



HOY EN DÍA EL DERECHO AL AGUA ES CONSIDERADO COMO UN DERECHO HUMANO QUE EL ESTADO DEBE ASEGURAR. ¿CÓMO IMPACTARÁN LAS PROBLEMÁTICAS DE LA ESCASEZ, LA DEMANDA CRECIENTE, EL CAMBIO CLIMÁTICO, LA SUPERPOBLACIÓN Y LA CONTAMINACIÓN, ENTRE OTRAS, EN LAS ACTUALIZACIONES DE LAS NORMAS LEGALES DE LOS PRÓXIMOS AÑOS?

LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO ARGENTINO DE AGUAS

por **LIBER MARTIN**

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Investigador de CONICET. Profesor Universidad Nacional de Cuyo



El presente artículo constituye una crítica a la matriz disciplinar del denominado derecho argentino de aguas. Partiendo de una caracterización y análisis de la sistematización efectuada en la década de los cuarenta sobre la legislación decimonónica, el artículo pasa revista a las principales transformaciones acaecidas en diversos planos (teórico, constitucional, administrativo y fáctico) para discutir la forma en que los principios y presupuestos de la disciplina deben construirse en la actualidad y esbozar unas ideas sobre cómo el mismo debiera evolucionar para afrontar los problemas actuales.

En el orden provincial, salvo Santa Fe y Tierra del Fuego, todas las provincias cuentan con leyes o códigos de aguas de donde deben colegirse sus principios. Incluso después de la reforma de la Constitución de 1994 muchas de ellas modificaron sus constituciones y leyes de aguas incorporando parte de los principios allí contenidos.

1.

La sistematización del derecho de aguas en la Argentina

La base positiva fundamental que sirvió a la sistematización del derecho argentino de aguas corresponde, en líneas generales, al siglo XIX y constituye un fiel reflejo del constitucionalismo liberal clásico, el movimiento codificador, y la legislación administrativa liberal decimonónica (Constitución Nacional –CN– de 1853, Código Civil –CC– de 1869; en el caso paradigmático caso de Mendoza, ley de aguas de 1884 y Constitución provincial de 1916). Normas cuyos paradigmas, a pesar de haber sufrido modificaciones en su articulado y haber sido complementadas por otras, continúan en buena medida vigentes operando con ultractividad hasta el presente.

Con base a la normativa nacional podría identificarse una primera etapa en la evolución de este derecho, durante la vigencia de la Constitución de 1853 y la sanción del CC en 1869, luego de lo cual se sucedieron una serie de leyes sancionadas a principios del siglo XX (como entre otras la ley federal de riegos 6.546 de 1909). La reforma del CC en 1968 inaugura una nueva etapa y desde este punto de vista la reforma constitucional (1994) y la legislación de presupuestos mínimos constituyen otro hito de la legislación nacional.

En el orden provincial el constitucionalismo siguió un derrotero distinto, antes y después de la reforma de la CN de 1994, a partir de lo cual se afianzó aún más la tendencia a la inclusión de regulaciones sobre agua, ambiente y los nuevos derechos en las numerosas reformas de constituciones provinciales que sucedieron la de la Carta Magna nacional: Buenos Aires (1994), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1996), Chubut (1994), Santa Cruz (1998) y Salta (1998), Córdoba (2001), La Rioja (2002), Corrientes (2007).

