

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

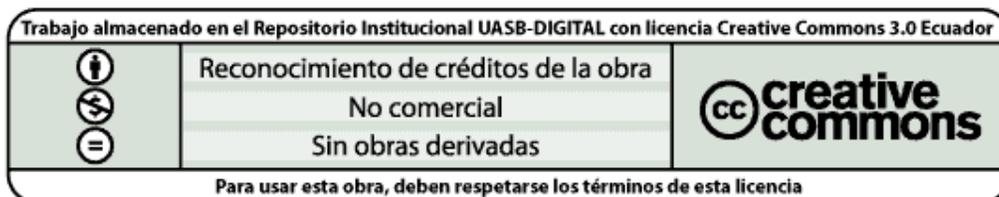
Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

**El Dominio Público Hidráulico
y los Gobiernos Autónomos Descentralizados
en el Derecho Administrativo Iberoamericano**

Diego Patricio Pazmiño Vinueza

2013



CLAUSULA DE CESION DE DERECHO DE PUBLICACION DE TESIS/MONOGRAFIA

Yo, Diego Patricio Pazmiño Vinueza, autor de la tesis intitulada “El Dominio Público Hidráulico y los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el Derecho Administrativo Iberoamericano”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha 19 de diciembre de 2013

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Derecho Administrativo

El Dominio Público Hidráulico

y los Gobiernos Autónomos Descentralizados

en el Derecho Administrativo Iberoamericano

Diego Patricio Pazmiño Vinueza

Tutor: Doctor José Suing Nahua

Quito 2013

Resumen

El estudio del “dominio público hidráulico” y su relación con los gobiernos subnacionales en el contexto del Derecho administrativo iberoamericano -en la coyuntura de renovación del ordenamiento jurídico ecuatoriano y de otros países iberoamericanos- responde a la necesidad de profundizar en la comprensión de este concepto, que en la legislación hídrica española y de otros países latinoamericanos, representa el eje jurídico que estructura el contenido legal de la misma. Esto implica, abordar el estudio de los aspectos jurídicos del gobierno de los recursos hídricos, esto es, el agua y los elementos del entorno que contienen al agua. Se parte del análisis del “dominio público en general” para abordar el concepto de estudio, en tanto una forma particular de éste, a través de la revisión de la normativa jurídica constitucional y legal en materia de aguas de una selección de países iberoamericanos. Se considera en especial el estatus jurídico del agua y de los elementos naturales por los que discurre. Se analiza el gobierno de los recursos hídricos, tanto en relación con los derechos constitucionales y los rasgos del régimen administrativo de aguas; y dos conceptos técnico administrativos relacionados: la gestión integrada de recursos hídricos y el desarrollo sustentable. Luego se considera el marco legal del ejercicio en el territorio de las potestades públicas que conforman el dominio público hidráulico, por parte de los gobiernos subnacionales: Municipios, Comunidades autónomas españolas y Circunscripciones territoriales de identidades étnico-culturales. Finalmente, se resumen los argumentos que el estudio aporta, en favor de introducir el dominio público hidráulico, en tanto factor de innovación jurídica de la legislación hídrica y de fortalecimiento del Derecho administrativo y el Derecho político.

A Wilmi, Luisa y Juanma,
en reciprocidad a su comprensión y paciencia.

A Luis Octavio y Anita Isabel

Gracias a Luis López C. (Lucho),
por su guía y consejo
que hicieron posible este trabajo.

TABLA CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: EL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO	15
1. El Dominio público en general y sus formas particulares	16
Potestades públicas	22
Formas particulares del “dominio público”	25
2. Definición	27
3. Definición en la Ley de Aguas de España.....	30
4. Definiciones en la legislación de Estados latinoamericanos	34
4.1 México y Brasil	35
4.2 Perú, Ecuador y Colombia.....	43
4.3 Chile y Bolivia.....	52
CAPITULO II: EL GOBIERNO SUBNACIONAL Y LOS RECURSOS HÍDRICOS	59
1. El Estado y sus niveles de gobierno	60
2. Gobierno Subnacional, Derechos y Dominio Público Hidráulico.....	63
2.1 Derechos individuales y derechos colectivos	63
2.2 Comunidades Autónomas	65
2.3 Gobierno de entidades con identidad étnico cultural.....	69
3. Gobierno Subnacional y Régimen Administrativo del Agua	71
3.1 Autoridad Nacional.....	71
3.2 Acceso, Uso y Aprovechamiento	72
3.3 La Gestión Integrada de Recursos Hídricos	80
CAPITULO III: BONDADES DEL DOMINIO PÚBLICO HÍDRÁULICO	87
1. Articula los Elementos Naturales y Artificiales	88
2. Racionaliza el Régimen Administrativo del agua	89
3. Consolida la Gestión Pública de los Recursos Hídricos a Nivel Subnacional	91
CONCLUSIONES.....	94
BIBLIOGRAFÍA.....	97
ANEXOS	103
ANEXO I: Referencia al contexto doctrinario y dogmático del debate político y jurídico sobre una nueva ley de aguas en Ecuador, 1998	103
ANEXO II: Principios para definir políticas públicas nacionales de Gestión Integrada de Recursos Hídricos.....	106
ANEXO III: El “Dominio Hídrico Público”	108

INTRODUCCIÓN

El tema investigado en su formulación inicial “El dominio público hidráulico y los gobiernos autónomos descentralizados en el derecho administrativo iberoamericano”, fue desplegado para su mejor comprensión y ajuste de su alcance, a partir de un subtítulo formulado desde las necesidades metodológicas: "El ámbito jurídico administrativo del gobierno de los recursos hídricos en Ecuador y Latinoamérica, en el contexto del derecho administrativo iberoamericano". De esta manera se explicitó que el análisis e investigación de los conceptos jurídicos –Dominio público hidráulico y Gobierno subnacional- y su aplicación normativa, se centran en el estudio de una actividad propia de la administración pública, como es el gobierno y administración, aplicados a los recursos hídricos, en el nivel subnacional de organización territorial.

Para ello se estudian los aspectos normativos de este gobierno en el Estado ecuatoriano y en los Estados latinoamericanos, a partir de algunos rasgos y características comunes de las normas que regulan el accionar de la administración pública en general y que dan existencia al llamado Derecho administrativo iberoamericano. Sin embargo, éste solo es considerado en cuanto contexto normativo y doctrinario de referencia, dada la complejidad y amplitud que caracteriza a esta particular rama del derecho que en su singularidad iberoamericana, recoge los rasgos históricos, políticos y doctrinarios comunes a muchos de los ordenamientos jurídicos de los Estados latinoamericanos e ibéricos.

El tema se orienta a rescatar en el ordenamiento jurídico del Ecuador y de otros países iberoamericanos, el concepto de dominio público de aguas o dominio público hidráulico, propio del Derecho administrativo, comprensivo del agua, su entorno y continente material, natural y artificial. Esto, en el contexto jurídico iberoamericano relativo a la regulación administrativa pública de los recursos hídricos por parte de los gobiernos subnacionales.

Estas precisiones al tema de investigación, contribuyen a delimitar los conceptos jurídicos inicialmente considerados, su naturaleza administrativa, a dimensionar su contenido y a fundamentar su adecuado tratamiento, de manera de analizar la función que cumplen y el aporte que significan en el gobierno y administración de los recursos hídricos.

La referencia al contexto en que se ubica la investigación permite destacar algunos aspectos que tienen una clara influencia en la investigación. En primer lugar, el campo general del contexto es el Derecho administrativo, sus principios y conceptos principales, que permiten identificar las condiciones en que es posible abordar el concepto dominio público hidráulico de manera pertinente a su naturaleza administrativa e independiente de la interferencia y distorsión que genera su visión civilista desde el Derecho privado.

El Derecho administrativo, desde el objeto que regula, puede definirse en tanto el Derecho de la organización, procedimientos y actividades de la Administración Pública¹. Desde la dinámica social e institucional que supone, el Derecho administrativo se ocupa de la regulación de la función administrativa²; mientras que si se consideran los sujetos cuyas actividades norma, debe considerarse en plural “las administraciones públicas”.³ Sin embargo, una definición comprensiva de su complejidad en relación con el campo del Derecho público dice que:

1 “El Derecho Público en general –y el Derecho Administrativo en particular- es el Derecho aplicable a la organización, procedimientos y actividades de los órganos de la Administración Pública central y descentralizada en sus relaciones entre ellos y con los particulares.” Efraín, Pérez, *Manual de Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, pág. 2

2 “El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. [...] el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo.” Roberto, Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001. Pág. 169

3 “García de Enterría.- El Derecho Administrativo es un sector o una rama del Derecho Público, dirigido a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a éstos sujetos singulares del Derecho Común.” Fernández Vázquez, Emilio, *Diccionario de Derecho Administrativo*; citado por Secaira Durango, Patricio, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, pág. 54

“La función administrativa constituye el campo de aplicación de un régimen jurídico específico que confiere objeto propio a esta parcela publicística de la ciencia del derecho. Es en el campo del derecho administrativo donde principalmente se ha realizado la categorización jurídica de lo político, siguiendo los parámetros del orden constitucional. [...] En tanto el derecho administrativo regula un sector de la actividad estatal y de los entes no estatales que actúan en ejercicio de la función administrativa, por autorización o delegación estatal, se lo ubica como una rama del derecho público que proyecta en el plano existencial los principios axiológicos del derecho político y los principios normativos primarios del derecho constitucional.”⁴

Se aprecia entonces el conjunto de conceptos y relaciones desde el Derecho público, el Derecho político, el Derecho constitucional, la función administrativa del Estado, que dan cuenta de las diversas dimensiones y ejes que conforman y atraviesan al Derecho administrativo.

Sin embargo, es necesario destacar un rasgo específico del Derecho administrativo que se considera en la presente investigación, como es, su carácter iberoamericano que sintetiza no solo aspectos jurídicos, sino también históricos y sociales, que también contribuyen a explicitar la singularidad de lo administrativo público y su regulación.

Sobre la base de la historia común, no sólo jurídica de los territorios que actualmente corresponden a los Estados latinoamericanos e ibéricos, existe un denominador común que alcanza a la constitución y organización de estos Estados, cual es, en primer lugar, la compartida organización administrativa de la época colonial, integrada en Estados monárquicos que impusieron en Latinoamérica un poder real absoluto que subordinó la propiedad personal de la tierra y las minas a la forma de privilegio o concesión real. Los regímenes constitucionales y republicanos que se constituyeron en

⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2001. Pág. 29

Latinoamérica luego de las guerras de independencia (1809 -1822) recibieron la influencia de la innovación jurídica de la revolución francesa, el Código Civil Napoleónico, el constitucionalismo y el consejo de Estado con su potestad contencioso administrativa, a través de España y Portugal; en donde el antiguo régimen solo tardíamente fue liquidado por el Estado liberal democrático que finalmente subordinó el poder público al Derecho y a la ley.

En un segundo lugar, en los Estados iberoamericanos se conservan y reconocen órdenes jurídicos consuetudinarios y derechos colectivos, dentro de formas comunitarias de organización y de gobiernos autónomos, que representan un fuerte rasgo común de singularidad de los ordenamientos jurídicos nacionales de estos Estados. Se incorpora así en el pensamiento jurídico latinoamericano, el pluralismo jurídico que caracteriza a éstos ordenamientos. En consecuencia, el Derecho administrativo iberoamericano recoge importantes elementos jurídicos comunes a la organización y accionar estatales, cuyo estudio, aunque rebasa los límites de la presente investigación, permite comprender la importancia de mantenerlo como referencia en el curso de ésta.

Un tercer rasgo del contexto de la investigación es la coyuntura de renovación constitucional y de actualización del ordenamiento jurídico en Ecuador y en otros países latinoamericanos, que evidencia, al tiempo que las potencialidades innovadoras para redefinir los órdenes constitucionales, también las debilidades de la organización institucional y de los instrumentos normativos legales y administrativos para dotar de concreción y operatividad a lo público y sus fines. Este rasgo está caracterizado por la presencia de la doctrina jurídica del Neo-constitucionalismo que fundamenta el establecimiento de un Estado de derechos y justicia, garantista, que establece la aplicación directa de la norma constitucional y convierte al régimen constitucional y legal en la más alta garantía para la vigencia de los derechos individuales y colectivos. Lejos queda la

concepción de la ley como norma reguladora de la conducta humana en función de la paz y el orden, para convertirse en instrumento que garantiza la observancia y ejercicio de los derechos y de la justicia.

Un cuarto rasgo del contexto en referencia es la tendencia general de algunos gobiernos latinoamericanos para trabajar en el rescate de la institucionalidad pública y en el fortalecimiento del Estado y de las potestades públicas relativas a su capacidad de gestión. Lo cual, en el caso del Ecuador, ha significado el consiguiente desarrollo y fortalecimiento del derecho constitucional enriquecido con la definición del Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional; la incorporación de dos nuevas funciones del Estado -la electoral y la de transparencia y control social- entre los temas más amplios y destacados. En consecuencia, es parte del contexto, el fortalecimiento y desarrollo del Derecho administrativo en el marco de la tendencia general a independizar el Derecho público del Derecho privado, en tanto fuente primordial de instrumentos normativos y administrativos a través de los cuales se organiza e instituye el accionar de la administración pública y, cobran vida y concreción las normas constitucionales, los derechos y sus garantías.

Finalmente, en quinto lugar, el aspecto más influyente y decisivo en el contexto de la presente investigación, ha sido la definición constitucional (2008) del nuevo régimen jurídico de los recursos hídricos en Ecuador, que se sostiene en el reconocimiento del derecho humano al agua, la definición del agua como patrimonio nacional estratégico; el orden constitucional de prelación de los usos y aprovechamientos del agua; y la gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca hidrográfica para el desarrollo sustentable. Régimen que para su integración, regulación y operación, requiere del marco legal, institucional y administrativo correspondiente.

Por otra parte, es importante sintetizar las dificultades y obstáculos conceptuales más significativos que han debido superarse para abordar los ejes temáticos de la investigación. La primera dificultad tiene relación con la hegemonía que una concepción civilista y privatista del Derecho ejerce sobre el ordenamiento jurídico no solo ecuatoriano, sino también de otros Estados latinoamericanos; que además encuentra expresión en muchos de los tratadistas del pensamiento jurídico doctrinario generado en torno al Derecho administrativo. Una segunda dificultad, tiene que ver con la definición usual del dominio público, que se formula desde normas de Derecho civil, razón por la cual sólo se establece como el propio límite que desde el Derecho privado se visualiza frente al Derecho público. De allí que esta definición de los conceptos jurídicos presente una fachada sin contenido. Desde este tipo de definición es imposible reflexionar sobre lo específico de los conceptos jurídicos en el campo del Derecho administrativo, donde se requiere su análisis. Para avanzar en la investigación ha sido necesario criticar esta difundida forma de abordar los conceptos jurídicos, desde una comprensión que presupone la visión y forma de regulación del Derecho privado, como si se tratara de la visión del Derecho en su conjunto.

Además, en tercer lugar, dado que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en el de otros Estados latinoamericanos, el acceso a los recursos naturales, como tierra, agua, minas, hidrocarburos o frecuencias electromagnéticas; ha sido no un ejercicio de derechos o de potestades públicas a partir de normas legales o políticas públicas; este acceso ha tenido históricamente el carácter de privilegio o arbitrariedad, desligado de los objetivos sociales y nacionales del desarrollo y bienestar. Una apropiación particular o de grupos de poder, que niega todo aquello que representa el interés general o el interés nacional.

Por último, cuarta dificultad, ha sido necesario superar las consecuencias que se siguen de esta premisa. Lo privado como realidad material, económica que se impone

sobre lo ideológico, institucional, político, público y social, hasta reducirlo y subordinarlo. No hay más óptica sobre la realidad que la privada que además, sólo visualiza lo público como límite.⁵

Para trabajar una definición del Derecho administrativo y de conceptos como el de dominio público hidráulico, de forma independiente de estas condiciones, ha sido necesario partir de una síntesis de los principios y de la estructura conceptual básica del Derecho administrativo, en su articulación con el Derecho público y el Derecho político; para luego considerar los conceptos fundamentales de esa estructura respecto del acceso a los recursos naturales.

Por otra parte, en el nivel de los gobiernos subnacionales, la problemática en torno al acceso, uso y aprovechamiento de los recursos hídricos, es el aspecto más significativo del ámbito jurídico administrativo de los recursos hídricos en el territorio, en relación directa con su organización, competencias y atribuciones. Entidades públicas que en general son las responsables directas de la provisión de servicios públicos relacionados con el agua; única forma o modalidad en que las personas hacen efectivo su acceso. Además, los gobiernos subnacionales deberían ejercer las potestades públicas respecto del dominio público hidráulico en el territorio. Por ello que en el estudio se considere la función que cumplen respecto del gobierno de los recursos hídricos, algunas formas de estos gobiernos: la comunidad autónoma española, el gobierno comunitario y el gobierno de identidades étnicas culturales, como son las circunscripciones territoriales indígenas, que se reconocen

⁵ En otras palabras, lo público se convierte en aquello que se identifica desde la visión privada; una sola apariencia que encubre y reduce lo público que existe y actúa. En consecuencia, en el núcleo del Derecho político se encuentra un Estado que solo cobra vida a través de la institucionalidad de lo privado. A esta realidad corresponde un derecho administrativo formalista que en apariencia se limita a lo operativo y procedimental; esto es, la reducción del régimen jurídico administrativo a la estructura burocrática, sin dinámica política que busca la hegemonía. Es decir, un régimen administrativo aparentemente sin Estado y sin autoridad; sin voluntad política. Efectivamente, un régimen administrativo sin poder público institucionalizado. En tales condiciones, la estructura de los principios y conceptos jurídicos del Derecho administrativo, en especial respecto de las potestades públicas dirigidas a organizar y regular, el acceso a los recursos y elementos naturales, resulta accesible sólo desde los conceptos que se establecen desde el Derecho privado y el Derecho civil, que solo expresan la visión que desde lo privado se tiene de lo público y de determinados conceptos jurídicos.

en la organización territorial de algunos Estados latinoamericanos, a partir del reconocimiento de los derechos colectivos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en el marco de instrumentos internacionales.

Con los elementos señalados, la exposición que sigue, parte del análisis y definición del concepto Dominio público hidráulico, considerado primero como una forma particular de uno más general y amplio, como es el dominio público en el campo del Derecho administrativo; para luego contrastarlo con las definiciones que de éste o de elementos constitutivos de éste, se establecen en la legislación de España y de otros Estados latinoamericanos. Se destacan los rasgos comunes y característicos del Dominio público hidráulico o de elementos de este concepto, en cada una de esas legislaciones consideradas. Hecho esto se aborda el segundo concepto estudiado, el Gobierno subnacional, entendido en tanto nivel de la estructura de un todo, el Estado nacional unitario o el Estado federal, para analizar sus relaciones, primero, con el ejercicio y observancia de los derechos individuales y colectivos y su articulación con la gestión de los recursos hídricos; y segundo, con el régimen administrativo del agua, esto es, la autoridad nacional, las formas de acceder, usar y aprovechar este recurso; y los conceptos técnico administrativos de gestión integrada de recursos hídricos y desarrollo sustentable.

CAPÍTULO I: EL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

Se aborda el estudio del concepto “dominio público hidráulico” desde la premisa que lo considera una forma particular de un concepto jurídico más general y amplio, el “dominio público”.

Esto significa establecer su definición en tanto concepto jurídico articulado al derecho en general y no solo a una determinada rama de éste. La premisa responde a la necesidad de establecer de forma clara, determinada e independiente el punto de partida del estudio de una forma particular del dominio público, como es el dominio público de aguas o dominio público hidráulico.

La idea más difundida sostiene que el dominio público de manera directa en su sentido lato implica la propiedad o dominio, por parte de una entidad pública, de cosas susceptibles de esta apropiación. Sin embargo, esta idea encierra algunos problemas que de no tener una respuesta, podrían convertirse en obstáculos que impidan profundizar en una comprensión cabal del concepto.

Este es el propósito inicial, establecer una definición general del dominio público en el marco del derecho en general, que permita superar las distorsiones a las que se encuentra sometido, desde diversas posiciones jurídico doctrinarias y, visualizar la complejidad de su contenido. Se asumen aquí las palabras de Morillo-Velarde en la Introducción a su obra “Dominio Público” al definir el objeto de la misma: “Lo que aquí se desea aportar no es tanto el qué del dominio público, es decir la formulación sintética de un concepto –dominio público propiedad o dominio público potestad-, sino, más bien, el cómo, esto es, un intento de explicación del objeto del estudio desde una genuina posición jurídico – pública.”⁶

⁶ José Ignacio, Morillo-Velarde Pérez, *Dominio Público*, Madrid, Editorial Trivium, S.A., 1992. Pág. 12

1. El Dominio público en general y sus formas particulares

Más allá de las definiciones del dominio público consignadas en los códigos civiles de raíz napoleónica desde finales del siglo XIX, que lo identifican con propiedad pública de determinados bienes; en la actualidad, siguiendo a Vergara Blanco, pueden identificarse tres vertientes doctrinales respecto de la definición de este concepto. La primera que podría denominarse la doctrina clásica, que “preconiza la idea de propiedad del Estado sobre su dominio, nacida de la revolución jacobina y plasmada en el Código napoleónico”⁷, en el cual se distingue, por una parte, el dominio público y por otra, el dominio privado. La segunda denominada doctrina patrimonialista que entiende el dominio público como “propiedad especial” de determinados bienes, formulada por el tratadista Maurice Hauriou⁸, que sin dejar de considerarlo como propiedad, establece que “la idea del dominio público descansa en la idea de la afectación o destino de las cosas a la utilidad pública”.⁹ Y finalmente, la denominada doctrina “funcionalista”, para la cual el dominio público es una “técnica funcional y no una cosa”¹⁰ que consistiría en un conjunto de potestades públicas orientadas a fines específicos.

Los rasgos más característicos de la problemática que asume y resuelve cada una de las doctrinas en mención, dan cuenta de la complejidad que encierra este concepto.

La doctrina patrimonialista, originada en el derecho francés y que fue asumida por el pensamiento jurídico español, siguiendo a Hauriou, asume que “el dominio público es una propiedad especial –pública–”, estrechamente relacionada con la visión que se tenga de la Administración Pública, la posición que se adopte frente a la construcción de la personalidad jurídica de ésta, en caso de tenerla; y, la posición en la polémica europea

⁷ Lorenzo, Pérez Conejo, *Ensayo sobre el dominio público o demanio litoral*, Sevilla, Instituto andaluz de administración pública, 2001, pág. 44

⁸ Hauriou, Maurice. (1856 – 1929)

⁹ Alejandro, Vergara Blanco, *La Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión*, Madrid, en Revista de Derecho Público, Vol. I No. 114, 1989. Pág. 26

¹⁰ José Luis, Villar Palasí, *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*. Madrid, Universidad de Madrid, 1968, 1986, pág. 32; citado por Alejandro, Vergara Blanco, *Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión*, Madrid, en Revista de Derecho Público, Vol. I No. 114, 1989. Pág. 49.

