>22</sup>.

Asimismo, hemos visto que el agua puede ser pública o privada, y que ello lo determina el Código Civil. Por su parte y para el caso de la provincia de Buenos Aires el Código de Aguas, Ley Nº 12.257 se ocupa del agua privada y pública. En relación al agua pública, presenta un contenido más amplio que en relación a la privada, ello es así porque regula todo lo atinente al uso, y además todo lo relativo al ejercicio del poder de policía y en especial en materia ambiental. En cambio en relación al agua privada su uso se rige primordialmente por las normas del código Civil, y las provincias lo regulan mediante el ejercicio del poder de policía y a través la legislación ambiental, siempre siendo el piso los presupuestos mínimos de la legislación Nacional. Así en relación al agua privada cobran relevancia las restricciones impuestas en interés público, general mente contenidas en los Códigos de Agua o en su caso en leyes especiales.

La doctrina es conteste en señalar que el uso de los bienes de dominio público, puede ser general o especial. El uso general es el que puede hacer cualquier persona, el uso especial es el que puede hacer sólo aquel que así fue autorizado por el estado.

También suele explicarse que el uso general puede darse a través del permiso y la concesión, al que se agrega en la concepción de Marienhoff el uso por prescripción.

El permiso es un acto unilateral de la administración, es precario y por lo tanto revocable sin dar derecho a ser indemnizado, aunque ello no puede entenderse como una patente de corsario a la arbitrariedad.

La concesión en cambio es un acto bilateral, que genera derechos subjetivos que integran el patrimonio, por lo que si bien puede ser revocado, ello da derecho a indemnización.

Estos dos institutos del derecho administrativo, conforman una parte sustancial de la regulación contenida en leyes provinciales como los Códigos de Agua -tal el caso de la Ley 12.2257- ya que serán los medios a través de los cuales los particulares podrán hacer uso del agua de dominio público, y tal como se ha visto el principio es que el agua es de dominio público de allí la importancia de estos institutos.

### **Conclusión:**

---

22 El propio Código de Aguas Bonaerense en su art. 104 inc. d) señala que los vertidos allí mencionados deberán ser sometidos al tratamiento previo previsto en las leyes 5.965; 11.720; 11.347.

El contenido de los Códigos de Agua provinciales aparece delineado por la distribución de competencias legislativas establecidas en la Constitución Nacional, de allí la importancia de su estudio como una cuestión atinente al derecho de aguas provincial.

Como corolario todo lo antes expuesto puede concluirse lo siguiente:

-La mayoría de la doctrina encabezada por Marienhoff entiende que la autoridad competente para establecer la naturaleza jurídica del agua -es decir si se trata de una cosa o no y si es de dominio público o privado- es el Poder Legislativo Nacional, con fundamento en que ello constituye una cuestión substantiva comprendida en la facultad de dictar el Código Civil.

-En cuanto a la competencia para regular el uso del agua, la Nación se encuentra autorizada a regular únicamente el uso del agua para la navegación en el mar. En cuanto a los ríos y lagos provinciales, la facultad nacional se limita a reglar la navegación exterior y de las provincias entre sí. En consecuencia si se trata de un río situado exclusivamente en una Provincia la nación no podría regular ningún uso.

-La nación también establece las restricciones al uso de las aguas de dominio privado fundadas en el interés privado, y las provincias las fundadas en el interés público.

-Con la reforma Constitucional de 1994, a las facultad de la Nación para reglar la navegación, se suma la de establecer los presupuestos mínimos de protección ambiental (art. 41 CN).

-Las provincias son titulares del dominio público del agua existente en su territorio y por ello pueden regular el uso que sobre estas pueda hacerse, salvo en materias delegadas a la nación.

-Asimismo como el poder de policía no es una materia delega, las provincias pueden regular las aguas de dominio privado, con fundamento en lo dispuesto por la Constitución Nacional en sus artículos 121,14 y 28.

-Y por último en materia ambiental mediante normas complementarias de las de presupuestos mínimos.

-Los Códigos de Agua provinciales concentran el ejercicio de facultades reglamentarias en los aspectos ya vistos. Esto es regulan el uso del agua pública (generalmente a través del permiso y la concesión), el uso del agua privada estableciendo restricciones basadas en un interés público y en uso del poder de policía; y por último el uso de ambas a través de la normativa ambiental.