

Distr.
RESTRINGIDA

LC/R.1387
23 de mayo de 1994

ORIGINAL: ESPAÑOL

C E P A L

Comisión Económica para América Latina y el Caribe

BASES PARA LA FORMULACION DE LEYES REFERIDAS
A RECURSOS HIDRICOS */

*/ Este documento fue preparado por el señor Gonzalo Cubillos P., consultor de la División de Recursos Naturales y Energía. Las opiniones expresadas en este trabajo son de la exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Trabajo no sometido a revisión editorial.

94-5-668

INDICE

	<u>Página</u>
I. ANTECEDENTES	1
II. PROCESO DE FORMACION DE UNA NORMA JURIDICA	4
1. Breve explicación de toda norma jurídica	4
2. Fuentes del derecho	5
III. CONCEPTUALIZACION DE LAS LEYES DE AGUAS	10
1. Dominio de las aguas	11
2. Intervención estatal en la concesión del derecho sobre las aguas	12
3. Amplitud de los derechos sobre las aguas	13
4. Intervención estatal en la regulación del ejercicio del derecho sobre el agua	21
5. Participación de los usuarios en la regulación de la gestión del agua	23
6. Incorporación de nuevas variables en la temática del agua	25
7. Nivel de gestión adecuada para el agua ...	27
IV. PROPUESTA PARA LA CREACION DE NORMAS JURIDICAS REFERIDAS A RECURSOS HIDRICOS	30
V. CONCLUSIONES	33
Notas	34

I. ANTECEDENTES

La necesidad de avanzar conceptualmente en las leyes referidas a aguas es útil atendida la constatación, cada vez más extendida, de la íntima relación de dicho elemento con los otros componentes de la naturaleza y por los múltiples usos que le da el hombre, circunstancia no siempre recogida en las legislaciones generales de aguas.

Lo anterior adquiere mayor relevancia en la medida que los actuales esfuerzos se dirigen principalmente a perfeccionar los sistemas de gestión de los recursos hídricos, influido en parte por las tendencias descentralizadora de la administración, participativa de la comunidad e integral en el enfoque.

Contra ello existen, sin embargo, otras tendencias, como la irrupción, en mayor o menor medida según cada país, del pensamiento neoliberal en la economía, que propugna la retirada del Estado en la regulación de la economía, entre ellas en la economía de los recursos naturales, y por lo tanto de los recursos hídricos.

Unido a lo anterior, la discusión siempre presente en la región acerca de la naturaleza jurídica de las aguas, y la extensión de ésta, ya sean de dominio público o privado, distrae el debate. Pues en tal caso la discusión se centra en aspectos abstractos o ideológicos, más que en lograr el aprovechamiento integral de los recursos. Además, esta discusión es engañosa, por cuanto la mera declaración de que las aguas constituyen dominio público no dice mucho en sí mismo, sino lo que importa es la constatación de que si ese dominio en abstracto se concretiza en la realidad. Esto ha sido reconocido desde hace un tiempo al señalarse en torno a la clasificación de las aguas que:

"El Estado puede clasificar las aguas de propiedad particular, pero si él ejerce un control substancial y decisivo sobre el aprovechamiento de las mismas sería cabal decir que el usuario tendría sólo un derecho de aprovechamiento, en lugar de dominio sobre ellas. A la inversa, un derecho de aprovechamiento tal y como está determinado por la ley, puede que se establezca como un derecho de propiedad si el grado de control que ejerce el Estado, es mínimo o nulo. Por consiguiente, la diferencia del dominio de las aguas y el derecho de aprovechamiento de las mismas, es

cuestión de grado de control y superintendencia que ejerza el Estado y no cuestión de principios jurídicos absolutos".1/

A lo anterior habría que agregar que aparte del grado de control que pueda ejercer el Estado, lo importante es crear los mecanismos eficientes que permitan asignar el uso del agua, conciliando, hasta donde sea posible, los requerimientos existentes, presentes y futuros, o bien, optando por aquéllos que sean preferenciados mediante decisiones participativas y democráticas.

Ello lleva a precisar que la mayor tarea, desde el punto de vista legal, no se centra ya en discurrir acerca de la naturaleza jurídica del dominio de las aguas, sino que en incorporar, si fuere necesario, nuevas normas legales que colaboren y faciliten la adecuada gestión de los recursos hídricos.

Un análisis de la legislación contemporánea, en especial en países con rica tradición en este campo, será de utilidad para vislumbrar las tendencias modernas, siendo el caso de España un arquetipo de lo expuesto.

A su vez, el estudio de las legislaciones de la región sirven para ilustrar las tendencias en nuestro continente, y proponer las necesarias modificaciones o adiciones de tipo conceptual que se vislumbran como necesarias. Lo anterior se hace más oportuno, cuando en varios de éstos se encuentran debatiéndose proyectos de nuevas leyes de agua (Perú, Venezuela, Guatemala, República Dominicana), y en otros se proponen modificaciones a los cuerpos legales existentes (Chile).

El problema del agua, desde el punto de vista jurídico, y entendiendo que existen diversas posibilidades de regulación en favor de los requerimientos de cada día, es analizable desde los siguientes puntos de vista:

- a) Dominio del agua.
- b) Intervención estatal en la concesión del derecho sobre las aguas.
- c) Amplitud de los derechos sobre las aguas.
- d) Intervención estatal en la regulación del ejercicio del derecho sobre el agua.
- e) Participación de los usuarios en la regulación de la gestión del agua.
- f) Incorporación de nuevas variables en la temática del agua.
- g) Nivel de gestión adecuado para el agua.

Todos estos temas se analizan, desde una óptica integradora, a través de este trabajo.

Sin embargo, especial atención merece la incorporación, ineludible si se quiere una sustentabilidad del desarrollo, de la variable ambiental. En efecto, el agua no sólo debe ser tratada como un bien económico, que radica su valor en el precio de intercambio y de uso que ofrezca el mercado o fije el Estado, sino que también tiene un valor ecológico, independiente de su valoración monetaria.

Las funciones del agua no terminan sólo en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de los hombres (agua potable, riego, hidroenergía), sino que también constituyen un componente esencial de cualquier ecosistema.

Lo anterior ha llevado a que en numerosos países, especialmente en el marco de las legislaciones ambientales generales, se adopten criterios de precaución en relación al agua. Sin embargo, pareciera que aún no se produce la interrelación entre dichos cuerpos legales y los Códigos de Aguas o leyes generales de aguas, generándose un vacío en la implementación efectiva de las disposiciones, generalmente de intenciones, que comprenden las leyes sobre el medio ambiente.