“sobre la posibilidad o no de la propiedad de las cosas públicas.” En consecuencia se asume que la propiedad pública que se ejerce tal cual la propiedad privada, se caracteriza por encontrarse afectada a un destino o fin público.¹¹

Numerosos juristas franceses que asumieron esta doctrina, a finales del siglo XIX destacaban que:

“[...] en este particularismo de la propiedad administrativa, la pieza esencial ligada a la idea de afectación que ella apunta a proteger es la regla de la inalienabilidad, regla que se expresa <en la vinculación permanente entre dicha cosa –demanial- y la función pública que sobre ella se cumple>.¹² La finalidad que se persigue con esta regla es conservar la afectación del bien, o lo que es lo mismo, garantizar que será utilizado de conformidad con su destino.”¹³

Por otra parte, en el campo de la doctrina patrimonialista del dominio público, a principios y hasta la primera mitad del siglo XX, se destacan los aportes de algunos tratadistas españoles del derecho administrativo como Manuel Ballbe.

“Es Manuel Ballbe, con su Concepto de dominio público (1945) –luego intitolado Dominio Público en una nueva publicación (1955)- quien, a nuestro juicio, le da el impulso definitivo a la reflexión sobre el dominio público en la doctrina española; ... [...] Ballbe

¹¹ “Para Hauriou afirmar que el dominio público es una propiedad especial –pública- no es otra cosa que aplicar a esta cuestión su enfoque global sobre la Administración, a la que concibe como una institución que posee personalidad jurídica. Entre la formulación de Proudhon (La concepción del gran teórico moderno del Derecho de bienes públicos, se fundamenta en que “el dominio público no es, por lo tanto, de nadie, ni aún para el Estado, un dominio de propiedad”) y la de Hauriou hay, además de la polémica desatada en Centroeuropa sobre la posibilidad o no de propiedad de las cosas públicas, toda la construcción de la personalidad jurídica del Estado y de la Administración. [...] Una vez justificado que las dependencias demaniales son objeto de propiedad de la misma manera que las dependencias de la propiedad privada, es necesario acudir a un criterio diferenciador que este autor sitúa en la afectación. En ella radican las especialidades de esta forma de dominio que, como consecuencia de su destino, es inalienable, imprescriptible y protegido por especiales reglas de policía.” José Ignacio, Morillo Velarde, *Dominio Público*. Pág. 42

¹² García De Renterría, Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Edit. Civitas, 2da. edición, 1981, Tomo II, Pág. 209. Citado por Lorenzo Pérez Conejo.

¹³ Lorenzo, Pérez Conejo, *Ensayo sobre dominio público y demanio litoral*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública. 2001, pág. 54

desarrolla una investigación del dominio público a través de las que él denomina “distintas notas o elementos que pueden incidir en la esencia del dominio público”: a) El «elemento subjetivo» que estriba en que la titularidad de la cosa corresponde a un ente público; b) el «elemento objetivo», respecto al cual, la noción del dominio público es independiente de la cualidad material de las cosas y que, por ende, pueden integrarlo así las nudas porciones del suelo, como los edificios, los bienes muebles y los incorporales o inmateriales; c) el «elemento teleológico», el que consiste «en la destinación directa de las cosas a la función pública», es decir que el nexo entre la cosa y función ha de ser el hallarse ‘destinada’, esto es ‘afectada’ a su actuación; y, d) el «elemento normativo» el sometimiento de los bienes a un régimen de derecho público.”¹⁴

En la citada noción sobre el dominio público¹⁵, es posible destacar, en primer lugar, la utilización del término “bienes” (cosas susceptibles de apropiación) para referirse al elemento objetivo del dominio público, que está en correspondencia con la comprensión de éste en tanto propiedad, que participa de todos los rasgos generales de ésta. Sin embargo, esto significa que en esta reflexión, “toda forma de pertenencia se identifica como apropiación de bienes y se reconduce, de esta manera, a la idea de propiedad. [...] La propiedad se concibe como un *súper concepto* con plena validez en todas las ramas del ordenamiento jurídico”¹⁶

Sin embargo, la crítica del contenido del dominio público como propiedad administrativa o especial, entre una de sus conclusiones establece la ineficacia de utilizar el concepto de propiedad para definirlo.

¹⁴ Alejandro, Vergara Blanco, La Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión, Pág. 38

¹⁵ Elementos del dominio público que también son asumidos por Dromi, cuando afirma que: “El dominio público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona jurídica que, por los fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho público. La determinación de lo que ha de entenderse por dominio público (su contenido) depende de cada ordenamiento jurídico particular. [...] El concepto de dominialidad pública está integrado por cuatro elementos: subjetivo, objetivo, teleológico y normativo.” Derecho Administrativo. Pág. 756

(*) ULPiano se refiere en D. 50, 16, 17 a las cosas *quae publico usui destinatae sunt*, esto es, a los bienes que están destinados al uso público.

¹⁶ Morillo-Velarde, *Dominio Público*. Pág. 20

Vergara Blanco desde una clara comprensión, destaca el efecto de aplicar a la noción de propiedad el concepto del dominio público. Al respecto afirma:

“[...] el impedimento primario de la pretensión de aplicar la propiedad al dominio público, es la pérdida de la visión objetiva: de destino o fin de las cosas, visualizado por los romanos(*), pero que la moderna concepción de la propiedad privada, por la confusión inyectada desde su visión individualista, ha olvidado; ya no interesa tanto la titularidad sobre las cosas, sino su finalidad; ya no interesa tanto esa titularidad, pues, además, ha de enfrentarse obviamente el tema a las potestades de la administración, que es el aspecto que debe necesariamente aclarar previamente la ciencia jurídica para poder comprender y limitar la innegable intervención de la administración en los bienes, no por ser tales (he aquí la insuficiencia de la cosificación civilista), sino por su habilidad para cumplir los fines del interés público. Es éste el punto central de la discusión, a nuestro entender, y a partir del cual dudamos el carácter de principio ontológico del derecho que se pretende atribuir a la propiedad.”¹⁷

Lo cual significa que para el dominio público lo principal es la finalidad a la que se destina una cosa o bien y, las potestades de la administración para intervenir en éste. Esto implica, conforme el citado autor lo expresa, “... que debe destronarse en esta materia el trío conceptual: *bienes-titular-propiedad*; y en su lugar, podrá funcionar con menor rigidez, frente al vínculo público con los bienes, el trío: *potestad-afectación-bienes*”.¹⁸

Sin embargo, más que a bienes el dominio público, este “vínculo del órgano social con ciertos bienes”¹⁹, se refiere a ciertas “cosas jurídico-públicas”, diferentes de las “cosas

¹⁷ Alejandro Vergara Blanco. *La Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión*, Pág. 35

¹⁸ IBIDEM.

¹⁹ Alejandro, Vergara Blanco. . Pág. 31 *La Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión*. “La única respuesta que podrá proporcionarnos la historia es que la naturaleza jurídica del dominio público, o sea, este vínculo jurídico que el Estado se ha procurado con ciertos bienes, ha de buscarse en las actuales tareas del Estado y en su forma de llevarlas a cabo.”

jurídico-privadas”²⁰. Pero aquí ya se ha traspasado el límite del campo de la doctrina funcionalista y sus rasgos característicos.

La doctrina funcionalista del dominio público se origina en el trabajo desarrollado por José Luis Villar Palasí quien, “... *con su concepción del dominio público como título de intervención administrativa plena...* abre la brecha para que una doctrina posterior, ya en los años setenta y ochenta, vaya afirmando con mayor convicción, la inadecuación del concepto de propiedad y la necesidad de su sustitución por el de potestad en la construcción del concepto de dominio público.”²¹

Destacados juristas españoles que asumen esta doctrina sostienen que:

“[...] el problema de la naturaleza del dominio público se complica extraordinariamente cuando se confunde con una propiedad administrativa y se explica como una especial categoría de derechos reales semejantes a los de índole privada; ello es consecuencia de una confusión previa consistente en establecer que el concepto “cosa”, juega de la misma manera en derecho privado que en el derecho administrativo.”²²

En el marco de la doctrina funcionalista se establece la siguiente definición de dominio público, que contiene muchos de los conceptos ya señalados:

“[...] el dominio público, antes que un conjunto de bienes, lo que representa es un soporte jurídico de potestades; un título jurídico de intervención que lo que permite es que la administración titular esté en posición jurídica hábil para disciplinar los conductos de

²⁰ Alfonso, Luciano, Parejo *Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general*, pág. 2436, Citado por Alejandro, Vergara Blanco, *La Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión*, Pág. 52

²¹ Morillo-Velarde Pérez, *Dominio Público*. Pág. 69

²² Roberto Parejo Ramir, y José María, Rodríguez Oliver, *Lecciones de dominio público*, Madrid, Instituto católico de artes e industrias, 1976, pág. 7. Citado por Alejandro, Vergara Blanco, *La Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión*. Pág. 50

quienes utilicen las cosas calificadas como públicas, ordenándolas de acuerdo con las exigencias de los intereses generales.”²³

En consecuencia, el dominio público, en tanto concepto de derecho administrativo, es comprendido como el “vínculo” que el Estado ha generado respecto de algunas cosas públicas a las que asigna una función para el cumplimiento del interés general. En consecuencia, el dominio público es un régimen jurídico que constituye un elemento general del Estado contemporáneo y de las formas en que actúa el poder público, a través de la función administrativa de éste, para procurarse los medios que requiere.

El dominio público consiste en el régimen jurídico, soporte o apoyo material de las potestades que corresponden a la administración. El “título jurídico” de su amplia intervención sobre las cosas públicas; como son los recursos o los medios materiales y económicos sobre los cuales existe interés colectivo. Precizando los términos y liberando al concepto dominio público de su herencia decimonónica, de la noción de pertenencia; de la idea de propiedad especial o administrativa, en fin, de las características de los bienes que serían parte de su dominio, debería denominarse simplemente “lo público” o “la cosa pública”, como el ámbito que comprende el conjunto de las potestades que definen la administración pública y que se integran en un régimen jurídico.

Así definido “lo público” es evidente entonces que se trata de un concepto del Derecho en general, que a la vez es un concepto clave del Derecho administrativo, disciplina inscrita y articulada al Derecho político y al Derecho constitucional. Es decir, articulada a la disciplina jurídica que se ocupa de la regulación de la participación ciudadana en la vida política; de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, entre gobernantes y gobernados; de la organización, estructura y actividad del Estado.

²³ IDEM. Pág. 8.

Potestades públicas

El Estado desde una definición jurídico administrativa ha sido identificado con “[...] la organización de la Potestad Pública, que se manifiesta hacia el exterior del territorio estatal como *Soberanía* estatal.”²⁴ Y usualmente, en lo interno, la potestad pública se ha identificado con una función de la autoridad pública; y con un tipo de actividad estatal, la *actividad de potestad pública*, diferente de la *actividad de gestión*.

Secaíra Durango afirma que “la potestad es el poder público que el Estado tiene para cumplir los objetivos de su creación, es la fuerza moral que nacida de la soberanía, permite gobernar la nación. [...] La potestad es al poder público lo que la competencia es al órgano de la administración del Estado.”²⁵ Las características que identifica en toda potestad pública son: su unilateralidad, irrenunciabilidad; no puede adquirirse por prescripción o imprescriptibilidad; y no es susceptible de transferencia o inalienabilidad.

La potestad pública “[...] se desarrolla en cuatro campos generales de actividad: legislación, gobierno, administración y justicia”²⁶; correspondiendo para cada campo un conjunto de potestades singulares. Más, respecto de lo que se ha denominado *lo público* (dominio público), las potestades que se integran son las relativas a las actividades de gobierno y de administración.

En consecuencia, *lo público* comprende el régimen jurídico en que se articulan las potestades de las que se reviste la administración pública para ejercer la afectación de las cosas jurídico-públicas hacia determinados fines de interés general.

De acuerdo con Morillo-Velarde “el régimen jurídico concreto del dominio público se configura por la *atribución y regulación legal de un conjunto de posibilidades abstractas de actuación* en qué consisten precisamente las potestades demaniales* que [...] se engarzan con el conjunto de las potestades de otra índole propias de las diversas

²⁴ Efraín, Pérez, Manual de Derecho Administrativo, Pág. 4

²⁵ Patricio, Secaira Durango, Curso breve de derecho administrativo, Quito, Edit. Universitaria. 2004. Pág. 121 - 122.

²⁶ Efraín, Pérez, Manual de Derecho Administrativo, Pág. 4

Administraciones públicas.”²⁷ De donde se sigue que las potestades que sirven de sostén al régimen jurídico de *lo público* (o régimen del dominio público), se definen como *el conjunto de posibilidades abstractas de actuación de la autoridad pública*, que le son atribuidas y reguladas por disposición legal, para asignar o afectar una cosa a un fin determinado, que se manifiesta en las actuaciones de la autoridad pública, respecto de los derechos de los particulares para acceder, usar y aprovechar esa cosa jurídico-pública singular.

La asignación que hace la administración de una cosa pública a un fin, es el núcleo de la afectación y de su relación con la cosa pública.

“Si lo relevante en el concepto de cosa pública, [...] es su significado, que conecta con una determinada función, por encima de su individualidad, la afectación es, precisamente, el mecanismo de selección de significados con relevancia jurídico pública, lo que determina el carácter público de una cosa y justifica un cúmulo de potestades de naturaleza pública ejercitables sobre ella. [...] La afectación es la adhesión de la cosa a una finalidad de carácter público. ... La afectación determina una ‘vinculación real’ entre la cosa y la función, que caracteriza, también con ese calificativo, las potestades que corresponden a la Administración sobre ella.”²⁸

Esto significa que por afectación, se entiende también a las potestades, por las cuales el bien queda asignado a una finalidad de carácter público, y por esto, pierde para la administración pública, su calidad de bien (cosa apropiable) y en calidad de cosa pública, queda subordinado a un régimen jurídico de carácter público, sin perjuicio que para su propietario particular mantenga la calidad de bien mientras se concreta la afectación. En

* La expresión “potestades demaniales” se refiere a las potestades articuladas en el régimen jurídico que constituye el dominio público; mantiene la noción de bienes afectados a un interés público y sustraídos al comercio (demanio), cuya titularidad corresponde a administraciones públicas.

²⁷ Morillo-Velarde. Pág. 124

²⁸ Morillo-Velarde, J., *Dominio Público*, Pág. 98

consecuencia, “se transforma así, la naturaleza de los poderes de la Administración sobre esos bienes. [...] De ser las facultades inherentes al derecho de propiedad, [...] se transforman en *potestades públicas* que se ejercen a través de actos administrativos con total sometimiento al Derecho administrativo.”²⁹

Esta es la naturaleza jurídica de tales potestades. Tienen su origen en las facultades propias de la relación de pertenencia de un bien a un titular de carácter público, transformadas por la afectación a una finalidad, también de carácter público, impuesta por disposición legal.

Estas potestades públicas se clasifican en función de sus elementos constitutivos: finalidad, presupuesto de hecho, contenido y formalidades de ejercicio o procedimiento. Atendiendo a su finalidad, las potestades pueden ser *de uso y aprovechamiento* “[...] a través de las cuales se ordena la manera de extraer de los bienes demaniales todas las posibles utilidades para satisfacción del interés propio de la afectación.” Y potestades *de defensa y conservación* “[...] mediante las que se pretende la preservación de la integridad misma de dichos bienes y, sobre todo, su afectación.”³⁰

La primera potestad comprende la afectación al servicio público; al uso público; y al uso especial o privativo (reserva demanial). La segunda, comprende las potestades de investigación, deslinde, recuperación de oficio, de desahucio, sancionadora; y de publicidad posesoria del demanio.³¹

En cuanto se refiere al presupuesto de hecho, se consideran las características físicas o materiales de la cosa pública, sobre la que se ejerce la potestad; sea de manera general o particular.³²

²⁹ IDEM, pág. 101

³⁰ Morillo-Velarde. *Dominio Público*, Pág. 125

³¹ El desarrollo de esta clasificación se encuentra desplegada en Morillo-Velarde, J., *Dominio Público*, Pág. 124 – 151.

³² “Como precisa Calero Rodríguez, no basta que un bien reúna determinadas características físicas para que sea determinado como bien público; será necesario que precisamente tales características físicas naturales estén descritas en la ley.” Alfonso, Oramas Gross, *La Playa de Mar*, Guayaquil, Edino, 2000, Pág. 24.

En atención a su contenido las potestades públicas se clasifican de acuerdo con las diferentes cosas públicas sobre las cuales se ejercen, esto es, las formas particulares que adopta *lo público*, y que son analizadas a continuación. En lo que se refiere a las formalidades de su ejercicio o procedimiento, las potestades públicas se corresponden con el régimen administrativo del que son parte.

Formas particulares del “dominio público”

En la concepción publicista del dominio público, ya expuesta de manera sintética en sus elementos constitutivos, *lo público* es el conjunto de potestades que se articulan respecto de determinadas cosas jurídico-públicas, conformando un régimen jurídico que asegura la permanencia de las finalidades públicas y el interés colectivo o general. Las formas particulares de *lo público* están determinadas por las referidas cosas jurídico-públicas, que han sido ya consideradas en la concepción civil del dominio público, como bienes demaniales o demanio.

Estas realidades o cosas jurídico-públicas son los caminos o vías, incluida toda la infraestructura pública vial, portuaria, sea urbana o rural; el ámbito marítimo y también el marino costero. El espacio aéreo, las tierras baldías, las aguas corrientes y estancadas, superficiales o subterráneas; las minas, los yacimientos minerales y los productos del subsuelo; los bienes artísticos, científicos y arqueológicos. El espectro electromagnético; la biodiversidad, esto es, los ecosistemas, especies y recursos genéticos; y los patrimonios, natural, forestal, de áreas naturales y cultural, entre otros.

En la actualidad se incluye en algunos regímenes jurídicos, también el genoma humano y otras realidades contemporáneas como el ciberespacio.

La norma que determina exclusivamente las cosas que tienen el carácter de “jurídico-públicas”, es la norma constitucional. Por ello que en las normas constitucionales y en las normas legales relativas a la organización y funciones político administrativas del

Estado -en todos sus niveles de gobierno- es dónde se deben ubicar aquellas realidades, sus definiciones y finalidades.

Los caminos y vías, incluida toda la infraestructura pública vial, puentes, túneles; infraestructura portuaria, sea marítima, fluvial o aérea, integran *lo público* y se encuentra afectada al aseguramiento de la movilidad, el comercio, la seguridad; el desarrollo social.

El ámbito marítimo, reconocido históricamente como dominio marítimo, que comprende a las aguas del mar; y también los ríos navegables; afectados a la seguridad, el comercio, la navegabilidad. Así también el dominio marino costero y las costas, que comprende las playas, bahías; y los ecosistemas marino costeros, que además de encontrarse afectados a la seguridad y el comercio, se encuentran afectados también a la conservación y a la garantía de los derechos ambientales individuales y colectivos.

Respecto del espacio aéreo, las tierras baldías, las aguas corrientes y estancadas, superficiales o subterráneas, que podrían confundirse en conjunto con la noción de territorio, cada una puede considerarse como un dominio específico, afectado a finalidades comunes: soberanía, seguridad, producción, uso, aprovechamiento y desarrollo social.

El conocido dominio minero, comprende las minas, los yacimientos minerales y los productos del subsuelo, como hidrocarburos y otros minerales no metálicos. El dominio minero, ya introducido desde la época colonial en la organización del gobierno de las colonias españolas en América, ha permanecido hasta la actualidad; con algunos rasgos jurídicos heredados del régimen colonial español. En la actualidad se comprende en él, además de los minerales metálicos, también los hidrocarburos y toda otra sustancia diferente del suelo y los áridos o materiales de construcción. Dominio afectado a la soberanía, la seguridad, el aprovechamiento y el desarrollo.

Los bienes artísticos, científicos y arqueológicos, también comprenden diferentes cosas jurídico-públicas de estos caracteres que se integran en un dominio, al que

corresponde un régimen jurídico de afectación para mantener los valores culturales, el patrimonio y los bienes culturales, corporales e incorporales; el sentido estético; la creatividad y la identidad cultural.

Es un rasgo del mundo moderno y contemporáneo, el dominio del espectro electromagnético; base de la tecnología de las comunicaciones y la información; afectado a la seguridad, la comunicación, el comercio, la permanencia de los derechos y libertades.

También la biodiversidad, el patrimonio natural, el patrimonio forestal, el patrimonio de áreas naturales protegidas, constituyen dominios con características específicas, afectados a la conservación, la producción, el uso, aprovechamiento y la seguridad.

2. Definición

Para abordar una definición lo más actual y completa del concepto jurídico que constituye la piedra angular de este estudio, se parte de algunos antecedentes respecto de la condición jurídica del agua en la legislación colonial hispanoamericana.

Los actuales estudios sobre el derecho indiano de la época colonial, utilizan el término “dominio público de aguas” o “dominio de aguas” como sinónimo del actual dominio público hidráulico, para destacar el carácter de bienes comunes no susceptibles de apropiación, que se ha asignado tradicionalmente a las aguas. Vergara Blanco expresa que “las aguas desde siempre, en las Indias, fueron consideradas públicas”.³³

El citado jurista afirma que en la actualidad, en las fuentes y doctrina sobre el derecho de Indias, aparecen “[...] diversas denominaciones como *iuria regalía*, “bienes comunes”, “cosas comunes”, “bienes del soberano”, “realengos”, *res públicas*, e, incluso “dominio eminente” para referirse evidentemente, a lo que contemporáneamente se llama

³³ Alejandro, Vergara Blanco, *Contribución al Derecho de Aguas III: Fuentes y principios del derecho de aguas indiano*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, No. 2, pág. 311 – 332. (1992). Pág. 317.

“bienes nacionales” (Código Civil) o “dominio público”, en una variedad terminológica difícil de entender.”³⁴

Entre los principios generales del derecho indiano de aguas, el jurista en mención señala cuatro: “[...] un dominio público de las aguas; un procedimiento concesional para acceder a su uso; la creación de derechos de aguas, para uso o aprovechamiento por los particulares, y, en fin, una intensa intervención en la Administración de dicho rubro, [...]”³⁵ Sin embargo, aunque las aguas en un principio fueron consideradas como de uso común, ligadas a la propiedad de la tierra; posteriormente se convirtieron en una regalía más de la Corona (“bienes de realengo”), a la que se accedía mediante una “merced”. Se conformó “[...] la trilogía dogmática *regalía – merced – derecho de aprovechamiento*”. Esto, sin perjuicio de reconocerse el orden de la distribución de aguas ya existente de hecho entre los originarios pobladores de las tierras americanas.³⁶ Lo cual lleva a pensar que en esa época, como en la actualidad, la distribución de las aguas, se entendía en tanto una realidad material, derivada de las características geográficas y morfológicas de las tierras, a partir del conocimiento empírico, tradicional, de las variaciones climáticas y el régimen anual de lluvias, en una determinada región.

Este breve antecedente histórico-dogmático del dominio de aguas –que puede entenderse como una forma histórica del actual dominio público hidráulico-, proporciona algunos criterios que contribuyen a un acercamiento innovador a éste concepto, al tiempo que van a permitir más adelante, dimensionar la significación que tiene para la regulación y administración del acceso al agua.

