

DERECHO DEL AGUA, DERECHO DE LAS AGUAS*.

Jean-Louis Gazzaniga.
Profesor de Derecho,
Universidad de Toulouse.

El jurista se complace en definir y en clasificar; él pone orden a las relaciones entre los hombres y a las "cosas" de este mundo; definiciones y clasificaciones lo tranquilizan; él ejerce sus cualidades de análisis y de síntesis, llevadas a menudo al extremo porque todo y todos deben pasar por sus marcos y nada se le podría escapar. El jurista, en este dominio, no carece de audacia ¡y podremos juzgar a veces los límites singularmente estrechos!

Así en el vasto campo de los bienes que la naturaleza ha puesto a disposición del hombre, el jurista ha encontrado materia donde ejercer sus talentos. Dentro de lo que él llama púdicamente "las cosas", él establece la distinción clásica entre aquellas que son susceptibles de ser apropiadas y aquellas que no lo son, entre las cuales él sitúa desde el derecho romano las *res communes*: el aire, el mar y el agua corriente. Los romanos agregaban además que los ríos y sus riberas eran bienes afectados al uso público. He aquí los primeros elementos de un derecho por definir, aquel del agua corriente: el agua corriente es un bien común, nadie podría pretenderse propietario de ella. Como lo expresaba muy justamente Domat: "En el orden natural de las cosas un río se coloca él mismo fuera de las condiciones ordinarias de la propiedad".

Una vez reconocido este principio, el derecho puede limitarse a regular medidas de vigilancia para velar por el buen ejercicio de estos "derechos de uso comunes a todos"; esto puede parecer simple. Pero el "orden natural de las cosas" no es siempre criterio retenido por el

jurista quien, a propósito de los ríos, no pudiendo desistir de un cierto apego a criterios clásicos, entiende concebir cierta forma de propiedad y por ello va a multiplicar las distinciones. Así, únicamente para los ríos, el derecho del agua se caracteriza por la pluralidad, en este dominio el derecho agrega algo a la naturaleza.

Y el agua corriente no es toda el agua. El derecho del agua está comprendido además por el derecho de los lagos, de los estanques y de los charcos, de las aguas de fuente y de las aguas subterráneas, de las aguas minerales y de los canales; ¡existe un derecho del agua de lluvia y una reglamentación precisa del agua potable! Ya que la diversidad parece ser la regla, conviene hablar del derecho de las aguas. Cicerón se burlaba del derecho de las aguas, considerándolo como el ejemplo mismo de un derecho exageradamente minucioso.

Además, con el plural, todo no está dicho. Algunos en efecto reconocen que existe un derecho para aquel que tiene una fuente que brota sobre su terreno diferente al derecho concedido a aquel que ha establecido un charco, que el derecho de uso del riberano de una corriente de agua es de mayor importancia que el derecho de un simple transeúnte. Todos los usuarios, por lo demás, saben que existe una administración soberana que controla y dirige los derechos. Ya no es del derecho de las aguas del cual es necesario hablar sino de derechos de agua. Se ha cambiado el plural y acentuado más aún la dificultad. Finalmente, algunos, considerando que el agua no ha llegado aún a la "edad del derecho", prefieren modestamente analizar su régimen jurídico.

Pluralidad, diversidad, confusión son a menudo atribuidos al derecho del agua poco importa el número o el nombre que se le dé. Esta complejidad se puede atribuir a muchas causas.

*Publicamos, con las debidas autorizaciones, el presente trabajo publicado, previamente, en *Corps écrit* (1985), N° 16, pp. 27-33. Traducción de Ruth Díaz Muñoz y Alejandro Vergara Blanco.

La ambigüedad proviene en primer lugar de la ubicación que se le reserva al derecho del agua en nuestra legislación donde él no ha adquirido aún su autonomía. El derecho del agua es un derecho accesorio. Se trata de esto en derecho civil, en derecho penal, en derecho administrativo, en derecho rural, en derecho internacional... y aún, tendríamos dificultades para descubrir el capítulo correspondiente. Es menester, en efecto, buscarlo en el título de la distinción de los bienes, de las servidumbres, de la delimitación del dominio público o de las instalaciones hidráulicas...