Lo anterior adquiere relevancia en este trabajo, cuando lo que se pretende con él es proponer las bases para la formulación de leyes de aguas. Para éstas últimas lo que se requiere es que en las leyes especiales, por ejemplo las de aguas, se incorporen explícitamente, las consideraciones ambientales.

En el marco internacional se ha precisado este enfoque, en cuanto que "la ordenación de los recursos hídricos se basa en la percepción de que el agua es parte integrante del ecosistema, un recurso natural y un bien social y económico cuya cantidad y calidad determinan la naturaleza de su utilización".2/

Asimismo, en el marco de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente se estableció como Principio Rector N°1 que:

"El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

Dado que el agua es indispensable para la vida, la gestión eficaz de los recursos hídricos requiere un enfoque integrado que concilie el desarrollo económico y social y la protección de los ecosistemas naturales. La gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero".3/

Es teniendo presente este enfoque que se pretende conceptualizar las legislaciones de aguas.

II. PROCESO DE FORMACION DE UNA NORMA JURIDICA

1. Breve explicación de toda norma jurídica

Dentro de toda estructura social la existencia de sistemas normativos resulta ineludible con el fin de reglamentar las conductas humanas, a objeto de que los fines socialmente convenidos puedan ser cumplidos.

Para tal efecto, el Derecho se constituye primariamente de normas jurídicas, que expresadas en un juicio imperativo de carácter hipotético, regulan las conductas humanas en su relación con los demás hombres.

Entonces, cualquier norma jurídica se expresa en el siguiente esquema:

Dado A (supuesto fáctico), debe ser B (conducta lícita),
y, Dado no B (conducta ilícita), debe ser S (sanción).

En que A constituye el supuesto fáctico ante el cual el hombre opta por una conducta. El Derecho le prescribe que opte por B, que es la conducta lícita y deseable normativamente. Ahora bien, si el sujeto no opta por B, es decir, no B, y en consecuencia, no cumple con la conducta lícita, se hace merecedor de una sanción, S, siendo ella ejecutada por el Estado que posee el monopolio de la coacción.

Un ejemplo puede ayudar a clarificar lo expuesto.

Dado que una persona tiene una concesión para el aprovechamiento de aguas (A) tiene la obligación de devolver el agua sin contaminar (B). Si contamina el agua (no B) se hace merecedor a una sanción, la caducidad de la concesión (S).

Para que la norma sea eficaz es necesario que la sanción que se presenta como consecuencia del incumplimiento del comportamiento deseado sea valorada negativamente, es decir, que resulte mejor cumplir la norma que incumplirla.

Otro ejemplo puede ayudar a la clarificar lo expuesto.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo se aprobó la Declaración de Río, estableciendo en uno de sus puntos, el principio de que "el que contamina, paga". Ello supone que el agente contaminador debe cargar con los costos que acarrea la disminución de su contaminación del medio ambiente. Ahora bien, si en caso de no establecer las modificaciones necesarias a sus procesos productivos se le sanciona, tal sanción debe significar para el contaminante una carga mayor que el costo de la modificación de su proceso productivo, para que opte por éste.

Aclarada la estructura de toda norma jurídica, resulta necesario señalar que, para una mejor comprensión del Derecho por los legos, es imprescindible que los elementos de la norma jurídica se expresen de la forma más clara posible. Ello debe tenerse presente especialmente cuando la regulación del Derecho incorpora a la naturaleza como uno de los supuestos de acción del hombre. Y por otra parte, cuando se regulan materias técnicas la utilización del lenguaje debe ser precisa, de modo de que no se generen problemas de interpretación posteriores.

Ahora bien, si las normas jurídicas constituyen la forma de expresión de un sistema normativo, éste debe estar dotado de una cierta unidad, de modo que la aplicación de sus diversos componentes sea coherente. Para los efectos de una legislación de aguas, antes de determinar el contenido de las normas, resulta necesario aclarar lo que se busca con ellas. Esto es, fijar las intenciones de que se valdrá el legislador, las cuales deben ser las mismas de la política de intenciones. La claridad previa de ello, muchas veces podrá facilitar la aplicación de las normas jurídicas.

Teniendo claro que el Derecho se expresa a través de normas jurídicas, que responden a fines socialmente convenidos, es útil analizar de donde provienen tales normas, cuáles son sus fuentes, cuáles son sus orígenes.

2. Fuentes del derecho

Las **fuentes del derecho** son los mecanismos a través de los cuales se manifiestan las normas jurídicas, como por ejemplo la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, los decretos administrativos, los contratos, las sentencias judiciales. De todas estas fuentes nacen normas jurídicas.

Las fuentes del Derecho presentan una gran característica, su jerarquización. Es decir, las fuentes están ordenadas de modo tal que toda fuente tiene una superior que determina su contenido y la forma en que debe generarse la inferior. Se establece una verdadera pirámide entre ellas, en cuyo vértice superior se encuentra la

Constitución. Esta jerarquización también le confiere al ordenamiento jurídico su unidad de funcionamiento.

Las constituciones regulan, entre otros aspectos, la organización del Estado y las potestades públicas, a la vez que se establecen los derechos humanos fundamentales que garantiza el sistema jurídico imperante. También le compete determinar quienes serán los órganos facultados para crear normas generales y determinar el procedimiento que debe seguirse para tal efecto. En cuanto a su origen, la Constitución puede derivarse de una constitución anterior, o bien, puede constituir el inicio de un ordenamiento nuevo, especialmente cuando ha habido una situación de fuerza que ha roto el orden anterior (por ej. golpe de Estado o revolución).

Un peldaño más abajo se encuentran las leyes. Ellas expresan normas generales, que regulan en forma general abstracta la conducta del grupo social. Ellas deben señalar los órganos encargados de la aplicación de la ley y el procedimiento adecuado para hacerlo. Las leyes son dictadas por el Poder Legislativo, con una mayor o menor participación del Poder Ejecutivo. Sin embargo, éste también puede estar facultado para dictar normas de carácter general de jerarquía igual a las leyes, cuando ha habido una expresa delegación del poder Legislativo en el Ejecutivo. Es lo que se conoce como Decretos con Fuerza de Ley. Finalmente, en situaciones de facto, los detentadores del poder se expresan a través de normas con jerarquía de leyes, pero que no provienen del Poder Legislativo, ni cuentan con su delegación, son las llamados leyes irregulares (por ej. los Decretos-Leyes). Un ejemplo claro de leyes en general, lo son las leyes de aguas.