³⁴ Alejandro, Vergara Blanco, *Contribución al Derecho de Aguas...* Pág. 317

³⁵ IBIDEM Pág. 316

³⁶ “Ordenamos que la misma orden que los Indios tuvieron en la división y repartimiento de aguas, se guarde y practique entre los Españoles en quien estuvieren repartidas y señaladas las tierras, y para esto intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo, con cuyo parecer sean regadas, y se dé a cada uno el agua, que debe tener, sucesivamente de uno en otro, pena de que al que quisiere preferir, y la tomare, y ocupare por su propia autoridad, le sea quitada, hasta que todos los inferiores a él rieguen las tierras, que tuvieren señaladas.” Recopilación de Indias 4, 17, 11 Intitulada: “Que las tierras se rieguen conforme a esta ley”. Citada por Vergara Blanco, Alejandro. *Contribución al Derecho de Aguas...* Pág. 326.

La usual definición legal del dominio público hidráulico ha sido descriptiva y enumerativa de aquellos elementos naturales que lo conforman. Más, lo que se pretende aquí es recuperar una definición comprensiva, concordante con la definición ya establecida del dominio público en el punto precedente. En este sentido, el dominio público hidráulico puede definirse como el conjunto de potestades administrativas a través de las cuales, el poder público asigna una finalidad pública a las aguas y a los elementos naturales de su entorno, en virtud de sus características naturales, ubicación y función que cumplen. Conjunto sujeto a un régimen jurídico que articula las potestades administrativas públicas; las formas, condiciones y requisitos para el acceso y destino de las aguas, en relación con el interés, general o colectivo; particular o individual, para satisfacción de las necesidades humanas.

Las aguas y la materialidad que las contiene, en general se encuentran afectadas a la satisfacción de la necesidad vital de los seres vivos, entre ellos los seres humanos y, de los sistemas naturales. Además, se encuentran afectadas a la garantía de la producción alimentaria; a la permanencia de los ecosistemas cuyo equilibrio y sustentabilidad dependen del agua; y a la producción, desde la generación de energía y todos los procesos industriales de extracción y transformación. Afectación que involucra también elementos del entorno natural que contienen a las aguas; esto es, las fuentes, los acuíferos, la cobertura vegetal, los bosques, los taludes de los cauces; las zonas de recarga hídrica; las escorrentías; y en conjunto, aquellos elementos naturales del ciclo hidrológico que pueden ser afectados en su permanencia y función por las actividades humanas y sus efectos.

Las potestades administrativas públicas que conforman el régimen jurídico del dominio público hidráulico son: potestades de regulación, de deslinde; de protección y conservación; de uso o aprovechamiento; de prestación y regulación del servicio público; de defensa y conservación ambientales que comprenden las potestades de investigación y

medición, fiscalización y control de la calidad, fiscalización y control de efluentes, de recuperación de oficio, de publicidad posesoria; de desahucio; y sancionadora, entre las más características.

Este conjunto de competencias integran y dan forma a ese *vínculo* que el Estado establece y mantiene con las aguas y los recursos hídricos, en función de fines públicos, directamente relacionados con la satisfacción de necesidades humanas y naturales. Tal es la naturaleza jurídica del dominio público hidráulico.

Sin embargo, el dominio público hidráulico también define una jurisdicción territorial especial para la gestión del agua, que comprende su entorno natural y artificial, esto es, los componentes físico, social y ambiental, diferente de la división político administrativa general del territorio; y más adecuada para la gestión de los recursos hídricos en su continente natural, la cuenca hidrográfica.

3. Definición en la Ley de Aguas de España

La Ley española de aguas promulgada el 3 de agosto de 1866, es “la primera norma con rango de ley que incluye el concepto de dominio público de las aguas de mar, costas y playas, y terrestres (pluviales; vivas, manantiales y corrientes, y muertas o estancadas), de los álveos o cauces (naturales) de las aguas, de las riberas, las accesiones a las mismas, y su fin público y titularidad estatal.”³⁷ Se considera a esta ley como el monumento legal más prestigioso de la legislación administrativa española del siglo XIX³⁸.

³⁷ JR, Aragón, Sobre el dominio público hidráulico, VII Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación del Agua “Ríos Ibéricos +10. Mirando al futuro tras 10 años de DMA” 16/19 de febrero de 2011, Talavera de la Reina. Pág. 1

³⁸ Martín Retortillo, Sebastián, La elaboración de la Ley de Aguas de 1866 (1966). Citado por Aragón, JR. Sobre el dominio público hidráulico...

La actual Ley de Aguas de 1985, tiene como antecedente la disposición constitucional del Art. 132 que al referirse a los bienes de dominio público establece que la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales.³⁹

De esta forma se establece el principio de legalidad para la regulación del *régimen jurídico del dominio público*; en tanto rasgo distintivo del mismo. Se determina el contenido del *dominio público estatal*; esto es, las cosas jurídico-públicas que integran ese dominio, diferente del dominio público local o comunal; y se establece la regulación legal del *Patrimonio del Estado* que lo integran los bienes fiscales y, el *Patrimonio Nacional*, que lo integran los bienes patrimoniales.

La Ley de Aguas española establece el objeto de la misma: en primer lugar “la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio.”⁴⁰ Y en segundo lugar: “[...] el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición [...]”⁴¹.

Esto es, regular: i) el dominio público hidráulico; ii) el uso del agua; iii) las competencias estatales relacionadas con ese dominio; y iv) la protección de todas las aguas. Sin embargo, el alcance de estas disposiciones sería ambiguo e impreciso, y por lo tanto prácticamente ineficaz, si no se establece una definición jurídica de objeto al que se aplica. Por lo tanto, la norma legal en referencia declara que: “Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo

³⁹ “1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. 3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.”

⁴⁰ Texto refundido de la Ley de Aguas, España, 1985. Actualizado al 2/01/04. Artículo 1.

⁴¹ “Aguas de transición: masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce...” Artículo 2, numeral 6 de la Directiva 2000/60/EU. Diario Oficial de la Unión Europea 22.12.2000.

hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.”⁴²

El énfasis, está en que todas las aguas constituyen un “recurso unitario” integrado al ciclo hidrológico de la naturaleza “subordinado al interés general”, que hace parte del régimen jurídico de dominio público hidráulico, que es una forma del dominio público estatal. Se entiende que el sentido de “recurso unitario” significa que no puede ser regulado por partes desagregadas o fragmentos, sino considerando en su totalidad de elementos como una unidad, afectada al interés general.

La ley de aguas española define el dominio público hidráulico, en los siguientes términos:

“Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación; b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos; d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos; e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores.”⁴³

En consecuencia, la regulación del dominio público hidráulico comprende no solo las aguas existentes, cualquiera sea su ubicación, continentales, superficiales, subterráneas

⁴² Texto refundido de la Ley de Aguas, España..., Artículo 1.

⁴³ Texto refundido de la Ley de Aguas, España... Artículo 2.

y de transición⁴⁴; sino además su continente: álveos o cauces, riveras, márgenes, lechos y acuíferos por donde discurren. Y además, las aguas del mar que mediante procesos técnicos han sido desalinizadas. Especial atención merece el entorno continente de las aguas que es objeto de afectación, al ser parte del dominio público hidráulico, como las zonas de protección y de policía administrativa definidas en torno a los cauces.

En relación con este dominio, en la Ley de Aguas española, se establecen también determinadas funciones del Estado; servidumbres legales respecto de la utilización de éste; el régimen económico financiero correspondiente a su utilización, en que se incluyen tarifas que representan “el precio al uso del agua”; y los objetivos de protección de este dominio.

Las funciones del Estado respecto al dominio público son: “La planificación hidrológica y la realización de los planes estatales de infraestructuras hidráulicas”; las medidas para “el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas”; “el otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial, de una sola Comunidad Autónoma”; y “el otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste; en dichas cuencas hidrográficas”⁴⁵; además de los objetivos de la protección de las aguas y del dominio público hidráulico.⁴⁶

44 “Aguas de transición: masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce;...”. Art. 2 numeral 6 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DO L 327 de 22.12.2000, Pág. 1

45 Texto refundido de la Ley de Aguas, España... Artículo 17.

46 Los objetivos de la protección de las aguas y del dominio público hidráulico, se encuentran orientados a: “prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos ...” y de los ecosistemas terrestres y humedales que dependen de éstos; “promover el uso sostenible del agua protegiendo los recursos hídricos disponibles, garantizando un suministro suficiente en buen estado”; “proteger y mejorar el medio acuático estableciendo medidas específicas para reducir progresivamente los vertidos...”; “paliar los efectos de las inundaciones y sequías”; “alcanzar ... los objetivos fijados en los tratados internacionales en orden a prevenir y eliminar la contaminación del medio ambiente marino”; y “evitar cualquier acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo o cualquier otra acumulación que pueda ser causa de degradación del dominio público”. Texto refundido de la Ley de Aguas, España... Art. 92

Es manifiesto entonces que éste dominio en la legislación española es un concepto jurídico que constituye uno de los ejes principales de la Ley de Aguas, articulada a la normativa de la Comunidad Europea sobre aguas, como son la “Directiva 2000/60/CE” y sus reformas mediante la “Directiva 2013/39/CE”; que conforman el marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas; y otros instrumentos normativos complementarios como son las directivas sobre aguas residuales urbanas (1991); agua potable (1998); aguas subterráneas (2006) y normas de calidad ambiental (2008), entre otras.

Por tanto, el dominio público hidráulico en la legislación de aguas española, delimita el objeto de la regulación jurídica; esto es, las aguas y los elementos naturales del entorno que las contiene y por el cual fluyen. Y además, integra estos elementos en un todo único sujeto a un régimen jurídico especial de afectación al interés general, parte del dominio público estatal; que implica el acto administrativo permanente de deslinde singular del contenido material del dominio público hidráulico y las funciones administrativas para su protección y control.

4. Definiciones en la legislación de Estados latinoamericanos

Históricamente, en la legislación de aguas en Latinoamérica el concepto de dominio público hidráulico está ausente. Por tradición la definición jurídica de las aguas se ha dado desde la noción civilista de los “bienes nacionales de uso público”. Por ello, el siguiente paso de este estudio es examinar sucintamente la legislación de aguas de algunos países latinoamericanos, a fin de identificar de qué manera existe en ella este concepto.

La selección de legislaciones a considerarse, responde en primer lugar, a la extensión territorial que abarca, a la complejidad histórico-social; y a la fuerte influencia regional que presentan sociedades como la mexicana y brasileña. En segundo lugar,

responde a la conformación geológica de los países andinos que comparten una misma realidad geográfica, como es la cordillera de los Andes y sus dos vertientes: atlántica y pacífica. Tal es la legislación de aguas de Perú, Ecuador y Colombia. Y finalmente, en tercer lugar dos legislaciones que requieren de una atención especial por las singulares características jurídicas e institucionales; y por las realidades sociales y económicas que suponen y que las evidencian como portadoras de rasgos particulares: las legislaciones chilena y boliviana.

4.1 México y Brasil

La Ley de aguas mexicana promulgada en diciembre de 1992, como su nombre lo indica, tiene por objeto de regulación “las aguas nacionales”, conforme la definición que se establece en el Art. 3 de la misma: “Para los efectos de esta Ley se entenderá por: “I. ‘Aguas Nacionales’: ... aquellas referidas en el Párrafo Quinto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”⁴⁷

El referido artículo 27 de la vigente Constitución Mexicana de 1917, con las respectivas enmiendas, dispone que: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.”⁴⁸ Esto es, la definición de la propiedad originaria de la Nación sobre tierra y agua, que implica la regulación legal de la propiedad privada en todas sus formas.⁴⁹ En este contexto conceptual, el inciso quinto del mismo artículo

⁴⁷ Ley de aguas nacionales de México, Diario Oficial de la Federación DOF de 1 de diciembre de 1992; reforma DOF de 29.04.2004.

⁴⁸ Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1934.

⁴⁹ Por ello el mismo artículo 27 en referencia en su tercer inciso establece: “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.”

constitucional contiene una disposición que determina cuáles son esas aguas. El mismo que pese a su extensión se lo cita a continuación.

“Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije (sicDOF-20-01-1960) el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes (sic DOF 20-01-1960) y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional.”⁵⁰

⁵⁰Párrafo reformado DOF 21-04-1945, 20-01-1960.

De manera que se singulariza por descripción las aguas comprendidas en el dominio de la Nación y las situaciones en que éstas se podrían encontrar en relación con el ejercicio de las potestades públicas, por efecto de la división político administrativa del territorio. Pero además, la enumeración tiene por efecto excluir aquellas aguas que se consideran parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corren o en los que se encuentren sus depósitos; las mismas que son consideradas de utilidad pública, sujetas a la autoridad de cada uno de los Estados federados.⁵¹

Una vez establecido el alcance de la definición de “aguas nacionales”, queda claro el ámbito de aplicación de la norma del artículo 1 de la Ley de aguas en referencia. El propósito de esta norma es “regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable.” La regulación por lo tanto se dirige, a las funciones vitales y productivas de las aguas, el ejercicio de las potestades administrativas públicas de distribución y control de las mismas; y a regular las acciones que puedan incidir en la preservación de la cantidad y calidad de las aguas.

Más adelante, cuando la Ley de aguas nacionales de México se ocupa de definir la “Concesión”⁵² y la “Comisión Nacional del Agua”⁵³, la autoridad administrativa de aguas, se refiere a los “bienes públicos inherentes” que se definen en el numeral IX del citado artículo 3, mediante remisión al artículo 113 de la misma ley que dice:

⁵¹Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Art. 27 inciso final: “Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.”

⁵²Ley de aguas nacionales de México, XIII. “Concesión”: “Título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de “la Comisión” o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y de sus bienes públicos inherentes, a las personas físicas o morales de carácter público y privado, excepto los títulos de asignación;...”

⁵³Ley de aguas nacionales de México, XII. “Comisión Nacional del Agua”: “Órgano Administrativo Desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con funciones de Derecho Público en materia de gestión de las aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes, con autonomía técnica, ejecutiva, administrativa, presupuestal y de gestión, para la consecución de su objeto, la realización de sus funciones y la emisión de los actos de autoridad que conforme a esta Ley corresponde tanto a ésta como a los órganos de autoridad a que la misma se refiere;...”

“La administración de los siguientes bienes nacionales queda a cargo de "la Comisión":

- I. Las playas y zonas federales, en la parte correspondiente a los cauces de corrientes en los términos de la presente Ley;
- II. Los terrenos ocupados por los vasos de lagos, lagunas, esteros o depósitos naturales cuyas aguas sean de propiedad nacional;
- III. Los cauces de las corrientes de aguas nacionales;
- IV. Las riberas o zonas federales contiguas a los cauces de las corrientes y a los vasos o depósitos de propiedad nacional, en los términos previstos por el Artículo 3 de esta Ley;
- V. Los terrenos de los cauces y los de los vasos de lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, descubiertos por causas naturales o por obras artificiales;
- VI. Las islas que existen o que se formen en los vasos de lagos, lagunas, esteros, presas y depósitos o en los cauces de corrientes de propiedad nacional, excepto las que se formen cuando una corriente segregue terrenos de propiedad particular, ejidal o comunal, y
- VII. Las obras de infraestructura hidráulica financiadas por el gobierno federal, como presas, diques, vasos, canales, drenes, bordos, zanjas, acueductos, distritos o unidades de riego y demás construidas para la explotación, uso, aprovechamiento, control de inundaciones y manejo de las aguas nacionales, con los terrenos que ocupen y con las zonas de protección, en la extensión que en cada caso fije "la Comisión".”

El concepto de “bienes públicos inherentes” se identifica, casi en su totalidad, con el contenido del dominio público hidráulico, tanto en lo relativo a los elementos naturales que se integran, como por su sujeción a una autoridad administrativa con competencias para hacer efectiva su afectación al interés general y para establecer las condiciones para su acceso, manejo, conservación, control y policía administrativa. Sin embargo, la diferencia con la definición que trae la legislación española de aguas, está en que además de los elementos naturales en que coinciden, se incluyen también, conforme consta del numeral

V, transcrito, “las obras de infraestructura financiadas por el gobierno federal [...] y construidas para la explotación, uso, aprovechamiento, control de inundaciones y manejo de las aguas nacionales, con los terrenos que ocupen y con las zonas de protección”.⁵⁴

Las aguas en el ordenamiento jurídico nacional mexicano, son bienes del “dominio público federal” diferentes de los bienes del dominio público de cada uno de los Estados federados. Es responsabilidad del Estado considerar junto a la calidad y cantidad de aguas, también la sustentabilidad de éstas. La gestión integrada de los recursos hídricos en el ámbito de la cuenca hidrográfica, es uno de los principios básicos para el gobierno, regulación, manejo y control de los recursos hídricos; directamente relacionada con las tres grandes entidades demandantes de agua, como son “la sociedad”, “la economía” y “el ambiente”.

La atención equilibrada de las necesidades generadas desde estos tres ámbitos, es la principal función del gobierno de los recursos hídricos.

Aunque el concepto de dominio público hidráulico no se encuentre así nombrado en la legislación hídrica mexicana; existe el concepto de “bienes públicos inherentes”, parte del dominio público estatal, que como se ha señalado, cumplen parte de la función que el primero: determinar los elementos naturales que conforman el entorno en que existen, fluyen o se contienen las aguas. Lo específico es que entre estos bienes públicos inherentes, se incluye la infraestructura construida con recursos públicos para la captación, embalse, conducción, distribución, uso o aprovechamiento de las aguas. Esta característica que incluye los elementos artificiales entre los “bienes públicos inherentes”, pone en

⁵⁴ Contribuyen a una mejor comprensión del sentido de las normas citadas, algunos de los principios que en la ley en mención, se establecen para sustento de la política hídrica nacional: “I. El agua es un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y asunto de seguridad nacional; II. La gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca hidrológica es la base de la política hídrica nacional; III. La gestión de los recursos hídricos se llevará a cabo en forma descentralizada e integrada; privilegiando la acción directa y las decisiones por parte de los actores locales y por cuenca hidrológica; [...]V. La atención de las necesidades de agua provenientes de la sociedad para su bienestar, de la economía para su desarrollo y del ambiente para su equilibrio y conservación; particularmente, la atención especial de dichas necesidades para la población marginada y menos favorecida económicamente [...]”. Artículo 14 BIS 5. Ley de Aguas Nacionales, México.

evidencia desde el interés general, la necesidad de ampliar las potestades públicas sobre la infraestructura pública que permite y facilita el acceso material a las aguas, poniendo de manifiesto el carácter social de dicho acceso en el convivir contemporáneo.

Debe anotarse que el dominio originario de la Nación mexicana sobre tierras y aguas, constituye un argumento adicional que contribuye a la caracterización que se ha realizado, de la propiedad (pertenencia) de los bienes como fundamento del dominio público, al inicio de este capítulo.

Brasil

La legislación de aguas en el ordenamiento jurídico de la República Federativa de Brasil, tiene su origen en el Código del Agua, promulgado en el año de 1934⁵⁵ por el Presidente Getulio Vargas. Mediante este código se estableció el primer sistema de gestión de aguas y los instrumentos y dispositivos sobre clasificación y utilización de las aguas, al tiempo que se distribuyó su propiedad entre la Unión, los Estados, Municipios y los particulares.⁵⁶ Además de modernizar, la regulación de otros aspectos importantes de la legislación, como son: preservación de los múltiples usos del agua; control de la contaminación; o la aplicación del principio “quien contamina paga”; su propósito fue regularizar y proporcionar los recursos hídricos necesarios para del desarrollo industrial, objetivo de Brasil en aquella época.

Por otra parte, en el marco de la Constitución Política de 1988, se establecieron los bienes de la Unión entre los que se comprenden: “los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así como los terrenos marginales y las playas fluviales. Incorporándose además “el mar territorial” y algunos elementos geográficos relacionados con las aguas como: “las islas fluviales y

⁵⁵Decreto N° 24.643, 10 de julio de 1934.

⁵⁶Natalia Bonora Vidrih Ferreira, y Gabriel Luís, Vidrih Ferreira, *Bases Legales de la Gestión de las Aguas en Brasil*,... pág. 1 en <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=2813>, febrero 2013.

lacustres en las zonas limítrofes con otros países; las playas marítimas, las islas oceánicas y las costeras, [...]”⁵⁷

Al mismo tiempo se establece el dominio de los Estados federados sobre las aguas superficiales o subterráneas, fluyentes emergentes y en depósito, salvo las que en la forma prevista en la ley, sean derivadas de obras de la Unión.⁵⁸

Así se establece el dominio público sobre las aguas en general, distribuido entre el Estado federal, los Estados federados y los Municipios, instituyendo además la potestad del primero para: “Establecer un sistema nacional de gestión de los recursos hidráulicos y definir criterios para el otorgamiento de derechos de uso de los mismos; [...]”⁵⁹ La normativa de regulación de esta competencia del Estado federal, se concreta mediante la nueva Ley de aguas brasileña de enero de 1997, denominada Ley de recursos hídricos, cuyo propósito es instituir la política nacional de recursos hídricos y definir la estructura jurídico-administrativa del sistema nacional de gerenciamiento de estos recursos.

Preside el texto legal la enunciación de los fundamentos de la Política Nacional de Recursos Hídricos que establece:

“La Política Nacional de Recursos Hídricos se basa en los siguientes fundamentos:

- I - El agua es un bien público;
- II - El agua es un recurso natural limitado, dotado de valor económico;
- III - En situaciones de escasez, la prioridad de los recursos hídricos es el consumo humano y el abrevadero de animales;
- IV - La gestión de los recursos hídricos debe siempre proporcionar los usos múltiples del agua;

⁵⁷ Constitución Política de la República Federativa de Brasil, Artículo 20.

⁵⁸ IDEM, Artículo 26 numeral I

⁵⁹ IDEM, Artículo 21 numeral XIX

V - La cuenca es la unidad territorial para la implementación de los recursos hídricos y la actuación del Sistema Nacional de Gerenciamiento de los Recursos Hídricos; y

VI – La gestión de los recursos hídricos debe ser descentralizada y contar con la participación del poder público, los usuarios y las comunidades.”⁶⁰

En esta norma se aprecian los elementos básicos y operativos para un gobierno de los recursos hídricos; aunque no consta explícitamente su carácter de inalienables e imprescriptibles.⁶¹ Sin embargo, se parte de la consideración de las aguas abstractamente, como parte del dominio público estatal. Lo cual lleva a considerar las aguas, unas veces, como sinónimo de recursos hídricos; mientras que otras, las aguas son presentadas como parte de éstos recursos, que constituyen un conjunto más amplio de elementos naturales relacionados directamente con las aguas. Esta ambigüedad impide una determinación de los elementos que integran estos recursos, con lo cual se concluye tratando, también a los recursos hídricos, de manera abstracta. Sin embargo, las directrices para la aplicación de ésta política nacional, pueden ayudar a comprender las relaciones que se establecen entre las aguas y los recursos hídricos; y el contenido de estos últimos.⁶²

Por lo tanto, al establecer las directrices generales para la aplicación de las normas y la operatividad de las políticas de recursos hídricos, se considera de manera inseparable la cantidad y calidad de éstos, incluida el agua; las diversidades físicas, esto es, las diferencias morfológicas y geográficas; bióticas, demográficas, económicas, sociales y culturales de las regiones del territorio; la integración de la gestión ambiental, de los

⁶⁰ Ley de Recursos Hídricos, Decreto 9433 de 9 de enero de 1997, Artículo 1.

