

## **Concepto y trascendencia del derecho de aprovechamiento en materia de aguas (Propiedad y Aprovechamiento)**

*Concept and importance of Water Use Rights .(Property and Use)*

Enrique Guerra Daneri\*

### **Resumen.**

La disciplina de las aguas se encuentra estructurada jurídicamente, sólo en base a dos derechos: el de *propiedad* y el de *aprovechamiento*. La caracterización que posee el agua como cosa, impide que puedan ejercerse otros derechos sobre ella.

El punto de partida para explicar este fenómeno, radica en que el agua responde a dos hechos técnicos que offician como fuente material o factor de calificación jurídica: el *principio de territorialidad* y la *unidad del ciclo hidrológico*. Estos dan motivo a su comportamiento universal y en ellos se asienta su disciplina, más allá de la regulación particular que cada derecho positivo quiera desarrollar, imponiendo una *política* en la materia.

En *síntesis*, el agua es un bien cuyas particularidades determinan que en definitiva, el derecho de propiedad sea desplazado en su trascendencia patrimonial por otro derecho que ocupa su lugar en jerarquía e individualidad: el *derecho de aprovechamiento*. Sin embargo y a pesar de los sólidos fundamentos que lo sustentan, la identidad de este derecho parece todavía opacada por los reflejos de una propiedad, que en materia de aguas, es inoperante.

**Palabras Clave:** derecho de propiedad- derecho de aprovechamiento- derecho de agua

### **Abstract.**

The discipline of water is structured in law only on the ground of two Rights: Property and Use. The characterization of water as an inanimate thing, prevents the exercise of other rights.

The starting point to explain this phenomenon, lies in the fact that water responds to technical facts which are a material source or a factor of legal description. the territorial principle and the unity of the water cycle

These two concepts are the reason for its universal behaviour and are at the base of the discipline, in spite of the particular regulation that each positive right wants to develop, imposing a policy on the subject.

In sum, water is a good whose specific features definitely determine the property right to be lessened in its patrimonial importance by another right which occupies its place in hierarchy and individuality: Use rights.

However, and in spite of the strong arguments that sustain it, its identity is somehow blurred by the reflections of property right which is useless in the case of water

**Key Words:** Property Right, Use Rights. Water Rights.

---

\* Catedrático de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay); Vicepresidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios.

## **Concepto y trascendencia del derecho de aprovechamiento en materia de aguas (Propiedad y Aprovechamiento)**

Enrique Guerra Daneri

### **Introducción.-**

La disciplina de las aguas se encuentra estructurada jurídicamente, sólo en base a dos derechos: el de *propiedad* y el de *aprovechamiento*. La caracterización que posee el agua como cosa, impide que puedan ejercerse otros derechos sobre ella.

El punto de partida para explicar este fenómeno, radica en que el agua responde a dos hechos técnicos que ofician como fuente material o factor de calificación jurídica: el *principio de territorialidad* y la *unidad del ciclo hidrológico*. Estos dan motivo a su comportamiento universal y en ellos se asienta su disciplina, más allá de la regulación particular que cada derecho positivo quiera desarrollar, imponiendo una *política* en la materia.

a) El principio de *territorialidad*, obedece a la vinculación del agua con la tierra.<sup>1</sup> Es en relación a ella, que el agua protagoniza la mayoría de sus fenómenos. Así por ejemplo, los diferentes cursos de agua, como los ríos y arroyos, las subterráneas y manantiales y en general todas las categorías dispuestas y reguladas jurídicamente, se reconocen y varían según la unión del agua con el suelo. Es la tierra la que hace al derecho de aguas, dicen algunos autores, tratando de resaltar uno de los sucesos a través del cual se explica jurídicamente su regulación (Gazzaniga y otros, 1998:9) y, es la tierra, que por principio otorga derecho al agua en materia agraria.<sup>2</sup> Lo que provoca además, que no pueda considerársele como cosa autónoma ni desprevenida de los demás derechos existentes sobre el suelo, al momento de regularla jurídicamente (ej. el derecho de los ribereños en los ríos no flotables, o la de los derechos de conformación agrícola parcelaria de la cuenca, etc.).