Dentro de las leyes se encuentran los Códigos, que constituyen cuerpos legales que regulan de modo orgánico y completo una determinada materia. Generalmente se dictan para reemplazar una legislación dispersa que ha sido dictado en distintas épocas, y que no siempre guarda coherencia entre sus partes. O bien, puede tratarse de querer reemplazar a un Código ya caduco, en que es necesario incorporar nuevos criterios de regulación. Los Códigos no constituyen una categoría distinta a las demás leyes, sino que sólo se les asigna tal nombre por la globalidad con que tratan un determinado tema.

Ahora bien, el Poder Ejecutivo se expresa normalmente a través de dos mecanismos. En primer lugar, cuando se dictan normas generales que vienen a complementar lo dispuesto en una ley, como son los reglamentos (por ejemplo un reglamento que regula el funcionamiento de las organizaciones de cuencas); y en segundo lugar cuando se dictan normas que individualizan y concretizan de modo específico una ley o reglamento, como los decretos gubernativos (por ejemplo un decreto que nombra a un Ministro de Estado). Generalmente este tipo de normas se denominan decretos,

instrucciones, circulares, etc, dependiendo de la amplitud de sus efectos.

Cabe tener presente que la dictación de normas por parte del Poder Ejecutivo no se agota en el Presidente de la República, sino que también pueden dictarlas los demás órganos del aparato público en el ámbito de su competencia, la cual viene dada por la Constitución y las leyes. Un ejemplo claro de lo anterior lo constituyen los órganos superiores en el manejo de los recursos hídricos, que, entre otras facultades, pueden estar dotados de potestades normativas de carácter general, tal como se muestra en el Recuadro N°1.

La dictación de normas no se agota tampoco en los órganos dependientes del Poder Ejecutivo, o que se encuentran en su estructura centralizada, sino que también abarca a otras entidades, como por ejemplo a las municipalidades.

Recuadro N°1

El Director General de Aguas tendrá los siguientes deberes y atribuciones:
a) Dictar las normas e instrucciones internas que sean necesarias para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean de la competencia de la Dirección a su cargo.
Art. 300, Código de Aguas, Chile (1982)

Ellas representan la descentralización del poder de gestión en el ámbito nacional, estando sus facultades determinadas por la Constitución y las leyes, y teniendo, entre otras, la de dictar normas de carácter general, aplicables en el territorio de su respectiva comuna. Dentro de la tendencia actual en que a las comunas se les asigna responsabilidades en el resguardo y conservación del medio ambiente, la regulación en la gestión de los recursos naturales es una tarea que potencialmente puede corresponderles.

Una escala más abajo se encuentran los actos corporativos, esto es, aquellos dictados por entidades que conforman un ser distinto de sus integrantes, pero que los efectos de sus dictámenes afectan a todos sus afiliados por el sólo hecho de formar parte de ellos.

Recuadro N°2

Serán atribuciones de la Junta de Gobierno (se refiere a la de las Comunidades de Usuarios):
b) Dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales.
Art. 76, 4., Ley de Aguas, España (1985).

La autoridad normativa de estos entes viene dada por sus propios integrantes, quienes al constituirse o incorporarse a uno de ellos, otorgan la potestad de normar y que tales normas sean obligatorias para ellos. En el caso que la participación en un ente corporativo sea obligatoria atendida una situación determinada, la capacidad de normar le viene dada por una norma de orden superior. Cabe tener presente, sin embargo, que su capacidad normativa está limitada al cumplimiento de sus funciones, generalmente de gestión, y no podrían atribuirse mas potestades que las que se les confieren. Un ejemplo claro de lo anterior lo constituyen las Comunidades de Usuarios, que cuentan con facultades

en tal sentido, como en el caso de España, se transcribe en el Recuadro N°2.

Finalmente, en la base del sistema de fuentes se encuentran las sentencias judiciales, que resolviendo un conflicto entre partes determina el comportamiento obligatorio de una de ellas. Importante es tener presente que no sólo el Poder Judicial dicta resoluciones judiciales, sino que también otros órganos, como por ejemplo, el mismo Poder Ejecutivo, al ejercer funciones judiciales. En el caso de aguas es típico que a un órgano de la Administración Central se le otorguen facultades jurisdiccionales, tal como se observa en el Recuadro N°3.

Recuadro N°3

La Jurisdicción Administrativa en materias de aguas y las conexas a que se refiere esta Ley, corresponden al Ministerio de Agricultura y Pesquería, salvo las relativas a las aguas minero-medicinales y las de orden sanitario que competen al Ministerio de Salud.
Art. 128, Ley General de Aguas, Perú (1969).

Como se vio anteriormente, en la unidad de todo ordenamiento jurídico, se presentan relaciones de derivación entre sus fuentes, y en consecuencia una norma será válida en la medida que respete, formal y substancialmente, a la norma superior. Sin embargo, también existen relaciones de coordinación entre las normas jurídicas, esto es, entre normas de igual jerarquía, como por ejemplo entre dos leyes, o dos artículos de la misma Constitución.

Esto adquiere importancia ante la presencia de normas que regulan una misma materia, pero a partir de su lectura se pueden observar diferencias, contradicciones, o bien, que ellas no necesariamente se complementan. Este tipo de problemas se plantea en reiteradas ocasiones cuando existen normas jurídicas que han sido dictadas en tiempos diferentes y, en consecuencia, responden a intenciones del legislador distintas.

Suele suceder que respecto de una determinada materia, y en ello el caso de la regulación de los recursos hídricos es un buen ejemplo, se dicten diversas leyes en distintos tiempos, regulando y atribuyendo competencias a distintos órganos. O bien, que en normas posteriores se le asignen competencias a otra entidad de modo genérico, sin derogar expresamente las normas anteriores. Entonces se presenta el problema de cómo armonizar las normas en aparente contradicción.

Atendido a que el ordenamiento jurídico debe estar dotado de coherencia, que no es lo mismo que señalar que las distintas normas deban ser coherentes entre ellas, porque muchas veces ello no sucede, es que el Derecho ofrece caminos de solución.

En primer lugar, en caso de contradicción se debe aplicar el principio de jerarquización. Como se analizó, esto significa que una norma inferior no puede contradecir en cuanto a su contenido a

una norma de carácter superior. En este caso prima la norma superior.

En segundo lugar, si hubiere contradicción entre normas de igual jerarquía, prima la norma mas nueva sobre la antigua, ya que ésta última queda derogada tácitamente por la primera.

