

Al Señor Diputado  
Eduardo R. DI COLA

## **INTRODUCCIÓN**

Antes de entrar en el articulado del proyecto, se hace necesario una previa introducción en el problema de los lagos navegables. Pues si el proyecto bajo estudio parte de la distinción entre lagos navegables o no navegables, ello nos obliga a detenernos especialmente en esa clasificación.

## **LAGOS NAVIGABLES Y NO NAVIGABLES**

Lamentablemente determinar hoy en día qué lago es navegable no es tarea sencilla. Antes de la reforma de 1968 en el Código Civil, teníamos una norma que lo establecía de manera más o menos precisa. En efecto el artículo 2340 inc. 5, decía: "Quedan comprendidos entre los bienes públicos [...] inc. 5. Los lagos navegables por buques de más de cien toneladas y también sus márgenes."

Se trataba pues de una cuestión de tonelaje. Pero luego de la reforma el inciso no distingue tonelaje alguno y sólo establece: " Los lagos navegables y sus lechos" , dejando la determinación de su navegabilidad o no a una declaración administrativa antojadiza e insegura. Se ha sustituido pues una norma fija, quizá no muy clara, pero que en la práctica funcionaba bien [...]" por una norma incierta " [...] la voluntad del poder administrador"<sup>(1)</sup>.

Merced a dicho dispositivo hoy resulta todo un debate doctrinario determinar la navegabilidad o no de un lago.

Para más es menester tener en cuenta también el dispositivo del artículo 2349 que establece que "el uso y goce de los lagos no navegables pertenece a los propietarios rivereños". Este

---

<sup>1</sup>. Guillermo L. ALLENDE, "Derecho de Aguas" , Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1971, pág. 317.

artículo, al pronunciarse sólo sobre el uso y no sobre el dominio de los lagos no navegables ha generado también diversas posturas doctrinarias, básicamente dos a saber: 1) Quienes sostienen que los lagos no navegables pertenecen al dominio público y 2) quienes sostienen que pertenecen al propietario del suelo.

Podría decirse que hay dos teorías más: que pertenecen al dominio privado del Estado; o que pertenecen al dominio privado de los particulares. Pero en verdad estas dos últimas posturas están implícitas en las que sostienen que pertenecen a los propietarios del suelo. Así, si el suelo en que se hallaren perteneciese a particulares, será propiedad de los particulares; mientras que si perteneciera al Estado, serán propiedad o dominio privado del Estado.

La Corte Suprema de la Nación tuvo ocasión de pronunciarse al respecto con motivo de los Autos: "Frederking, Gustavo c/ Pcia. De Buenos Aires s/uso y goce de la laguna Mar Chiquita" , en sentencia del 17 de agosto de 1923<sup>(2)</sup>, estableciendo que el lago no navegable es bien privado del Estado pero con la característica especial de que los ribereños tienen el uso y goce de sus aguas. Tanto Marienhoff como Spota<sup>(3)</sup> sustentan la dominialidad pública de los lagos, sean navegables o no, ya que la redacción del artículo 2349 no permite inferir una adjudicación de dominio a los particulares sino sólo el uso y goce de los mismos.

Guillermo Allende, en cambio, defiende la tesis opuesta que, de nuestra parte creemos la correcta, que los lagos no navegables pertenecen al dominio privado, y para ello desarrolla tres argumentos: 1) En el artículo 2340, cuando Vélez menciona los bie-

---

<sup>2</sup>. Néstor J. MUSTO, "Derechos Reales" , Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1983, Tomo II, pág.358.

<sup>3</sup>. Miguel S. MARIENHOFF, "Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas" . Academia de Der. Y C. Sociales, Buenos Aires, Serie II, N° 9, pág. 571, Alberto G. SPOTA, "Tratado de Derecho de Aguas" , Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, Tomo II, pág. 153.

nes del dominio público se refiere sólo a los lagos navegables, de donde sería válido deducir que a los no navegables no les es aplicable esta regla. 2) En el artículo 2340 inc. 6° al regular el dominio de las islas, Vélez lo relaciona con el dominio de los lagos o ríos que se encuentran; así establece que si se hallan en un lago navegable serán de dominio público. De ello se deduce que si estuviesen en un lago no navegable serán del dominio privado, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y 3) el artículo 2349 no adjudica a nadie el dominio, sólo regula la posibilidad del uso y goce de las aguas de tales lagos (los no navegables). Concretamente, según la opinión de Allende, el artículo 2349 se refiere al ribereño cuyo límite territorial no abarca el lago sino que lo circunda. El lago no navegable que se encuentra íntegramente en predio privado sería pues del dominio privado del propietario del suelo. Debe tenerse en cuenta para esta interpretación, como lo hace el citado autor, la existencia de numerosas propiedades privadas, en la época de sanción del Código, que lindaban con accidentes geográficos o naturales como forma de limitar los predios<sup>(4)</sup>.