La legislación provincial infraconstitucional, fuente auténtica del derecho de aguas, ha seguido la más variada suerte de acuerdo con la importancia que el agua representaba para cada provincia al tiempo de su sanción desde fines del siglo XIX. Así, a Ley General de Aguas (LAg) de la provincia Mendoza (1884), aún hoy vigente, le siguieron las leyes de aguas de Tucumán (1897) y Catamarca (1896/1900). A partir de 1940 se sancionan los Códigos de Aguas (CAg) de Salta (1946), Jujuy (1950) y Santiago del Estero (1950), inaugurando la época durante la cual se dictaron

la mayoría de las leyes provinciales. Caracterizadas por considerar al agua como un todo, regularon todas las clases de aguas y los usos de que era susceptible en ese momento, el ejercicio de la policía de aguas y la organización, competencias y funcionamiento de la administración de aguas, el riego –económicamente preponderante–, la concesión de uso de las aguas públicas, las prioridades, servidumbres administrativas, normas sobre distribución, la participación de los usuarios en la administración, en las obras de defensa y desagües, la clasificación de los derechos de agua y policía de aguas, cauces y riberas.

A partir de 1970 se sancionan los CAg de Corrientes (Ley N° 3.066/72), Córdoba (Decreto Ley N° 5.589/73), LAg de Catamarca (Ley N° 2.577/73), La Pampa (Ley N° 607/74), CAg de Neuquén (Ley N° 899/75) y la LAg de San Juan (Ley N° 4.392/77), luego de lo cual se inicia otra etapa en la que se sancionan, entre otras, la LAg de Santa Cruz. (Ley N° 1.451/82), el CAg de Santiago del Estero (Ley 4.869 /83), La Rioja (Ley 4.295/83), Chaco (Ley N° 3.230/87) y Jujuy (Ley N° 4.396/88). Estas leyes adoptaron una técnica legislativa más evolucionada, sistematizando sus disposiciones e incluyendo principios de política hídrica. Desde un enfoque interdisciplinario contemplaron temáticas tales como el costo del agua, que en la práctica había sido ignorado o resistido. Se reguló el agua como un recurso natural y como elemento ambiental, por lo que no sólo se incluyeron normas relativas al aprovechamiento y conservación sino también referidas a la protección y defensa contra los elementos nocivos producidos por las aguas y limitaciones al dominio establecidas en beneficio de su uso, obras hidráulicas, etc. Con posterioridad se sancionaron las leyes de aguas de la provincia de Buenos Aires (12.257/1999), Salta (7.017/1999) y, recientemente, la de la CABA (3.295/2010).

Pero la sistematización del derecho de aguas se produjo en la década de los '40 y estuvo signada por las obras de Marienhoff, Spota, Cano y Villegas Basavilbaso, entre otras. Resultando especialmente significativas por su profundidad (tesis doctorales), nivel de penetración y grado de difusión *El Régimen de las aguas públicas y privadas* (1939) de Miguel Marienhoff, y el *Tratado de Derecho de aguas* (1941) de Alberto Spota.

El primer rasgo que merece destacarse es que el régimen jurídico fue enfocado por los códigos civiles y la doctrina sistematizadora de sus disposiciones desde las posibilidades de propiedad sobre las aguas, es decir, desde el enfoque o paradigma dominial que parte de la doctrina ha considerado vigente desde el derecho romano hasta mediados del siglo XX. Respondiendo a esta concepción, se prestó especial atención a la titularidad del dominio de las aguas, a la delimitación entre aguas públicas y privadas según los tipos de agua, a las servidumbres civiles y administrativas impuestas en el uso de las aguas en tanto limitaciones al dominio, a los usos comunes y especiales y a las clases de aguas, entre otros tópicos que pueden mencionarse.

El estudio de la doctrina sistematizadora revela la fuerte impronta de la dogmática iusprivatista en el derecho de aguas que, asociada al CC, al concepto de ley y la exégesis, resultó característica de su sistematización. Pero ello, lógica y necesariamente, encuentra su explicación más allá de la marcada influencia iusprivatista existente en la formación de los juristas sistematizadores. Pero resulta llamativo y hasta ciertamente paradójico que la misma doctrina sistematizadora, a la vez que estructuraba la materia en torno a los principios contenidos en el CC, reconociera que las soluciones en materia de derecho de aguas debían buscarse normalmente en el derecho público, en una tendencia que ha persistido hasta la actualidad, a pesar de la reiterada advertencia por parte de muchos autores y de la aceptación de la predominancia del carácter público que las normas del derecho de aguas tienen.