Finalmente, también es aplicable el principio de la especialidad, esto es que la norma especial prima sobre la general.

Estas tres reglas facilitan la aplicación de las normas jurídicas, generalmente cuando en las leyes se utiliza, en sus últimas disposiciones, la expresión derogatoria de "que se derogan todas las leyes que se opongan a ésta". Ello posterga la solución de la antinomia entre normas. Y en consecuencia, resulta necesario, como técnica legislativa, tener un catastro de la legislación que regula una determinada materia, a fin de que se opte por derogar expresamente las disposiciones que sean contradictorias con las nuevas. Es más, en caso que sea necesaria dejar subsistente normas antiguas, pueden repetirse en el nuevo texto, a fin de dar una mayor coherencia y facilitar su aplicación al nuevo cuerpo normativo.

Ejemplo claro de lo expuesto, y como se enunció anteriormente, lo constituye las relaciones que se dan entre leyes de aguas y leyes de medio ambiente.

Sin embargo, resulta pertinente señalar que para la aplicación de las normas, y con el objetivo de salvar las aparentes o reales contradicciones entre distintas normas jurídicas, la aplicación de los Principios Generales del Derecho es imprescindible. Esto es, sin salir del marco del Derecho, preguntar cual es la finalidad actual de un ordenamiento jurídico, cuales son los fines sociales que privilegia. Ello porque en algunas oportunidades, y nuevamente el ejemplo del manejo de los recursos naturales es clarificador, se presentan determinados derechos en pugna, como puede ser el derecho de propiedad y la conservación ambiental. En tal caso cabe razonar en la óptica de la búsqueda del bien común, qué se privilegia, cuál derecho es superior al otro.

III. CONCEPTUALIZACION DE LAS LEYES DE AGUAS

En relación al tema de conceptualizar las leyes referidas a aguas, es posible seguir dos caminos, el primero por el lado de la forma u ordenación de la legislación respectiva, y el segundo, desde el punto de vista de su contenido, en la perspectiva de responder preguntas tales como ¿qué regula?, ¿qué instrumentos utiliza?, ¿cuál es la amplitud de los derechos concedidos a los particulares, y en qué consisten las potestades públicas?, etc.

Con un fin metodológico y de priorización, se aborda el aspecto relativo al contenido de las leyes de aguas, por cuanto ello servirá para determinar, por proximidad de las materias tratadas, su ordenación en un texto jurídico.

El análisis de tal conceptualización se basa en importantes leyes de agua de la región, en especial leyes de validez nacional, ya estén vigentes o se trate de proyectos en actual discusión. La comparación de ellas no se hará de modo esquemático, ya que la pretensión de este trabajo es mostrar distintas formas de regulación, de modo de constatar o no, si conceptos como gestión integral de los recursos hídricos y sustentabilidad del recurso son recogidos e implementados en las legislaciones, y de ser ello así, el modo en que ocurre.

En consecuencia, y con pretensiones holísticas en el desarrollo del documento, se abordará el contenido de las leyes en los siguientes acápite.

- a) Dominio del agua.
- b) Intervención estatal en la concesión del derecho sobre las aguas.
- c) Amplitud de los derechos sobre las aguas.
- d) Intervención estatal en la regulación del ejercicio del derecho sobre el agua.
- e) Participación de los usuarios en la regulación de la gestión del agua.
- f) Incorporación de nuevas variables en la temática del agua.
- g) Nivel de gestión adecuado para el agua.

1. Dominio de las aguas

De acuerdo a la mayoría de las legislaciones consultadas en países de América Latina, se reconoce respecto del dominio de las aguas el carácter de bienes de dominio público, bienes nacionales, esto es, aquellos bienes cuyo dominio y uso pertenece a la nación toda. Además, se les agrega el calificativo de que las aguas son inalienables e imprescriptibles, significando esto que no pueden venderse ni tampoco se pierde su naturaleza jurídica de bienes nacionales, aunque exista un uso sostenido en el tiempo por particulares.

Este tipo de declaración puede hacerse ya sea en las Constituciones Políticas de los respectivos países (por ej. Guatemala), o bien hacerse en las leyes de aguas (por ej. Chile). Lo importante de destacar es que el Estado al tener el dominio de las aguas lo tiene de modo originario y permanente, es decir, no lo pierde. Para mayor claridad, en el Recuadro N°4 se reproducen algunas disposiciones, vigentes o propuestas, acerca del dominio de las aguas.

Lo anterior se justifica por dos razones. En primer lugar, en atención a que el agua es un recurso **fugitivo** y cuya renovabilidad no es constante, por lo que el dominio no es sólo sobre el agua existente sino que también sobre la futura, ya que ello permite la planificación de los usos. Pero además, y en segundo lugar, la importancia del agua como sostenedor de la vida, fundamenta que el Estado se reserve la posibilidad de regular todo lo concerniente al recurso en cuestión, independiente de que se asignen derechos de uso a particulares. Para ello existe una razón de contenido ético: la sustentabilidad del recurso.

En las disposiciones transcritas se observa que se recoge la titularidad del Estado acerca del dominio de las aguas, pero al mismo tiempo se expresa que su utilización se concede a los particulares mediante acto de la autoridad, generando, respecto de las aguas, un doble vínculo, con el Estado acerca de su dominio, y con los particulares acerca de su uso y goce.

Sin embargo, en algunas legislaciones, si bien se recoge este principio general de dominio público, se presentan algunas excepciones, según se observa en las normas que se reproducen en el Recuadro N°5.

Ahora bien, en algunas legislaciones la declaratoria de que las aguas constituyen bienes de dominio público constituyó una variación de un régimen anterior, en el marco del cual se permitían derechos de propiedad por parte de particulares sobre las aguas. En tales casos, algunas legislaciones respetaron los derechos anteriores, o a la inversa, declararon que incluso ellos pasarían a ser de propiedad estatal. Ejemplo de una de tales situaciones se observa en el Recuadro N°6.

Recuadro N°4

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.
Art. 5 del Código de Aguas, **Chile** (1982).

Las aguas del territorio y espacios nacionales terrestres y marítimos son bienes públicos del Estado, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible. El uso de las aguas públicas en beneficio particular sólo puede hacerse en virtud de un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad de Aplicación, salvo los casos expresamente contemplados en este Código.
Art. 5 del Proyecto de Código de Aguas para **República Dominicana** (1992).