Pero además, hay diversas circunstancias concurrentes, pues desde este punto de vista, el agua da lugar a otros fenómenos, que configuran otras cosas o bienes para el derecho. Un río o un arroyo por ejemplo, no es simple agua. En este sentido, el primer criterio tenido en cuenta por los tribunales franceses, incluso en el ámbito administrativo, no refiere a la presencia del agua, sino a la permanencia del lecho. (Gazzaniga y otros, 1998:81) El *caudal* por ejemplo, es algo

---

<sup>1</sup> En este sentido véase de manera más desarrollada, Guerra Daneri, E (2004)

<sup>2</sup> En la legislación de aguas del Uruguay por ejemplo, se trata de un suceso de primer orden. (E. Perez Perez, 1993:161).

más que agua, y un lago o un manantial poseen componentes que obligan a su consideración como objetos distintos.

Los derechos positivos en general, han tratado de sistematizar estos diversos fenómenos que protagoniza el agua, recurriendo a dos circunstancias: a) su cantidad o volumen; b) las características de su movilidad.

De acuerdo a las vicisitudes que presenten estos dos aspectos, el derecho positivo reconoce y extrae de la realidad geográfica y física, la existencia de objetos distintos, para los cuales no demuestra –en general- demasiada precisión, salvo su adhesión inmediata para con los fenómenos naturales. De allí que sus diferentes categorías, como pluviales, cursos de agua, subterráneas y manantiales, quietas y dormidas (lagos y lagunas), pocas veces es definida por los derechos positivos.<sup>3</sup> Por ello se explica también, que en muchas ocasiones, no exista jurídicamente una referencia “al agua”, sino a “las aguas”.

Pues bien, la territorialidad es lo que permite que el agua sea objeto de apropiación y por ende de propiedad y aprovechamiento.<sup>4</sup>

b) El *ciclo hidrológico*, es el proceso continuo de circulación del agua en el globo terráqueo y que se extiende a la atmósfera y por debajo de la corteza terrestre, comprendiendo tres fases: el agua oceánica, la atmosférica y la continental. Por tanto, es siempre la misma que circula y se manifiesta distinta en cada una de estas fases, constituyendo un fenómeno que permite comprender que, a pesar de sus diversas expresiones territoriales, las aguas se encuentren interrelacionadas y –en definitiva- es una sola a nivel universal, que se comporta distinta en los continentes, pero conforme un ciclo unitario que les comprende.

Por esta razón, se encuentra en la naturaleza de las cosas que el agua sea un objeto móvil y esencialmente utilitario, aspectos que provocan dos de sus cualidades más características y complejas para el Derecho. Precisamente, son las que impiden el ejercicio de otros derechos que tienen sustento en la propiedad. Así por ejemplo, el agua no admite usufructo, ni puede ser objeto de prenda o hipoteca, ni puede arrendarse, ni embargarse, etc.; y no porque sea consumible o no, sino porque el agua es un bien de la naturaleza que no tiene recomposición individual y concreta y, su presencia tampoco es constante ni obediente a una persona en particular.

---

<sup>3</sup> Por lo general, los derechos positivos se han mostrados renuentes a definir lo que es un río o un arroyo, etc.

<sup>4</sup> A nuestro modo de ver, los debates doctrinarios acerca de si el agua es una cosa y si puede ser objeto de dominio, debe considerarse hoy en día superados, más no sea por su consagración y regulación en los derechos positivos.

Pero además de la interrelación de todas las aguas, debe considerarse que se trata de un recurso finito con multiplicidad de usos y de usuarios, lo que determina que, como objeto de apropiación, no sólo deba experimentar fuertes límites y limitaciones, sino la necesidad de ser administrada. De modo que no sólo son dos los derechos posibles, sino que su ejercicio se encuentra condicionado y sometido a una Autoridad específica, dotada de poder de policía, que entre otros cometidos, debe jerarquizar su uso. Desde este punto de vista, tampoco puede considerársele como una cosa igual a cualquier otra, pues el simple interés particular, es insuficiente para justificar derechos y usos que no son comunes a todos. De allí el rango jurídico entre los tipos de consumo. La tutela primordial no cabe duda que lo constituyen las necesidades de acceso humano al agua potable, como un derecho humano fundamental.<sup>5</sup>