La crítica se centra entonces en la adopción del Código Civil como la norma base para la construcción de la disciplina y las consecuencias que de ello derivan, no en el pensamiento de los sistematizadores que resultaron en todo caso críticos del fuerte espíritu individualista del que estaban impregnados los principios del Código. Muchas de estas críticas, tendientes a corregir aquellos excesos, propiciaron la denominada tendencia “socializadora” en el derecho de aguas, entre cuyas recomendaciones se encontraba la inclusión de todas las aguas en el dominio público, luego incorporada por la ley 17.711 (1968), a través de la modificación del inc. 3 del art. 2.340 CC.

Los problemas y conflictos en torno al dominio y uso del agua no pueden ser explicados ni enfrentados en la actualidad a partir de la concepción estática la doctrina sistematizadora de mediados del siglo XX.

A pesar de las advertencias antes reseñadas, este enfoque construido a partir de normas y un derecho civil y administrativo decimonónico, tomó como fuente principal el Código Civil de 1869, y junto con él, el concepto de “ley”, de “propiedad” y la “concesión” como ejes de la regulación. Respondiendo a un paradigma que pone énfasis en la defensa de la propiedad privada y en la justificación del poder estatal para tal fin, prestó especial atención a las prerrogativas y potestades públicas de la administración identificando lo público con lo estatal. La concepción de la ley –representada en el CC– como fuente de todo el derecho y única forma genuina de manifestación de la voluntad general caracterizó lo que se ha denominado el Estado legislativo de derecho por oposición al denominado Estado constitucional de derecho, de derecho donde la ley prevalece sobre normas de jerarquía superior, que en nuestro caso han sido además objeto de una profunda transformación.

2.

Transformaciones que inducen al cambio

Una apretada síntesis de las transformaciones operadas en el derecho argentino de aguas en relación con el contexto sistematizador puede efectuarse a partir de su descripción desagregada en cuatro planos de análisis:

a. La *concepción filosófica política* que fundamenta y explicita la concepción del Estado en cuanto a su origen, su relación con el poder, el fundamento de su legitimidad, sus elementos, las formas que pueden adoptar, etc.; así como también la teoría de la justicia y de los derechos de la sociedad y de los individuos objeto de estudio.

En este plano se evidencia la crisis y obsolescencia de todo el andamiaje teórico jurídico-político que sirvió de base a la sistematización del derecho de aguas en el sentido expresado que, aunque con matices, a grandes rasgos la doctrina reconoce en el pasaje del Estado legislativo de derecho –asociado al Estado liberal– al Estado constitucional más vinculado al Estado social de derecho. En este marco, la crisis del Estado Nación es concomitante con la crisis del sistema republicano, la división de poderes, el concepto de soberanía, el cambio de fundamento de su legitimidad y la transformación de la concepción de la democracia.

La pérdida del monopolio de la legislación por parte del Estado y la multipertenencia a distintos ordenamientos jurídicos supranacionales, pasando de los ordenamientos cerrados inspirados en el individualismo a ordenamientos abiertos debitarios del pluralismo; la crisis del concepto de ley en relación a la nueva inteligencia de la jerarquía constitucional y los principios de igualdad y universalidad en el derecho; el reconocimiento de la falta de identidad entre el Estado y los intereses públicos y el quiebre del paradigma bipolar público-privado, Estado-ciudadano, son algunos de los fenómenos relevantes que caracterizan el momento actual.

Del enfoque predominante de las prerrogativas de la administración y los derechos individuales se pasó a los derechos humanos y la responsabilidad estatal por su efectiva satisfacción, del énfasis en la fundamentación y conceptualización de los DD.HH. al énfasis en su efectividad, acompañado de un cambio en el enfoque del estructuralismo al funcionalismo, en el medio de la crisis de su significación actual.