Todas las aguas son del dominio público de la Nación.
Art. 2 del Anteproyecto de Ley de Aguas, **Venezuela** (1992). Con ello se viene a modificar la legislación vigente que reconoce aguas públicas y aguas privadas.

Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. No hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas. El uso justificado y racional del agua, sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.
Art. 1 de la Ley General de Aguas, **Perú** (1969).

Todas las aguas son bienes de dominio público, inalienables e imprescriptibles. Su aprovechamiento, uso y goce, se otorgan en la forma establecida por la ley, de acuerdo con el interés social. Una ley específica regulará la materia.
Art. 127 de la Constitución Política de la República, **Guatemala** (1985).

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.
Art. 2 de la Ley de Aguas, **España** (1985).

Las aguas de ríos, lagos, lagunas, manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes y las subterráneas, afloradas o no, son bienes nacionales de uso público, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescindible; no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación.

No hay ni se reconoce derechos de dominio adquiridos sobre ellas y los preexistentes sólo se limitan a su uso en cuanto sea eficiente y de acuerdo con esta Ley.
Art. 2 de la Ley de Aguas, **Ecuador** (1972).

Más adelante se retomará sobre lo que significa el dominio público de las aguas, y sobre la amplitud de los derechos que se conceden a los particulares. Por ahora, baste dejar establecido que existe este doble vínculo, siendo uno de los problemas importantes al de armonizar estos intereses, en oportunidades, en pugna.

2. Intervención estatal en la concesión del derecho sobre las aguas

Como consecuencia de la titularidad del dominio o propiedad de la Nación sobre las aguas resulta necesario que se le conceda a los particulares una autorización para su aprovechamiento.

Recuadro N°5

Son aguas de dominio privado y pertenecen al dueño del terreno:

- I. Las aguas pluviales que caen en su predio mientras discurren por él. Podrá el dueño, en consecuencia, construir dentro de su propiedad, estanques, pantanos, cisternas o aljibes donde conservarlas al efecto, o emplear para ello cualquier otro medio adecuado, siempre que no cause perjuicio al público ni a tercero;
 - II. Las lagunas o charcos formados en terrenos de su respectivo dominio, siempre que no se esté en el caso previsto en la sección II del artículo II del artículo 1°.
Los situados en terrenos de aprovechamiento comunal pertenecen a los pueblos respectivos;
 - III. Las aguas subterráneas que el propietario obtenga de su propio terreno por medio de pozos; y
 - IV. Las termales, minerales y minero-medicinales, sea cual fuere el lugar donde broten. Dichas aguas que darán bajo el control del Ministerio de Salubridad cuando sean declaradas de utilidad pública.
- Art. 4° de la Ley de Aguas, **Costa Rica** (1942).

Pertenecen al dueño del predio las aguas pluviales que caen o se recogen en el mismo, mientras escurren por él. Podrá ...
Art. 19 del Código de Aguas, **Uruguay** (1978).

Las aguas manantiales que nacen continua o discontinuamente en terrenos particulares o fiscales pertenecen al dueño respectivo, quién podrá aprovecharse de ellas mientras escurran por su predio.
Art. 26 del Código de Aguas, **Uruguay** (1978).

Generalmente es la autoridad administrativa quien concede tal autorización, ya sea en forma de permiso, o bien en forma de concesión. En el primer caso -el permiso- se otorgan derechos más transitorios y con plena libertad para la autoridad para ponerles término cuando lo estime conveniente. En el segundo caso -las concesiones- los derechos que emanan de ellas son más permanentes, y la administración no puede ponerles término en forma intempestiva, sino sólo del modo y por las causales que la misma ley permite. Mas aún, en algunos casos la autorización de aprovechamiento crea derechos permanentes en los particulares no susceptibles de ser extinguidos por acto de autoridad administrativa, como es el caso de Chile.

Sin embargo, también es posible que la concesión sea otorgada por el Ejecutivo, pero necesite ser aprobada por el Congreso Nacional, según se observa en el Recuadro N°7, para el caso de Venezuela.

3. Amplitud de los derechos sobre las aguas

Concedido un permiso o una concesión para el aprovechamiento de aguas, su amplitud estará dada por las mismas leyes de aguas y por los términos del acto jurídico que la concede. Para determinar tal

Recuadro N°6

Integran el dominio público o fiscal, en su caso, todas las aguas y alvéos que no estuvieren incorporados al patrimonio de los particulares a la fecha de vigencia de este Código.
Art. 15 del Código de Aguas de **Uruguay** (1978).

Para los fines de esta Ley, decláranse también bienes nacionales de uso público todas las aguas, inclusive las que se han considerado de propiedad particular. Sus usuarios continuarán gozándolas como titulares de un derecho de aprovechamiento de conformidad con esta Ley.
Art. 3 de la Ley de Aguas, **Ecuador** (1972).

amplitud, es preciso responder preguntas tales como, ¿que derechos y obligaciones tengo por ser titular de derechos para usar el agua?

a) Derechos

Los derechos que tienen los titulares de concesiones de aprovechamiento son de dos tipos, aquellos que por la naturaleza misma de la concesión no pueden dejar de existir sin desvirtuarla en sí misma, y aquellos que su concurrencia o no, de modo alguno desvirtúa el objetivo primario de la concesión, pero que actualmente son los de mayor importancia, pues en torno a ellos se producen las diferencias entre las diversas legislaciones. Los llamaremos derechos primarios y derechos secundarios.

i) **Derechos primarios.** El primer derecho que se les concede a los particulares es el de aprovechar las aguas, esto es, servirse de ellas. Usarlas y gozarlas.

Tal uso y goce dependerá de la extensión de la concesión, distinguiéndose varias categorías, dependiendo del país, según se observa en el Recuadro N°8.

La amplitud del derecho se define generalmente en volumen por unidad de tiempo, al decir de la legislación peruana mediante "medición volumétrica".

El segundo derecho de orden primario es la posibilidad de que se constituyan servidumbres para facilitar el uso de las aguas.

Las servidumbres son un tipo de cargas que se les imponen a determinados predios, independiente de su dueño, a fin de que el ejercicio de los derechos de un tercero pueda hacerse efectivo, necesitando para ello imponerle al dueño del predio una obligación de permitir ciertos hechos. En consecuencia, las servidumbres son gravámenes que se imponen a un predio en favor de otro, y pueden ser de tres tipos: naturales, legales o voluntarias.