Consideremos también que la pluralidad de legislación ha multiplicado los órganos de control y de supervigilancia, las competencias de numerosos servicios, por lo cual será muy difícil regular una nueva distribución y un mejor equilibrio. Pero la ambigüedad proviene también de las soluciones contenidas por la ley que son para muchos, nacidos de la historia. El derecho romano que tenía sobre esto ideas claras pero que no siempre han sido bien comprendidas, ha

servido de modelo. El modelo ha sido alterado por la confusión de prácticas feudales y las preocupaciones de "simplificaciones" del legislador revolucionario e imperial que ha congelado los marcos de los cuales actualmente es muy difícil deshacerse. El absolutismo de la propiedad obstaculiza muchas reformas.

Sin embargo las reformas no han faltado; desde el Código Civil dos grandes leyes de abril de 1898 y de diciembre de 1964 fijan a partir de ese momento las reglas de un derecho del agua. La primera vino a llenar una laguna. A falta de Código Rural postergado siempre para más tarde, se atenían a este respecto a soluciones de espera, complicadas singularmente por la jurisprudencia. La ley debía consagrar soluciones simples, ella no ha hecho más que aumentar la confusión. De la gran ley de 1964, cuyo título era modesto, se esperaba mucho; ella faltó a su cita con la reforma. A nivel de principios, las reglas de un derecho del agua en la búsqueda de la unidad oscilan siempre entre la propiedad y el derecho de uso.

LA PROPIEDAD DEL AGUA.

La apropiación privativa del agua heredada del derecho romano es concebida como el accesorio del derecho de la tierra. El dueño del terreno dispone de un poder sobre el agua: él es dueño del agua de lluvia que escurre sobre su tierra, del charco o del estanque que él excava en su campo, de la fuente que de ahí brota. El derecho iba a precisar el dominio. En cuanto al agua de lluvia, el dueño del terreno adquiere la propiedad por ocupación; su dominio es muy amplio; él puede recoger las aguas o al contrario dejarlas correr libremente; si las retiene, él puede utilizarlas para su uso personal, agrícola y para "las necesidades industriales"; la ley, finalmente, previendo que el dueño del terreno puede de ellas *disponer*—la palabra es importante— éste, a fin de ir hasta el agotamiento de su derecho, ¡puede arrendar, ceder y vender las aguas de lluvia! Sin embargo, el propietario no puede hacer todo, el artículo 640 del Código Civil fija los límites que imponen las relaciones de vecindad: Así, por ejemplo, el dueño del terreno inferior debe recibir las aguas que escu-

rren *naturalmente* del terreno superior. El derecho aquí se atiene al "orden natural de las cosas". ¡Pero al precio de cuántos arreglos jurisprudenciales! Dueño de las aguas del cielo, el propietario del terreno es también dueño de las aguas que brotan. El legislador, por inadvertencia, malicia o deliberadamente, ha empleado para definir el derecho del propietario el término usar y no el término disponer. Fue necesario la intervención de la Corte de Casación para aplicar al dueño de la fuente la misma disposición que al dueño de las aguas de lluvia. La solución no era evidente. De todos modos, está permitido dar y vender la fuente; el dueño puede cegarla y destruirla. Al derecho son ligados numerosos límites que tienden al libre escurrimiento de las aguas, al uso que puede ser necesario a una aglomeración; servidumbre que muestra bien la dificultad de reconocer la apropiación privada de un bien común útil a todos. Finalmente, cuando el agua brotando de la fuente forma una corriente de agua el dueño del terreno ya no dispone más que de un simple

derecho de uso; su situación es similar a aquella de un ribereño. ¡Cuántas sutilezas entre el agua que brota y el agua que escurre!

Del principio general consagrado por el artículo 552 del Código Civil que “la propiedad del suelo comprende la propiedad de la superficie y del subsuelo” se deduce la propiedad privada de las aguas subterráneas. Derecho fundado sobre la ocupación que descansa en una presunción simple que comprende el derecho de hacer construcciones, excavaciones y sacar de estas excavaciones todos los productos que ellas puedan contener.