El criterio rector de administración de las aguas, se basa en las posibilidades territoriales de las *cuencas* y *sub-cuencas*; vale decir aquellas zonas delimitadas por la cual fluyen las aguas en su desembocadura común, en su tránsito hacia el mar y los océanos (ciclo hidrológico). Los derechos sólo pueden ejercerse respetando el esquema general de derechos preexistentes en las cuencas, de modo que un orden de certeza y seguridad debe presidir su administración

Las leyes de aguas en general, adoptan este criterio como rector de una política en la materia, a la cual la Autoridad de Aguas debe adscribirse para evitar arbitrariedades y manejos erróneos y descuidados del recurso. Porque incluso esto último, puede transformar el agua en un potente agente de destrucción ambiental, sea como víctima y portador afectado por la contaminación o, como fuerte elemento erosivo de otros recursos, ante el cual corresponde actitudes de defensa.

Como puede comprenderse, la ley del agua debe ser más la de la Naturaleza, que la del Hombre. Cualquier apartamiento a estas reglas originarias de su comportamiento natural, es proclive a la alteración del recurso, del cual hoy en día existe marcada y creciente necesidad.

El ciclo hidrológico determina la manera que corresponde que el Derecho considere al agua y, discipline el ejercicio de la propiedad y el aprovechamiento sobre ella.

No puede negarse que el desconocimiento jurídico respecto de los hechos técnicos que vienen de relacionarse, situaron en sus orígenes, la regulación de la aguas en el ámbito de los códigos civiles y con una simpleza ajena a su importancia actual.<sup>6</sup> Pero debe destacarse el temprano esfuerzo de algunas legislaciones, que advertidas de las insuficiencias de la codificación, ajustaron su ordenamiento positivo de modo especial y total. Tal el caso de la ley española de

---

<sup>5</sup> Así el Art.47 de la Constitución uruguaya consagra el acceso al agua potable y al saneamiento "...como derechos humanos fundamentales".

<sup>6</sup> Aunque no es del caso generalizar, pues ciertos códigos se apartaron de la solución francesa y reconocieron el carácter público de todas las aguas (como el C. Civil de Velez Sarsfield) y en otros –como el ejemplo chileno– atenuado por los derechos conferidos a los ribereños. En este sentido, véase Martín, L (2010:72)

aguas de 1866, modelo “exportado” a muchas otras legislaciones. Así por ejemplo, fue incorporada por el Código Rural uruguayo de 1875 que vio actualizada la disciplina de las aguas contenidas en el C. Civil.<sup>7</sup> Y en buena medida, ello significó el reconocimiento y consideración de una “*propiedad especial*”. Sobrados argumentos existían para ello, en particular, porque no es posible reconocerle al dominio privado sobre el agua, sus atributos más característicos y determinantes de su disciplina en la codificación civil, que es su carácter *pleno, absoluto y excluyente*. La propiedad privada del agua, no contiene la plenitud de los poderes que son típicos del dominio, no sólo porque existe una imposibilidad material de ejercerlos, sino porque se excluiría a terceros también propietarios, con lo cual tampoco sería posible oponerlos a todos. En verdad, el *ius excluendi* que es característico de la propiedad, no puede ejercerse por ésta, sino a través de otro derecho, que es el *aprovechamiento* conferido concretamente por la autoridad de aguas; lo que demuestra que la disciplina típica de la propiedad privada, no aplica en materia de aguas.<sup>8</sup>

Hoy en día, aumentó el cúmulo de razones que acentúan la especialidad de esta propiedad.

Son innegables –por ejemplo- las innovaciones introducidas por la legislación ambiental. En ella, el manejo de los recursos naturales se encuentra mayoritariamente impuesto bajo la fórmula *derecho-deber*; vale decir no sólo la existencia de límites o limitaciones, sino antes bien, su estructuración en base a deberes positivos de actuación, que no cabe considerarlos como meramente accesorios o simples “*propter rem*”. Por su caracterización como elemento de la naturaleza, de existencia finita y necesidad vital, su regulación no se alcanza adecuadamente colocando un simple límite a los atributos de una propiedad, sino que ha sido necesario penetrar la estructura misma de los derechos subjetivos, con el propósito de garantizar un nuevo desafío social: el *desarrollo sostenible*.