Recuadro N°7

Las concesiones que hiciere el Ejecutivo Nacional para el aprovechamiento de aguas del dominio público, serán temporales y se regularán por contratos especiales, sujetos para su validez a la aprobación posterior del Congreso nacional. Art. 92, Ley Forestal, de suelos y de aguas de **Venezuela** (1966).

Recuadro N°8

Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas. Art. 12, Código de Aguas, **Chile** (1982).

Las concesiones pueden ser efectivas o eventuales, y en uno y otro caso continuas o temporarias. Las concesiones pueden ser reales o personales. Las concesiones pueden ser perpetuas, temporarias o indefinidas. Arts. 107, 111 y 112, Proyecto de Código de Aguas, **República Dominicana** (1992).

Las primeras -servidumbres naturales- reconocen la naturaleza del escurrimiento del agua, y por tanto, facilitan su recorrido. Es por ello que en numerosas legislaciones se establece la servidumbre natural de escurrimiento, que al decir del Código de Aguas de Chile, significa que "el predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden del predio superior naturalmente, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello".^{4/}

La segunda clase de servidumbres son las legales, esto es, si bien no emanan de la naturaleza de las cosas, pueden resultar necesarias para el ejercicio del derecho a aprovechar las aguas.

En este punto se presentan diferencias entre las legislaciones de aguas. Así, algunas regulan las diversas servidumbres de manera exhaustiva, en tanto que otras simplemente las enuncian,^{5/} o bien, solamente se opta por individualizarlas. Ejemplos de ello se encuentran en el Recuadro N°9.

Recuadro N°9

Las servidumbres son:

- I. De acueducto;
- II. De estriba de presa y de parada o partidior; y
- III. De abrevadero y de saca de agua.

Art. 99 de la ley de Aguas de **Costa Rica** (1942). En los párrafos siguientes a este artículo se desarrollan cada una de las servidumbres.

Todas las servidumbres, así como las modificaciones de las existentes y de las que se implanten, que sean necesarias para los distintos usos de las aguas, incluyendo la construcción y, en su caso, la operación de toda clase de obras de represamiento, extracción y conducción de aguas, desagüe, avenamiento del suelo, camino de paso y vigilancia, encauzamiento, defensa de los márgenes y riberas y las requeridas para la conservación y preservación de las aguas, son forzosas y serán establecidas como tales, procediéndose a las expropiaciones respectivas, conforme con lo dispuesto por esta Ley, a falta de acuerdo entre los interesados.

Art. 104, Ley General de Aguas, **Perú** (1969).

El carácter y naturaleza de las servidumbres de aguas es ilimitada, depende de circunstancias naturales, técnicas y económicas cambiantes y especiales para cada caso; así como del avance tecnológico en cuanto al mejor aprovechamiento y conservación de las aguas, por lo que no es prudente individualizarlas.

Nota al art. 121 del Anteproyecto General de Aguas, **Guatemala** (1988).

Importante es señalar que respecto de las servidumbres legales, ellas se establecen para el mejor aprovechamiento de las aguas, siendo en consecuencia, forzosas para el dueño del predio, es decir, se les impone aún en contra de su voluntad. Sin embargo, el que soporta la servidumbre tiene derecho a que se le indemnice de los daños y perjuicios que se le ocasionan, dirimiéndose por una autoridad jurisdiccional el conflicto en caso de que éste exista.

Finalmente existen las servidumbres voluntarias, que se establecen previo acuerdo de las partes interesadas, no estando ninguna de ellas obligadas a contratar, existiendo libertad para fijar los términos de tal convenio.

ii) **Derechos secundarios.** Respecto de los derechos secundarios se plantean mayores diferencias entre los países, en especial en lo que respecta al cambio de destino de las aguas, a la transferencia del derecho de aprovechamiento, y al no uso de las aguas por un tiempo determinado.

Respecto del cambio de destino del agua, ello no se permite en países en donde el control estatal sobre las aguas es más estricto, y sobre todo donde existe una mayor planificación y fiscalización del destino de las mismas, el cual se determina en el acto concesional. En el Recuadro N°10 se transcriben ejemplos de normas que unen la concesión de uso a un objeto determinado.

Unido a lo anterior se plantea el punto de la disposición de los derechos de aprovechamiento, esto es, la posibilidad de que los titulares de ellos los puedan ceder. En general, cuando la concesión del aprovechamiento de aguas no está supeditada a un objeto específico puede libremente enajenarse, incluso para un uso distinto para el cual fue concedida. Con ello se pretende crear un mercado de derechos de aguas.

Ejemplos claros se plantean con motivo de los fenómenos de extensión urbana, en donde aguas destinadas a riego se traspasan para satisfacer necesidades de agua potable de los nuevos asentamientos humanos.

En los casos en que se prohíbe la disposición del derecho de uso o de aprovechamiento, la enajenación de éste constituye causal de caducidad de la concesión otorgada. En la región se presentan ejemplos de ello, según se observa en el Recuadro N°11.

Por último, al otorgarse una concesión, en definitiva lo que se otorga es la posibilidad de que una persona utilice las

Recuadro N°10

Todo usuario está obligado a:
a. Emplear las aguas con eficiencia y economía, en el lugar y con el objeto para el que le sean otorgadas.
Art. 20 de la Ley General de Aguas, **Perú** (1969).

El agua pública no podrá ser usada para otro destino ni en mayor cantidad o proporción ni en lugar distinto que el determinado en la concesión o permiso.
Art. 82 del Proyecto de Código de Aguas para **República Dominicana** (1992).

Recuadro N°11

No podrán enajenarse las concesiones de los recursos hídricos sin la autorización previa del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales.
Art. 43 del Anteproyecto de Ley de Aguas, **Venezuela** (1992).

aguas, no estando obligada para ello. Sin embargo, en numerosas legislaciones se castiga la no utilización continua de las aguas con la caducidad de la concesión. Ello por cuanto, al ser el agua un recurso escaso y de dominio público, no es razonable que existan recursos de todos que no se aprovechen.

Cabe, sin embargo, tener presente que el ejercicio de los derechos indicados anteriormente debe realizarse sin ocasionar perjuicios a terceros. Surge de ese modo la obligación genérica de no causar daños a terceros.

Esta obligación, común a todo el ordenamiento jurídico, se presenta mas desarrollada en el caso del régimen de aguas, toda vez que la influencia de la actividad de un usuario hacia otros es más acentuada. Por ejemplo, si una persona vende su automóvil a otra no le ocasiona problemas sustanciales a los otros usuarios de automóviles. Sin embargo, si se cede un derecho de aprovechamiento de aguas a otro la situación se torna mas compleja.

