

# EL DERECHO DE AGUAS EN ARGENTINA. ASPECTOS NORMATIVOS, JURISDICCIONALES Y DE ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL

MERCEDES DÍAZ ARAUJO<sup>1</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto brindar un cuadro general del estado de situación del derecho de aguas en Argentina. Con tal objeto realizaremos un breve y, por que no, parcial recorrido por algunos de los aspectos normativos, jurisdiccionales y de organización institucional de los recursos hídricos en Argentina.

Es nuestra intención poner en conocimiento del lector el complicado sistema de reparto dominial y jurisdiccional que rigen en la Argentina, en tanto país federal. El derecho de aguas depende en forma directa y muy estrecha de este "delicado sistema" de reparto entre las provincias argentinas y la Nación, en virtud de que las primeras son las titulares de los recursos hídricos y, en consecuencia, poseen facultades prácticamente absolutas para reglar el derecho de aguas dentro de sus territorios.

Una vez realizado tal intento, realizaremos una breve referencia histórica e institucional del contenido de la legislación de aguas provincial y nacional para, posteriormente, proponer una enumeración de los principales aspectos legales e institucionales que se encuentran en debate en el derecho de aguas argentino.

Para finalizar, y ante la evidencia de la necesidad de contar con un marco legal e institucional que permita a Argentina tener una política de alcance nacional de los recursos hídricos, así como una legislación que unifique y promueva diversas instituciones hídricas fundamentales, arriesgaremos una posible solución para la concreción real de este tipo de norma.

## 2. UN SISTEMA DELICADAMENTE COMPLICADO

El derecho de aguas, entendido como un sistema de instituciones jurídicas que se refiere al dominio, uso, conservación y defensa contra los efectos nocivos de los recursos hídricos, inte-

grantes del sistema ambiental, encuentra su fuente formal en la República Argentina en normas dictadas tanto por los órganos del gobierno nacional como de las provincias y de los municipios.

Quien estudia el derecho argentino se encuentra con complicados problemas de división de competencia y jurisdicción entre estos tres órganos de gobierno. Explica Linares Quintana<sup>2</sup> que la forma de Estado Federal adoptada por la Constitución Nacional ha impuesto la coexistencia de dos órdenes jurisdiccionales diferentes: uno nacional y otro provincial, surgiendo ambos de la misma Constitución. Así, James Bryce, refiriéndose al sistema federal norteamericano adoptado por nuestra Constitución, escribía: "El lector europeo quizá se pregunta si es posible que funcione un sistema tan delicadamente complicado, bajo el cual cada yarda de terreno de la Unión se encuentra sometida a dos jurisdicciones, con dos clases de jueces y dos clases de funcionarios, que no dependen de sus mismos superiores, con sus esferas de acción separadas únicamente por una línea ideal y chocándose en la práctica los unos contra los otros. Lo cierto es que el sistema funciona y que hoy, después de una práctica de cuatro generaciones, funciona fácilmente"<sup>3</sup>.

La estructura federal del Estado argentino se basa en la atribución de competencias de la Constitución Nacional, según el cual "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación"<sup>4</sup>.

2 Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1963, t. 9, p. 407.

3 Bryce, James, *La République Americaine*, París, 1900, t. 1, p. 351, citado por Haro, Ricardo, *La competencia federal*, Ed. Depalma, Bs. As., 1989, p. 22.

4 La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido dos principios que complementan la fórmula del artículo 121. En primer lugar, la Corte ha interpretado que las provincias conservan, después de la adopción de la Constitución, todos los poderes que tenían antes y no la misma extensión, a menos de contenerse en la Constitución alguna disposición expresa que restrinja o prohíba su ejercicio. En segundo lugar,

1 Profesora de Derecho de Aguas, Universidad de Mendoza, Argentina.

La Constitución Nacional parte del principio de la preexistencia de los Estados provinciales. En virtud de ello, considera que las facultades del Estado Nacional le han sido delegadas por los Estados provinciales. Y todo lo que no ha sido expresamente delegado permanece en la esfera de competencia de las Provincias (art. 121 CN). Por ello, como bien lo expresara ya Gorostiaga, como miembro de la Convención constituyente de 1853 “el gobierno de las provincias viene a ser la regla y forma del derecho común; el Gobierno Federal es la excepción”.

Esta delegación efectuada al Gobierno Federal por parte de las Provincias marca una línea divisoria entre las potestades específicamente enumeradas en el art. 126 CN, cuyo ejercicio le está vedado a las Provincias. Existen también poderes concurrentes, cuyo ejercicio corresponde indistinta y simultáneamente a los órdenes federal y provincial, que son los comprendidos en los arts. 125 y 75 inc. 18 CN y resultan de la coexistencia de los dos gobiernos, el federal y el provincial.

En materia de dominio o titularidad del dominio público hídrico la Constitución establece que las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art. 124, C.N.).

El dominio sobre los ríos, cualquiera sea su especie, es provincial ya que tal derecho no se encuentra delegado a la Nación. Las provincias ejercen respecto a los ríos todos los derechos inherentes a su calidad de dueñas y es a estas a quienes les corresponde dictar todas las medidas necesarias relacionadas con el uso, aprovechamiento y conservación de las aguas. Esta potestad de reglar las relaciones emergentes del aprovechamiento, defensa y conservación de los recursos hídricos, corresponde a las provincias, puesto que es una potestad inherente al dominio, a través de cuyo ejercicio el dominio adquiere efectividad y contenido.