Y es también factor de especialidad de la regulación del agua, la observación de que se trate de un *elemento móvil con efectos patrimoniales*. Hay un hecho físico que todas las legislaciones tienen en cuenta, y es que el agua corre y se mueve por encima y por debajo de la superficie. La movilidad del agua, no es un problema de calificación jurídica (como lo es el de su naturaleza mueble o inmueble), sino que es su cualidad intrínseca en el ámbito de un territorio. Y precisamente esta movilidad natural, es susceptible de alterar la regulación tradicional de los derechos (como los modos de extinguir el dominio), pues el derecho es efímero como la cosa

---

<sup>7</sup> Esta legislación estuvo vigente más de cien años en Uruguay, hasta que fue sustituida por el Código de Aguas de 1978.

<sup>8</sup> Señala Martín-Retortillo, que “la exclusión de otros” como característica de los usos privativos, estaba ya explícita en la Exposición de Motivos de la ley (española) de 1866 (1997:247)

sobre la cual recae.<sup>9</sup> Estas dos cualidades –elemento de la naturaleza y movilidad territorial– hacen que como objeto dentro de un patrimonio particular, sea esencialmente cambiante y por ello, difícil de determinar.<sup>10</sup> Cuando no, la propia movilidad natural, la hace susceptible de mutar como objeto típico y, por tal, de los derechos que pueden ejercerse (así por ej. si se embalsa el agua pluvial, cambia de categoría y por ende también su propiedad). Sin perjuicio que la hacen generadora de permanentes conflictos en los cuales la concepción tradicional de la propiedad como derecho subjetivo y excluyente, no pueda operar en su total dimensión.

Es también carácter fundamental de su especialidad en el derecho moderno, la consideración del agua, como *un bien de interés social y colectivo*. No se trata de una afirmación dogmática, sino la constatación jurídica de un hecho visible, debido a que el agua debe responder necesariamente a todas las exigencias de su utilidad en el ámbito de un territorio, en el cual convergen además, *relaciones de vecindad*. El agua como un mismo bien y como un mismo objeto de un derecho de propiedad, interesa y afecta no sólo a un individuo, sino al conjunto de individuos que tienen interés sobre es misma cosa que proviene de la naturaleza y que tiene apreciado valor utilitario. Esto explica y reafirma la necesidad de un poder de policía y su administración en el ámbito de un territorio.<sup>11</sup>

Todos estos aspectos que se ciernen sobre la propiedad privada del agua, hacen que en definitiva, su disciplina implique el vaciamiento del goce, que queda casi enteramente reducido a un mero aprovechamiento utilitario y fuertemente condicionado por el régimen de derechos preexistentes en la cuenca. El ejercicio de la propiedad privada queda así sometido a la disponibilidad jurídica y fáctica del recurso en un ámbito de vecindad y ordenación administrativa.

Es innegable pues, la creciente y desarrollada presencia del interés público en la propiedad privada del agua; que en el último cuarto del siglo pasado, provocara su rápida absorción por la dogmática administrativa.<sup>12</sup> Este cambio de la naturaleza de su disciplina, es puesto de relieve por el decidido pasaje al *dominio público de todas las aguas*, como una propensión que se observa en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En Uruguay por ejemplo, esta ida de la

---

<sup>9</sup> El ejemplo más claro es el del agua pluvial. Aún en los sistemas que reconocen su dominio privado por accesión, el mismo se pierde una vez que salen del inmueble propio, para escurrir en el del vecino, donde ingresan a título de servidumbre natural. Vale decir que la propiedad se pierde sin un hecho actual del hombre, pues sale del patrimonio por simple hecho de la naturaleza.

<sup>10</sup> Véase que el agua es susceptible de evaporarse o bien, convertirse en torrentes que traspasan los campos.

<sup>11</sup> Más allá de su planteo en el campo jurídico, el hecho que el agua se le considere en las sociedades modernas como un bien de interés social y colectivo, es causa y consecuencia de los variados planteamientos que este objeto provoca, como los de índole humanísticos, sociológicos, filosóficos, políticos, etc.

