

“Las aguas en la dogmática jurídica brasileña”

Lucas Abreu Barroso, Eini Rovena Dias y Morgana Neves de Jesus ¹

¹ Universidad Federal del Espíritu Santo, Brasil.

Mail de contacto: barroso_la@terra.com.br

RESUMEN

Este estudio intenta destacar los principales momentos de la dogmática jurídica brasileña respecto a la regulación de las aguas, sin dejar de lado su aspecto institucional. En un recorrido histórico, se parte de la legislación infraconstitucional, se adentra por la Ley Fundamental en vigor hasta encontrarse con la jurisprudencia más actualizada. Todo esto basándose en doctrina referencial alrededor de la materia objeto de la presente disertación en el derecho nacional, posibilitando establecer un diálogo comparativo con juristas de otros países.

Palabras clave: Brasil, aguas, dogmática jurídica, instituciones.

ABSTRACT

This study attempts to highlight the main moments of the Brazilian legal dogmatics in the regulation regarding waters, not neglecting its institutional aspect. In a historical journey, starting from infra-constitutional legislation, it enters the Fundamental Law in force until it meets the most current jurisprudence. All this is based on reference doctrine around the subject matter of this dissertation in national law, enabling a comparative dialogue with legal scholars from other countries.

Keywords: Brazil, waters, legal dogmatics, institutions.

1. El Código de Aguas de 1934

El Código de Aguas (Decreto nº 24.643/1934) tuvo su origen en la necesidad de una legislación específica sobre la materia, y al mismo tiempo volcada a los intereses de la colectividad nacional (Pompeu, 2010, p. 138-139).

Fue estructurado en dos partes. La primera, centrándose en las aguas y su dominio. La segunda, para analizar el uso común y privativo de las aguas, así como su potencial hídrico para la generación, transmisión y distribución de otros recursos, tales como electricidad. Así, reguló el aprovechamiento industrial de las aguas y la explotación de energía hidráulica (Freiria, 2007, *passim*).

Sin embargo, se trata de un texto bastante antiguo que debió ser reinterpretado a partir de las diferentes reformas constitucionales y considerando nuevas tendencias políticas, sociales y económicas. Está todavía en vigor, a pesar de las muchas alteraciones, resignificaciones y revocaciones por incompatibilidad de muchos de sus dispositivos, en particular con respecto a las aguas privadas (artículos 68 a 95), en virtud de la Constitución de 1988, que establece el carácter público de todas las aguas. Un verdadero período de cambios y adaptaciones, de

intercambio, de la estructura legal originaria en beneficio de las demandas actuales (Freiria, 2007, *passim*).

Brasil tiene la mayor reserva de agua dulce del planeta. Sin embargo, la distribución de esta riqueza natural en el suelo y en el subsuelo, es irregular, en si considerando las cinco regiones (Norte, Nordeste, Centro Oeste, Sudeste y Sur) que componen el territorio nacional (Souza, 2012, p. 257).

Pero el marco legal, además de regular la protección y la gestión del agua, se debe traducir también como derecho de acceso y uso del agua (Souza, 2012, p. 257). Al principio, el uso y el acceso al agua son comunes y gratuitos a todos los ciudadanos, que requieren o no la concesión, dependiendo de la normalidad o anormalidad de su uso. El derecho a uso por parte de los privados dependerá de la autorización, permiso o concesión del titular del respectivo dominio.

El Código de Aguas asegura el uso gratuito de las corrientes y nacientes accesibles y útiles para las primeras necesidades de vida, así como autoriza el instituto de la servidumbre como un instrumento de acceso al agua, que se mantiene mientras sea la única fuente asequible para satisfacer las necesidades vitales, sin perjuicio de las reparaciones necesarias que de esta obligación puede derivar (Pompeu, 2010, p. 139).

Tal codificación (que es técnicamente una simple ley) aún se ocupa de las aguas subterráneas - ya que Brasil es el país con los dos acuíferos más grandes del mundo: el *Guarani* (en el sur) y el *Alter do Chão* (al norte). Buscó evitar extracciones perjudiciales a la calidad de las aguas subterráneas debido a la apropiación, intensa actividad en aquel tiempo, mediante pozos y galerías, de las aguas existentes en el subsuelo de los edificios, al no haber desviación hacia cursos naturales (Pompeu, 2010, p. 139).