⁶¹ Solo en el Artículo 18 de la Ley en referencia se establece que “la concesión no implica la alienación parcial de las aguas, que son inalienables, pero sí el simple derecho a su uso.”

⁶² Así, en la denominada Ley de Recursos Hídricos, se declara que: “Constituyen lineamientos generales de acción para la aplicación de la Política Nacional de Recursos Hídricos: I - la gestión sistemática de los recursos hídricos, sin disociación de los aspectos de la cantidad y calidad; II - la adecuación de la gestión de los recursos hídricos a las diversidades físicas, bióticas, demográficas, económicas, sociales y culturales de las diversas regiones del país; III - la integración de la gestión de los recursos hídricos y la gestión ambiental; IV - la articulación de la planificación conjunta de los recursos hídricos con los sectores usuarios y la planificación regional, estatal y nacional; V - la gestión conjunta de los recursos hídricos y el uso del suelo; y VI - la integración de la gestión de cuencas con los sistemas de estuarios y zonas costeras.” Artículo 3, IBIDEM.

usuarios y de la planificación en los niveles de gobierno; y del uso del suelo. En conjunto, el enfoque de recursos hídricos, resulta más rico y amplio que la visión particular desde las aguas, aunque por la magnitud y heterogeneidad del ámbito que alcanza, la visión desde los recursos hídricos, aún se mantiene desligada de los aspectos materiales que pueden dotarle de concreción.

El concepto de dominio público hidráulico está ausente en la legislación hídrica brasileña, a pesar de la riqueza y amplitud del enfoque de recursos hídricos que considera la gestión de los mismos, como objeto de la regulación legal y sostén de las políticas públicas correspondientes, con la incorporación de los aspectos demográficos, económicos, sociales, ambientales y culturales, en la gestión de los recursos hídricos.

En el ordenamiento jurídico del Estado brasileño, no se encuentra una solución jurídica al problema relativo al carácter, contenido y alcance del dominio público del Estado federal y de los Estados federados, sobre los recursos hídricos. Tampoco se encuentra una definición expresa del tipo y carácter de la afectación que legalmente debe establecerse para adecuar los bienes administrativos o cosas públicas al interés general. Este enfoque no permite visualizar aquellas potestades públicas que caracterizan al dominio público, como son la inalienabilidad e imprescriptibilidad, que solo secundariamente son aludidas en las normas legales.

4.2 Perú, Ecuador y Colombia

Luego de treinta y ocho años de vigencia de la Ley de Aguas dictada en 1969, el Congreso de la República de Perú, la reemplazó por la Ley de Recursos Hídricos, en marzo de 2009.

Al decir de algunos especialistas⁶³, esta Ley representa el resultado de alrededor de quince años de discusión, puesto que fue en 1983 en el Gobierno del Presidente Fernando Belaúnde, que se conformó la primera Comisión que inició el proceso de revisión de la Ley de Aguas y de discusión sobre la necesidad y contenidos de una nueva legislación hídrica.

En términos generales, la Ley de Recursos Hídricos “[...] constituye un avance en relación a la situación anterior en donde la gestión de los recursos hídricos se caracterizaba por la dispersión normativa e institucional y por el predominio de una visión sectorial, lo que conllevó a una situación de ingobernabilidad y a la desarticulación de los objetivos del desarrollo sostenible.”⁶⁴

Las primeras disposiciones de la Ley de Recursos Hídricos establecen su contenido, finalidad y principios⁶⁵. “La presente Ley regula el uso y gestión de los recursos hídricos. Comprende el agua superficial, subterránea, continental y los bienes asociados a éstas. Se extiende al agua marítima y atmosférica en lo que resulte aplicable.”⁶⁶ Y en cuanto a la finalidad, se propone “... regular el uso y gestión integrada del agua, la actuación del Estado y de los particulares en dicha gestión, así como en los bienes asociados a esta.”⁶⁷ El objeto que se regula por su contenido establece que los recursos hídricos son lo general y el agua lo específico. Pero además, destaca que el propósito de la ley es regular también la actuación del Estado y de los particulares, respecto de la gestión de los “bienes asociados al agua”. Cuáles son éstos bienes? Se los define por enumeración, distinguiendo entre bienes naturales y bienes artificiales.

⁶³Leyva, Ana y Cruz Elqui (Red Muqui), *Acercándonos a la Ley de recursos hídricos y su reglamento*. Perú, Edición Muqui: Red de propuesta y acción, 2011., Pág. 4

⁶⁴Leyva, Ana y Cruz Elqui (Red Muqui), *Acercándonos a la Ley de recursos...*, Pág. 4

⁶⁵Los 11 principios que rigen el uso y gestión integrada de los recursos hídricos según la Ley de recursos hídricos son: Principio de valoración del agua y de su gestión integrada; prioridad en el acceso al agua para satisfacción de necesidades primarias de la persona humana; participación de la población y cultura del agua; seguridad jurídica; respeto de los usos del agua por las comunidades campesinas y nativas; principio de sostenibilidad; descentralización de la gestión pública del agua y de autoridad única; principio precautorio; eficiencia; gestión integrada participativa por cuenca hidrográfica; y el principio de tutela. Ley de recursos hídricos, Artículo III.

⁶⁶Ley de recursos hídricos, Artículo 1.

⁶⁷Ley de recursos hídricos, Artículo II.

Lo más importante que aporta la Ley de Recursos Hídricos de Perú en el ámbito del presente estudio, es que incorpora el concepto de dominio público hidráulico, que en el texto legal precede a la enumeración de los “bienes asociados al agua”. La definición dice:

“Constituyen bienes de dominio público hidráulico, sujetos a las disposiciones de la presente ley, el agua enunciada en el artículo 5° y los bienes naturales asociados a esta señalados en el numeral 1 del artículo 6°. Toda intervención de los particulares que afecte o altere las características de estos bienes debe ser previamente autorizada por la Autoridad Administrativa del Agua, con excepción del uso primario del agua y las referentes a la navegación.”⁶⁸

Las aguas a las que se refiere esta norma son las que se encuentran en los ríos, sus afluentes, desde su origen natural; la que discurre por los canales artificiales; la acumulada en forma natural o artificial; la que se encuentra en ensenadas y esteros; humedales y manglares; manantiales; nevados y glaciares; aguas residuales; subterráneas; de origen minero medicinal; geotermal; atmosférica; y proveniente de la desalación.

Además, entre los bienes naturales asociados al agua se incluyen: las playas comprendidas entre la baja y la alta marea, más una franja paralela a la línea de alta marea; los cauces o álveos, lechos, riveras de los cuerpos de agua, así como la vegetación de protección; los materiales que acarrea y deposita el agua en los cauces; áreas ocupadas por nevados y glaciares; los estratos o depósitos por donde corre o se encuentra el agua subterráneas; las islas existentes y las que se formen; terrenos ganados por causas naturales o por obras artificiales al mar, a los ríos, lagos, lagunas y otros cursos o embalses de agua; la vegetación riverense y de las cabeceras de cuenca; las fajas marginales; y otros bienes que señale la ley.

⁶⁸ Ley de recursos hídricos, Artículo 7.

No son parte del dominio público hidráulico, los bienes artificiales asociados al agua, incorporados en el ya referido artículo 6°, entre los que se encuentra toda la infraestructura para captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción; medición; control y uso del agua; su saneamiento, depuración, tratamiento y reutilización; la recarga artificial de acuíferos; el encausamiento de los ríos y defensa contra inundaciones; la protección de los bienes que integran el dominio público hidráulico; y los caminos de vigilancia y mantenimiento de esos bienes.

Esta es en detalle la definición del dominio público hidráulico que aporta la Ley de Recursos Hídricos de Perú y, que lo delimita en general, mediante la descripción de los elementos naturales que lo integran. Se complementa la comprensión del dominio público hidráulico con el estatus jurídico que la ley asigna al agua y al dominio y uso público sobre el agua.⁶⁹

Sin embargo, el contenido de este dominio son los bienes, esto es, cosas susceptibles de apropiación. Se tiene entonces una incorporación del dominio público hidráulico que modifica la forma de comprender la regulación de las aguas y de los derechos con ella relacionados; que se sostiene sobre una comprensión más amplia de la materialidad en que se encuentran las aguas, pero que aún persiste en asumir el dominio público en su forma tradicional, como un conjunto de bienes de propiedad estatal.

Ecuador

También en el Ecuador, en la última década del siglo pasado a partir de 1996, tuvo lugar un amplio debate político y jurídico, en torno a la necesidad de una nueva Ley de Aguas que sustituyera a la dictada en el año 1972. Dicho debate contó con un conjunto de

⁶⁹Se complementa la comprensión del dominio público hidráulico con el estatus jurídico que la ley asigna al agua y el dominio y uso público sobre el agua. "Artículo 1°.- El agua. El agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que la sustentan, y la seguridad de la Nación." "Artículo 2°.- Dominio y uso público del agua.- El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua." Ley de recursos hídricos.

propuestas de ley que a la distancia dan una visión bastante completa de las diferentes posiciones jurídicas, existentes en ese momento, respecto al estatus jurídico de las aguas y al objeto y carácter de la regulación de la nueva ley.⁷⁰ En resumen aquellas posiciones expresaron los rasgos principales del contexto doctrinario y dogmático, que antecedió al actual régimen constitucional de administración del agua y de los recursos hídricos, en el marco de un ordenamiento jurídico del Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico vigente en el Ecuador.⁷¹

De conformidad con las disposiciones constitucionales, el régimen jurídico de administración de las aguas, se encuentra definido desde el reconocimiento del “derecho humano al agua” y el estatus jurídico que se asigna al agua: El derecho fundamental e irrenunciable de toda persona para acceder al agua; al mismo tiempo, deber primordial del Estado.⁷² “El agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado, y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos”. Definición que marca la diferencia respecto de la que establece el Código Civil sobre las aguas y la Codificación de la Ley de Aguas vigente (2004), como “bienes nacionales de uso público”. Al mismo tiempo que las integra como parte del dominio público del Estado y elemento vital, es decir, condición de vida, para la naturaleza y para los seres humanos. En consecuencia, “se prohíbe toda forma de privatización del agua”; y se establece una línea nítida que impide la gestión privada y mercantil del agua desde el interés particular; y se afirma la gestión del agua como función y responsabilidad exclusivamente pública o comunitaria.⁷³

⁷⁰ Ver Anexo I: Contexto doctrinario y dogmático del debate político y jurídico sobre una nueva ley de aguas en Ecuador.

⁷¹ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 1.

⁷² IDEM, Artículos 1 y 12

⁷³ IDEM, Artículo 318.

Por otra parte, la norma constitucional establece la responsabilidad del Estado de garantizar “la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico.” Y la obligación de regular mediante ley “toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua.”⁷⁴

La Ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, vigente a partir del 6 de agosto de 2014⁷⁵, desarrolla en lo normativo e institucional los señalados principios constitucionales y el régimen administrativo de los recursos hídricos. Este último, a partir del dominio hídrico público, que no es sino una formulación singular del dominio público hidráulico, dado que su contenido en la referida Ley, coincide con el contenido de éste en la ya citada Ley de aguas española.⁷⁶

La única diferencia entre las dos formulaciones del dominio público de las aguas consiste en que el dominio hídrico público incluye también un elemento artificial, la infraestructura hidráulica pública. Por lo demás las dos formulaciones no presentan una diferencia sustancial. Sin embargo, parecería que el dominio hídrico público se refiere

⁷⁴ IDEM, Artículo 411.

⁷⁵ Luego de cuatro años de haberse suspendido el segundo debate del referido proyecto de ley, en virtud de una decisión de la Corte Constitucional (Sentencia No. 001-10-SIN-CC) que normó el ejercicio del derecho colectivo a la consulta prelegislativa, cuando vayan a adoptarse medidas legislativas que podrían afectar los derechos colectivos reconocidos constitucionalmente; y una vez que se realizó la consulta prelegislativa del caso, la Asamblea Nacional el 5 de julio de 2014 aprobó la Ley; y luego de allanarse al veto parcial del Presidente de la República el 31 de julio del mismo año, fue remitida al Registro Oficial para su publicación.

⁷⁶ Ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua. Artículo 10.- Dominio Hídrico Público.- El dominio hídrico público está constituido por los siguientes elementos naturales: a) Los ríos, lagos, lagunas, humedales, nevados, glaciares y caídas naturales; b) El agua subterránea; c) Los acuíferos a los efectos de protección y disposición de los recursos hídricos; d) Las fuentes de agua, entendiéndose por tales las nacientes de los ríos y de sus afluentes, manantial o naciente natural en el que brota a la superficie el agua subterránea o aquella que se recoge en su inicio de la escorrentía; e) Los álveos o cauces naturales de una corriente continua o discontinua que son los terrenos cubiertos por las aguas en las máximas crecidas ordinarias; f) Los lechos y subsuelos de los ríos, lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces naturales; g) Las riberas que son las fajas naturales de los cauces situadas por encima del nivel de aguas bajas; h) La conformación geomorfológica de las cuencas hidrográficas y de sus desembocaduras; i) Los humedales marinos costeros y aguas costeras; y j) Las aguas procedentes de la desalinización de agua de mar. Las obras de infraestructura hidráulica de titularidad pública y sus zonas de protección hidráulica se consideran parte integrante del dominio hídrico público.”

además de los elementos naturales del entorno que contiene al agua, también a los aspectos sociales y culturales vinculados a ella.

Pero además la Ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, establece el Sistema nacional estratégico del agua, organización institucional del régimen administrativo, en el cual se destaca la incorporación y regulación de los sistemas comunitarios de agua de consumo humano y riego, tanto de los construidos y administrados por titulares de derechos colectivos; como de los sistemas públicos de riego administrados por las organizaciones de regantes o beneficiarios de éstos. Este representa uno de los rasgos singulares más destacados.

Por otra parte, el concepto de dominio público hidráulico se encuentra sugerido desde la definición del agua como patrimonio nacional estratégico, la responsabilidad del manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos; y la responsabilidad estatal exclusiva respecto del agua por su carácter estratégico y la prestación de servicios públicos relacionados con ella. Surge así la necesidad de definir y delimitar el dominio público hidráulico del Estado; en el marco de una Ley de recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, que es la denominación que la primera disposición transitoria constitucional confiere a la nueva ley a dictarse.⁷⁷

En otras palabras, desde el estatus jurídico que se asigna a las aguas como patrimonio, y desde la necesidad de la conservación, recuperación y manejo integrado de éstos en la cuenca hidrográfica, se esboza ya la delimitación de los elementos naturales que contienen y dan forma a las aguas, en tanto dominio público hidráulico del Estado.

El régimen de administración de aguas establecido en la Constitución, en tanto garantía del derecho humano al agua y de los derechos de la naturaleza, presupone la

⁷⁷La Codificación de la Ley de Aguas (2004), mantiene la definición del Código Civil de las aguas como “bienes nacionales de uso público”, y dentro de ésta incluye al “lecho y subsuelo del mar interior y territorial, de los ríos, lagos o lagunas, quebradas, esteros y otros cursos o embalses permanentes de agua”, como parte de esos bienes.

existencia y afectación desde potestades públicas, de aquellos “bienes administrativos” o “cosas públicas” que conforman el dominio público hidráulico.⁷⁸

Colombia

El ordenamiento jurídico de la República de Colombia cuenta desde 1975 con un cuerpo legal de excepcional singularidad para la época en que fue dictado. Se trata del Código nacional de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente⁷⁹, la primera normativa integral sobre medio ambiente en Iberoamérica.

Mediante este Código se aborda, desde una visión ambiental, en conjunto, la regulación del manejo de los recursos naturales renovables, aire o atmósfera, agua en todos sus estados; tierra, suelo y subsuelo; flora, fauna, fuentes primarias de energía no agotables, pendientes topográficas con potencial energético, recursos geotérmicos; recursos biológicos de las aguas y del suelo y el subsuelo, del mar territorial y de la zona económica de dominio continental; y los recursos del paisaje. Además, en materia ambiental, regula “la defensa del ambiente y de los recursos naturales renovables contra la acción nociva de fenómenos naturales”; regula los demás elementos y factores que conforman el ambiente o influyen en los recursos renovables; e incluso alcanza la regulación a “las condiciones de vida resultantes del asentamiento humano urbano o rural”; y a “los bienes producidos por el hombre o cuya producción sea inducida o cultivada por él, en cuanto incidan o puedan incidir sensiblemente en el deterioro ambiental”.⁸⁰

⁷⁸ El 6 de agosto de 2014 se publica en el Suplemento del Registro Oficial No. 305 de la República de Ecuador, la Ley orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, que incorpora el concepto “dominio hídrico público” para referirse a los elementos naturales que, conforme este estudio, integran el dominio público hidráulico. En el anexo III, se analizan los rasgos singulares de este concepto.

⁷⁹ Diario Oficial No 34.243, del 27 de enero de 1975.

⁸⁰ Código nacional de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente, Artículo 3. En este amplio contexto normativo el estatus jurídico de las aguas se lo establece en la siguiente norma: “Sin perjuicio de los derechos privados adquiridos con arreglo a la ley, las aguas son de dominio público inalienables e imprescriptibles.” (Artículo 80). Y respecto de aquellos elementos relacionados con el agua, a continuación se establece una disposición semejante que dispone: “salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescindibles del Estado: a) El álveo o cauce natural de las corrientes; b). El lecho de los depósitos naturales de agua; c). Las playas marítimas, fluviales y lacustres; d). Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; e). Las áreas ocupadas por los nevados y los cauces de los glaciares; f). Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas.”

En donde, a partir del reconocimiento del dominio privado sobre determinadas aguas, se establece respecto de las aguas que se encuentran fuera de este dominio, su pertenencia al dominio público, cuya característica principal es la inalienabilidad e imprescriptibilidad. Se incluyen también en este dominio aquellos elementos naturales que contienen a las aguas o se relacionan directamente con ellas.

La disposición legal citada (artículo 80), establece una definición de dominio público estatal que supone la pre existencia del dominio privado, con lo cual, el primero queda incondicionalmente subordinado al segundo, como un complemento de este. Se concibe que la primacía está en el dominio privado, la voluntad de apropiación del particular; y luego se encuentra la voluntad política del Estado, el poder público, para subordinar o afectar al interés público, todo aquello que no ha sido objeto de apropiación privada. El principio sobre el que se sostiene esta definición, que tiene el carácter de premisa normativa, es la autonomía absoluta de la voluntad individual que se auto determina.

Es importante destacar que la concepción jurídica indicada, se expresa en un instrumento normativo como el “Código Nacional de recursos naturales renovables y de protección del medio ambiente”; en el cual se norma la voluntad estatal de protección del ambiente y regulación del acceso y uso de los elementos naturales, caracterizados por su incorporación a procesos naturales cíclicos, como el agua, la tierra, el aire, la cobertura vegetal; y los elementos que contienen a las aguas. Aquí es clara y evidente la funcionalidad que cumple el dominio público estatal, en cuanto a establecer y delimitar los “bienes” o “cosas públicas” objeto de la afectación a una finalidad pública. Más aún, cuando en éste se comprenden los principales elementos naturales que en otras legislaciones nacionales, integran el dominio público hidráulico.

En el marco de la Constitución Política de Colombia⁸¹, la legislación sobre recursos naturales renovables y protección del medio ambiente, fue desarrollada mediante el reconocimiento del derecho colectivo de las personas a gozar de un medio ambiente sano y de la comunidad a participar en las decisiones que puedan afectarlo.⁸²

En el ordenamiento jurídico de la República de Colombia, aunque sin incluir el concepto de dominio público hidráulico, incorpora en el dominio público estatal, algunos de aquellos elementos naturales que contienen y se encuentran en directa relación con las aguas. Sin embargo, como se lo ha visto, esta modalidad de regulación jurídica integral y ecologista de las aguas, de los elementos que la contienen y de los elementos naturales directamente relacionados con ellas, descansa sobre una concepción del dominio público subordinado al dominio privado y a la noción de propiedad por parte de los particulares.

4.3 Chile y Bolivia

Merece especial atención la legislación hídrica en los ordenamientos jurídicos nacionales de Chile y Bolivia, puesto que cada uno presenta características singulares, en que se combina una concepción liberal clásica del estatus jurídico de las aguas, parte del dominio público, junto a derechos sobre las aguas en el dominio privado.

En el ordenamiento jurídico nacional de la República de Chile, desde la norma constitucional que establece los derechos de la persona, se encuentran ya mencionados “los derechos de los particulares sobre las aguas”⁸³ Y en el Código de Aguas de 1981, cuyo ámbito de aplicación está conformado únicamente por las aguas terrestres o superficiales, se establece la diferencia entre las aguas como bienes muebles o inmuebles, según estén o

⁸¹Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

⁸²Constitución política de Colombia, “Artículo 79.- Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.”

⁸³ Constitución Política de la República de Chile; “Art. 19.- La Constitución asegura a todas las personas: ... 24°. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales. ... Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;...”

no destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.⁸⁴ Lo cual ya presupone la incorporación de las aguas a la propiedad de la tierra en la cual se encuentran o discurren.

Así, en el cuerpo legal en referencia (artículo 5) se dispone que: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código.” De donde se concluye que el carácter asignado a las aguas a partir de la definición que estas adoptan en el campo del Derecho Civil, como bienes del dominio público estatal, no implica el que por disposición legal, no puedan ser objeto de apropiación por parte de los particulares, a menos que la norma legal expresamente así lo establezca.

El “derecho de aprovechamiento” al que se refiere la norma citada, es definido en tanto “derecho real”, esto es, derecho de propiedad sobre las aguas⁸⁵; con todos los rasgos característicos del dominio privado del propietario para el uso y goce de éstas. Esto es, como derecho real, puede transferirse por acto o contrato, hipotecarse, transmitirse por herencia, así como perderse o adquirirse por prescripción, de conformidad con las disposiciones del Código Civil, respecto del cual el Código de Aguas tendría carácter supletorio.⁸⁶

Por supuesto, dentro del marco legal, conforme lo prevé el ordenamiento constitucional al disponer que: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la

⁸⁴Código de Aguas, “Artículo 4°. Atendida su naturaleza, las aguas son muebles, pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles.”

⁸⁵Código de Aguas, Artículo. 6°. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

⁸⁶Código de Aguas, “Artículo 21°- La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente código.”

seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”⁸⁷

En consecuencia el derecho de aprovechamiento de aguas, se lo obtiene por acto de la autoridad, que debe inscribirse en el Registro de la Propiedad de Aguas, como única forma de obtener la posesión del mismo.⁸⁸ Implica además, el derecho a los medios necesarios para ejercitarlo, como puede ser el derecho de servidumbre de paso o de acueducto, así como el derecho a realizar las obras que requiera el ejercicio del aprovechamiento; además, el derecho de concesión de los terrenos de dominio público que requiera el ejercicio del derecho.