<sup>12</sup> Sin embargo, para algunos autores, este fenómeno todavía no es absoluto; resaltando empero que “*el derecho de aguas desdibuja la diferenciación entre derecho público y privado*” (Pigretti, Bellorio, Cavalli, 2010:46).

propiedad privada a la pública, se hizo de manera radical, mediante una reforma constitucional aprobada por plebiscito popular en el año 2004.

Pero es necesario advertir, que buena parte de toda esta movilización, se ha hecho al compás de ciertos postulados que no acreditan clara autenticidad. El más trascendente a nuestro juicio, es el respaldado por ciertos autores bajo la hipótesis de que la unidad del ciclo hidrológico tiene como corolario, su necesario sometimiento a *un mismo régimen jurídico*, que se logra a través del dominio público de todas las aguas. Tal postulado no convence, pues la eficiencia de los derechos sobre el recurso, no se garantiza por el hecho que las aguas sean o no, del dominio público, ni porque todas estén necesariamente sometidas al mismo régimen. Se trata de un asunto de *gestión*, que como tal, no pasa por la naturaleza pública o privada de la apropiación. (Retortillo, 1997:97-98) El Estado –como ha señalado ajustadamente Martín Retortillo- no necesita la titularidad de unos bienes para proceder a su ordenación.

Pero es del caso que la opción por la dominialidad de todas las aguas, tampoco es por sí sola la vara mágica que permite sortear todos los intrincados asuntos jurídicos que provoca su disciplina. El propio concepto de dominio público sufre importantes averías en materia de recursos naturales. Especialmente a la hora de explicar los *aprovechamientos privativos* que no se disponen para el cumplimiento de un servicio público o de utilidad general (al menos que no sea muy remotamente), como es el caso de los usos agrícolas del agua, que por lejos, son los mayores del planeta. Se ha tenido que extender en este sentido, otros conceptos que tratan de justificar estas cualidades del dominio público del agua, como el de dominio *originario* y dominio *eminente*<sup>13</sup>, o el dominio público *natural y artificial*.<sup>14</sup> Incluso, llegado el caso de precisar su naturaleza, se ha sostenido que el dominio público del agua supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino como “una técnica dirigida de manera primordial a excluir el bien del tráfico jurídico privado”, protegiéndole mediante una serie de reglas exorbitantes. Por lo que sería ante todo, “*res extra commercium*” y su afectación persigue fines de garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial.<sup>15</sup>

Estos problemas demuestran la *relatividad* de la distinción entre propiedad privada y propiedad pública en materia de aguas y, la extrema *debilidad* de este derecho patrimonial para

---

<sup>13</sup> Este es un asunto que se plantea no solo respecto del agua, sino de los recursos naturales en general. En este sentido véase, entre otros, Pastorino, L *Derecho Agrario Argentino* Ed. Abeledo Perrot Bs. As. 2009, pág.214 . En el ordenamiento uruguayo, el asunto se plantea originariamente en la legislación minera.

<sup>14</sup> En este sentido, véase Pigretti-Bellorio-Cavalli “*Derecho Ambiental de Aguas*” Ed. Lajouane Bs. As. 2010, pág. 50 y sigas.

<sup>15</sup> Op.cit. Delgado Piqueras, F. “*Derecho de Aguas y Medio Ambiente*” pág.137 Ed. Tecnos –Madrid, 1992 quien alude a la Sentencia sobre la ley de aguas del Tribunal Constitucional español N° 227/1988.

garantizar un ordenamiento jurídico idóneo y satisfactorio en el tema. Precisamente estos factores declinantes de la propiedad, han sido impulsores de la creciente importancia del derecho de *aprovechamiento*, que se alza respecto al dominio. Por lo pronto es un derecho que relativiza la trascendencia de la propiedad, pues de hecho y de derecho, la subordina. Sin embargo la disciplina de este derecho tan importante, no es todavía resaltada con la claridad y firmeza que sería deseable por los derechos positivos.

El primer paso es distinguir el aprovechamiento como circunstancia meramente material, que se encuentra amparada directamente por la ley, respecto de las situaciones comprendidas en los denominados “*usos comunes*” del agua. Estos son aprovechamientos materiales no personalizados y que corresponden de modo genérico y de pleno derecho a todos los habitantes, y que no deben confundirse con los denominados “*usos de hecho*”, que son aprovechamiento personalizados que no están legitimados y pueden provocar fuertes desórdenes en la cuenca y por ello, son normalmente prohibidos.