El principio expresado en materia de jurisdicción para reglar el uso de las aguas, su conservación, defensa y protección, reconoce como excepciones aquellas facultades que han sido expresamente delegadas por las provincias a la Nación. El reparto jurisdiccional se determina en tanto los ríos sean navegables o no.

El término jurisdicción es empleado en un sentido lato, es decir, en cuanto masa de competencias en un órgano de poder, sobre las bases de las funciones que son propias del Estado, para cumplir con determinadas actividades o finalidades. No se hace referencia entonces a jurisdicción en el sentido de función jurisdiccional del Estado, en cuanto contrapuesta a las funciones legislativa y administrativa, sino en el sentido amplio de *potestas*, la cual incluye a estas tres funciones fundamentales. Por jurisdicción federal deberá entenderse entonces las competencias propias del Estado Federal, comprendiendo sus funciones legislativa, administrativa y judicial.

Según la Constitución, la Nación ejerce jurisdicción sobre la navegación (arts. 12, 26 y 75 inc. 10); el comercio interprovincial e internacional (art. 75 inc. 13); las relaciones internacionales y la celebración de tratados internacionales (arts. 27 y 75 incs. 22 y 24); almirantazgo y jurisdicción marítima (art. 116); dictado del Código Civil, Penal, de Minería, de Comercio y Trabajo y Seguridad Social (art. 75 inc. 12).

Respecto de los ríos interprovinciales, en virtud de la regla básica del art. 121, corresponde la jurisdicción provincial y los asuntos concernientes a ellos se deben reglar mediante tratados, según lo instituido por el art. 125.

La reforma de 1994 incorporó el art. 41 CN, donde se establecieron diversas garantías de los habitantes, relativas al ambiente y los recursos naturales. Dado que el agua es un recurso natural y un elemento ambiental, sus disposiciones le atañen directamente.

En materia de jurisdicción ambiental el art. 41 CN atribuye a la Nación la jurisdicción para “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”.

En consecuencia, el tercer párrafo del art. 41 resulta una nueva regla de atribución jurisdiccional a la Nación, que si bien posee una especificación en materia ambiental, abarca los recursos hídricos en tanto elemento ambiental. La dificultad que ha presentado la concreta sanción de este tipo de legislación de presupuestos mínimos hace necesario establecer los límites de esa nueva potestad atribuida al Gobierno Federal de manera que el dominio que las Provincias ejercen sobre sus recursos no quede vacío de contenido. Sobre esta competencia nacional volvemos más adelante.

A continuación se abordará la descripción de las legislaciones nacional y provincial, que concurren a formar el derecho de aguas argentino.

---

los actos provinciales no pueden ser invalidados sino cuando: a) la Constitución conceda al gobierno federal un poder exclusivo en términos expresos; b) el ejercicio de idénticos poderes haya sido prohibido a las provincias; c) haya incompatibilidad absoluta y directa en el ejercicio de los mismos por parte de las provincias.

### 3. LEGISLACIÓN NACIONAL

No obstante que en Argentina no existe una Ley o Código de Aguas de alcance nacional, integran el derecho de aguas argentino normas contenidas en el Código Civil; el Código de Comercio; el Código de Minería; el Código Penal; las Leyes Federales de Energía, Navegación, Transporte, Sistema Portuario, Jurisdicción del mar Argentino, Comercio Interprovincial, Prevención de la contaminación del mar por hidrocarburos, Creación de instituciones de investigación hídrica y meteorológica, de Protección del ambiente humano y de los recursos naturales, etc. Todas estas leyes federales contienen disposiciones relacionadas directa o indirectamente con las aguas.

El Código Civil de la República establece restricciones sobre el uso de las aguas y establece la concesión como forma de adquirir el derecho de uso sobre las aguas de dominio público. Sin detenernos diremos que las disposiciones del Código Civil recaen sobre materias tales como el dominio de las aguas, en sus arts. 2340; 2350 y 2637; 2638, 2635 y 2636; sobre diversas modalidades de uso de los bienes del dominio público hídrico, en los arts. 2341, 2349, 2636, 2642, 2646 y 2548; en materia de aluvión y avulsión, a través de los arts. 2587 a 2582 y 2583 a 2586 respectivamente; el camino ribereño instituido en los arts. 2639 y 2649; el derrubio y alteración de cauces y construcción de represas en los ríos y arroyos, de los arts. 2641 y 2643 a 2645 y en materia de limitaciones al dominio referidas a las aguas privadas tratadas en el Libro Tercero, Título 13.

Por su parte, la Nación ha ratificado tratados internacionales sobre aguas compartidas, ingreso de buques nucleares en aguas argentinas, préstamos para obras de agua potable y saneamiento urbano y rural, construcción de obras de uso múltiple, prevención de la contaminación por hidrocarburos, de proscripción de ensayos con armas nucleares en la atmósfera, el espacio exterior y en aguas submarinas, de suscripción del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, Protocolo al tratado antártico sobre protección del medio ambiente, y otros que inciden sobre las aguas de un modo directo o indirecto, como los relativos al ambiente.

### 4. LEGISLACIÓN PROVINCIAL

Desde un punto de vista amplio, comprensivo de las disposiciones constitucionales, las leyes en sentido estricto y otras normas jurídicas, tales como los decretos del Poder Ejecutivo y

reglamentos de la autoridad administrativa configuran el cuerpo de leyes provinciales en materia hídrica.