En conjunto la legislación de aguas chilena responde directamente a la comprensión del agua en tanto bien económico o con valor económico, que debe ser utilizado eficientemente por los particulares. En consecuencia, sujeto a un mercado de derechos de aprovechamiento, en que su valor depende de la oferta y demanda de estos.⁸⁹

Es visible la complejidad de la naturaleza del recurso agua y de los procesos hidrológicos, así como también de los aspectos económicos, sociales, culturales y ambientales que se entrelazan; y que este tipo de regulación normativa, a partir del agua como bien apropiable, debe considerar y enfrentar.

Sin embargo, también en el Código de Aguas chileno se encuentran disposiciones relativas a los elementos que en el presente estudios, se incluyen en el dominio público hidráulico. Así al definir el álveo o cauce natural de un río, se establece que éste es de

⁸⁷ Constitución Política de la República de Chile, Artículo. 19 numeral 24 parágrafo 2.

⁸⁸ Código del Agua, “Artículo 20º- El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción.

⁸⁹ En la actualidad, las reformas introducidas desde inicios del presente siglo en el Código de Aguas, han rectificado las condiciones que inicialmente se establecieron, como aquella que disponía que los derechos de aprovechamiento, “...sean asignados a quien los solicita sin que se deban justificar los caudales solicitados, en forma gratuita y a perpetuidad, y, lo que es más grave, sin que exista obligación de darles un destino productivo.” Por ello los principales temas de reforma desarrollados han sido: “... el establecimiento del pago de una patente a los derechos de agua constituidos y cuyos dueños no los utilizan, incorporar la obligación de justificar la cantidad de agua que se solicita, de tal forma que exista concordancia entre los caudales pedidos y los fines invocados por el propio peticionario, facultar al estado para limitar o denegar una nueva solicitud de derecho de aprovechamiento cuando existan razones de bien común, perfectamente identificadas, y garantizar que se respeten caudales mínimos ecológicos en la constitución de nuevos derechos.”

dominio público⁹⁰; mientras que si se trata de álveos o lechos de lagos o aguas detenidas que no sean navegables, éstos son de dominio privado.⁹¹

En el contexto de la normativa presentada en los aspectos puntuales relacionados con el objeto de estudio, el concepto de dominio público hidráulico se encuentra ausente y, dentro de la concepción jurídica que ubica el derecho a acceder a las aguas en el campo del Derecho privado, parecería que innecesario.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico del Estado Plurinacional de Bolivia, la legislación hídrica también presenta rasgos específicos.

Una primera característica tiene que ver con las definiciones constitucionales sobre las competencias del Estado central.

Respecto de las aguas y los recursos hídricos, la norma constitucional al referirse a las competencias públicas, luego de diferenciar entre competencias privativas y exclusivas, establece que: “Son competencias exclusivas del nivel central del Estado: ... 4. Recursos naturales estratégicos, que comprenden minerales, espectro electromagnético, recursos genéticos y biogenéticos y las fuentes de agua. 5. Régimen general de recursos hídricos y sus servicios.”⁹² Además, junto con otros recursos naturales y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento, incluye al agua en tanto “recurso estratégico de interés público para el desarrollo del país”. Sin embargo, no se encuentra en el texto constitucional, norma alguna que determine los elementos naturales que integran el dominio público.

En materia de derechos, en la Constitución se establece que “toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación”⁹³; así como “toda persona tiene derecho al acceso

⁹⁰Código del Agua, “Artículo 30°- Álveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas. Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios ribereños podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas.”

⁹¹Código del Agua, “Artículo 35°- Álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas.”

⁹² Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, Artículo 298.

⁹³ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia Artículo 16.I

universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado...”⁹⁴; puesto que “el acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley.”⁹⁵ En donde lo que se debe entender por “licencias y registros” consta en la “Ley de servicios de agua potable y alcantarillado sanitario”⁹⁶. Los términos “licencias y registros” se refieren a autorizaciones para la prestación de servicios públicos relacionados con el agua; y al registro de los proveedores de servicios públicos, cualquiera sea la naturaleza jurídica del prestador.⁹⁷

En este contexto normativo, la Ley de dominio y aprovechamiento de aguas (1906), más conocida como Ley de Aguas, mantiene la lógica normativa que se sostiene sobre la posibilidad de apropiación tanto particular como pública de las aguas, que establece junto al dominio público de éstas, también su dominio privado. En esta ley se diferencia, entre aguas y cauces de dominio público; y aguas y cauces de dominio privado.

Es decir que las aguas son de dominio público, cuando discurren por terrenos públicos; cuando se encuentra en los arroyos y ríos navegables en la parte que esto sea posible, natural o artificialmente; y aquellas aguas de arroyos y ríos no navegables, respecto al uso que se haga para satisfacer “primeras necesidades de la vida”: consumo humano, abrevadero de animales, riego; siempre y cuando haya “camino público” para acceder a ellas. Las aguas hasta las cuales no exista camino público que les haga

⁹⁴ IDEM, Artículo 20.I

⁹⁵ IDEM, Artículo 20.III.

⁹⁶ Ley de servicios de agua potable y alcantarillado sanitario. Ley 2.066 de 9 de octubre de 1999.

⁹⁷ Sin embargo, debe destacarse que es en la mencionada ley de agua potable y alcantarillado, que se encuentra una disposición relativa al dominio público de las aguas, cuyo título dice “Dominio Originario del Estado” y establece que: “Son de dominio originario del Estado las aguas lacustres, fluviales, medicinales, superficiales y subterráneas, cualquiera sea su naturaleza, calidad, condición, clase o uso.” Al parecer una referencia a la norma de la Constitución Política del año 1994, que ya no consta en la actual Constitución. (Artículo 136º I. Son de dominio originario del Estado, además de los bienes a los que la ley les da esa calidad, el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. II. La ley establecerá las condiciones de este dominio, así como las de su concesión y adjudicación a los particulares).

accesibles, no son del dominio público, sea que se encuentren en predios privados o públicos.

De acuerdo con la Ley en referencia son de dominio público “las cañadas, lagos y lagunas formadas por la naturaleza, que ocupa terrenos públicos y se alimentan con aguas públicas. Son propiedad de los particulares, del estado o departamentos los lagos, lagunas, cañadas y charcas formados en terrenos de su respectivo dominio, así como los situados en terrenos de aprovechamiento comunal, pertenecen a los pueblos respectivos.”⁹⁸ Igual criterio se aplica a los álveos o cauces naturales de aguas pluviales que pertenecen al dominio público, cuando no son de propiedad privada.

Es evidente que en el ordenamiento jurídico nacional boliviano se encuentra una superposición de regímenes jurídicos de administración de aguas, combinados con leyes sectoriales en materia de agua potable, alcantarillado sanitario y riego. Ordenamiento que tienen como fundamento común, la apropiación privada de las aguas, pese al reconocimiento limitado de algunos elementos naturales de propiedad pública integrados en un régimen de dominio público limitado. En consecuencia, los elementos que contienen al agua y relacionados con ella, siguen el mismo destino, esto es, incluirse en el dominio privado o en el dominio público, como dos formas de propiedad sobre los recursos naturales.

Por supuesto que la relación entre los dos dominios, es la expropiación en el caso de aguas privadas que sean requeridas por el dominio público; y la concesión o licencia para la prestación de servicios públicos relacionados con el agua, por parte de un particular.

En conclusión el dominio público hidráulico, como parte del dominio público estatal, solo se encuentra definido de manera nítida en la Ley de Aguas de España, en la

⁹⁸Ley de Aguas, Artículo 19.

Ley de Recursos Hídricos de Perú y en la Ley de aguas nacionales de los Estados Unidos Mexicanos, bajo el concepto de “bienes públicos inherentes”.⁹⁹

La legislación brasileña de recursos hídricos se encuentra más cerca de la legislación de aguas de Colombia que de la legislación de aguas nacionales de México, pues, a pesar de la amplia orientación de recursos hídricos y de su manejo integrado, los temas de regulación del dominio público hidráulico, sus elementos y potestades públicas, están ausentes.

La legislación ecuatoriana de aguas, antes de la Ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, se encontraba a medio camino entre la legislación hídrica de Colombia y de Perú, con un régimen administrativo de aguas de fuente constitucional junto a una ley de aguas desactualizada. Sin embargo, cumplido el proceso de debate y consulta la nueva Ley de recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, ya en vigencia, representa una innovación jurídica en la regulación de los recursos hídricos, más allá de la legislación de Perú que también incorpora el dominio público hidráulico.

Y las legislaciones chilena y boliviana, cada una con su propia lógica normativa e institucional. La primera que mantiene una nítida orientación civilista sostenida en una consistente dogmática jurídica; mientras que la segunda, presenta la complejidad propia de la sobre posición de diferentes regímenes administrativos de aguas, en que coexisten las aguas y bienes de dominio privado junto a las aguas y bienes de dominio público.

⁹⁹ La Constitución Política de la República de Uruguay, en su Artículo 42 numeral 2) contiene la siguiente disposición: “Las aguas superficiales, así como las subterráneas, con excepción de las pluviales, integradas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.”

CAPITULO II: EL GOBIERNO SUBNACIONAL Y LOS RECURSOS HÍDRICOS

La definición del Estado, en general, desde la filosofía y la sociología, es un campo de disputa en el que históricamente se han enfrentado y se enfrentan, las diversas concepciones doctrinarias, que alcanzan e involucran también a las diferentes concepciones jurídico - doctrinarias. No viene al caso, hacer referencia a los contenidos de esta controversia, pese a que es imposible que este estudio de un concepto jurídico en particular, escape a la influencia de la misma.

Al Estado contemporáneo, en tanto institución jurídico - política, concreción del poder político institucionalizado¹⁰⁰, se lo ha definido desde el Derecho Político y desde el Derecho Constitucional. En la parte orgánica de toda Constitución se establecen los fines, estructura, organización y funciones de un Estado y de los diferentes órganos que lo integran.

También en los fundamentos del Derecho Administrativo se presupone una comprensión del Estado, en lo principal, como “la organización interna de la Potestad Pública, que se manifiesta hacia el exterior del territorio estatal como *Soberanía* estatal”¹⁰¹; puesto que en el campo del Derecho Administrativo se concreta y formaliza de manera práctica y operativa, la relación: poder político – régimen constitucional – administración pública. Por ello que la administración pública representa el ejercicio de la función administrativa del poder público, que se estructura y actúa directamente en el territorio estatal en conjunto y en cada espacio de su organización territorial.

A partir de estas premisas, en el marco de la organización territorial del Estado, a continuación se estudia y propone una definición de gobierno subnacional, que al identificar sus rasgos más característicos, permita profundizar en los aspectos que

¹⁰⁰ “El *poder político institucionalizado*, que no es cosa distinta que el aparato de Estado, nos entrega una conceptualización puramente fenoménica (exterior) y descriptiva de la realidad estatal.” Echeverri U., Álvaro. “*Teoría constitucional y ciencia política*”, Bogotá, Editorial Temis, 1990. Pág. 69

¹⁰¹ Pérez, Efraín. “*Manual de Derecho Administrativo*”, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009. Pág. 4

caracterizan el gobierno de los recursos hídricos, la observancia de los derechos en relación con la materialidad del dominio público hidráulico; y, los aspectos más relevantes del régimen administrativo del agua en el territorio.

1. El Estado y sus niveles de gobierno

Desde el Derecho Político el Estado moderno, esto es el Estado democrático liberal, en Europa a finales del siglo XVIII, se ha definido en tanto:

“... la unidad de poder continua y reciamente organizada, sobre un territorio determinado, con un orden jurídico único, una competente jerarquía de funcionarios públicos,... un sistema impositivo bien reglado a fin de disponer de ingresos suficientes para el sostenimiento de la burocracia, el ejército y los servidores públicos, y un régimen [de] ... los medios reales de gobierno y administración...”¹⁰²

Sin embargo, aunque el Estado contemporáneo mantiene los mismos elementos constitutivos: territorio, población y gobierno, y, permanecen los rasgos característicos que señala el citado autor, en la actualidad son perceptibles en el escenario mundial, procesos políticos y sociales que tienden a la relativización de la soberanía estatal y de otros rasgos que afectan a la integridad del territorio y la permanencia de la población nacional.

Desde el Derecho Constitucional, la más completa definición descriptiva del Estado es sin duda el texto constitucional, en el cual constan sus fines, estructura, funciones, organización, potestades públicas, tanto en sus diferentes niveles de la organización territorial, como en la organización funcional.

Mientras que desde el Derecho Administrativo, la definición de Estado está ligada a la definición de administración pública, sea ésta una sola o varias, orientada al

¹⁰² Rodrigo, Borja, *Derecho político y constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991. Pág. 28

cumplimiento de finalidades públicas, satisfacción de las necesidades comunes de la población y observancia de los derechos constitucionales.

Tradicionalmente, se ha comprendido que en la organización del Estado, la administración pública central incluía al Ejecutivo y a la organización institucional dependiente de éste, también denominado “régimen seccional dependiente”.¹⁰³ Junto al cual se encontraba el “régimen seccional autónomo” que comprendía a las administraciones de las entidades subnacionales de gobierno territorial correspondientes a las unidades de la división político - administrativa del territorio, ahora reconocidas como niveles de gobierno de la organización territorial del Estado.

El gobierno desde la perspectiva jurídica del Derecho Administrativo, comprende las potestades gubernativas del Ejecutivo de alcance nacional, y las potestades de los órganos de los gobiernos subnacionales, que constituyen los medios a través de los que el Estado en conjunto cumple sus fines.

El Gobierno subnacional es la denominación genérica de las entidades del referido “régimen seccional autónomo”¹⁰⁴, que corresponde a cada una de las circunscripciones territoriales que integran el territorio nacional. En tanto niveles de gobierno del Estado, existe una línea de continuidad, sin ruptura alguna, entre el Gobierno nacional y los Gobiernos subnacionales, para la gestión estatal y la aplicación de las políticas públicas nacionales, en el marco del ordenamiento jurídico nacional.

El Gobierno subnacional se caracteriza por su autonomía política, administrativa y financiera; la representatividad política de sus órganos; la descentralización política y

¹⁰³ “El régimen seccional dependiente, denominado así por estar administrado por representantes del ejecutivo en el territorio, estaba constituido por gobernador, jefe político y teniente político en la provincia, cantón y parroquia respectivamente.” José, Suing Nahua, “Gobiernos autónomos descentralizados”, Loja – Ecuador, Editorial UTPL, 2010. Pág. 18

¹⁰⁴ El *régimen seccional autónomo*, en la Constitución de 1979 (Ecuador) estaba conformado por consejos provinciales y municipios; en la de 1998, cambió su denominación a “*gobiernos seccionales autónomos*” y estuvo integrado por consejos provinciales, municipios, juntas parroquiales y las instituciones que la ley previera para las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas...”. José, Suing Nahua, OB. CIT. A partir de la Constitución de la República (Ecuador, 2008) son “Gobiernos autónomos descentralizados”.

administrativa, a través del ejercicio de potestades, competencias y atribuciones, asignadas por el ordenamiento jurídico o transferidas en virtud de éste.

El gobierno subnacional, como nivel estatal, es el responsable del cumplimiento de los deberes y finalidades generales del Estado en su circunscripción territorial. En consecuencia, en general es responsable de garantizar el ejercicio y observancia de los derechos constitucionales; de prestar los servicios públicos para satisfacción de las necesidades generales de la población; implementar y aplicar las políticas públicas nacionales; planificar el desarrollo; y garantizar el acceso a los recursos hídricos.

La actual organización del Estado nacional en Iberoamérica, sea en su forma política de república o monarquía parlamentaria, unitario o federal en su estructura institucional; centralizado o descentralizado en su forma de gobierno, se caracteriza porque el ejercicio de las potestades y competencias públicas, se distribuye entre sus diferentes niveles de gobierno, en función de la organización territorial, de acuerdo al carácter político - administrativo y grado de generalidad de cada una de ellas. Algunas competencias de carácter nacional, se mantienen en el gobierno central, como la regulación de la garantía de los derechos, la defensa y seguridad nacionales o, la administración de justicia; mientras que otras competencias, como la planificación territorial del desarrollo, o la provisión de determinados servicios públicos, se encuentran asignadas a los gobiernos subnacionales.

En el caso del Estado federal, los Estados que lo integran no forman parte del nivel subnacional, pues su génesis de organización es diferente de los niveles territoriales subnacionales del Estado unitario, puesto que los Estados de la federación ceden competencias y soberanía al gobierno federal. Sin embargo, en este trabajo que considera competencias específicas respecto de los recursos hídricos, *mutatis mutandi*, se consideran también subnacionales a los gobiernos de los Estados federados y de sus unidades político

administrativas inferiores, provincias y municipios; mientras que en los Estados unitarios, el gobierno subnacional corresponde a las unidades territoriales inferiores, departamentos, provincias, municipios o parroquias.

Respecto del gobierno de los recursos hídricos, la estructura general del Estado nacional incluye, como parte sustancial de su estructura y su accionar, a los gobiernos subnacionales; puesto que los servicios públicos relacionados con el agua que éstos proveen, en ejercicio de una potestad pública, son la única vía por la cual los ciudadanos, en ejercicio de un derecho, acceden al uso y aprovechamiento del agua y de otros recursos asociados a ésta.

2. Gobierno Subnacional, Derechos y Dominio Público Hidráulico

Las relaciones entre las potestades públicas, la satisfacción de las necesidades comunes de la población, garantizada constitucionalmente, y el ámbito material o espacio del territorio que se integra en el dominio público hidráulico, permiten reflexionar de manera concreta en los elementos y formas particulares, de un régimen administrativo del nivel subnacional, estructurado en torno a una de las finalidades o deberes primordiales del Estado, como es, garantizar el efectivo ejercicio ciudadano y la observancia por parte de la autoridad, de los derechos reconocidos y garantizados en el ordenamiento jurídico nacional. En particular, el acceso al agua, condición esencial de la vida, de la dignidad humana y de la producción de alimentos; además de la reproducción y permanencia de los ecosistemas y la naturaleza.

2.1 Derechos individuales y derechos colectivos

El punto de partida del análisis de los aspectos más relevantes del gobierno de los recursos hídricos, está dado por el vínculo y articulación que el concepto dominio público hidráulico, guarda con derechos universalmente reconocidos, relacionados directa o indirectamente con el agua y los elementos naturales a ella asociados.

Estos derechos, en su mayoría reconocidos en el orden internacional y en el régimen constitucional de numerosos Estados latinoamericanos, son los derechos individuales al agua; a la salud, a la alimentación; a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y a disponer de bienes y servicios de óptima calidad. Y respecto de comunidades y pueblos o entidades con identidad étnico-cultural, el derecho a participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se encuentren en sus tierras.

La cabal observancia y ejercicio de estos derechos, presupone definir, delimitar y aplicar el conjunto de potestades públicas que integran el dominio público hidráulico y los instrumentos normativos para su administración. Esto es, junto al dominio público de las aguas, asumir la regulación de los recursos hídricos a partir del fortalecimiento de las funciones y potestades administrativas relativas a los recursos naturales asociados con el agua, en sus diversos niveles de gobierno territorial.

El ejercicio de estos derechos se concreta a través del acceso a los servicios públicos que presuponen el agua, a través de los gobiernos nacional y municipal, por lo que su observancia atraviesa y obliga al Estado en todos sus niveles de gobierno, pues se trata de una resultante de políticas públicas coordinadas.

Respecto del derecho colectivo a participar en el uso, administración y conservación de los recursos naturales renovables, la incorporación del dominio público hidráulico, sin duda permite delimitar los recursos hídricos en el campo más amplio de estos recursos y concretar las condiciones de su ejercicio.

También el ejercicio del derecho colectivo a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tienen en el dominio público hidráulico, una condición favorable a su ejercicio.

Únicamente el derecho de propiedad de la tierra, en donde se encuentran los elementos naturales del dominio público hidráulico, está afectado legalmente a la gestión de estos recursos. Para el dominio privado de la tierra, el dominio público hidráulico, representa el límite que el interés público le impone, desde el campo del Derecho administrativo para la satisfacción de una de las necesidades comunes de la población, como es el acceso al agua.

En consecuencia el dominio público hidráulico, en relación con los derechos individuales de la persona y los derechos colectivos de comunidades y pueblos, en tanto define la parte del territorio que se encuentra afectada a la gestión y protección de los recursos hídricos, representa una de las condiciones a partir de la cual es posible construir el régimen jurídico que garantice su vigencia.

Con el dominio público hidráulico se articulan derechos individuales y derechos colectivos, así como los derechos de la naturaleza, reconocidos en el régimen constitucional ecuatoriano.

2.2 Comunidades Autónomas

El dominio público de los “bienes administrativos” o “cosas públicas”, ya analizado al inicio de este estudio, tiene por titular al Estado, a través del gobierno central o de los gobiernos subnacionales. Más, el dominio público hidráulico, por regla general tiene como titular al Estado nacional a través del gobierno central; mientras que algunos elementos naturales o artificiales de este dominio, son objeto de potestades públicas específicas que los gobiernos subnacionales ejercen en el territorio.

El gobierno de los Estados de la Federación mexicana, de la Unión federal brasileña, o de las comunidades autónomas españolas, son un caso especial, pues todos ellos ejercen, competencias exclusivas respecto de las aguas en su circunscripción

territorial. Y en los dos primeros, el gobierno municipal es un eslabón básico del Estado federado.

Como ya se indicó en este estudio (capítulo I), el Estado federal mexicano ejerce el gobierno y administración de las aguas nacionales detalladas en la norma constitucional, junto con los bienes públicos inherentes, a través del Ejecutivo federal. A los Estados federados, les corresponde por lo tanto, el gobierno y administración de las aguas que no son nacionales, esto es, de aquellas que nacen y fluyen por su territorio; así como también, de las aguas que se localizan en dos o más predios, que se encuentran sujetas a las disposiciones de los Estados por ser de utilidad pública. Mientras que los Municipios son usuarios de las aguas y de los recursos hídricos, puesto que tienen a cargo los “[...] servicios públicos: a) agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales.”

La República Federativa de Brasil, de manera semejante se estructura por la Unión, los Estados federados, el Distrito Federal y los Municipios.

Entre los bienes de la Unión como ya se señaló (capítulo I), se encuentran “los lagos, los ríos y cualesquiera corriente de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así como los terrenos marginales y las playas fluviales.” Además, de dictar leyes nacionales en materia de aguas, le compete también implementar la política nacional de recursos hídricos, a través de Consejos de recursos hídricos de cada Estado federado, subordinados al Consejo Nacional; y de Comités de cuenca hidrográfica, en cuya integración junto a representantes de la Unión y de los Estados, también están los Municipios de la cuenca.

Por otra parte, entre los bienes de los Estados federados se encuentran “las aguas superficiales o subterráneas, fluyentes, emergentes y en depósito, salvo [...] las derivadas

de obras de la Unión.” En otras palabras, a los Estados federados les corresponde el gobierno y administración de las aguas que se encuentran y fluyen por su territorio.