Al dueño del terreno le corresponde igualmente la propiedad de las aguas estancadas; los lagos, los estanques, y los charcos que Fabreguettes llamaba poéticamente: “masas de agua más o menos considerables”. Están excluidos de toda apropiación privada los grandes lagos que forman parte del dominio público, aquellos que son atravesados por una corriente de agua, y

que siguen entonces el régimen del río que les atraviesa, así como los estanques salados que se comunican directamente con el mar. Quedan para el dueño del terreno las superficies de agua “perfectamente cerradas” —la exigencia es imperativa— formadas por las aguas lluvias, las aguas de fuentes y todas las aguas de las cuales el propietario puede disponer. Se comprende en estas condiciones que todos los derechos ya mencionados le sean reconocidos; él tiene, además —y esto es a menudo el elemento más importante— la propiedad de los peces. Los límites al derecho de propiedad pueden provenir de las servidumbres por las cuales el terreno puede estar gravado como también del control que ejerce la administración.

Pueden igualmente ser el objeto de apropiación privada los canales de navegación o de riego establecidos sobre su terreno por el propietario. La propiedad se extiende al lecho y al agua y además a los productos.

EL USO DE LAS AGUAS CORRIENTES.

Las corrientes de agua son numerosas, las clasificaciones difíciles entre los ríos, los afluentes, los torrentes y los simples arroyos. Durante largo tiempo se distinguían los ríos navegables y flotables y aquellos que no lo eran; fuera de esto algunas veces la navegabilidad no bastaba para determinar a un río navegable. El legislador de 1964 estableció una distinción entre las corrientes de agua, que ya no está basada en la navegabilidad sino en el dominio público. Es así como existen corrientes de agua que no pertenecen al dominio público, corrientes de agua del dominio público y corrientes de agua mixtas. Sin detenernos en las definiciones y delimitaciones de las diferentes corrientes de agua que los tribunales administrativos y del orden judicial recuerdan regularmente, retengamos los derechos otorgados a los ribereños. El derecho combina aquí apropiación y uso.

Tratándose de corrientes de agua que no son del dominio público, el propietario ribereño tiene desde la ley del 8 de abril de 1898, la propiedad del lecho, propiedad difícil de clasificar y justificar que ha dado lugar a debates sin fin habiendo, el legislador, en la época, contra-

dicho a la jurisprudencia y a la mayoría de la doctrina y que se concuerda en reconocer como una propiedad *sui generis*. El derecho es, cualquiera que sea su fundamento, muy extenso: el propietario puede efectuar todos los trabajos en el lecho, él puede cerrarlo —pero se le rechaza la acción de limitarlo— se le ha reconocido por algunas decisiones el derecho de oponerse a la navegación. El ribereño es igualmente propietario de las riberas. Finalmente, él aprovecha los aluviones y ramblas que se forman en el río; él es propietario “de las islas y terrenos (depósitos de tierra)”. la calidad de ribereño confiere un derecho de uso de las aguas. El legislador ha distinguido cuidadosamente entre aquel cuya propiedad limita un río y aquel cuya heredad es atravesada por una corriente de agua. En cuanto al primero se le reserva solamente el riego; y, en cuanto al segundo el uso parece más general ya que su única obligación es devolver el agua “a la salida de su terreno, a su corriente ordinaria”. Desde entonces se ha extendido al uso personal, agrícola e industrial. Ciertamente el ribereño no debe dañar a los ribereños inferiores, abusar de su derecho de primer usuario, lo que

no ocurre sin algunas contradicciones como lo testimonian ciertas decisiones jurisprudenciales. Al contrario, se planteó el problema de saber si el derecho de uso del ribereño excluía todo derecho de uso público; problema que nunca fue resuelto.

Para las corrientes de agua de dominio público a las cuales se agregan los lagos de dominio público y los canales de navegación, el Estado tiene la propiedad del lecho y el derecho de uso de las aguas. Los propietarios ribereños son solamente propietarios de las riberas, de los aluviones y de las ramblas (tierra que queda descubierta al retirarse el agua); sus terrenos están gravados por servidumbres.

Hasta 1964, no se conocía más que estas dos categorías de corrientes de agua; la gran nove-

dad introducida por el legislador fue la creación de corrientes de agua mixtas. Por un deseo de unidad legislativa y de repartición de los derechos del Estado y de los ribereños, la ley creó corrientes de aguas "sobre las cuales el derecho al uso del agua pertenece al Estado... y el lecho pertenece a los ribereños". Muchos entre aquellos que militaban por una renovación del derecho del agua fundaban grandes esperanzas en esta creación. La gestión era osada y difícil, demasiado, probablemente, ya que hasta el momento ninguna corriente de agua ha sido clasificada en esta categoría. No se terminarían de sopesar las razones y las causas de este defecto de aplicación, se puede solamente lamentar que lo que podía aparecer a justo título como una innovación interesante haya quedado sin efecto.