#### 4.1 BREVE REFERENCIA SOBRE LA APARICIÓN DE LAS LEYES PROVINCIALES DE AGUAS Y SUS CARACTERÍSTICAS<sup>5</sup>

La primera ley que se dictó en el país fue la Ley General de Aguas de Mendoza, de 1884. Antes de concluir el siglo, le siguieron las Leyes de Aguas de Tucumán y Catamarca (1896 y 1900, respectivamente).

Sobre la Ley General de Aguas de Mendoza de 1884 se ha dicho que es una copia casi textual de la Ley de Aguas española de 1879. El Dr. Guillermo Cano afirma, en cambio, que no es copia de aquella ley sino que se tomaron sus más modernas instituciones y se adaptaron al pasado histórico mendocino, conformado tanto por el derecho indiano como por el derecho del período intermedio –comprendido entre 1810 y 1853– y por las tradiciones, costumbres y prácticas autóctonas de los aborígenes y las de los ocupantes europeos del territorio provincial.

Se ha afirmado también que es una ley de irrigación. Pero en realidad contempla todos los usos conocidos del agua, y le da a esta un tratamiento general.

Entre sus disposiciones incluye las relativas a la administración, creando un organismo autárquico denominado Departamento General de Aguas –que cambiaría su nombre por el de Departamento General de Irrigación en la reforma de la Constitución del año 1916– y confiriéndole la participación a los regantes.

Una de sus particularidades es que la concesión mediante la cual los particulares pueden acceder al uso especial de las aguas públicas solo puede otorgarla la Legislatura mediante una ley especial y con una mayoría que se hace más exigente si no existe aforo del río sobre el que se confiere. Están protegidas por la garantía constitucional del derecho de propiedad y no pueden ser revocadas ni expropiadas sino mediante la previa declaración de utilidad pública y pago de una indemnización en dinero.

No contempla el permiso de uso y autoriza al organismo administrativo el ejercicio de la policía de las aguas públicas y privadas, como también las facultades jurisdiccionales en la materia, revistiendo sus resoluciones el carácter de cosa juzgada administrativa recurribles únicamente ante la Suprema Corte de Justicia provincial.

<sup>5</sup> El presente Capítulo se ha realizado sobre la base de apuntes realizados en coautoría con la Dra. María Elena Agradano de Llanos.

Establece la distribución "a turno" de las aguas, en épocas de escasez, durante las cuales no se abastecen normalmente los derechos concedidos.

Entre los principios más rígidos de la ley se encuentra el denominado "principio de inherencia", en virtud del cual las aguas para irrigación son otorgadas en favor de los terrenos y no de sus titulares, por lo que no pueden transferirse ni gravarse separadamente de los predios beneficiados, ni siquiera mediante autorización de la autoridad administrativa o judicial.

Los usuarios están obligados a poner en uso sus concesiones dentro del plazo de 5 años de su otorgamiento —que fue prorrogado por sucesivas leyes—, están obligados al pago del canon de uso y demás tributos y sujetos a la caducidad de sus derechos fundada en el incumplimiento de las obligaciones que la ley pone a su cargo.

Las demás provincias, hasta la década de 1940, no tenían leyes específicas, sino que las disposiciones en la materia estaban contenidas en los Códigos Rurales y algunas leyes sobre diversos temas aislados como los desagües, obras domiciliarias de salubridad, construcción de obras de riego, etc.

Como resultado de la influencia que ejercieron los estudios sobre aguas de la década de 1930, la obra de Castello, las conclusiones de la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados de 1936, los medulosos estudios de Marienhoff y Spota, Allende y Cano, se elaboraron proyectos de Códigos de Aguas para las provincias de Buenos Aires y Mendoza, ninguno de los cuales fue sancionado.

Fruto también de aquellos trabajos fueron los Códigos de Aguas de Salta y Jujuy, que inauguraron la época de las Leyes Modernas, durante la cual se dictó la mayoría de las leyes provinciales en la materia.

Estas leyes se caracterizaron por considerar el agua como un todo. De tal manera, se regularon todos los usos de que era susceptible en ese momento histórico —el riego era económicamente preponderante—; la preservación contra la contaminación, la erosión de márgenes y las infiltraciones; el ejercicio de la policía de las aguas y la organización, competencias y funcionamiento de la administración de las aguas.

Resumidamente puede decirse que eran leyes de "aguas", pues se referían a todas las clases de aguas y a todos los usos como también a la calidad, y contenían no solo las normas preceptivas de conductas sino también las relativas a la administración hídrica. Desde el punto de vista de la técnica legislativa presentaban ciertas deficiencias en su terminología, falencias en las instituciones adoptadas y una siste-

mática muy antigua, sin efectuar una clasificación de sus muchas disposiciones.

Las instituciones que se encuentran en las primeras leyes son, fundamentalmente, la concesión del uso de las aguas públicas; prioridad entre los diversos usos; servidumbres administrativas; consideración de las aguas subterráneas como bienes privados de los particulares; normas sobre distribución; regulación de la participación de los usuarios en la administración; obras de defensa y desagües; clasificación de los derechos de agua y policía de las aguas, sus cauces y riberas.

En la década de 1970, con la sanción de los Códigos de Aguas de Córdoba y Santiago del Estero, se inició la etapa de las Leyes Contemporáneas, gran parte de ellas sancionadas como Códigos.