El Código Civil de 2002, después de especificar que las aguas son un requisito para el cumplimiento de la función social de la propiedad (artículo 1.228, 1º párrafo), las incluyó entre los derechos de vecindad (artículos 1.288 a 1.296), con el fin de promover su mejor uso al armonizar los intereses individuales y colectivos.

2 Las aguas en la Constitución de 1988

En primer lugar, es importante aclarar que el tratamiento constitucional de las aguas no es ninguna innovación o singularidad de la Ley Fundamental vigente en Brasil. El primer Reglamento explícito sobre el tema, bajo el ámbito constitucional, vino con la Constitución de 1934, casi simultáneamente a la publicación del Código de Aguas, al establecer "el dominio de la Unión sobre los bienes que le pertenecen, incluyendo en este reglamento, los lagos y cualquier corriente que estuvieran bajo su dominio, que bañaran a más de un Estado o que sirvieran para limitar con otros países" (Pompeu, 2010, p. 46).

La Constitución de 1988 establece en el artículo 22, IV, la competencia de la Unión para legislar privativamente sobre aguas. Sin embargo, la ley complementaria podrá autorizar a los Estados a legislar sobre cuestiones concretas relativas a la materia, de acuerdo con el párrafo único de este mismo dispositivo constitucional. La Unión también tiene competencia para dictar normas administrativas con el objetivo de coordinar y emplear sus aguas (artículo 20, III, VI y VIII). Tal prerrogativa se atribuye también a los Estados en relación con las aguas de su titularidad (artículo 26, I).

Es interesante señalar que con respecto a la competencia legislativa prevista en el artículo 24, VI, el texto constitucional establece que habrá concurrencia entre la Unión, los Estados y el Distrito Federal, cuando la tutela del agua alcanza el aspecto medioambiental. En este sentido, la Unión deberá establecer normas generales, sin olvidar la regulación adicional que corresponde a los Estados y que, en ausencia de leyes federales para establecer dichos parámetros generales, se asigna a los Estados la plena competencia para tratar sus peculiaridades legislativamente (Scheibe, 2002, p. 209). Ello no obstante, es necesario destacar que la competencia concurrente sobre aguas no es regla general en el ordenamiento jurídico brasileño.

Según la redacción del artículo 21, XIX, de la Constitución brasileña, la Unión establecerá los criterios para la concesión de derechos de uso de los recursos hídricos. Sin embargo, existen fuertes críticas sobre la incapacidad de los Estados a ejercer dicha gestión jurídico-administrativa (Scheibe, 2002, p. 210), haya vista la incoherencia de asignarles la titularidad de aguas superficiales y subterráneas sin reconocer su derecho a hacerlo. La doctrina, por otro lado, realizó una interpretación sistemática que permite a los Estados legislar en la materia, asociando las disposiciones del artículo 21, XIX, a los permisos que obran en los artículos 24, VI, 25, párrafo 1 y 225 de la Constitución (Scheibe, 2002, p. 210).

En cuanto a los Municipios, la Ley Fundamental brasileña no especifica su competencia con respecto a las aguas. Es cierto, sin embargo, que le da, de forma genérica, la posibilidad de legislar sobre materias de interés local y para complementar la legislación federal y de los Estados, cuando sea posible. Así, la doctrina acaba por reconocer la competencia concurrente de los Municipios para legislar sobre medioambiente, a alcanzar aunque indirectamente las aguas (Scheibe, 2002, p. 211).

Además se destaca en la Constitución la competencia común de la Unión, de los Estados y de los Municipios para reglamentar sobre el medioambiente y el acometimiento de la contaminación en cualquiera de sus formas (artículo 23, VI), la promoción de programas de saneamiento (artículo 23, IX) y el registro, control y supervisión de las concesiones de los derechos de investigación y explotación de los recursos hídricos y minerales (artículo 23, XI).

La Constitución de 1988, a diferencia del Código de Aguas de 1934 - que en distintos dispositivos (artículos 7, 8, 68 a 95) presentaba la posibilidad de que las aguas estuviesen bajo el dominio privado -, establece que las aguas son exclusivamente de dominio público y no pueden ser privatizadas (Rebouças, 2011, p. 34).