En primer lugar, si se trata de cesiones de un canal a otro, puede significar que el nivel del agua en el canal original descienda tanto que deje inoperantes algunas de las captaciones de aguas. Puede suceder también que disminuya el caudal de derrames (escurrimientos superficiales producto de excedentes) afectando a las concesiones de derrames. Por último, puede significar que con un menor caudal aumente la contaminación

del mismo canal. Incluso el cambio del uso del agua, por ejemplo de riego a uso urbano, puede afectar la recarga de las aguas subterráneas, alterando los usos de aguas de pozo en zonas más bajas. Si se trata de cesiones entre diversas cuencas, la situación se complica aún más. Un claro ejemplo de lo anterior se observa en el Recuadro N°12.

Ejemplos de este tipo permite sostener que la posibilidad de cesión de derechos de aguas, debe asegurar que a los terceros no les afecte el ejercicio de sus propios derechos, ni tampoco al sistema ambiental. En caso de que así ocurriese, el beneficiario con el traspaso debería indemnizar a los afectados, o bien, si el daño o la alteración ecológica fuere inaceptable, se debería prohibir tal traspaso.

Recuadro N°12

Las transferencias naturales o artificiales dentro de una misma cuenca y los trasvases de recursos hídricos de una o otra de las áreas regionales o subregionales, establecidas en el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hídricos, sólo podrán acordarse cuando se conozcan y evalúen las disponibilidades y demandas presentes y futuras de las cuencas suministradoras y receptoras, se defina favorablemente la viabilidad técnica ambiental, económica y social del proyecto, debiendo evitarse, en todo caso, perjuicios a la cuenca hidrográfica suministradora. La ordenación de las citadas transferencias o transvases se llevará a cabo con estricto cumplimiento a lo establecido en esta Ley.

Art. 11, Anteproyecto de Ley de Aguas, **Venezuela** (1992).

b) Obligaciones

Se ha dicho que la historia de la propiedad es la historia de sus limitaciones. El caso de las concesiones de aprovechamientos, si suponemos que existe un derecho de propiedad sobre la concesión, es un buen ejemplo de ello.

Las obligaciones de un titular de una concesión de aprovechamiento de aguas pueden dividirse en dos categorías: Obligaciones respecto de otros usuarios de aguas, y obligaciones respecto de sujetos indeterminados, y cuya tutela garantiza el Estado.

i) **Obligaciones respecto de otros usuarios.** Atendido a que el agua es un recurso móvil, al cual acceden muchos usuarios, el uso por un determinado particular no le es indiferente al resto de los usuarios, ya que ellos deben proteger igualmente la posibilidad de ejercitar su derecho de uso, ya sea en calidad, en cantidad, en disponibilidad en el tiempo (turnos u horas en que se dispone) y en el lugar o posición donde la captan.

La obligación de mantener en buen estado de operación las instalaciones que facilitan el aprovechamiento de las aguas, se establece con el objeto de no perjudicar el uso de terceros, ni ocasionar daños por destrucciones y desbordes de agua del canal.

Recuadro N°13

Son obligaciones de los comuneros (se refiere a las comunidades de aguas):

1. Asistir a las juntas de comuneros.
2. Costear la construcción y reparación del dispositivo por el que extraen sus aguas del canal principal; y si fueren varios los interesados en el dispositivo, pagarán la obra a prorrata de sus derechos.

En la misma proporción los dispositivos calificados de partidores principales por las juntas generales, serán costeados por los comuneros de una y otra rama.

Cuando los dispositivos o canales costeados particularmente por los comuneros se inutilizaren por alguna medida de interés común acordada por el directorio o la junta, como ser, reforma del sistema de dispositivos, modificación de la rasante del acueducto u otra obra semejante, as nuevas obras que sean necesarias se harán a costa de los interesados en la obra;

3. Concurrir a los gastos de mantención de la comunidad, a prorrata de sus derechos, y
4. Las demás que impongan los estatutos.

Art. 212, Código de Aguas, Chile (1982).

Por otra parte, la participación de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas en organizaciones de usuarios les impone ciertas obligaciones que derivan de su condición de miembros de una entidad colectiva. En el Recuadro N°13 se muestra un ejemplo de lo anterior.

Por último, cabe reiterar lo recién expresado, en el sentido que el ejercicio de los derechos de aguas imponen la obligación genérica de no causar daños a terceros.

ii) **Obligaciones respecto a sujetos indeterminados.** La conceptualización de las obligaciones respecto de sujetos indeterminados se relaciona con la temática de los intereses difusos, esto es, aquéllos cuya protección no se encuentra vinculada directamente a una persona en particular, sino que responden a intereses cuya tutela le interesa a una parte o toda la colectividad, o bien, a un grupo humano que constituye, aunque para ese sólo efecto, una asociación de hecho.

La protección de los recursos naturales es un típico caso de ello, en que la conservación se plantea como un requisito ineludible para poder permitir el desarrollo de las generaciones venideras, y en consecuencia responde a un interés colectivo, presente y futuro.

Estos intereses se encuentran plasmados en la legislaciones de aguas de los diversos países consagrando fórmulas sacramentales, en especial en los artículos que señalan los objetivos de la ley, entre ellos la protección de los recursos hídricos. También este tipo de declaraciones se pueden encontrar en legislaciones generales del medio ambiente. En el Recuadro N°14 se dan ejemplos de ellos.

Recuadro N°14

A fin de realizar una distribución equitativa de los recursos hidráulicos y cuidar de su conservación, la presente ley reglamenta las disposiciones....

Art. 1, Ley Federal de Aguas, **México**.

El conocimiento, uso, aprovechamiento, administración, preservación, control y defensa de las aguas, cauces y obras hidráulicas se rigen por este Código y las leyes y reglamentos que en su consecuencia se dicten. Así también las relaciones de dominio y las limitaciones que a la propiedad se establezcan en razón del interés general hidráulico.

Art. 1, Proyecto de Código de Aguas, **República Dominicana** (1992).

Por ello, y sin pretender hacer un análisis acabado de las relaciones entre las legislaciones de aguas con las legislaciones generales del medio ambiente, se constata que la temática ambiental se incorpora cada vez más en la óptica de la regulación de los recursos naturales.

Ahora bien, cuando se habla de que el uso del agua debe "estar en armonía con el medio ambiente", la pregunta que surge es ¿qué quiere decir ello? ¿qué comprende?