Estas leyes adoptaron una técnica legislativa mucho más evolucionada, sistematizaron sus disposiciones reuniéndolas en Libros, Títulos, Capítulos y Secciones. Se incluyeron principios de política hídrica y las instituciones adoptadas obedecían a las pautas modernas consagrando por ejemplo, el costo del agua, que en la práctica había sido ignorado o resistido.

Se reguló el agua como un recurso natural y como un elemento ambiental, por lo que no solo se incluyeron las normas relativas al aprovechamiento, conservación, incremento y desarrollo, sino también normas referidas a la protección y defensa contra los efectos nocivos producidos por las aguas y ocasionados a las aguas; limitaciones al dominio establecidas en beneficio del uso de las aguas; obras hidráulicas, etc.

La mayoría de ellas solo contienen normas preceptivas de conductas y, separadamente, en otras leyes se regularon todos los asuntos relativos a la administración.

Entre sus principales instituciones cabe mencionar la diferenciación entre los usos comunes y especiales; los permisos y concesiones, incluyendo la denominada concesión empresaria; los condicionamientos especiales, restricciones, suspensión temporaria y extinción de las concesiones; el registro y el catastro de aguas; los sistemas semiflexibles y flexibles de prioridades; los derechos y obligaciones de los usuarios; el régimen sancionatorio y los recursos administrativos; las cargas financieras del uso privativo de las aguas; el tratamiento de las aguas subterráneas como bienes del dominio público; la regulación del uso de las aguas interprovinciales; las limitaciones al dominio privado en interés del uso de las aguas y la interpretación legislativa respecto del dominio de ciertas clases de aguas cuya naturaleza no estaba expresamente resuelta en el Código Civil como los lagos no

navegables, aguas pluviales, aguas atmosféricas, etc. La potestad pública de sustituir la fuente de provisión, protección de las fuentes de abastecimiento y de los acuíferos de aguas subterráneas, la prevención y defensa contra la contaminación y demás efectos nocivos, la cuenca y los sistemas hidrográficos como unidades de planificación y administración son también modernas instituciones contempladas por estas.

Tal vez sea demasiado pronto para aventurar una opinión acerca del comienzo de una nueva etapa en la década de 1990. Pero en estos años se han dictado leyes diferentes de las anteriores, que, fundamentalmente, son las leyes que proveen a la transformación y privatización de las empresas públicas destinadas a la generación, transmisión y distribución de hidroelectricidad y a las prestadoras de los servicios públicos de agua potable y saneamiento. Contienen los denominados marcos regulatorios de dichas actividades y las referidas a la organización, competencias y funcionamiento de los entes reguladores.

## 5. ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN DE AGUAS EN ARGENTINA

Existe consenso entre los estudiosos de la materia sobre algunos de los problemas que es posible advertir rápidamente al realizar un análisis del estado de situación del derecho de aguas en Argentina.

### 5.1 LA ADMINISTRACIÓN HÍDRICA: GESTIÓN FRAGMENTADA Y MULTIPLICIDAD DE LEYES E INSTITUCIONES

El régimen de administración de aguas, como se sostuvo anteriormente, es esencialmente local. Sin perjuicio de ello, la multiplicidad de leyes e instituciones no favorece una gestión racional y coherente de los recursos hídricos en el país. La existencia de tres órdenes de gobierno hace necesario distinguir entre las potestades correspondientes exclusivamente a la Nación (navegación y comercio interprovincial e internacional); las correspondientes a las Provincias (23 provincias); la intervención de los organismos interjurisdiccionales como las autoridades de cuenca (existen en la actualidad tres organismos constituidos y en funcionamiento); las competencias de los Municipios (1.924 municipios) en materia de servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales y la administración a cargo de los usuarios.

Respecto de la gestión y el funcionamiento institucional la característica dominante es una

gestión fragmentada de los recursos hídricos y su manejo sectorial por parte de las numerosas instituciones tanto nacionales como provinciales. Al respecto es importante señalar que las instituciones de administración de los recursos hídricos provinciales fueron en su mayoría productos de normas que respondían a la misión del desarrollo, limitándose en la mayoría de los casos a la administración de la oferta del recurso.

Asimismo, a partir de la reforma del Estado llevado a cabo y el traspaso a manos privadas de los servicios básicos de energía, agua potable y saneamiento, la trama institucional se complejizó incorporando múltiples agentes privados y entes reguladores.

Respecto de las autoridades de cuencas interprovinciales es necesario compatibilizar y delimitar las funciones de la administración puramente provincial o local y la interjurisdiccional y la interacción existente entre ambos niveles. El aprovechamiento de los recursos hídricos en cuencas que abarcan más de una provincia presenta numerosos conflictos jurisdiccionales. De acuerdo a las prescripciones constitucionales, la creación y reglamentación de las funciones de estos organismos se debe instrumentar por tratados interprovinciales. En la actualidad existen tres comités de cuencas interjurisdiccionales formalmente constituidos y en actividad: el Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO), la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) y la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro (AIC).

El rol del gobierno federal en materia de gestión de los recursos carece actualmente de definición precisa. Si bien la Secretaría de Recursos Hídricos dependiente del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación tiene como funciones proponer y ejecutar políticas, programas y proyectos destinados a alcanzar un desarrollo sustentable y promover estrategias dirigidas a un manejo integrado de las cuencas hídricas y de la preservación y protección de los recursos, no posee competencias de gestión de los recursos. Al respecto, se ha afirmado que en el futuro a las competencias antes mencionadas podría sumarse el rol de mediador de conflictos interjurisdiccionales y el de dirigir el plan maestro nacional de gestión de recursos hídricos, proponiendo los procedimientos requeridos e integrando los planes provinciales<sup>6</sup>.