3 La Política Nacional y el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos

La Ley n° 9.433/1997 instituyó la Política Nacional de Recursos Hídricos y creó el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos. Esta ley introdujo algunos cambios en el Código de Aguas, a ejemplo de la duración máxima para la concesión de uso privado, que pasó de treinta a treinta y cinco años; la revocación de la disposición relativa a la suspensión parcial o total, por un período determinado o definitivo, en los casos de falta de uso durante un período de tres años; además de facultar esta suspensión a la discrecionalidad del ente administrativo otorgante (Pompeu, 2010, p. 202-205).

La Política Nacional de Recursos Hídricos (artículo 1) tiene como fundamentos, entre otros, el agua como bien de dominio público, el agua como recurso natural limitado con valor económico y, en situaciones de escasez, el uso prioritario de los recursos hídricos para el consumo humano y para saciar la sed de los animales.

El artículo 2 describe sus objetivos: garantizar a las generaciones actuales y futuras la necesaria disponibilidad de agua, en nivel y calidad adecuados a sus respectivos usos; el uso racional e integrado de los recursos hídricos, incluyendo el transporte por agua, con miras a un desarrollo sostenible; la prevención y protección contra los eventos hidrológicos críticos de origen natural o derivados del uso indebido de los recursos naturales.

En conformidad con el artículo 3, constituyen directrices generales de acción para la implementación de la Política Nacional de Recursos Hídricos: la gestión sistemática de los recursos hídricos, sin disociación de los aspectos de cantidad y calidad; la adecuación de la gestión de los recursos hídricos a las diversidades físicas, bióticas, demográficas, económicas, sociales y culturales de las diversas regiones del país; la integración de los recursos hídricos con la gestión ambiental; la planificación conjunta de los recursos hídricos con los usuarios y sectores de planeamientos regional, provincial y nacional; la articulación de la gestión de recursos hídricos con la del uso del suelo; la integración de la gestión de las cuencas hidrográficas con la de los sistemas de estuarios y zonas costeras.

En el artículo 5 presenta sus instrumentos: los Planes de Recursos Hídricos; la clasificación de los cuerpos de agua, de acuerdo con los usos preponderantes del agua; la concesión de derechos de uso de los recursos hídricos; el cobro por el uso de recursos hídricos; la compensación a los Municipios; el Sistema de Informaciones sobre Recursos Hídricos.

A su vez, el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos se creó con los siguientes objetivos (artículo 32): coordinar la gestión integrada del agua; arbitrar administrativamente los conflictos relacionados con los recursos hídricos; implementar la Política Nacional de Recursos Hídricos; planificar, regular y controlar el uso, la preservación y recuperación de los recursos hídricos; promover la cobranza mediante el uso de los recursos hídricos.

En conformidad con el artículo 33, integran el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos: el Consejo Nacional de Recursos Hídricos; la Agencia Nacional de Aguas; Los Consejos de Recursos Hídricos de los Estados y del Distrito Federal; los Comités de Cuenca; los órganos de los poderes públicos federal, provinciales, del Distrito Federal y municipales, cuyas responsabilidades se refieren a la gestión de los recursos hídricos; las Agencias de Agua.

4 La Agencia Nacional de Aguas

La Agencia Nacional de Aguas (ANA) es un órgano autárquico de régimen especial, con autonomía administrativa y financiera, vinculada al Ministerio de Medio Ambiente; regida por los mismos fundamentos, directrices e instrumentos, y guiado por los mismos objetivos, de la Ley n° 9.433/1997 (Pompeu, 2010, p. 294-295). Por lo tanto, es la entidad federal con responsabilidad por la implementación de la Política Nacional de los Recursos Hídricos, integrando, además, el Sistema Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, según la ley n° 9.984/2000, por la cual fue creada como rama de la Ley n° 9.433/1997.

La ANA tiene como misión implementar y coordinar la gestión compartida e integrada de los recursos hídricos y regular el acceso al agua, promoviendo su uso sostenible en beneficio de las actuales y futuras generaciones (Disponible en: <www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/abaserwinter1.aspx>. Acceso en 03 septiembre de 2014).

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley n° 9.984/2000 la ANA tiene, entre otras, las siguientes funciones: supervisar, vigilar y evaluar las acciones y actividades derivadas de la aplicación de la legislación federal referente a los recursos hídricos; regular, en carácter normativo, la implementación, la ejecución, el control y la evaluación de los instrumentos de la Política Nacional de Recursos Hídricos; recopilar, distribuir y aplicar los ingresos obtenidos mediante el cobro por el uso de los recursos hídricos de dominio de la Unión; organizar, implementar y administrar el Sistema Nacional de Informaciones sobre Recursos Hídricos.