A los Municipios, en cambio, les corresponde “organizar y prestar, directamente o bajo el régimen de concesión o licencia, los servicios públicos de interés local, [...]” Esto es, los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Esta escueta referencia a la competencia municipal de provisión de servicios públicos, no da cuenta cabal del peso político del Municipio en el Estado federado brasileño. Pues el Municipio como gobierno subnacional, en lo político estaría a la altura del Estado federado, como parte de la Unión o federación de Estados y Municipios, en un régimen constitucional que prevé un gobierno nacional, gobiernos regionales de los Estados federados y gobiernos locales a nivel municipal.”

Finalmente, el “poder público en España se articula, desde una perspectiva territorial, a través de cuatro organizaciones primarias: Estado central, comunidades autónomas, provincias y municipios.” Entidades todas que gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

Las comunidades autónomas se constituyen, acceden al autogobierno y gozan de autonomía política, en virtud del “derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.”

En materia de recursos hídricos, la competencia exclusiva del Estado central es “la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma [...]” Mientras que a la Comunidad autónoma le corresponde la competencia en materia de “los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.”

Sin embargo, ya en el Estatuto de cada comunidad autónoma, se puede apreciar el alcance que adoptan en cada caso, las competencias en materia de recursos hídricos. Así, en el Estatuto de Castilla – La Mancha se asume la siguiente competencia exclusiva:

“8°. Proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la Región; aguas minerales y termales; aguas subterráneas cuando discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.”

Y la Comunidad autónoma de Andalucía, además de la competencia exclusiva sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, aguas minerales, aguas termales; sobre participación en la planificación y gestión hidrológica de aprovechamientos hidráulicos intercomunitarios; medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos; también asume las facultades de policía del dominio público hidráulico atribuidas por la legislación estatal. Sin embargo, más destacadas son las competencias exclusivas sobre las aguas de la Cuenca del río Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad autónoma.

Por su parte, las provincias y los municipios son entidades con personería jurídica, con autonomía administrativa para el cumplimiento de las actividades del Estado. Sus atribuciones y funciones se establecen por ley, forman parte del Consejo Nacional del Agua y de los organismos de cuenca hidrográfica. A los Municipios les corresponde la provisión de los servicios públicos de abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

En consecuencia, si bien dentro de un Estado federal los gobiernos subnacionales, ejercen competencias y potestades político administrativas sobre los recursos hídricos

dentro de su respectiva jurisdicción; en el Estado unitario, los gobiernos subnacionales únicamente asumen la provisión de servicios públicos que dependen del agua, no así la competencia para autorizar su acceso o establecer regulaciones mediante parámetros técnicos. En cambio los gobiernos de las comunidades autónomas españolas, asumen el gobierno y administración de los recursos hídricos que se encuentran en su territorio o discurren por éste; dentro de un Estado unitario, en el cual el gobierno nacional de los recursos hídricos enmarca al gobierno autónomo de los mismos, respecto de las aguas que se encuentran en el territorio de una comunidad autónoma y fluyen por él.

En todo caso, cualquiera que sea la estructura y organización territorial de un Estado y la forma del gobierno de los recursos hídricos, la competencia para la provisión de los servicios públicos de agua potable, saneamiento doméstico y tratamiento de aguas residuales, corresponde al nivel municipal, primer nivel de gobierno territorial visto desde el territorio, y último nivel visto desde el gobierno central o nacional.

2.3 Gobierno de entidades con identidad étnico cultural

En el territorio de los Estados latinoamericanos, además de los gobiernos subnacionales, existen circunscripciones habitadas por comunidades y pueblos portadores de una identidad étnico-cultural, titulares de derechos colectivos reconocidos constitucionalmente y por instrumentos internacionales. Los derechos “[...] a los recursos naturales existentes en sus tierras [...], comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.” Vía por la cual, estas comunidades y pueblos, tienen derecho colectivo a participar en la gestión de los recursos hídricos y a ser parte de una forma de gobierno sobre estos.

Los referidos derechos se encuentran incorporados al ordenamiento jurídico de un buen número de Estados latinoamericanos y, garantizados por su régimen constitucional. De manera que respecto de los recursos hídricos en el territorio de estos Estados, existen

sujetos jurídicos titulares de derechos colectivos, con facultad para ser parte de su gestión y participar del ejercicio de las potestades administrativas del dominio público hidráulico.

En atención a los derechos de estos pueblos, enunciados por la Organización de Naciones Unidas, “[...] los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.” En consecuencia, “[...] tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización [...]”.

Declaración internacional que abre el debate jurídico y político sobre el derecho a la posesión tradicional de recursos renovables en las tierras y territorios de comunidades y pueblos indígenas. Sin embargo, al margen del mismo, es claro que estos derechos darían vida al gobierno autónomo en lo político y administrativo de los recursos hídricos en tierras o territorios de comunidades o pueblos indígenas. Gobierno que por lo demás, tendría plena legitimidad, de acuerdo con el pluralismo jurídico que caracteriza a los ordenamientos jurídicos nacionales que incorporan en su régimen jurídico constitucional, la garantía de los derechos colectivos de comunidades y pueblos indígenas y otras identidades étnico-culturales.

De tal manera, que también el ejercicio de derechos colectivos por parte de estos pueblos sobre los recursos naturales, en general, y sobre los recursos renovables, en singular, comprendidos los recursos hídricos, constituye la base de otra forma de gobierno subnacional.

Este es un rasgo característico de la singularidad jurídico-política del gobierno de los recursos hídricos en los Estados latinoamericanos, que responde a realidades históricas y culturales que ninguna norma legal o administrativa pueden desconocer.

En relación con estos derechos colectivos, el régimen administrativo del dominio público hidráulico, representa una de las condiciones de su ejercicio, observando las limitaciones y condiciones que nacen del interés general y las políticas públicas para el gobierno de los recursos hídricos, impidiendo la arbitrariedad y la prevalencia de intereses particulares.

3. Gobierno Subnacional y Régimen Administrativo del Agua

Desde la perspectiva del Gobierno nacional, la gestión de los recursos hídricos en el territorio, estructurada en el régimen administrativo del agua en torno al dominio público hidráulico, se encuentra normada en lo relativo a formular la planificación nacional, las políticas públicas generales o los instrumentos regulatorios. Sin embargo, la concreción de éste régimen en el territorio, desde la perspectiva del gobierno subnacional, presenta importantes dificultades. En lo principal, las potestades públicas que corresponden al régimen de administración del agua, en la mayoría de Estados latinoamericanos, se encuentran concentradas y centralizadas en el nivel nacional; y la institucionalidad para la gestión en el nivel subnacional, es débil y limitada, cuando no inexistente.

Por lo tanto, deben analizarse los mecanismos que articulen el Gobierno subnacional a la autoridad nacional hídrica, a las responsabilidades respecto del acceso, uso y aprovechamiento del agua, a través de las provisión de servicios públicos. Y además, la implementación de un instrumento técnico administrativo, como es la gestión integrada de los recursos hídricos, a nivel de cuenca hidrográfica.

3.1 Autoridad Nacional

En todos los ordenamientos jurídicos nacionales de los países, cuya legislación hídrica ha sido revisada (capítulo I), se establece una autoridad nacional que ejerce a nivel del Estado federal o del Estado unitario, las potestades públicas relativas a la gestión de los recursos hídricos. Los gobiernos subnacionales del Estado federal, ejercen el gobierno del

agua y recursos hídricos de los ríos, lagunas y formaciones hídricas que fluyen y se encuentran en su territorio y no son competencia del Estado federal a nivel central. Mientras que la competencia para la provisión de servicios públicos de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, corresponden a los Municipios en los Estados federados como México y Brasil; y, en los Estados unitarios considerados: España, Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia y Chile.

Sin embargo, los órganos de autogobierno de las comunidades autónomas españolas, dentro del ordenamiento jurídico español, tienen potestades públicas para el gobierno de los recursos hídricos que fluyen o se encuentren en el territorio de su circunscripción, con amplias facultades sobre el dominio público hidráulico y para la planificación y gestión, así como para la construcción de infraestructura hídrica de su interés.

Esto significa que la transferencia de potestades públicas para el gobierno de los recursos hídricos a los gobiernos subnacionales, así como la regulación y control administrativo del dominio público hidráulico, es una condición necesaria para un adecuado gobierno descentralizado de los recursos hídricos en el territorio. El gobierno subnacional de los recursos hídricos no implica superposición al régimen administrativo del agua, al gobierno nacional y menos aún al ordenamiento jurídico nacional. Tal conflicto y manejo arbitrario de los recursos hídricos puede producirse, cuando no se encuentra garantizada la unidad y continuidad del Gobierno nacional y de los Gobiernos subnacionales, en tanto niveles de la estructura constitucional del Estado.

3.2 Acceso, Uso y Aprovechamiento

Los derechos para acceder al agua se articulan en un sistema que es el régimen de su administración, que constituye el pilar del gobierno y la gestión de los recursos hídricos.

Los derechos para acceder al uso, aprovechamiento o explotación de las aguas y los recursos relacionados, asumen diferente carácter o modalidad, de acuerdo con el

ordenamiento jurídico nacional del que son parte, y el régimen administrativo al que se encuentran sujetos.

Qué modalidad asume este régimen administrativo en las legislaciones que de manera explícita o implícita, incorporan el dominio público hidráulico?

España. En la legislación de aguas de España por ejemplo, toda la legislación de aguas se articula en torno al dominio público hidráulico.

El acceso para la explotación y aprovechamiento de las aguas y los recursos hídricos, se denomina “uso” y se concreta a través del uso común o del uso privativo. El primero no requiere de autorización¹⁰⁵; mientras que el segundo se realiza, por disposición legal, como el uso de aguas lluvias por parte del propietario del predio por el cual discurren; o por autorización o concesión.¹⁰⁶ La concesión administrativa tiene por objeto el uso y aprovechamiento del dominio público hidráulico en su conjunto: aguas y bienes asociados; o aprovechamiento de cauces¹⁰⁷; e incluso la autorización de vertidos¹⁰⁸, puesto que estos se entienden se descargan en el dominio público hidráulico. También las tarifas se establecen en el marco del régimen económico – financiero, como cánones por la utilización de dicho dominio, a partir del “principio de recuperación de los costos de los servicios relacionados con la gestión de las aguas, incluyendo los costos

¹⁰⁵ Texto refundido de la Ley de Aguas, España, “Artículo 50. Usos comunes: 1. Todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado. 2. Estos usos comunes habrán de llevarse a cabo de forma que no se produzca una alteración de la calidad y caudal de las aguas. [...]”

¹⁰⁶ Texto refundido de la Ley de Aguas, España, “Artículo 52. Formas de adquirir el derecho al uso privativo. 1. El derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa.”

¹⁰⁷ Texto refundido de la Ley de Aguas, España, “Artículo 77. Aprovechamiento de los cauces o bienes situados en ellos: 1. La utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos requerirá la previa concesión o autorización administrativa. 2. En el otorgamiento de concesiones o autorizaciones para aprovechamientos de áridos, pastos y vegetación arbórea o arbustiva, establecimiento de puentes o pasarelas, embarcaderos e instalaciones para baños públicos, se considerará la posible incidencia ecológica desfavorable, debiendo exigirse las adecuadas garantías para la restitución del medio. [...]”

¹⁰⁸ Texto refundido de la Ley de Aguas, España, “Vertidos al dominio público hidráulico. Artículo 100. Concepto.- 1. A los efectos de la presente Ley, se considerarán vertidos los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada. Queda prohibido, con carácter general, el vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización administrativa. [...]”

ambientales y del recurso, en función de las proyecciones a largo plazo de su oferta y demanda.”¹⁰⁹

México. Por otra parte, en la Ley de aguas nacionales de México, el acceso a las aguas y a los bienes públicos inherentes (una forma de asumir el dominio público hidráulico, como ya se ha dicho), se realiza a través de asignación¹¹⁰, concesión¹¹¹ o permiso. Este último con el carácter de provisional hasta tanto se emita el título respectivo o, para descarga de aguas residuales. En todas las modalidades se accede al derecho de uso, aprovechamiento o explotación del agua o de los bienes públicos inherentes.

El “uso” del agua en general se define como la “aplicación del agua a una actividad que implique el consumo, parcial o total de ese recurso; [...]”¹¹² La ley regula los siguientes usos: el uso agrícola, ambiental o para la conservación ecológica, consuntivo, doméstico, en acuicultura, industrial, pecuario y uso público urbano. Mientras que por “aprovechamiento” se entiende, la “aplicación del agua en actividades que no impliquen consumo de la misma”¹¹³; y por “explotación”, la “aplicación del agua en actividades encaminadas a extraer elementos químicos u orgánicos disueltos en la misma, después de las cuales es retornada a su fuente original sin consumo significativo.”¹¹⁴

Estas modalidades de acceso, son de carácter administrativo, y, se encuentran sujetas a expresas condiciones legales; por lo cual, pueden ser suspendidas o extinguidas, únicamente por cumplimiento del plazo o por renuncia del titular, en los casos previstos en la referida ley.

¹⁰⁹ Texto refundido de la Ley de Aguas, España, Artículo 111.

¹¹⁰ Ley de Aguas Nacionales. “Artículo 3. VIII. “Asignación”: Título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de “la Comisión” o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para realizar la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, a los municipios, a los estados o al Distrito Federal, destinadas a los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico; [...]”

¹¹¹ Ley de Aguas Nacionales, “Artículo 3. XIII. “Concesión”: Título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de “la Comisión” o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y de sus bienes públicos inherentes, a las personas físicas o morales de carácter público y privado, excepto los títulos de asignación;

¹¹² Ley de Aguas Nacionales, Artículo 3.- Numeral LII.

¹¹³ Ley de Aguas Nacionales, Artículo 3.- Numeral VII.

¹¹⁴ Ley de Aguas Nacionales, Artículo 3.- Numeral XXVII.

En la legislación hídrica mexicana, todas las modalidades de acceso al agua y a los “bienes públicos inherentes”, generan derechos de carácter administrativo para explotación, uso o aprovechamiento en un objeto o destino determinado.

Perú. Por otra parte, en la Ley de Recursos Hídricos de Perú, el acceso al agua y a los bienes asociados a esta, se produce mediante “derechos de uso de agua”, que salvo el uso primario¹¹⁵, se “otorgan, modifican, suspenden o extinguen mediante resolución administrativa de la autoridad nacional [...]”¹¹⁶. Estos derechos de fuente administrativa asumen diferentes modalidades: licencia de uso, permiso de uso o autorización de uso del agua; y su ejercicio se encuentra garantizado legalmente, puesto que “está prohibido alterar, modificar, perturbar o impedir el uso legítimo del agua.”¹¹⁷

En la referida Ley peruana, la licencia de uso del agua es definida en su naturaleza jurídica, sus elementos y condiciones, determinándose las autoridades que intervienen y la función que le corresponde a cada una. El texto de la norma en referencia dice: “Definición.- La licencia de uso del agua es un derecho de uso mediante el cual la Autoridad Nacional, con opinión del Consejo de Cuenca respectivo, otorga a su titular la facultad de usar este recurso natural, con un fin y en un lugar determinado, en los términos y condiciones previstos en los dispositivos legales vigentes y en la correspondiente resolución administrativa que la otorga.”¹¹⁸

Se la confiere por plazo indeterminado, mientras subsista la actividad para la cual se la requirió. Se lo considera “inherente al objeto para el cual fue otorgado”; e implica la

¹¹⁵ Ley de recursos hídricos, Perú, “Artículo 36.- Uso primario del agua.- El uso primario consiste en la utilización directa y efectiva de la misma, en las fuentes naturales y cauces públicos de agua, con el fin de satisfacer necesidades humanas primarias. Comprende el uso de agua para la preparación de alimentos, el consumo directo y el aseo personal; así como su uso en ceremonias culturales, religiosas y rituales.”

¹¹⁶ Ley de Recursos Hídricos de Perú, Artículo 44, inciso segundo.

¹¹⁷ IDEM, Artículos 45 y 46.

¹¹⁸ IDEM, Perú, Artículo 47.

facultad de establecer las servidumbres que requiera su ejercicio; el derecho a utilizar el agua, los bienes del dominio público hidráulico y los bienes artificiales asociados.¹¹⁹

También el permiso y la autorización de uso del agua, son cada uno “derecho de uso”, con características particulares. El primero en épocas de superávit, con duración indeterminada, ejercicio eventual, cantidad indeterminada y de fuente natural.¹²⁰ O también puede ser de aguas provenientes de filtraciones, resultado del ejercicio de licencias de uso del agua; su duración es indeterminada, mientras que la cantidad es determinada.¹²¹

La autorización en cambio, es un derecho de uso de plazo determinado no mayor de 2 años, renovable, de una cantidad de agua para ejecución de estudios, ejecución de obras; y lavado de suelos.¹²²

Estos derechos de uso, de naturaleza administrativa, son susceptibles de extinción;¹²³ caducidad¹²⁴ y revocación¹²⁵ de conformidad con la ley.

El régimen económico por el uso del agua que la Ley en mención establece, se sostiene en varias “retribuciones económicas y tarifas” por concepto de: uso del agua; vertimiento de uso de agua residual; y tarifas por la distribución del agua en los usos

¹¹⁹ IDEM, Perú, Artículo 50.

¹²⁰ Ley de recursos hídricos, Perú, Artículo 58.

¹²¹ IDEM, Artículo 59.

¹²² IDEM, Perú; Artículo 62.

¹²³ IDEM, Perú, “Artículo 70.- Causales de extinción de los derechos de uso de agua. Los derechos de uso de agua previstos en la Ley se extinguen por lo siguiente: 1. Renuncia del titular; 2. Nulidad del acto administrativo que lo otorgó; 3. Caducidad; 4. revocación; y 5. Resolución judicial consentida o ejecutoriada que disponga la extinción del derecho. La declaratoria de extinción de los derechos de uso de agua determina la reversión al dominio del Estado de los volúmenes otorgados.”

¹²⁴ Ley de recursos hídricos, Perú, “Artículo 71.- Caducidad de los derechos de uso. Son causales de caducidad de los derechos de uso las siguientes: 1. La muerte del titular del derecho. 2. El vencimiento del plazo del derecho de uso de agua; 3. Conclusión del objeto para el que se otorgó el derecho; y 4. Falta de ejercicio del derecho durante dos (2) años consecutivos o acumulados en un período de cinco (5) años sin justificación, siempre que esta causal sea imputable al titular.”

¹²⁵ Ley de recursos hídricos, Perú, “Artículo 72.- Revocación de los derechos de uso de agua. Son causales de revocación de los derechos de uso las siguientes: 1. La falta de pago de dos (2) cuotas consecutivas de la retribución económica del agua por uso o del derecho de vertimiento, de las tarifas de agua o de cualquier otra obligación económica con la Autoridad Nacional; 2. Cuando se destine el agua, sin autorización previa de la Autoridad Nacional, a un fin distinto para el cual fue otorgado; 3. Cuando el titular del derecho de uso de agua haya sido sancionado dos (2) veces por infracciones; y 4. La escasez del recurso, declarada formalmente por la Autoridad Nacional, o problemas de calidad que impidan su uso.”

sectoriales; por la utilización de la infraestructura hidráulica mayor y menor; y por monitoreo y gestión de uso de aguas subterráneas.”¹²⁶

En resumen, el derecho de uso del agua establecido en la Ley de recursos hídricos de Perú, es un derecho de uso de fuente administrativa, privativo, oponible a terceros, con un destino o finalidad determinada, cuyo uso genera la obligación de pago de retribuciones económicas y tarifas; susceptible de extinción, caducidad y revocación.

Ecuador. Finalmente, en el ordenamiento jurídico del Ecuador el régimen administrativo de las aguas, se encuentra en situación de transición. Por una parte, el estatus jurídico de las aguas como patrimonio nacional estratégico, en un marco legal cuyo objeto de regulación son los recursos hídricos y que incorpora el dominio público hidráulico¹²⁷, para delimitar los componentes del régimen administrativo correspondiente. Y por otra parte, la reciente superación del anterior régimen de administración de aguas, que pese a la jerarquía normativa de la Constitución sobre toda otra norma de menor orden, se mantuvo vigente.

En consecuencia, la definición del carácter jurídico del derecho por el que se accede a los recursos hídricos, sin dejar de lado el contenido material de este, es una decisión político-jurídica de estrategia de Estado, respecto a la forma de administración de los recursos naturales concebidos como “bienes administrativos” o “cosa públicas”. Es evidente que el derecho para acceder a los recursos hídricos, cuyo núcleo lo constituye el agua, en las diferentes modalidades que adopta, expresa la naturaleza jurídica del régimen político-administrativo del que son parte.

Por ello que en el ordenamiento jurídico chileno, aunque el agua se define como “bien nacional de uso público”, esto es, parte del dominio público estatal, el derecho de

126 Ley de recursos hídricos, Perú, Artículo 90.

127 En el Artículo 10 de la Ley orgánica de recursos hídricos, usos y aprovechamiento del agua, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 305 de 6 de agosto de 2014 (Ecuador), constan la enumeración de los elementos naturales que conforman el dominio hídrico público, como denomina la referida Ley al dominio público hidráulico.

acceso al agua, por disposición legal se le asigna el carácter de derecho real, en el marco de las normas del Derecho civil, como cualquier bien susceptible de apropiación privada y transferencia entre privados, sujeto íntegramente al régimen de propiedad privada.

En la legislación hídrica de los Estados iberoamericanos en que se incorpora el dominio público hidráulico como objeto de regulación (legislación española) o como ámbito jurídico en que se ubican los recursos hídricos para ser objeto de regulación (legislación mexicana, legislación peruana, legislación ecuatoriana y legislación brasileña), se encuentran derechos de acceso de carácter administrativo: concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, que generalmente excluyen el uso primario del agua o para satisfacción de las necesidades básicas, al tiempo que regulan derechos conexos para el ejercicio material del referido acceso, así como las condiciones que debe cumplir y las formas de extinción, caducidad y revocación de estos derechos.

En los Estados unitarios, la provisión de los servicios públicos relacionados con el agua, es competencia exclusiva de los gobiernos subnacionales municipales o locales. Sin embargo, depende de la administración nacional del dominio público hidráulico, puesto que su provisión supone la autorización para acceder al uso exclusivo de una cantidad de agua. No obstante, el ejercicio de dicha competencia, por las implicaciones respecto de otros elementos naturales relacionados y de aspectos técnicos, económicos y sociales involucrados, es ya una responsabilidad del Estado en su conjunto. Se trata de dos regímenes jurídicos de derecho administrativo que se complementan: dominio público hidráulico relativo a los recursos hídricos; y servicio público, relativo a la provisión de agua potable, alcantarillado (o saneamiento urbano), tratamiento de aguas residuales; y también el servicio público de riego y drenaje (o saneamiento del suelo).

Los servicios públicos no son solamente “una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes”¹²⁸ que se traduce en “actividades realizadas por entidades estatales o por su mandato, con el objeto de satisfacer necesidades colectivas esenciales, bajo un régimen de derecho público.”¹²⁹ Constituyen, como ya se indicó, la única vía por la cual es posible garantizar a las personas el acceso organizado y permanente al agua, en tanto derecho humano, en condiciones adecuadas de calidad y cantidad. En consecuencia, la provisión de los indicados servicios públicos, contribuye a institucionalizar el gobierno y administración del dominio público hidráulico, directamente, como parte de las políticas públicas y actuaciones de la administración pública del gobierno subnacional.