6 *Elementos de política para su desarrollo sustentable en el siglo XXI*, mayo de 2000, documento elaborado por Oficina Regional de América Latina y el Caribe.

## 5.2 LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

La necesidad de contar con un plan hidrológico de alcance nacional es otro de los desafíos que presenta en la actualidad el derecho de aguas argentino.

La planificación hidrológica tiene por objetivos generales conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua, y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales.

Respecto de la naturaleza de la planificación hidrológica es posible distinguir entre la planificación facultativa y la obligatoria. La primera adopta planes genéricos y coordinadores que no producen efectos sobre los particulares, no tienen eficacia jurídica y deben considerarse como directivas y principios que solo obligan a la Administración a la hora de dictar nuevos planes. La segunda especie es la planificación obligatoria, cuyo planes y contenido tiene carácter público y vinculante por lo que, al menos una parte de ellos tienen carácter normativo.

El derecho de aguas argentino no ha incorporado a su legislación la planificación obligatoria, sin perjuicio de ello, algunas provincias como la de Mendoza sí han desarrollado planes de naturaleza facultativa.

La institucionalización de los planes hidrológicos, sean o no vinculantes, a nivel provincial con el objetivo de lograr la participación de los diversos ministerios, organismos públicos con competencia en la materia y entidades de usuarios instituidas legalmente es una necesidad en el derecho de aguas argentino.

Las ventajas de la planificación en un marco de verdadera fragmentación en la gestión administrativa y un complejo entramado institucional resultan evidentes, en vistas a que esta actividad atañe a los diversos sectores de intereses, los compromete y les requiere un trabajo mancomunado y coordinado. Todos esos actores deben tener participación en las diversas etapas de la planificación (elaboración de planes, ejecución, evaluación y corrección antes, durante y luego de la ejecución, etc.).

Respecto del contenido mínimo de los planes hidrológicos, se requerirá legislación a nivel provincial y nacional que lo establezca, debiendo tener en cuenta el inventario de los recursos hídricos, los usos y demandas previsibles, los criterios de compatibilidad de usos respetando la prioridad establecida en las leyes provinciales, las reservas del recurso hídrico para usos actuales y futuros y para la preserva-

ción o recuperación ambiental, las normas básicas sobre mejoras en el sistema de riego y del aprovechamiento conjunto de las tierras y el agua, las normas y estándares de calidad de las aguas en función de los diversos usos, los planes hidrológico-forestales y de conservación de suelos que vaya a realizar el Estado, las medidas de protección de la recarga y preservación de acuíferos y las obras de infraestructura necesarias para llevar adelante los objetivos del plan, etc.

La elaboración de un plan nacional en conjunto con las provincias y los organismos interjurisdiccionales de cuenca permitirá la coordinación interinstitucional con éxito en la medida que el mismo respete las normas constitucionales que rigen en materia de distribución de competencias entre los gobiernos municipales, provinciales, interprovinciales y nacionales antes señaladas.

## 5.3 LA TUTELA DEL DOMINIO PÚBLICO HÍDRICO

La preocupación por proteger las aguas se extiende tanto a su cantidad como la calidad, y comprende las bases de un sistema que combina medidas preventivas, recuperadoras y reparatorias y que debe fundarse en una clara política de protección, conservación y desarrollo de los recursos hídricos.

### a. Contaminación

De acuerdo a los datos vertidos por diversos trabajos<sup>7</sup> se imponen con urgencia en Argentina medidas de protección de acuíferos que se están perdiendo debido a la contaminación, especialmente por niveles muy altos de flúor y arsénico, así como también una política de prevención de contaminación en el sistema de saneamiento que, en algunos casos, contaminan directamente la fuente de abastecimiento.

Si bien una gran parte de las leyes de protección del ambiente han incorporado a los sistemas normativos provinciales herramientas legales para la prevención y conservación del medio ambiente y los recursos que lo conforman, es común encontrar que las autoridades de control y política ambiental se encuentren en ámbitos de función muy distintos a los de las autoridades de gestión de los recursos hídricos aun cuando ambos funcionen dentro de una misma jurisdicción provincial.

7 *Elementos de política para su desarrollo sustentable en el siglo XXI*, ob. cit.

Entre las herramientas de carácter preventivo que deberían ser incorporadas a las diferentes normas provinciales se destacan la planificación, la evaluación de los efectos ambientales, el establecimiento de prohibiciones de realizar explotaciones en ciertos lugares que impliquen riesgos no admisibles para el recurso y su entorno, la necesidad de obtener autorización administrativa para el vertido de contaminantes, el otorgamiento de concesiones de uso de las aguas en cuyo título se establecen las condiciones y modalidades de la utilización concedida, la realización y ejecución *-ex officio-* de planes de saneamiento, la obtención de recursos económico-financieros para afrontar los gastos que demandan el estudio y conocimiento de las aguas, la depuración y tratamiento de residuos, etc. Algunas de estas medidas de prevención existen en la legislación de las provincias con mayor tradición hídrica como Mendoza y también en las provincias que soportan una gran actividad de explotación de sus recursos naturales como la explotación de hidrocarburos en la Provincia del Neuquén. El mecanismo para legitimar los vertidos en los cuerpos de agua sin afectarlas para el uso a que están destinadas es el permiso de vertido. Si bien este permiso de vertidos ha encontrado recepción en algunas leyes, dejan aún mucho que desear la capacidad de control de los organismos competentes.