En el ámbito normativo, resultan las resoluciones de la ANA del artículo 4, II, de la Ley n° 9.984/2000: regular, en carácter normativo, la implementación, la ejecución, el control y la evaluación de los instrumentos de la Política Nacional de Recursos Hídricos. Y ellas no son pocas. Su serie histórica empieza en 2001 con 148 resoluciones. En 2002, fueron 402. En 2003, totalizaron 461. En el año 2004, 710. En los años siguientes: 2005 (530), 2006 (598), 2007 (604), 2008 (846), 2009

(1.069), 2010 (799), 2011 (907), 2012 (824) y 2013 (1.589). En el año 2014 ya son hasta el momento 1.309 resoluciones. Pero tal poder normativo, aún utilizado en tan alta escala, no garantiza a menudo una prestación eficiente de servicios públicos a la sociedad.

5 El tratamiento jurisprudencial de las aguas

También resulta interesante conocer las decisiones judiciales en la materia, toda vez que ellas indican el nivel de aplicación de las normas, el grado de controversias y la interpretación que se le da a los textos jurídicos.

En la jurisdicción de primera instancia, Cid Tomanik Pompeu llevó a cabo una recopilación de datos en el Estado de São Paulo y llegó a la conclusión que, como regla general, los jueces suelen aceptar las pretensiones relativas a la protección de las aguas, incluyendo los servicios relativos a la colecta y eliminación de aguas residuales y detritos (2010, p. 426).

Este mismo estudio, sin embargo, demuestra que el tribunal de segunda instancia en el Estado de São Paulo ha reformado algunas de estas decisiones, especialmente aquellas que determinan que sean implementadas instalaciones de tratamiento de aguas (Pompeu, 2010, p. 427). Argumenta que cabe al Ejecutivo y al Legislativo decidir sobre la conveniencia y oportunidad de la aplicación de este servicio, que constituye una injerencia del Poder Judicial sacar de tales esferas su prerrogativa discrecional en el manejo de los recursos hídricos bajo su dominio (Disponible en:

<http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/resolucoesana.aspx>>.

Acceso en 03 septiembre de 2014). Sin embargo, excepcionalmente, se tiene verificado decisiones que entienden que la salud pública es una prioridad, con la implementación de tales instalaciones debiendo ocurrir tan pronto como sea posible.

El Superior Tribunal de Justicia viene acompañando el posicionamiento mayoritario de segunda instancia, manifestándose en el sentido de que la autoridad administrativa tiene competencia para reglamentar y disponer sobre las aguas (TJSP. Apl. 0004177-43.2003.8.26.0053. Rel. Des. Torres de Carvalho. J. 20/06/2013). De esta manera, lo hace según los principios federativos, puesto que el uso de este bien público requiera un análisis discrecional basado en el interés de la administración pública, en el cual no se ajusta ninguna interferencia judicial (Pompeu, 2010, pág. 428).

El Poder Judicial, aunque reconocidamente activo, no se encuentra, pues, libre de críticas. Se destacan, principalmente, las relativas a su lentitud y a la excesiva burocratización de sus procedimientos, además de la dificultad en actualizarse delante de las emergentes necesidades de protección ambiental (Pompeu, 2010, p. 429).

6 Referencias

- Barbosa, E. M. y Dantas Neto, J. 2007. *Curso de direitos das águas*. Ed. Ufmg/Unesco. Campina Grande.
- Freiria, R. C. 2007. Direito das águas: aspectos legais e institucionais na perspectiva da qualidade. *Âmbito Jurídico*, 40.
- Mazzilli, H. N. 2007. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. Ed. Saraiva. São Paulo.
- Pompeu, C. T. 2010. *Direito de águas no Brasil*. Ed. Saraiva. São Paulo.
- Rebouças, A. C. 2011. Proteção dos recursos hídricos. En: P. A. L. Machado y E. Milaré (eds.), *Doutrinas essenciais: Direito ambiental*. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 2.
- Scheibe, V. A. C. 2002. O regime constitucional das águas. *Revista de Direito Ambiental*, 25:207-218.
- Souza, L. C. 2012. Águas doces do Brasil no início do século XXI. *Revista de Direito Ambiental*, 68:257-276.
- Sítios web consultados:
<www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/abaservinter1.asp>. Acceso en 03 septiembre de 2014.