El derecho de aguas dejará definitivamente el ámbito del derecho civil para pasar a ser un derecho público, administrativo y, fundamentalmente, un derecho ambiental, que dejará además de ser “nacional” o de estar determinado por las condiciones climáticas para dar lugar a una creciente homogeneización.

b La *teoría constitucional* y las normas constitucionales, juntamente con el ordenamiento supranacional, y dentro de él, fundamentalmente el de derechos humanos, que vertebran y plasman las mencionadas bases filosóficas y políticas.

Desde el punto de vista constitucional, la revisión del estudio del derecho de aguas debe enmarcarse en la actualidad al menos en: (i) la revisión general de la teoría del dominio público y sus fundamentos constitucionales, (ii) la consagración de los artículos 41, 42, 43, 75 inc. 30 y 124 de la CN, (iii) la incorporación de los tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22/23 CN) y la obligación de promoción del desarrollo humano (art. 22 inc. 17/19 CN), y (iv) la expansión considerable de la regulación de las aguas y el ambiente en el constitucionalismo provincial.

Entre otros cambios significativos debe notarse la variación sustancial que la reforma supuso en el sistema y la jerarquía de las fuentes en el derecho argentino. Transformación que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) llevó al extremo al reconocer primacía a los tratados de derechos humanos, incluso sobre las normas de la misma Constitución, incidiendo de manera sustancial en su interpretación y modificando la legislación infraconstitucional. Pienso, por ejemplo, en la transformación radical que ha implicado el solo reconocimiento constitucional del derecho humano al agua, tal como lo expusimos en nuestro libro *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*.

Las reformas permiten vislumbrar un nuevo esquema axiológico constitucional que, sin desconocer los anteriores derechos-valores, pues básicamente consistió en incorporar nuevos, ni contradecirlos –pues expresamente establece que, en el caso de la incorporación de los tratados de derechos humanos por ejemplo, “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”–.

Esto exige, al menos en relación a la anterior hermenéutica, una mayor ponderación en la función integradora de los valores ambientales, humanos y participativos. En relación al uso del agua, esto significa que deben considerarse en forma paralela a la dimensión económica predominante hasta ahora, la dimensión ambiental (art. 41 CN) y social (art. 75 inc. 22 CN). Esto en el marco de nuevas tendencias como el neoconstitucionalismo, a partir de las cuales se ha teorizado el Estado constitucional actual de derecho.

Aunque no de nivel constitucional como los tratados de derechos humanos, sí con jerarquía superior a las leyes, debe tenerse en cuenta la incidencia de los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales que, con escasa relevancia en el contexto sistematizador, han adquirido sin embargo en la actualidad una trascendencia indudable en el marco de los procesos de integración e internacionalización del derecho. Entre ellos resultan de particular importancia los celebrados con Estados para la administración de cuencas compartidas, por ejemplo: Tratado de la Cuenca del Plata (Ley 18.590/70); Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (20.645/74), Acuerdo Constitutivo de la Comisión Trinacional del Río Pilcomayo (Ley 24.677/96); la jurisprudencia en consecuencia dictada, por ejemplo: Corte Internacional de Justicia, “Argentina v. Uruguay” (*case concerning pulp mills on the river Uruguay*) (20/4/2010) así como los tratados para la promoción y protección recíproca de las inversiones (TPI/BIT’s), cuya incidencia en el derecho argentino de aguas es innegable.

c El *ordenamiento administrativo particular* necesario y posible para lograr la efectiva vigencia del sistema de poder (derechos y potestades) al cual se aspira.

Sintéticamente las reformas más trascendentes en el *orden nacional* pueden considerarse signadas por: i) Reforma al Código Civil de 1968 (en particular, art. 2.340/1.198 CC); ii) Reforma del Estado (Ley N° 23.696); y iii) La legislación de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA) (Ley general del ambiente N° 25.675; Ley de gestión ambiental de las aguas N° 25.688, entre otras).