En numerosos casos la normativa existente carece de la reglamentación necesaria que permita prever las condiciones que deben reunir los titulares, condiciones y modalidades del ejercicio: sitios en que se efectuarán los vertidos, estándares de calidad de los efluentes, comportamiento de los cuerpos de agua receptores, cargas financieras (canon de vertido o tasa de vertido), etc.

De igual manera resulta imperioso el establecimiento de medidas de protección de las captaciones de aguas subterráneas.

La reducción de la contaminación exigiría un amplio programa multisectorial que debería llevarse a cabo de manera coordinada y concertada entre las provincias, la Nación, las autoridades interjurisdiccionales y los actores privados, estableciendo previamente en la legislación los instrumentos necesarios tales como estándares de descarga, cobro por derecho de descarga de efluentes, gestión de residuos sólidos, etc.

#### b. Inundaciones

En Argentina existe una gran preocupación por los incrementos de crecidas o avenidas extraordinarias que producen cada vez mayores daños. Sin entrar a aventurar una explicación

técnica de los fenómenos cada vez más alarmantes de las inundaciones, podemos señalar que no existen en la actualidad políticas de financiamiento de obras de prevención ni tampoco normas o programas encaminados a dar soluciones a largo plazo, como sistemas de pronóstico y prevención, regulación adecuada de uso del suelo y zonificación, programas de traslados de personas y ganado, etc.

En la actualidad, Argentina presenta una situación de emergencia con una área inundada de 5,5 millones de hectáreas en el corazón productivo del país, Pampa Húmeda (provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santa Fe, San Luis y La Pampa), donde se obtiene el 25% de la producción agrícola y el 30% de la producción ganadera.

Recién este año, el Gobierno ha previsto iniciar las primeras obras del Plan Integral del Río Salado que incluyen obras de enlace de las lagunas Mar Chiquita, Gómez y Rocha. Los proyectos suman 100 millones de pesos. En este momento el Gobierno está promoviendo la constitución de un fondo hídrico con el objeto de financiar tales obras, que se formará con un recargo sobre la tarifa eléctrica en los contratos de concesión de las empresas distribuidoras de la zona.

#### 5.4 EL RÉGIMEN GENERAL DE LA CONCESIÓN DE USO

Tal como manifestamos con anterioridad, el derecho de uso de las aguas de dominio público se obtiene por concesión administrativa. La concesión que es un acto unilateral de la provincia titular del recurso que posee efectos bilaterales y confiere a su titular un derecho real regido por principios e instituciones exorbitantes del derecho común pudiendo en ciertos casos ser extinguida por la propia Administración.

Los derechos reales administrativos conferidos por la autoridad competente son inscritos en el Registro de Aguas. En dicho Registro solo se anotan los derechos otorgados a fin de darles la necesaria publicidad para dotarlos de oponibilidad frente a terceros y frente al propio Estado, entre cuyas obligaciones se encuentra la de proporcionarles la debida tutela y garantizar su eficacia.

La regulación del derecho de uso, en general, se encuentra sometida a un marco bastante rígido propiciado por el principio de inherencia, el cual establece que el agua solamente puede ser usada en la tierra originalmente asociada al volumen de agua concesionado.

Entre las principales herramientas que deben ser incorporadas a las normas podemos mencionar la obligación de usar racional y efectiva-

mente las aguas, de adecuarse a los planes hídricos, la necesidad de destinar el agua al uso concedido, la necesidad de contar con registros modernos de usos y derechos y de facilitar las transferencias intersectoriales.

Asimismo, se encuentra en plena discusión la necesidad de flexibilizar el principio de inherencia, especialmente en aquellas zonas en donde el recurso es escaso y su costo de oportunidad es alto. Es importante señalar que en la Provincia de Mendoza este principio posee rango constitucional. De allí la resistencia que su flexibilización ofrece.

### c. *El régimen de las aguas subterráneas*

La inclusión jurídica de las aguas subterráneas entre los bienes del dominio público generó una gama de planteos que fueron desde aquellos que son de estricta índole jurídica a otros de orden práctico.

Además del álgido tema del procedimiento de incorporación de las aguas subterráneas al dominio público provincial, respetando la garantía constitucional de la propiedad y los requisitos que deben cumplirse en respeto de esa garantía, se presentan otros que han sido resueltos de un solo modo en las legislaciones provinciales que lo han abordado. Todas las legislaciones provinciales han adoptado el régimen general de los permisos y concesiones de uso. Los principios aplicables al uso de estos recursos son los siguientes:

- Las actividades de investigación, exploración, uso, control, recargo, conservación, desarrollo y aprovechamiento de las aguas subterráneas, en los términos en los que los define cada ley provincial, quedan bajo la tutela de la autoridad de aplicación.
- Los permisos de perforación son sometidos a consideraciones técnicas respecto de los requisitos a ser cumplidos en las perforaciones. Sin perjuicio de dicha reglamentación se establecen trámites y requisitos de la autorización para perforar tales como nombre, título de dominio, conformidad expresa del titular, plano de mensura, destino que se le dará al agua, anteproyecto de obra de perforación.
- Algunas de las herramientas que las leyes deben tener en cuenta para la gestión de las aguas subterráneas son la publicidad y los procedimientos en caso de oposición, la elaboración de informes y dictámenes técnicos oficiales que establezcan que no hay perjuicio de terceros, modificación del escurrimiento del agua y que no se compromete gravemente la calidad y capacidad del acuífero, el registro de perforaciones.