¿DERECHO DE USO O PROPIEDAD?

Todo el derecho del agua puede ser resumido en esta proposición: conceder un derecho de uso o reconocer la propiedad. El debate es antiguo. Sin desear volver a las soluciones del antiguo derecho, todo el siglo XIX está lleno de esta oposición. Es difícil imaginar el apasionado interés que ha suscitado el problema de la propiedad de los ríos luego de la aparición del Código Civil. La abolición del régimen feudal, el reconocimiento de los derechos del Estado y de los particulares dejaban el campo libre a todas las interpretaciones. Los redactores del proyecto del Código Rural de 1810 observaban ya: "existen pocos problemas de derecho más importantes que aquel de la propiedad y disfrute de las aguas. Hay pocos sin embargo que hayan sido menos profundizados; y, hasta nuestros días, la más grande incertidumbre ha reinado en las decisiones sobre esta materia". La observación era acertada y las intenciones bastantes buenas, los redactores allí se quedaron... El proyecto no prosperó. Más tarde, Proudhon, Championnière, Nadault de Buffon y otros tomaron partido, defendiendo el dominio público, la propiedad privada o al contrario el uso común. Hoy día se han olvidado sus razones pero no se llega sin embargo a deshacerse de los usos tradicionales. Se exige a la Historia argumentos, pero se comprende mal el sentido de las palabras y el conte-

nido de instituciones pasadas. Las reglas modernas no llegan a dar cuenta de situaciones antiguas. Uno se pierde en las teorías, se olvida lo real.

Porque el derecho del agua es un derecho accesorio de la tierra, se creyó poder calcar su régimen jurídico sobre el derecho de la propiedad territorial. Así, se habla de propiedad de las aguas de lluvia, de las aguas de fuentes, de los lagos y de los estanques. ¿Se trata realmente de propiedad? El término "disponer" del cual se sirve algunas veces el legislador confirma una propiedad plena y entera cuando se observa que el dueño del terreno raras veces tiene un *poder hacer* sino que más a menudo tiene un *poder hacer limitado*. Consideremos también que el legislador trabado por sus propios criterios ha multiplicado los límites y las excepciones: así, el agua de la fuente que brota no es el agua de la fuente que corre; el agua subterránea en Francia no tiene el mismo estatuto que el agua subterránea en los departamentos y los territorios de ultramar; el derecho del lago cambia según si él es o no atravesado por una corriente de agua.

Tratándose de los ríos, si bien se reconoce que el agua corriente no es susceptible de apropiación privada, no se extraen todas las consecuencias. La propiedad del lecho, reconocida al

riberaño no es nada más que una concesión a la teoría de la propiedad de los ríos.

En el fondo, todo ocurre como si el legislador después de haber afirmado principios, fuera de toda realidad, se esforzara en borrar los efectos multiplicando las excepciones. ¿No se podría modificar esta apreciación y reconocer que en la materia los principios no son buenos? El jurista debe admitir que no se puede encerrar el agua que brota, que circula y que corre dentro de criterios clásicos; que no es fácil aprehender el símbolo mismo de lo inaprehensible.

De hecho, tratándose del agua, hay que renunciar a hablar en términos de apropiación. La expresión "propiedad privada del agua" es antinómica; se concibe la propiedad de la tie-

rra, y se explica mal aquella del agua. Por el contrario, se puede admitir fácilmente un derecho de uso, derechos de uso que deberían estar modelados en función de la disposición de los lugares, del estado del medio y de la importancia del recurso.

El legislador de 1964, al menos en sus intenciones, había abordado los verdaderos problemas. Es necesario a partir de ahora ir más allá. Se ha tomado conciencia desde hace varios años que el agua es una "fuente fundamental": "un principio primario", "una fuente de vida"; se habla hoy día del "agua global"; entendamos a través de esto que no se puede desprenderla de un "ecosistema". Es necesario tomar nota de esto, y volver a elementos simples y que el derecho reencuentre el "orden natural de las cosas".