Esta comprensión de los servicios públicos en el territorio, como parte del gobierno y administración del dominio público hidráulico, hace énfasis en la garantía del derecho humano al agua y de observancia del derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado. Se supera así, aquella comprensión abstracta y aislada del agua, que no atiende a los elementos naturales y condiciones materiales que la contienen y por donde fluye; que conduce a considerar en sí mismo los servicios públicos del agua, privilegiando su contenido económico y financiero, desde una visión técnica unilateral que descuida los aspectos políticos, sociales y culturales que presenta el uso y aprovechamiento del dominio público hidráulico por parte del gobierno subnacional.

En la provisión de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado (saneamiento) y tratamiento de aguas residuales, confluye un conjunto de políticas públicas para el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos, construcción de obras públicas de captación, potabilización, conducción, distribución, medición,

¹²⁸ León Duguit, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1975. Pág. 31.

¹²⁹ Marcelo J. Cousillas, *Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento*, Pág. 8, en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cousillas-Regimen-juridico-de-las-aguas-y-de-los-servicios-de-agua-potable-y-saneamiento.pdf>. Agosto, 2013.

recaudación de tarifas de agua; gestión integrada de recursos hídricos, gestión ambiental, prevención y control de la contaminación, entre otras.¹³⁰

En definitiva, la prestación de un servicio público como los señalados, presupone una gestión pública concertada de diversos niveles estatales de gobierno y de múltiples políticas públicas, en el marco de una planificación nacional del desarrollo social y económico.

3.3 La Gestión Integrada de Recursos Hídricos

En la actualidad el gobierno de los recursos hídricos en el ámbito jurídico administrativo, presupone una innovadora gestión del agua que incluye la integración de algunos aspectos económicos, sociales, ambientales, que antes eran considerados accesoriamente. De esta manera, la tradicional gestión se transforma en una gestión de los recursos hídricos, caracterizada por articular o integrar los elementos naturales, los aspectos ambientales y sociales, económicos y culturales, relacionados con la gestión del agua.

Sin embargo, el concepto técnico administrativo “Gestión integrada de recursos hídricos” (GIRH), generado desde organismos internacionales, como instrumento de respuesta a la “crisis del agua” a nivel global, “se puede definir como un proceso que promueve el desarrollo y el manejo coordinado del agua, del suelo y de recursos relacionados, maximizando el bienestar económico y social resultantes de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de ecosistemas vitales”.¹³¹”

¹³⁰ El servicio público de tratamiento de aguas residuales, debe entenderse como el tramo final del servicio de agua potable, la obra pública es la requerida para la recolección, almacenamiento, tratamiento y descarga de las aguas. En cambio, el servicio público de riego y drenaje tiene una finalidad diferente, aunque el proceso de obra pública para la captación, conducción, distribución de agua para riego, sea semejante al requerido para el servicio de agua potable, con iguales consideraciones de calidad, gestión ambiental y demás consideraciones de orden técnico.

¹³¹ Global Water Partnership, Comité Asesor Técnico, 2000*Principios de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (bases para el desarrollo de planes nacionales)*, www.gwp.org/.../GWP.../Bases%20para%20el%20Desarrollo%20de%20. Pág. 3, Febrero 2008

“La GIRH busca resolver algunas de las causas fundamentales de la crisis de gestión, a saber, la ineficacia y los conflictos que surgen del desarrollo y uso no coordinado de los recursos hídricos.”¹³² [...] “Su carácter conceptual radica en un juego de cuatro principios rectores acordados en la Conferencia Ministerial de Dublín (1992), que precedió a la primera Cumbre de la Tierra sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro, el mismo año.¹³³

La Ley de Aguas Nacionales de México, en su artículo 3 define en el mismo sentido la gestión integrada de recursos hídricos¹³⁴; mientras que la Ley de Recursos Hídricos de Brasil, aunque no la define, regula la formulación de la “Política Nacional de Recursos Hídricos” y el “Sistema Nacional de Gerenciamiento de los Recursos Hídricos”, en donde se integra la gestión de estos recursos con la gestión ambiental.

El concepto de GIRH establece por lo tanto, un nuevo modelo de gestión orientado a la sostenibilidad del actual régimen de administración del agua, pues supone institucionalizar la integración y coordinación de la gestión de tierras, agua superficial y subterránea, cuencas fluviales y entornos costeros y marinos adyacentes, e intereses particulares aguas arriba y aguas abajo; involucrándose además en la reforma de las formas organizativas e institucionales, de manera que los beneficios obtenidos de dichos recursos reviertan equitativamente en el conjunto de la sociedad.

¹³² Patrick Moriarty (IRC), John Butterworth (IRC) y Charles Batchelor, *La gestión integrada de los recursos hídricos y el subsector agua y saneamiento doméstico*. Abril 2006. Pág. 1

¹³³ Principios de Dublín: Principio No. 1 El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente. Principio No. 2 El desarrollo y la gestión del agua debe basarse en un enfoque participativo, involucrando a los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles. Principio No. 3 La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua. Principio No. 4 El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia y debería reconocérsele como un bien económico. Patrick Moriarty (IRC), John Butterworth (IRC) y Charles Batchelor, *“La gestión integrada de los recursos hídricos y el subsector agua y saneamiento doméstico”*. Abril 2006. Pág. 4

¹³⁴ Ley de Aguas Nacionales, México, “Artículo 3.- Gestión Integrada de Recursos Hídricos.- Proceso que promueve la gestión y desarrollo coordinado del agua, la tierra, los recursos relacionados con éstos y el ambiente, con el fin de maximizar el bienestar social y económico equitativamente sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales. Dicha gestión está íntimamente vinculada con el desarrollo sustentable. Para la aplicación de esta Ley en relación con este concepto se consideran primordialmente agua y bosque.”

“La GIRH inicia reconociendo que los enfoques tradicionales para la gestión del agua, desde arriba hacia abajo, orientados hacia la provisión del servicio, de base técnica y sectorial, están imponiendo costos insosteniblemente altos sobre las sociedades humanas y sobre el ambiente natural, tanto en lo económico como en lo social y ecológico. Si dichos enfoques persisten, la escasez de agua y el deterioro de la calidad de este recurso se convertirán en factores clave que limitarán el desarrollo económico futuro, la expansión de la producción alimentaria y la provisión de los servicios básicos de salud y de higiene a millones de personas en condiciones de desventaja.”¹³⁵

Esto significa que la nueva gestión del agua, debe superar su carácter sectorial y asumir el manejo integrado de los usos sectoriales; superar su carácter impositivo: de arriba hacia abajo y, atender la “gestión de la demanda”; pasar del concesionamiento de una cantidad determinada de agua, al uso y aprovechamiento del dominio público hidráulico y sus elementos; reemplazar el auto control a partir de la conciencia ciudadana de cada usuario para cumplir la ley, por el control objetivo, separado de la gestión y ejercido por una autoridad administrativa independiente. Asumir la participación de usuarios del agua y consumidores de servicios públicos relacionados, en la gestión y conservación de los recursos hídricos: agua, elementos naturales y ecosistemas relacionados.

Además, la GIRH supone, con fines de administración y gestión hídrica, sobreponer a las unidades de la división político- administrativa del territorio, la cuenca hidrográfica, como ámbito de gestión de los recursos hídricos, en tanto unidad independiente de gestión integrada de los recursos hídricos en el territorio, a cargo de una autoridad técnico administrativa especializada y descentralizada.

135 Global Water Partnership, Elecciones y decisiones políticas, en [www.gwp.org/Global/ToolBox/About/.../ToolBox%20\(Spanish\)](http://www.gwp.org/Global/ToolBox/About/.../ToolBox%20(Spanish)), Pág. 6, Octubre 2012.

En conjunto, la GIRH en el ámbito de la cuenca hidrográfica, constituye el modelo de gestión característico del gobierno de los recursos hídricos, cuyos principios para la planificación nacional de los recursos hídricos, definen las múltiples dimensiones que deben atenderse al momento de definir las políticas hídricas nacionales.¹³⁶

Se puede apreciar en los principios y contexto en que se define y aplica el concepto de la GIRH, la propuesta explícita de construir un orden global para la regulación de los recursos hídricos, a través de lineamientos universalmente aceptados, instrumentos normativos de general aceptación y de gran flexibilidad, susceptibles de aplicación en múltiples y cambiantes condiciones; en función de homogenizar las políticas públicas de recursos hídricos y su regulación jurídica. Instrumentos normativos que se han ido articulando a lo largo de procesos de concertación, a través de conferencias y convenios internacionales, desde principios de la década de los años noventa del siglo pasado.¹³⁷ Esto, independientemente de la concepción jurídica que se tenga sobre los recursos hídricos y el estatus jurídico que se asigne al agua y a los elementos asociados a ella, dentro de un ordenamiento jurídico nacional. En tales condiciones, el dominio público hidráulico, ampliado en su contenido al conjunto de los recursos hídricos, podría contribuir a este propósito, integrándose en tanto condición jurídica de la gestión integrada de recursos hídricos

Otro concepto técnico administrativo que incide en la gestión integrada de los recursos hídricos y en su gobierno, es el de “Desarrollo Sostenible” o Sustentable, formulado originalmente en el Informe de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y

¹³⁶ Anexo II: Principios para definir políticas públicas de Gestión Integrada de Recursos Hídricos

¹³⁷ “Reuniones clave en el surgimiento de GIRH como un enfoque: • International Conference on Water and the Environment, Dublín, 1992; • Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 1992 (para mayor información véase <http://www.un.org/esa/sustdev/>); • Segundo Foro Mundial del Agua, La Haya (<http://www.worldwaterforum.net/>); • Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2002 (<http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/>); • Tercer Foro Mundial del Agua, Kyoto, 2003 (<http://www.world-water-forum3.com/>).” En Global Water Partnership, *Principios de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (bases para el desarrollo de planes nacionales)*, febrero 2008. www.gwp.org/.../GWP.../Bases%20para%20el%20Desarrollo%20de%20, Pág. 3, Octubre 2012.

Desarrollo en 1987, el llamado “Informe Brundtland”. En ese entonces, se entendía por desarrollo sustentable “[...] aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer las propias.”¹³⁸ Definición que es recogida en los principios de la Declaración sobre medio ambiente y desarrollo de Río de Janeiro, 1992¹³⁹.

En la actualidad, este concepto ha sido reemplazado desde Naciones Unidas, por el de “desarrollo humano sostenible”¹⁴⁰ que comprende aspectos sociales y políticos, además de los aspectos ambientales, como inicialmente sucedió con el desarrollo sustentable.

Sin embargo, aquí lo que interesa considerar son dos aspectos ambientales del desarrollo sustentable, esto es, la cantidad y la calidad del agua, de los que depende directamente el gobierno de los recursos hídricos. Es decir, interesa analizar la disponibilidad de agua y los factores y fenómenos que la afectan; así como, la idoneidad de la misma y el control de los procesos de contaminación y de tratamiento para la descontaminación de las aguas.

En la creciente complejidad del actual mundo globalizado, la disponibilidad del agua se encuentra amenazada por el crecimiento de la demanda y el fenómeno del cambio climático¹⁴¹; mientras que la calidad de la misma debe enfrentar los riesgos de la contaminación generada por los múltiples procesos productivos, las descargas de vertidos

¹³⁸ “27. Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.”

http://www.aren.admin.ch/aren/en/nachhaltig/international_uno/unterseite02330/ Octubre 2013.

¹³⁹ Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo. Principio 3.- “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.” <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/documents.html>, Octubre 2013.

¹⁴⁰ “Desarrollo humano significa el “proceso de expansión de las capacidades de las personas que amplían sus opciones y oportunidades” (PNUD). Pero no se limita al acceso al empleo y a servicios de educación y salud, sino que abarca otras dimensiones fundamentales de la humanidad tales como “el goce de libertades civiles y políticas y la participación de la gente en los diversos aspectos que afectan sus vidas”. El concepto de desarrollo humano incluye pues la problemática de la gobernabilidad democrática, la participación y vigilancia ciudadana y la generación de capital social. www.rsu.uninter.edu.mx/doc/glosario/DesarrolloHumanoSostenible.pdf, Octubre 2013

¹⁴¹ “Por “cambio climático” se entiende un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables.” Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, http://www.unic.org.ar/pag_esp/esp_cambioclimatico2009/cambioclimatico09.html Octubre 2013.

no tratados y el manejo ambiental deficiente de los recursos naturales asociados al agua, en especial el bosque y la cobertura vegetal. Estas realidades no solo requieren de políticas nacionales y de instrumentos normativos adecuados y ágiles; sino además, de un ordenamiento normativo internacional para la gestión regional de recursos hídricos; autoridades hídricas estatales con potestades y competencias administrativas suficientes de gobierno y coordinación; un conocimiento probado de las variables características que adopta el ciclo hidrológico en determinada cuenca o región; y una concepción jurídico dogmática del agua y de los derechos y recursos a ella asociados, que inspire regulaciones nacionales, claras y flexibles para el acceso, uso y aprovechamiento de estos recursos. El gobierno de los recursos hídricos, es el instrumento imprescindible, para asegurar la cantidad y calidad del agua, una de las principales condiciones del desarrollo humano sostenible.

La legislación ambiental que nació junto a los compromisos de los Estados con la comunidad internacional, en materia de desarrollo sustentable, conservación de la biodiversidad y prevención y control de la contaminación; en general, no abarca la gestión integrada de recursos hídricos. Aunque parece natural que en la legislación ambiental, junto con la protección del ambiente y la regulación del derecho colectivo a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se incluya también la gestión integral de los recursos hídricos.

Sin embargo, la regulación jurídica de los recursos hídricos y el gobierno de éstos, tiene características económicas, políticas, sociales y culturales singulares, que no es posible reducir a la dimensión ambiental. De ahí que sin perturbar el ámbito jurídico de la legislación ambiental, es necesario destacar la singularidad de la actual legislación de recursos hídricos, desde una visión jurídica que instituya la regulación normativa de los “bienes administrativos” o “cosas públicas” que integran el dominio público hidráulico. El

gobierno de los recursos hídricos en una dimensión global, en la actualidad está en construcción, a partir de un conjunto de instrumentos internacionales y un desigual y heterogéneo desarrollo de la legislación hídrica, en los respectivos ordenamientos jurídicos.

CAPITULO III: BONDADES DEL DOMINIO PÚBLICO HÍDRÁULICO

El precedente estudio del dominio público hidráulico y su relación con los gobiernos subnacionales, conduce a precisar y destacar de manera sintética, las contribuciones que el referido concepto jurídico aporta respecto de identificar las características y rasgos más relevantes del gobierno y gestión de los recursos hídricos, en el nivel subnacional del Estado contemporáneo y, en el contexto de la legislación hídrica española y de algunos países latinoamericanos. Estas son las denominadas “bondades” que a continuación se exponen.

Por otra parte, debe precisarse que las premisas de este trabajo, a pesar de haber permitido la construcción de una visión publicista del dominio público hidráulico y del gobierno subnacional, en el campo del Derecho administrativo, sólo han abierto la puerta a una visión innovadora de la regulación jurídica sobre el acceso, uso y aprovechamiento de un elemento universal en la naturaleza y en la vida social, como es el agua y su continente material. Por ello que aquí el lector no encontrará una visión acabada de aquella visión, sino tan solo, algunos atisbos respecto de las implicaciones que tiene la incorporación del dominio público hidráulico, desde el Derecho administrativo, en la normativa hídrica y en su reflexión y estudio.

Se consideran tres aspectos o “bondades” básicas del dominio público hidráulico. Primero, la articulación conceptual de los elementos naturales y artificiales que conforman el entorno o continente material del agua y de los recursos hídricos. En segundo lugar, la posibilidad de racionalizar el régimen administrativo del agua, dotándole de un contenido práctico y realista que contribuya a su mayor consistencia y sistematicidad; y finalmente, la posibilidad de consolidar en el gobierno subnacional, la gestión de los recursos hídricos, para la institucionalización de un gobierno descentralizado y efectivo de los recursos hídricos en su unidad natural de gestión, la cuenca hidrográfica.

1. Articula los Elementos Naturales y Artificiales

La acción de incorporar a la regulación jurídica de la gestión de los recursos hídricos, el continente material del agua en sus elementos naturales y artificiales, es decisiva para superar la visión abstracta del agua, característica de una regulación jurídica de orientación civilista, que la considera como un elemento aislado, abstracto, sin referencia a los otros elementos naturales que la contienen y con los que se encuentra articulada.

El dominio público hidráulico, comprendido como un conjunto de potestades administrativas que se ejercen sobre “cosas públicas” o “bienes administrativos” (como el agua) para destinarlos a un fin público, incorpora una comprensión concreta del agua como elemento natural indispensable para la vida, de los elementos naturales que la contienen y, de los elementos artificiales, por los que es conducida para distribuirla, tratarla, utilizarla, aprovecharla o descargarla, de conformidad con los fines públicos del régimen administrativo del dominio público hidráulico.

Así este concepto incorpora la dimensión ambiental de la gestión del agua y de los recursos hídricos, la conformación morfológica de los lugares en que se ubican sus fuentes y de las cuencas hidrográficas por las cuales fluye; y, de los aspectos sociales, culturales y económicos involucrados, que deben caracterizar su gestión y gobierno.

Al considerar los elementos naturales y artificiales articulados con la gestión del agua, este concepto define un espacio físico y unos componentes materiales, para constituirlos en un ámbito de regulación jurídica y administrativa, en función de la finalidad pública de garantizar el orden de prioridad para el acceso, uso y aprovechamiento del agua, y con esto, el ejercicio de los derechos relacionados.

A partir de estos aportes, la incorporación del dominio público hidráulico, introduce una visión concreta, publicista y administrativista, de la regulación jurídica de la gestión y

gobierno de los recursos hídricos, en el lugar en que se encuentran y sin excluir la interacción de sus elementos.

Cabe destacar que la visión abstracta del agua, corresponde a una comprensión de los servicios públicos relacionados, como “industria del agua potable y saneamiento”, cuya resultante es entender la prestación de los mismos solo en condiciones de mercado¹⁴², desde consideraciones que privilegian los temas de inversión, rentabilidad, costos y tarifas. Mientras que la visión de los recursos hídricos desde el dominio público hidráulico, se articula con el acceso al agua potable y alcantarillado, en cuanto servicios públicos por los cuales, toda persona ejerce el derecho al agua por su condición de tal¹⁴³. En consecuencia, la inversión que demanda la prestación de los servicios públicos, es inversión social en función de la satisfacción de necesidades colectivas de interés público.

Finalmente, debe destacarse que la incorporación de los elementos naturales y artificiales a la gestión del agua y al gobierno de los recursos hídricos, implica la afectación al uso, de aquella porción de suelo de propiedad de particulares, comprendida en la delimitación del dominio público hidráulico; y su regulación y control por parte del Estado, a través del gobierno subnacional, en cuya circunscripción territorial se encuentra.

2. Racionaliza el Régimen Administrativo del Agua

Tradicionalmente el acceso, uso y aprovechamiento del agua se ha regulado jurídicamente en relación con la propiedad de la tierra, en la cual se encuentra o por la cual fluye. El régimen administrativo resultante se centraba especialmente en la asignación y administración de los derechos para acceder y aprovechar el agua. Este tipo de régimen administrativo, altamente centralizado, privilegiaba el formalismo y la aplicación abstracta

¹⁴² “En el sistema de mercado, el bienestar social es la suma de utilidades privadas, y la ley se construye en función de intereses privados. Su papel fundamental es preservar la libertad económica, y el derecho público tiene un papel limitado. La función de la ley consiste en facilitar transacciones.” Miguel Solanes, *Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas del mercado*. Santiago de Chile CEPAL- ECLAC, 1999. Pág. 17

¹⁴³ El saneamiento o alcantarillado es un servicio público, diferente del saneamiento ambiental y el manejo y disposición de desechos, que son actividades comprendidas en la gestión ambiental.

e inflexible de la letra de la ley, permitiendo sin embargo, la acción discrecional de la autoridad administrativa. El resultado, históricamente lo han vivido y viven aún los pueblos en muchos países latinoamericanos, el acceso inequitativo al agua, la discriminación, en perjuicio de la cabal satisfacción de las necesidades colectivas de interés público.

La racionalidad del régimen administrativo del agua que genera el dominio público hidráulico, se encuentra en directa relación con el carácter público y administrativo de la regulación, desde la finalidad pública que por mandato normativo (constitucional o legal) se impone, no solo al agua, sino también a los elementos de su entorno y continente material. Desde estas premisas, el régimen administrativo del agua se convierte en una garantía del acceso al agua, de acuerdo a la prioridad de las necesidades y destinos en correspondencia con la disponibilidad y calidad del agua. Así el régimen administrativo de la gestión de los recursos hídricos, a partir la cuenca hidrográfica y con la participación de los diferentes sectores usuarios del agua de la misma -y no desde las unidades político administrativas del territorio estatal que generalmente no incluyen el conjunto de una cuenca- es un resultado generado por las cualidades y características del marco normativo que descansa en la pertinencia de los conceptos jurídicos.

Desde el dominio público hidráulico, concepto del Derecho administrativo, el régimen administrativo que le corresponde está orientado al cumplimiento de la finalidad pública que lo caracteriza, esto es, garantizar el acceso equitativo, el uso y aprovechamiento sustentable y adecuado a las necesidades y sus prioridades; y el buen gobierno de los recursos hídricos en la cuenca hidrográfica. De esta manera el interés público y la planificación nacional conducen la política de gestión de recursos hídricos.

Este régimen administrativo del agua, independientemente del carácter que tenga o de la concepción jurídica desde la cual se lo asuma, se encuentra atravesado por las

condiciones sociales, culturales y económicas que prevalecen en el territorio y en las que viven los usuarios del agua. Por lo tanto, en dicho régimen debe reconocerse e incluirse las formas comunitarias de gestión que han superado las limitaciones e incapacidades estatales para proveer servicios públicos universales de óptima calidad.

Por otra parte, el dominio público hidráulico que incorpora los elementos naturales y artificiales en la gestión del agua y contribuye a la racionalidad del régimen administrativo correspondiente, aporta las condiciones para que en el gobierno de los recursos hídricos, se consideren las características particulares morfológicas, hídricas, sociales y económicas de cada cuenca hidrográfica. Todo lo cual confiere a la autoridad nacional la capacidad de una solvente gestión del agua y del gobierno de los recursos hídricos en la cuenca hidrográfica. Se crea así la posibilidad de la estructuración de un gobierno subnacional con amplias potestades y competencias para asumir tan decisiva responsabilidad.

El dominio público hidráulico, desde el Derecho administrativo, aporta al régimen administrativo del agua, la riqueza de la multiplicidad de formas y características variadas que presenta la gestión de los recursos hídricos en cada territorio; y el fortalecimiento de la capacidad administrativa de la autoridad para aplicar instrumentos normativos adecuados a la finalidad establecida y ágiles de ejercer y operar.