Otros aspectos importantes a tener en cuenta son los de prever lo concerniente a la ilicitud de la venta de agua subterránea, la imposibilidad de realizar un uso distinto al concedido (uso accesorio), el establecimiento de un volumen máximo, la transferencia de dominio sobre inmuebles con concesión y el tiempo de la concesión.

### 5.5 EL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO

La utilización de las aguas públicas y demás bienes anexos tales como los cauces, riberas, márgenes, playas, zonas de servidumbres, etc. está ligada a las normas jurídicas que regulan la tributación pública cuyo conjunto constituye el Derecho tributario.

Existen tres especies de tributos a cargo de los usuarios de las aguas públicas: a. Las rentas dominiales tales como el canon de uso o regalía y el canon de vertido; b. Las tasas retributivas de servicios como los de limpieza de cauces, mantenimiento de obras, trabajos de equipos mecánicos, los aportes a las asociaciones de usuarios para el pago de empleados que tienen a su cargo la distribución, etc.; c. Las contribuciones de mejoras por la construcción de obras que benefician a los predios dotados del derecho de aguas.

Entre los tributos fundados en el uso de las aguas públicas se encuentra también aquel impuesto por el no uso de las aguas que, con el fin de asegurarse la utilización efectiva de las aguas concedidas, puede imponer el Estado.

La potestad de establecer los tributos corresponde al Poder Legislativo, el que normalmente lo hace a propuesta del Poder Ejecutivo formulada en el proyecto de ley de presupuesto. Ello sin perjuicio de la facultad que la legislación pudiera delegar en favor de las asociaciones de usuarios de establecer e imponer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

La recaudación generalmente se dispone de modo tal que las autoridades administrativas competentes puedan contar inmediatamente con los fondos ingresados a la hacienda pública. A tal efecto, lo más conveniente es que los tributos por el uso del dominio público hídrico sean acreditados y depositados automáticamente en una cuenta especial en vez de incluirlos en la cuenta de rentas generales. Las deudas por tributos impagos son ejecutables por la vía del apremio, correspondiendo la legitimación activa del Fiscal de Estado.

Los registros y el catastro son un elemento básico para la tributación en todas sus etapas –establecimiento, determinación y recaudación–, por ello es conveniente que la autori-

dad de aplicación tenga sus propios recaudadores, es decir, cuente con la delegación de la potestad de iniciar y llevar adelante el juicio de apremio.

No obstante lo señalado, la inexistencia de un marco de incentivo para el uso eficiente del agua en Argentina es un gran problema. Lo cierto es que las tarifas o cánones establecidas en la mayoría de las leyes poseen niveles de precios nominales que al estar relacionados con valores históricos no reflejan los costos económicos. Por otra parte, la cobrabilidad de tales cánones o tarifas es baja (55% según datos manifestados por el informe CEPAL) y el sistema vigente no ofrece incentivos para corregir el problema.

Como resultado de los procesos de privatización del servicio de agua potable se ha logrado revertir el fenómeno de no pago del agua para consumo, aunque recién se está en una etapa de instalación de medidores por parte de las empresas privatizadas. También se autorizó por vía de los contratos de concesión a las empresas para obtener el corte del servicio ante la falta de pago y se trabaja en sistemas de subsidios especiales para consumidores de bajos recursos.

El establecimiento de un canon o cobro por descarga resulta absolutamente necesario para frenar la excesiva contaminación que los recursos están sufriendo, en particular en las zonas de mayor aglomeración industrial y de población como es el Conurbano Bonaerense.

## 6. UNA SOLUCIÓN POSIBLE: EL DICTADO DE UNA LEY MARCO DE RECURSOS HÍDRICOS

Tal como señalamos con anterioridad podemos concluir que la característica sobresaliente del estado del derecho de aguas argentino es la multiplicidad de leyes e instituciones provinciales y nacionales. Esta multiplicidad de normas y de autoridades no permite ni favorece una gestión racional y adecuada de los recursos hídricos.

Hasta la reforma de la Constitución esta situación de fragmentación normativa e institucional parecía inevitable. La atribución del dominio y la jurisdicción a nivel provincial respecto de los recursos hídricos hacía irremediable que cada provincia se comportara como un Estado autónomo respecto del manejo del recurso dentro de su territorio, sin posibilidad de pensar en la existencia de una política nacional de los recursos hídricos.

De existir una política nacional de los recursos hídricos, la misma habría permitido a Argentina la adecuación de la administración de los recursos a los pilares de la política moderna

de aguas: gestión ambiental a través del manejo integral, económica que refleje los verdaderos costos del recurso y las externalidades ambientales del uso del mismo, y social aspirando a mejorar las condiciones de vida de la población (que en la actualidad presenta desequilibrios alarmantes).

A partir de la reforma de la Constitución y la incorporación de la competencia nacional para dictar normas de presupuestos mínimos de calidad ambiental, la posibilidad de contar con un marco legal que establezca estándares básicos de gestión del recurso, pudiendo luego las provincias desarrollarlos y aplicarlos se nos presenta como una realidad más cercana.

Aun así, debemos advertir que la cuestión no es pacífica. La ausencia total de este tipo de leyes, a siete años de la incorporación constitucional, evidencia el conflicto y la resistencia que las provincias siguen ofreciendo. Además, no todos los problemas que actualmente presenta el derecho de aguas podrán ser solucionados a través de una ley de presupuestos mínimos. Lo cierto es que el soporte constitucional solo se activa para aquellas cuestiones vinculadas al recurso, su uso eficiente y la interacción con el entorno en sentido estricto, determinando la capacidad de soporte de la naturaleza<sup>8</sup>.