En el orden provincial, salvo Santa Fe y Tierra del Fuego, todas las provincias cuentan con leyes o códigos de aguas de donde deben colegirse sus principios. Incluso después de la reforma de la Constitución de 1994 muchas de ellas modificaron sus constituciones y leyes de aguas incorporando parte de los principios allí contenidos. Así, recientemente sancionaron las leyes de Aguas de Río Negro (Ley 2.952/95); San Luis (Ley 5.122/97); el Código de Aguas de Formosa (Ley 1.246/97); Salta (Ley N° 7.017/99); Chubut (Ley 4.148/1998); Entre Ríos (Ley 9.172/98); Buenos Aires (Ley 12.257/99); Corrientes (Decreto Ley N° 191/01); Tucumán, (Ley 7.139/01) y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 3.295 de 2010).

■ El *plano fáctico*, del cual nace y a quién va dirigida la regulación. Las transformaciones en la situación fáctica que inciden en la formulación y aplicación del derecho de aguas son múltiples, de contenido variado y serán abordadas en concreto junto con el tratamiento de cada uno de los principios.

Desde el punto de vista del recurso las transformaciones en el plano fáctico pueden resumirse en lo que se ha denominado “la crisis del agua”. Esta obedece a múltiples factores vinculados a la escasez, demanda creciente (cantidad y calidad) y competitiva, cambio climático, superpoblación, contaminación, desigual distribución, multiplicidad de usos y nuevas tecnologías, entre otros que impactan directamente en la legislación y administración de las aguas.

Transformaciones que desembocan en una cada vez mayor conflictividad entre los intereses del conjunto social que pugnan por su apropiación y utilización, conformando un escenario sustancialmente distinto y notablemente más complejo que aquel en que tuvo lugar la formulación de la legislación que sirvió de base a su sistematización en los términos descriptos.

Sólo la contaminación, por ejemplo, constituye un fenómeno que ha pasado a condicionar en forma determinante el régimen de utilización de las aguas. Régimen cuya virtualidad no se agota en los aspectos estrictamente cualitativos, como a primera vista pudiera pensarse, sino que ha servido para reabrir y habilitar un debate más amplio sobre la importancia social del agua en sus aspectos cuantitativos planteando la necesidad de regular su disfrute público y privado bajo el principio de la tutela global del recurso.

3.

Síntesis y prognosis: evolución de los principios del derecho de aguas

Los problemas y conflictos en torno al dominio y uso del agua no pueden ser explicados ni enfrentados en la actualidad a partir de la concepción estática de la doctrina sistematizadora de mediados del siglo XX. Este sistema fue construido a partir de normas y un derecho civil y administrativo decimonónico que, tomando como fuente principal el Código Civil argentino de 1869 y como ejes de la regulación los conceptos de “ley”, “propiedad” y “concesión”, respondió a un paradigma que puso el énfasis en la defensa de la propiedad privada y en la justificación del poder estatal para su uso económico.

La crítica y reconstrucción de sus principios deben dar plena cuenta de las transformaciones acaecidas en la segunda mitad del siglo XX y comienzos del XXI en todos los aspectos que involucra una concepción integral y crítica del derecho que, sin prescindir del plano teórico, trascienda el dato positivo asumiendo los resultados de su aplicación. Una concepción que incorpore el cambio de paradigma operado en el último medio siglo en la ciencia en general y en las ciencias sociales en particular –donde se incardina el derecho–, superando la dogmática jurídica y la oposición iusnaturalismo-positivismo que caracterizó la sistematización de la primera mitad del siglo XX.