3. Consolida la Gestión de los Recursos Hídricos a Nivel Subnacional

Como se ha podido apreciar, solo en la legislación hídrica de España, Perú, Ecuador y también Uruguay, se encuentra expresamente incorporado el concepto dominio público hidráulico; aunque en la legislación de México y de Brasil, se han podido identificar conceptos similares que cumplen una función semejante, cual es la de establecer el ámbito físico y los elementos naturales y artificiales que integran el régimen administrativo especial del agua y los recursos hídricos. Sin embargo, también se ha podido apreciar que

la presencia del concepto en la legislación hídrica por sí solo, no es suficiente, puesto que desde el concepto de dominio público, en la tradicional definición que trae el Código Civil, también es posible arribar al dominio público hidráulico.

El punto decisivo es el carácter administrativo y no civilista del concepto, que por ser tal se articula con la administración pública, sus órganos y la gestión que éstos despliegan. Además, se vincula con el gobierno de los recursos hídricos y la estructura estatal de la organización territorial. Es por esto que el dominio público hidráulico contribuye a fortalecer el Derecho administrativo como disciplina jurídica autónoma y singular, al tiempo que propicia la gestión de los recursos hídricos como función natural de los gobiernos subnacionales.

Sin embargo, el estudio solo aporta el auto gobierno de las comunidades autónoma españolas, como ejemplo de un gobierno subnacional de un Estado unitario que cuenta con las potestades públicas para ejercer el gobierno del agua y los recursos hídricos en su circunscripción territorial, en el marco del ordenamiento constitucional y legal que le corresponde. Dentro de las limitaciones que deben reconocerse, pues se trata de dos tipos diferentes de organización estatal, también los Estados federados en México y Brasil, cuentan con esa facultad de gobierno de los recursos hídricos en su territorio estatal, de conformidad con la Constitución y leyes federales.

Es desde esta constatación que se señaló la posibilidad y analizó la consistencia jurídica de instituir gobiernos subnacionales con esa capacidad de gestión y gobierno de los recursos hídricos, en las circunscripciones territoriales reconocidas al gobierno de identidades étnico - cultural, como los denominados pueblos indígenas, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

No obstante, el régimen administrativo que presupone el dominio público hidráulico, representa una posibilidad concreta de vincular la gestión y gobierno de los

recursos hídricos con los gobiernos subnacionales, fortaleciendo y dando consistencia a la competencia para la provisión de servicios públicos que se halla asignada a estos gobiernos, en la generalidad de ordenamientos jurídicos nacionales considerados.

En general se puede afirmar que el régimen del dominio público hidráulico, aplicado en el marco de la legislación hídrica nacional, confiere consistencia jurídica e institucional a la gestión de los recursos hídricos y la vincula con las potestades públicas que respecto del agua y los recursos hídricos, ya ejercen los gobiernos subnacionales y otras que podrían ejercer en el futuro, en virtud de la descentralización de la gestión de recursos hídricos en la cuenca hidrográfica.

|

CONCLUSIONES

- El concepto dominio público hidráulico al determinar en el territorio los elementos naturales y artificiales que lo integran y que se articulan al régimen administrativo que lo conforma, destaca la funcionalidad de los gobiernos subnacionales para el ejercicio de las potestades públicas relativas a la gestión de los recursos hídricos en la circunscripción territorial subnacional, con independencia del tipo de Estado de que se trate.
- El dominio público hidráulico en tanto conjunto de potestades públicas que se ejercen respecto de “cosas públicas” o “bienes administrativos” a los que impone una finalidad pública, destaca la continuidad existente entre los diferentes niveles de gobierno en un Estado unitario -gobierno nacional y gobiernos subnacionales- sea que se mantenga como tal o se integre en un Estado federal.
- En la legislación hídrica española, a partir del dominio público hidráulico, la delimitación física en el territorio del ámbito que le corresponde, es ejercido por los gobiernos subnacionales, tanto provinciales como de las comunidades autónomas, de conformidad con el marco constitucional y legal.
- El régimen administrativo del agua en la legislación hídrica de los Estados iberoamericanos considerados en el estudio, formalmente se desarrolla con independencia del concepto dominio público hidráulico en función de las particularidades propias de cada país, pero logra mayor concreción y funcionalidad cuando éste concepto es incorporado, explícita o implícitamente, como en la legislación española o la mexicana.
- El estudio ha permitido constatar la presencia conceptual del dominio público hidráulico en la legislación hídrica de España, México, Perú y Ecuador, aunque su

constatación doctrinaria se ha dado en tratadistas españoles y chilenos, cuyas obras fueron consultadas.

- Por limitaciones de las fuentes consultadas solo ha sido posible constatar la presencia del dominio público hidráulico en el gobierno de los recursos hídricos, en la legislación de dos de las Comunidades autónomas españolas, donde el punto de partida de este gobierno es la delimitación de los elementos naturales y artificiales que integran este dominio público, previsto en el Estatuto Autonómico.
- Ha sido posible verificar la articulación doctrinaria, conceptual y de instrumentos operativos de la gestión político administrativa del agua y de los recursos hídricos, únicamente de manera abstracta y general; tomando en cuenta la referencia a posiciones jurídico doctrinarias inspiradas en una concepción civilista de la regulación jurídica del agua, sin consideración explícita al dominio público hidráulico.
- El estudio del dominio público desarrollado por tratadista españoles, en especial Morillo – Velarde, aplicable al dominio público hidráulico, en tanto una forma particular de ese; así como los estudios del tratadista chileno, Vergara Blanco, han permitido constatar la autonomía e independencia del Derecho administrativo, e identificar al dominio público hidráulico en tanto concepto jurídico de carácter publicista y administrativista.
- En el presente estudio se ha constatado que la principal función estatal de los gobiernos subnacionales en el gobierno de los recursos hídricos, se concreta expresamente en la provisión de servicios públicos relacionados con el agua y la observancia de los derechos constitucionales relacionados con ella. Sin embargo, otras funciones estatales, como la delimitación, el control y ejercicio de policía

administrativa respecto de los elementos del dominio público hidráulico, se han identificado en los gobiernos de las Comunidades autónomas españolas.

- Entre los rasgos jurídicos más relevantes del Derecho administrativo iberoamericano, cabe destacar, en la actualidad, su limitada influencia en la legislación hídrica de los Estados latinoamericanos; la considerable distancia que en materia doctrinaria lo separa de las poco desarrolladas concepciones jurídicas que se encuentran en acción en dicha legislación; así como también, la evidente autonomía e independencia de su desarrollo, respecto de otras ramas del Derecho.
- La heterogeneidad de las concepciones jurídico doctrinarias que se evidencian en la amplia legislación hídrica de los Estados latinoamericanos, destacan la ausencia de desarrollo del Derecho político y constitucional, en tanto marco y soporte del Derecho administrativo, en lo relativo a la regulación de la gestión del agua y el gobierno de los recursos hídricos.
- El dominio público hidráulico, como concepto jurídico, para su aplicabilidad demanda la institucionalización de un gobierno legítimo, descentralizado y democrático de los recursos hídricos en el territorio de la cuenca hidrográfica, como alternativa al gobierno centralizado, formalista y burocrático, responsable de la inequidad en el acceso, uso y aprovechamiento del agua, que incorpore los aspectos técnicos, socio ambientales y culturales a la gestión de los recursos hídricos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Grethele; Iza, Alejandro, *Gobernanza de aguas compartidas: aspectos jurídicos e institucionales*, UICN –Mesoamérica, Política y Derecho Ambiental N° 58, 2006.
- Aragón, J.R., *Sobre el dominio público hidráulico*, VII Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación del Agua “Ríos Ibéricos +10. Mirando al futuro tras 10 años de DMA” Talavera de la Reina, 16/19 de febrero de 2011.
- Borja, Rodrigo, *Derecho político y constitucional*; México, Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición.1991
- Burhenne - Guilmin, F., Scanlon, J. (Editores), *International Environmental Governance*, Switzerland, IUCN Environmental Policy and Law Paper No 49, IUCN Gland, 2004
- Bustamante Zenteno, Rocío, *Proceso de transformación legislativa para gestión de recursos hídricos*, Bolivia – Ecuador, FIR. 1998.
- Cavalcante Costa, Zainer Pimentel, *Brasil, El régimen jurídico municipal*, Acervo de la Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx, Septiembre 2013
- Cienfuegos Salgado, David y Jiménez Dorantes, Manuel, *México Aspectos básicos del régimen constitucional del Municipio*. México, Acervo de la biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx, Septiembre 2013
- Codificación de la Ley de Aguas (2004), Ecuador
- Código de Aguas, Chile
- Código nacional de recursos naturales renovables y de protección al medio

ambiente, Colombia

- Constitución Española
- Constitución Política de Colombia
- Constitución Política de la República de Chile
- Constitución Política de la República de Uruguay
- Constitución Política de la República del Ecuador
- Constitución Política de la República Federativa de Brasil
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia
- Constitución Política del Perú
- Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, http://www.unic.org.ar/pag_esp/esp_cambioclimatico2009/cambioclimatico09.html Octubre 2013.
- Cousillas, Marcelo J., *Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento*, en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Cousillas-Regimen-juridico-de-las-aguas-y-de-los-servicios-de-agua-potable-y-saneamiento.pdf> . Agosto 2013
- Declaración de Rio de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo. <http://www.un.org/spanish/conferences/wssd/documents.html> Octubre 2013
- Diccionario Jurídico, <http://www.derechoecuador.com/servicio-al-usuario/diccionario-juridico/diccionario-juridico--de-?l=G>. Enero 2013.
- Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 23 de octubre de 2000.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad

Argentina, 2001.

- Duguít, León, *Las transformaciones del derecho público y privado*, Argentina Editorial Heliasta S.R.L., 1975
- Echeverri U., Álvaro, *Teoría constitucional y ciencia política*, Bogotá, Editorial TEMIS, 1990.
- Estatuto de la Comunidad Autónoma Castilla – La Mancha, Artículo 31 numeral 8. http://www.congreso.es/consti/estatutos/estatutos.jsp?com=63&tipo=2&ini=46&fin=88&ini_sub=1&fin_sub=1 Septiembre 2013
- Estatuto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, http://www.congreso.es/consti/estatutos/estatutos.jsp?com=63&tipo=2&ini=46&fin=88&ini_sub=1&fin_sub=1 , Septiembre 2013
- Fossas Espadaler, Enric y Velasco Caballero, Francisco, *España El Gobierno Local*, México, Acervo de la Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 321 www.juridicas.unam.mx , Septiembre 2013
- Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México D. F., Editorial Porrúa, 2000.
- Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991, Colombia
- Global Water Partnership, Comité Asesor Técnico, 2000, *Principios de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (bases para el desarrollo de planes nacionales)*, www.gwp.org/.../GWP.../Bases%20para%20el%20Desarrollo%20de%20 . Pág. 3, Febrero 2008
- Global Water Partnership, *Elecciones y decisiones políticas*, [www.gwp.org/Global/ToolBox/About/.../ToolBox%20\(Spanish\)](http://www.gwp.org/Global/ToolBox/About/.../ToolBox%20(Spanish)), Octubre 2012
- Ley de aguas nacionales de México, Diario Oficial de la Federación DOF de 1 de

diciembre de 1992.

- Ley de aguas, Bolivia
- Ley de recursos hídricos, Brasil
- Ley orgánica de recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, Ecuador
- Ley de recursos hídricos, Perú
- Ley de servicios de agua potable y alcantarillado sanitario. Ley 2.066 de 9 de octubre de 1999, Bolivia
- Leyva, Ana y Cruz Elqui (Red Muqui), *Acercándonos a la Ley de recursos hídricos y su reglamento*. Perú, Edición Muqui: Red de propuesta y acción, 2011
- Moriarty, Patrick (IRC), Butterworth, Jhon (IRC) y Batchelor, Charles, *La gestión integrada de los recursos hídricos y el subsector agua y saneamiento doméstico*. Abril 2006
- Morillo – Velarde Pérez, José Ignacio; *Dominio Público*. Madrid, Editorial Trívium, S.A. 192.
- Naciones Unidas, *Desarrollo humano*. www.rsu.uninter.edu.mx/doc/glosario/DesarrolloHumanoSostenible.pdf . Octubre 2013
- Oramas Gross, Alfonso, *La Playa de Mar*, Guayaquil, Edino, 2000.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*.
- Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT, por tribunales nacionales e internacionales en América Latina*, 2009 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_116075 Julio 2012

- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*. Ecuador, Registro Oficial No. 206 de 7 de junio de 1999
- Pazmiño Vinuesa, Diego, *Una visión legal-política de la problemática y propuestas de políticas sobre recursos hídricos en el Ecuador*, en CAMAREN y asociación: WUR, IPROGA, SNV, *Gestión integrada del agua: conceptos y políticas*, Quito. 2009.
- Pérez, Efraín, *Manual de Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- República del Ecuador, Asamblea Nacional, *Documentos Consulta Prelegislativa, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”*
- República del Ecuador, Asamblea Nacional, *Proyecto de Ley de recursos hídricos, uso y aprovechamiento del agua, 2012*
- Ribeiro, Manoel, *O município na federação*, Salvador, Publicações da Universidade da Bahia, 1959
- Ruiz Contardo, Eduardo, *Crisis, descomposición y neo-oligarquización del sistema político en América Latina*”, en Yanes Quintero, Hernán y Otros, Quito, “El Mito de la Gobernabilidad”, Editorial Trama, FALTA FECHA
- Ruiz Massieu, José Francisco, *Estudios de derecho político de estados y municipios*, México, Porrúa, 1990
- Secaira Durango, Patricio, *Curso breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Solanes, Miguel, *Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas del mercado*. Santiago de Chile CEPAL- ECLAC, 1999
- Sosa Martínez, B., *Governance: la comprensión y la expresión*, Punto y Coma

(Servicio de Traducción de la Unión Europea) No. 66, Bruselas. 2000.

- Suing Nahua, José; *Gobiernos Autónomos Descentralizados*; Loja – Ecuador; Editorial UTPL, 2010.
- Texto refundido de la Ley de Aguas, España
- Unión Europea, *Directiva 2000/60/EU*. Diario Oficial de la Unión Europea 22.12.2000.
- Vergara Blanco, Alejandro, *Contribución al Derecho de Aguas III: Fuentes y principios del derecho de aguas indiano*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 19, No. 2, pág. 311 – 332, 1992
- Vergara Blanco, Alejandro, *La Teoría del Dominio Público: El estado de la cuestión*, Madrid, en Revista de Derecho Público, Vol. I No. 114, 1989
- Vidrih Ferreira, Natalia Bonora, y Vidrih Ferreira, Gabriel Luís, *Bases Legales de la Gestión de las Aguas en Brasil* <http://www.estrucplan.com.ar/articulos/verarticulo.asp?IDArticulo=2813>, Febrero 2013

ANEXOS

ANEXO I: Referencia al contexto doctrinario y dogmático del debate político y jurídico sobre una nueva ley de aguas en Ecuador, 1998

El Congreso Nacional, entre 1998 -1999, lideró un proceso de deliberación orientado a armonizar una propuesta de nueva ley del agua, sobre la base de recoger y armonizar las diferentes propuestas.

Se incluyó el proyecto de Ley de Aguas formulada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería (1996) que consideraba “que las aguas son bienes nacionales de uso público mientras están en la fuente natural y establecía que el derecho sobre las aguas es un derecho real en el ámbito del derecho privado.” También se consideró el proyecto de ley de aguas que formuló el Consejo Nacional de Recursos Hídricos (1999), que establecía “que el agua es un bien vital y escaso y como tal es un bien económico para satisfacer las necesidades sociales [...]”. Los derechos de aprovechamiento del agua se convierten en este proyecto en un “derecho real de usufructo (transferible)” y “se incorpora el valor social y económico del agua”.

Y finalmente, entre otras propuestas, se incluyó en la deliberación el proyecto de ley formulado por la Universidad Agraria (1997) “que pretendía ser el punto medio entre la privatización del recurso, la gestión participativa y el manejo comunitario del agua. [...] Planteaba mantener el principio jurídico relativo al agua como bien nacional de uso público; pero introducía la posibilidad de la utilización de ésta para cualquier uso por parte del concesionario. [...] Sin embargo, la indeterminación del uso para el que se destinara el agua concesionada, creaba de hecho un mercado para el uso de las concesiones otorgadas,

puesto que quien solicitaba un derecho de uso y aprovechamiento, no estaba obligado a utilizarla en un uso determinado.”¹⁴⁴ El resultado era previsible.

“Este proceso que se inició con una amplia convocatoria a todas las instituciones y sectores sociales interesados en construir un nuevo régimen jurídico de las aguas, puso de manifiesto la existencia de intereses sectoriales contrapuestos, poco concertados y compartidos entre los diferentes Ministerios. Este intento de acercar las diferentes propuestas y obtener un consenso fracasó, poniéndose en evidencia que mantener el statu quo existente era la única posibilidad. Es decir el “no acuerdo” era el único acuerdo posible.”¹⁴⁵

Frente a este impase político y jurídico en torno al interés de renovar el marco legal de las aguas en 1999; y a las consecuencias de éste para la administración de las aguas, iniciado el nuevo siglo en los siguientes años se generaron múltiples propuestas normativas, por parte de diferentes actores y sectores sociales vinculados con la gestión del agua. Propuestas que fueron presentadas a la Asamblea Constituyente de Montecristi (2008) que las acogió, discutió e incorporó en sus principales aspectos en el nuevo marco constitucional.

De esta manera, en el ordenamiento jurídico de la República del Ecuador, se estableció un régimen de administración de las aguas de fuente constitucional. Sin embargo, esta normativa hídrica innovadora se presenta paradójica. En el marco de la Constitución de la República de 2008, caracterizada por establecer, por primera vez en la historia jurídica del país, principios innovadores para el régimen de administración del

¹⁴⁴ Rocío, Bustamante Zenteno, Proceso de transformación legislativa para gestión de recursos hídricos, FIR, Bolivia – Ecuador. 1998. Citado por Diego Pazmiño Vinuesa, Una visión legal-política de la problemática y propuestas de políticas sobre recursos hídricos en el Ecuador, en CAMAREN y asociación: WUR, IPROGA, SNV, Gestión integrada del agua: conceptos y políticas, Quito. 2009. Pág. 164.

¹⁴⁵ Diego Pazmiño Vinuesa, Una visión legal-política de la problemática y propuestas de políticas sobre recursos hídricos en el Ecuador en CAMAREN y asociación: WUR, IPROGA, SNV, Gestión integrada del agua: conceptos y políticas, Quito. 2009. Pág. 165.

agua y de los recursos hídricos; aún subsisten aquellas normas de la vieja Ley de Aguas de 1972, que no estarían en abierta contradicción con las disposiciones constitucionales, o que no habrían sido derogadas expresa o tácitamente por éstas. En tal sentido, aún persiste una legislación y una normativa hídrica ambigua y en muchas veces contradictoria, que debilita y erosiona los instrumentos legales y administrativos establecidos para regular la gestión de los recursos hídricos desde la observancia y ejercicio del derecho reconocido a todos los ciudadanos, el “derecho humano al agua”.

ANEXO II: Principios para definir políticas públicas nacionales de Gestión Integrada de Recursos Hídricos

“Los principios que habría que considerar como base de un plan o de una estrategia nacional de GIRH son los siguientes:

1. *El agua es un recurso finito, vulnerable e indispensable para la vida de los seres humanos y de la naturaleza y un insumo imprescindible en numerosos procesos productivos. [...]*
2. *El agua es un recurso único – con distintas fases (atmosférica, superficial y subterránea) – y móvil.*
3. *El agua es un recurso de ocurrencia variable tanto espacial como temporalmente.*
4. *El agua se desplaza sobre la superficie del terreno dentro de un espacio – la cuenca hidrográfica – definido por sus mayores altitudes, que establecen la divisoria de las aguas, y bajo la superficie, de acuerdo a las características geológicas de los acuíferos.*
5. *El agua tiene usos múltiples al estar relacionada con el ambiente y con todos los sectores sociales y económicos. Las demandas de agua para el consumo humano básico y la sostenibilidad ambiental son prioritarias sobre todo otro uso.*
6. *Frecuentemente los cursos de agua superficial y los acuíferos trascienden los límites de una determinada jurisdicción política (provincia, estado o país), constituyendo sus aguas un recurso hídrico compartido por dos o más jurisdicciones, cuyo uso y protección requerirá una gestión coordinada y consensuada.*
7. *Las múltiples actividades que se desarrollan en un territorio (agrícolas, ganaderas, forestales, mineras; procesos de urbanización; instalación de industrias, entre otras) afectan de una u otra forma a sus recursos hídricos. De ahí la necesidad de vinculación entre la gestión hídrica y la gestión territorial, [...]*

8. *El agua se transforma en ocasiones en factor de riesgo ante situaciones asociadas tanto a fenómenos de excedencia como de escasez hídrica, a contaminación y a fallas de la infraestructura.*

9. *La dimensión ética en la gestión de los recursos hídricos se logrará incorporando a la gestión diaria la equidad, la participación efectiva, la comunicación, el conocimiento, la transparencia y especialmente la capacidad de respuesta a las necesidades humanas que se planteen.*

10. *El logro de los objetivos de la planificación hídrica se alcanza mediante la adecuada combinación de acciones estructurales (construcción de infraestructura) y de medidas no-estructurales (medidas de gestión y tecnológicas, y disposiciones legales y reglamentarias que complementen o sustituyan a las obras físicas, tales como normas y medidas para mejorar la eficiencia de uso del agua y tecnologías para disminuir el riesgo hídrico).” En Global Water Partnership, *Principios de Gestión Integrada de los Recursos Hídricos (bases para el desarrollo de planes nacionales)*. Febrero 2008.*

www.gwp.org/.../GWP.../Bases%20para%20el%20Desarrollo%20de%20 Pág. 8. Octubre 2012.

ANEXO III: El “Dominio Hídrico Público”

En el artículo 10 de la ahora vigente Ley orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua (Ecuador, 2014), se enumeran los elementos naturales que integran el denominado “dominio hídrico público”. En esta enumeración se incluyen: los ríos, lagos, lagunas, humedales, nevados, glaciares y caídas naturales; agua subterránea, acuíferos; fuentes de agua, álveos o cauces naturales de corrientes continuas o discontinuas; los lechos y subsuelos de los ríos, lagos superficiales en cauces naturales; las riberas, la conformación morfológica de las cuencas hidrográficas y de sus desembocaduras; los humedales marino costeros y aguas costeras; y las aguas provenientes de la desalinización de las aguas del mar. También, las obras o infraestructura hidráulica pública y sus zonas de protección hidráulica, son parte del dominio hídrico público.

Si en los elementos incluidos no existe diferencia sustancial entre el “dominio público hidráulico” y el “dominio hídrico público”, la diferente denominación o el diferente orden de las palabras: “público” e “hidráulico” o “hídrico”, responde posiblemente, a la intención del legislador de indicar que bajo el concepto dominio hídrico público se incluye, no solo la materialidad mecánica que se comprende en el término “hidráulico”, sino también los aspectos sociales, culturales y económicos relacionados con la gestión del agua. Sin embargo, en el contexto de la Ley, el sentido del término, coincide con el de dominio público hidráulico.

[Escriba texto]