El artículo 41, tercera parte, establece que "La Nación dictará las normas de presupuestos mínimos de calidad ambiental y las provincias las necesarias para complementarlas". Las normas de presupuestos mínimos, en tanto sean sancionadas, introducirían en nuestro sistema constitucional competencias compartidas y el establecimiento de una coadyuvancia legislativa<sup>9</sup> por parte de la Nación y las provincias en materia ambiental.

Respecto del contenido de este tipo de normas, la Nación no puede establecer un régimen completo ambiental sino que debe limitarse en su objeto al establecimiento de mínimos ambientales, que las provincias complementarían de acuerdo a las necesidades, requerimientos y política en la materia. Por otra parte, tal delegación competencial no implica una alteración de las jurisdicciones provinciales.

En materia de gestión de recursos hídricos, no obstante la aparente claridad del artículo 41 CN, la delimitación de los ámbitos de actuación nacional y provincial sigue generando dificultades.

8 Cf. Rodríguez Salas, Aldo. *Hacia un nuevo régimen jurídico para el ambiente*, en Rev. Mendoza Ambiental. Ed. MAOP, Mendoza

9 Quiroga Lavié, Humberto. *El Estado Ecológico de derecho en la Constitución Nacional*. LL 1996- B, p. 950.

La titularidad de las provincias del dominio originario de los recursos hídricos existentes en su territorio plantea la necesidad de que las potestades provinciales sean respetadas por las leyes que la Nación dicte en ejercicio del artículo 41º, cuidando de no vaciar el dominio.

Lo cierto es que, cuando la Constitución Nacional reconoce el dominio originario de los recursos naturales por las provincias, está enunciando un principio general de alta significación y trascendencia: el que las provincias tienen la facultad de disponer de sus recursos naturales y de su ambiente. ¿Cómo se complementa esto con la facultad de la Nación de establecer las normas de presupuestos mínimos ambientales? La respuesta es que la facultad de dictar normas básicas ha sido delegada a la Nación por las provincias, siempre que la misma no importe un vaciamiento de tal dominio<sup>10</sup>.

En virtud de esta condición, el límite entre lo mínimo y lo máximo debe ser interpretado a la luz de la potestad provincial de ejercer el dominio sobre sus recursos hídricos. Tal debe ser el criterio que nos permita elaborar, con precisión, la frontera entre los presupuestos mínimos y las normas complementarias.

En este sentido, entendemos que el artículo 41 de la Constitución Nacional puede ser estudiado en relación con la facultad concurrente de la Nación de planificar y establecer las pautas generales en materia de política ambiental. Tal potestad de ordenar la política ambiental nacional en concurrencia con las provincias encuentra su encuadre constitucional genérico e implícito en las llamadas potestades concurrentes, consagrada por el art. 75 in. 19 (ex. art. 67 inc. 16).

Es conocida la solución adoptada en la Unión Europea recurriendo al conocido principio de subsidiariedad para coordinar el ejercicio de las potestades locales y supranacionales en materia ambiental. Creemos que a los fines de lograr el dictado de una ley marco de uso de los recursos hídricos debemos tener en cuenta este conocido principio introducido en el Tratado de

la Comunidad Europea, por el Acta Única, ya que el mismo responde a una de las características más relevantes de la materia, la necesidad de pensar los problemas ambientales y de los recursos naturales a nivel global, y solucionarlos a nivel local.

El mencionado principio establecía que "La Comunidad actuará en materia de medio ambiente en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en de los Estados Miembros considerados aisladamente."<sup>11</sup>.

Esto es, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva —o lo que es igual, en los ámbitos de su competencia concurrente— el Estado Federal intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados provinciales y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel federal.

El principio de subsidiariedad aplicado a obtener una legislación marco de regulación de los recursos hídricos en Argentina implicaría, pues, un test de eficacia, en virtud del cual el Gobierno Federal solo deberá intervenir cuando, para conseguir un objetivo previsto en la Constitución, en función del cual esta ha provisto al Estado Nacional de competencias concurrentes, dicho objetivo pueda ser alcanzado más eficazmente a través del ejercicio de tales competencias, por el Gobierno Federal, que a través del ejercicio por los gobiernos provinciales de sus competencias compartidas con la Nación, bien sea individualmente, bien sea multilateralmente. En este último caso, por medio de técnicas de cooperación interprovincial o incluso tratados y acuerdos de las provincias entre sí o de estas con la Nación. Esta mayor o mejor eficacia de la intervención a nivel federal implicará, pues, la determinación previa de una insuficiencia de la intervención a nivel provincial o local<sup>12</sup>.

10 Sabsay, Daniel Alberto. *El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación-Provincias*, Doctrina Judicial 1997-2, p. 783.

11 Posteriormente el principio de subsidiariedad fue incorporado por el artículo 3 B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en Maastricht como el principio constitucional clave del federalismo europeo. *Textos legales básicos*, edición preparada por Manuel Desantes Real, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

12 Para la interpretación de los alcances del principio de subsidiariedad consagrado por el Derecho Comunitario Europeo, hemos seguido el excelente texto del jurista español Ricardo Alonso García. *Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ed. Centro de Estudios Ramón Alerces, Madrid, 1994.