INCIDENCIA DEL TEMA EN EL PROYECTO PROPUESTO: Sea cual fuere la tesitura que se sostenga, lo cierto es que no puede basarse un proyecto sobre un tema tan cuestionado. Sería pues menester previamente a cualquier regulación relacionada con los lagos, dejar bien determinado cuándo es navegable y cuándo no lo es, así como establecer respecto de los lagos una correcta y contundente adjudicación al dominio público o privado del Estado o al dominio de los particulares, caso contrario, todo el debate en torno a aquellas cuestiones, vendrá a enturbiar también la aplicabilidad de los nuevos dispositivos.

En efecto, si consideráramos que la modificación introdu-

---

<sup>4</sup>.Guillermo L. ALLENDE, obra citada, pp. 325 a 328.

cida por ley 17711 al artículo 2340 inc. 5 ha ampliado el concepto de lagos navegables, comprendiendo casos en que la navegación es posible con embarcaciones de menor calado, se presentarán dos problemas:

¿Cuál es el límite de la "navegabilidad"? Si lo fuere por botes o balsas ¿se considerará navegable?<sup>(5)</sup>.

Si, como hemos visto, según nuestra posición, los lagos no navegables por embarcaciones de más de cien toneladas, encerrados en propiedades privadas, pertenecían, por lo menos hasta 1968 al dominio privado del ribereño, la declaración de la ley 17711 en cuanto a que son del dominio público, para hacerse efectiva, requeriría previamente la indemnización al propietario para privarlo de su ya existente dominio privado. Antes de ello ninguna atribución puede tener el legislador para exigir al propietario tolerar a extraños en su dominio, ni mucho menos a obligarlo a dejar una calle, nada menos que de treinta y cinco metros hasta el lago.

PROYECTO:

El Artículo 1 amén de ser la norma merecedora de la principal crítica, en cuanto a que refiere a lagos navegables sin detenerse primero a clarificar ese tema, aparece como exagerado el ancho de la calle allí exigida.

En efecto para determinar los treinta y cinco metros de ancho que regula la norma proyectada pareciera que se ha tomado como modelo el artículo 2639 del Código Civil que, al regular el camino de sirga, establece ese ancho para el mismo. Pero no debemos olvidar que la finalidad del camino de sirga (hoy ya en desuso) era

---

<sup>5</sup>. Cabe aclarar que, en general entre los autores, el criterio de las cien toneladas sigue primando para determinar la navegabilidad o no de un lago.

posibilitar la asistencia a embarcaciones con rumbo río arriba por las márgenes del río. Quizá para ello sí podía justificarse dicha dimensión; pero respecto de la norma proyectada, en la que sólo se pretende el acceso a pie o vehicular hasta el lago, los treinta y cinco metros resultan sorprendentemente excesivos. Creemos que hubiese bastado entre seis a doce metros.

Tampoco nos parece apropiada la referencia a la carga pública al final del dispositivo. Estimamos en efecto que la superficie de la calle debería ser indemnizada si quiere darse el debido respeto a la propiedad privada y su protección constitucional establecida en el artículo 17 de la Constitución Nacional y en el artículo 2511 del Código Civil.

Las normas de los artículos 2, 3 y 4, no merecen observación especial, sino sólo las generales ya sintetizadas.

No podemos dejar de destacar lo riesgoso del dictado de una norma como el artículo 5 proyectado. El dispositivo hace extensiva la pena prevista para el particular que impide el uso y goce de particulares del lago navegable, al "funcionario público que, de cualquier forma, autorizare o permitiere cualquier tipo de restricción al uso y goce de los lagos, ríos o cursos de agua contemplados en la presente ley. Sufrirá además inhabilitación por el doble tiempo de la pena que se le imponga" .

En efecto, en el concepto de funcionario público se encontrará, sin dudas, el juez y también la autoridad administrativa de aplicación, que, pudiendo llegar a contemplar situaciones particulares, modificando, atemperando o simplemente aplicando la ley al caso concreto, se vea inmerso en este delito funcional, por así decirlo, que resulta manifiestamente un obstáculo a la administración de justicia. Entendemos que no puede ni en un sistema republicano y democrático, sancionarse haber una ley que impida el derecho de reclamar y solicitar, sea por vía administrativa o judicial, una adecuación a cada caso concreto, ya que la casuística del devenir

social y físico, puede llegar a proporcionar situaciones en las que cualquier ley puede resultar injusta frente a su aplicación literal. Ahora bien, con el artículo 5 proyectado, ¿qué juez o autoridad administrativa se atreverá a ir en contra de la ley para garantizar la justicia?. Quizá haya más de los que creamos; pero no debemos arriesgarnos a limitar de manera tan drástica su función.

**Gabriel Ventura y Luis Moisset de Espanés**