Pero el aprovechamiento más complejo es el que resulta consecuencia de los *usos privativos del agua*, que constituye una categoría de derecho patrimonial registrable, que es conferido por la autoridad de aguas con propósito socialmente útiles y que es oponible a terceros, incluso al propio Estado.

Por lo general, no es definido por los derechos positivos. Aunque no cuesta demasiado esfuerzo concluir que es un derecho de *uso*, limitado en su contenido y fines por el acto que lo dispone, y que tiene muy diversas fuentes (permiso, concesión, autorización, ley, contrato, etc.). Es un derecho que no tiene identidad en el plano civil ni administrativo, pues habilita el consumo privado de un bien de utilidad general, sin posibilidad de restitución, pero que se regenera útilmente como fenómeno natural, lo que impone ciertas reglas de preservación y cuidado que dan contenido básico al mismo.

Dadas estas circunstancias, donde tal vez pueda apreciarse con mayor nitidez su individualidad jurídica, es en el ámbito de sus funciones. En este sentido, puede decirse que este derecho cumple dos funciones básicas:

- a) permitir el uso por los particulares de las aguas del dominio público;
- b) extender la eficacia territorial de los derechos originados en las parcelas en favor de sus propietarios (aguas privadas), haciéndolos oponibles en el ámbito de la cuenca luego de registrados

En efecto, en primer lugar, este derecho se destaca y regula de manera más notoria tratándose de aguas del dominio público, donde se justifica como derecho que se concede a los particulares para usos diversos. Es esta una de sus funciones principales.



Pero en verdad, el alcance de su disciplina puede también alcanzar a las aguas privadas, en donde su función es dotar de eficacia dentro de una cuenca, a los derechos que tienen origen en el goce de las parcelas, como sucede por ejemplo con en los regímenes que reconocen el derecho de propiedad privada de las aguas pluviales. Debe tenerse presente que en general no se previene la posibilidad de que se constituya un derecho de aprovechamiento sobre aguas privadas en favor de un tercero que no es su dueño, tal como lo hace respecto a las aguas del dominio público. Sin embargo, no descartamos la posibilidad que pudiera constituirse.

Es en base a estas funciones -particularmente relevantes- que se puede ordenar el ejercicio de los derechos sobre el agua, bajo un régimen jurídico que elimina las distorsiones de poder originadas en los derechos de propiedad existentes en las cuencas.

De esta manera, la administración del patrimonio hídrico de las cuencas puede planificarse y decidirse por la Autoridad de Aguas, bajo criterios lógicos y uniformes, ya que habilita a operar jurídicamente de modo indistinto, sobre las aguas del dominio público como sobre las del dominio privado, sin quedar atrapada e inoperante por las limitaciones derivadas de estas últimas.

En *síntesis*, el agua es un bien cuyas particularidades determinan que en definitiva, el derecho de propiedad sea desplazado en su trascendencia patrimonial por otro derecho que ocupa su lugar en jerarquía e individualidad: el *derecho de aprovechamiento*. Sin embargo y a pesar de los sólidos fundamentos que lo sustentan, la identidad de este derecho parece todavía opacada por los reflejos de una propiedad, que en materia de aguas, es inoperante.

## **Bibliografía**

- Delgado Piqueras, F.(1992) *Derecho de Aguas y Medio Ambiente*. Tecnos, Madrid.
- Gazzinaga, J. L; Ourliac,J. P.; Larrouy Castera, X. (1998) *L'eau: usages et gestion*. Litec, París.
- Guerra Daneri, E (2004) *Los derechos al agua en la actividad agraria*. FCU, Montevideo
- Martín, L.(2010) *.Derecho de Aguas*. Abeledo Perrot, Bs. As
- Pastorino, L. (2009) *Derecho Agrario Argentino*.Abeledo Perrot, Bs. As.
- Perez Perez, E (1993) *Estudios jurídicos sobre propiedad, aprovechamiento y gestión del agua*. MTOP, Madrid.
- Pigretti-Bellorio-Cavalli (2010) *Derecho Ambiental de Agua*. Lajouane, Bs. As.
- Retortillo, Martín S (1997). *Derecho de Aguas*. Civitas Ed.