La ponderación de la reforma constitucional de 1994 en los puntos indicados resulta sustancial a la hora de evaluar el mantenimiento o transformación de esos principios, y su significado. En efecto, los cambios constitucionales no constituyen meros datos positivos o cambios “legislativos” o “legales”. A diferencia de las concepciones imperantes en la época de

Se trata de un derecho que abandona su carácter predominantemente objetivo para incorporar la dimensión subjetiva a través del reconocimiento del derecho al agua como un derecho humano cuya efectividad debe asegurar.

la sistematización, estos aparecen asociados a cambios de paradigma teóricos y hermenéuticos del derecho y el Estado, que impregnan y redefinen todo el sentido de la legislación infraconstitucional y, naturalmente, también el de aquellos principios básicos, que no pueden permanecer incólumes.

Cuando se trata de efectuar una prognosis sobre la forma en que los principios del derecho de aguas deberían evolucionar para afrontar los problemas del futuro, puede decirse que se trata de un derecho que se desarrollará en situación de crisis hídrica y ambiental, que debe poner particular atención en los efectos que el cambio climático operará en los recursos hídricos, donde la interdisciplinariedad adquirirá cada vez mayor importancia.

Siguiendo a Embid Irujo, puede decirse que, en primer lugar, el derecho de aguas dejará definitivamente el ámbito del derecho civil para pasar a ser un derecho público, administrativo y, fundamentalmente, un derecho ambiental, que dejará además de ser “nacional” o de estar determinado por las condiciones climáticas para dar lugar a una creciente homogeneización.

En segundo lugar, el derecho de aguas estará cada vez más vinculado a la ordenación del territorio, en cuanto incide en la toma de decisiones estratégicas a la vez que profundizará aún más sus raíces sociales, basada en la participación tradicional de los usuarios pero ahora también de los ciudadanos, en condiciones suficientes de información, diálogo y colaboración. Para evitar los conflictos deberá ser un derecho que profundice sus bases democráticas, fuertemente “territorializado” o “descentralizado”, con definitiva gravitación de la cuenca hidrográfica como única alternativa posible de administración coordinada. Por todo ello y a diferencia de lo que ocurrió en los siglos precedentes en que gozó de una gran esta-

bilidad, se tratará de un derecho impregnado de presupuestos de flexibilidad, dinamismo, evolución rápida y adaptativa.

En tercer lugar, se trata de un derecho en el que pierde importancia la propiedad pública o privada de las aguas, donde la administración interviene creciente e indistintamente dando cuenta de la unidad del ciclo hidrológico, del carácter ambiental del recurso y basado en la administración por cuencas hidrográficas. Con particular relación a los derechos de aguas, por ejemplo, el genérico principio constitucional de uso racional y sustentable involucra los tradicionales aspectos cuantitativos reflejados en los principios de uso efectivo y ahorro y eficiencia; pero cada vez y con mayor intensidad e importancia, aspectos cualitativos, expresados en los principios de no contaminación; permiso/autorización de vertido; preservación/sustitución de la fuente; y cuali-cuantitativos, como el establecimiento de caudales ecológicos o áreas de restricción para la explotación de aguas subterráneas.

Se trata, en cuarto lugar, de un derecho que abandona su carácter predominantemente objetivo para incorporar la dimensión subjetiva a través del reconocimiento del derecho al agua como un derecho humano cuya efectividad debe asegurar. Un derecho que debe adoptar mecanismos ágiles de resolución de conflictos, de forma preventiva, mediante órganos de representación plural, descentralización de las decisiones y arbitrajes, donde entonces la resolución judicial de conflictos tendrá escasa importancia.

En quinto lugar se trata de un derecho que valora el recurso crecientemente y que tiende a repercutir esos costes en los usuarios, además de principios como el que contamina paga. Ante el agotamiento de los recursos tradicionales y las clásicas formas de asignación es un derecho que presta atención a nuevos recursos y fuentes como la desalación y la reutilización donde la tecnología y las políticas de ahorro juegan un papel relevante, así como a nuevas formas de asignación y reasignación como los mercados o bancos de derechos de uso de agua.