En la medida que gran parte de la armonización del medio ambiente con el tema hídrico comprende el control de la contaminación, la ordenación en el uso de los espacios, y la gestión de los recursos naturales, las respuestas deben comprender estos tres componentes.

a) Control de la contaminación. Si se extrapola la definición de contaminación referida al medio marino 6/ a las aguas dulces, se puede decir que el resguardo de la contaminación de las aguas estará dado por el cumplimiento de los estándares de calidad de acuerdo al destino de las mismas, y en consecuencia, las fuentes contaminantes deben cumplir con las normas de emisión en sus vertidos de modo de no dañar a los cursos de agua. La exigencia de no contaminar las aguas pesa tanto sobre aquéllos que sin tener concesiones de aprovechamiento de aguas las utilizan como lugar para verter sus desechos, como a los que siendo titulares de concesiones las devuelvan desmejoradas en su calidad.

Cabe tener presente, sin embargo, que "cuando se habla de la mantención de la calidad del agua, lo que se pretende decir es que el agua debe mantener aquellas aptitudes suyas que le permiten satisfacer necesidades que son diversas y que presentan requerimientos de calidad distintos entre sí (consumo humano y de animales, riego de la tierra, usos recreativos e industriales, etc.), por lo que mas bien habría que hablar de "calidades" del agua".7/

b) Ordenación en el uso de los espacios. Respecto de este punto lo que se persigue es que con la asignación de usos de un espacio determinado se cuente con los recursos necesarios para permitir su desarrollo, y al mismo tiempo no se destruyan o alteren las fuentes de captación de dichos recursos, como las cuencas hidrográficas. Especial importancia reviste el agua como medio para la subsistencia, por lo que en todo ordenamiento del uso de un territorio se debe tener en cuenta dicho recurso.

Lo anterior no sólo comprende el agua con destino para la población, sino que también la necesaria para desarrollar las actividades que permitan una capacidad productiva de una zona. La preferencia absoluta hacia el agua por un uso poblacional podría llegar a excluir los otros usos, haciendo inviable el funcionamiento de sistemas productivos.

c) Gestión del patrimonio y recursos naturales. En cuanto al agua como parte del patrimonio natural y como recurso natural, que debe ser conservado y utilizado sustentablemente, una regulación comprende al agua en sí misma, como al agua como parte de ecosistemas complejos, y fundamentalmente como sostenedor de otros recursos.

Teniendo claro lo anterior, y avanzando en el razonamiento, cabe preguntar nuevamente ¿cuál es la mejor manera de contribuir desde el punto de vista jurídico para lograr los objetivos enunciados precedentemente, de modo de conciliarlos con un eficiente y productivo uso del recurso? ¿cuáles son los instrumentos legales que facilitan el logro de lo expuesto?

Las respuestas de lo anterior se buscarán en los apartados siguientes.

4. Intervención estatal en la regulación del ejercicio del derecho sobre el agua

En la óptica de los recursos naturales es claro que la intervención estatal es imprescindible, tal como se reconoce en la Constitución española, según se observa en el Recuadro N°15.

La intervención del Estado se presenta en primer lugar como una autorización a legislar. Sin embargo esta legislación debe estar orientada a ordenar el recurso, esto es, dictar las medidas y crear los mecanismos e instrumentos conducentes a una utilización sustentable del recurso.

Recuadro N°15

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:...

22ª La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por mas de una Comunidad Autónoma, y a la autorización de las instalaciones electricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de nergía salga de su ámbito territorial.

Art. 149, Constitución de **España** (1978).

Es quizás este el tema en donde se requiere mayor flexibilidad, a objeto de adecuarse a las condiciones propias de cada país, tanto geográficas, como ambientales, culturales, del sistema legal (eficiencia y eficacia), étnicas, presupuestarias, políticas, etc.

En efecto, últimamente se ha planteado que el mejor nivel de gestión integral para los recursos hídricos es al nivel de cada cuenca. Así se hace en España y en Francia. Sin embargo, en América Latina la experiencia general indica que la gestión del recurso se hace desde el nivel nacional por el Estado y sólo se permite algún tipo de participación de los usuarios a nivel de distrito de riego o de canal, en especial entre regantes. Sin embargo, hay que tener presente que en algunas propuestas ya hechas para crear autoridades de cuencas se vuelve a insistir excesivamente en que dicha autoridad sería del Estado, en lugar de plantearlo en forma corporada, deficiencia que se presenta en el caso de Perú.

En este escenario el Estado generalmente se ha reservado facultades de solución de conflictos entre usuarios y otras que dicen relación con asegurar una distribución de los flujos de cantidad del recurso, y fijar en su caso la oportunidad de uso, y mas recientemente con el mantenimiento de la calidad del recurso, o como se dijo más arriba, con las diversas calidades del recurso.

En lo referido a la cantidad y a la oportunidad de uso ella se determina generalmente en la concesión del derecho a aprovechar las aguas.

En cuanto a su calidad el Estado se reserva el derecho de fijar normas de calidad, pudiendo determinar los estándares de emisión de contaminantes, tanto de los que usan el agua y la devuelven, como de aquellos que usan los cursos de agua como medio de transporte de sus desechos. La prohibición de verter ciertos tipos de desechos (por ejemplo los peligrosos, tóxicos o radiactivos) es una demostración de lo anterior.

Sin embargo, los efectos de la utilización de las aguas no se acaba en lo expuesto. La incidencia de este recurso en numerosos ecosistemas, el cambio permanente de la naturaleza, los nuevos usos -muchas veces preferenciales del agua- la ocurrencia de fenómenos naturales extremos como sequías e inundaciones, y la necesidad de responder a requerimientos sociales llevan a dotar al Estado de facultades adicionales. Ello se fundamenta en que, como se ha expresado desde el inicio de este trabajo, el agua forma parte del dominio público del Estado, y como tal éste puede determinar restricciones o privaciones a lo actuales usuarios.

Para ello, en algunos países, se faculta al Estado para crear zonas protectoras de los cursos de agua, en las cuales se pueden restringir o prohibir el desarrollo de actividades en tales cursos. Sin embargo, algunas legislaciones son en este aspecto mas rigurosas, en tanto que en otras mas limitativas. Ejemplos de ello se exponen en el Recuadro N°16.

Recuadro N°16

El poder ejecutivo podrá:
c. Declarar zonas de protección, en las cuales, cualquier actividad que afecte a los recursos de agua, podrá ser limitada, condicionada, o prohibida.

Art. 7, Ley General de Aguas, **Perú** (1969).

El Poder Ejecutivo es la autoridad nacional en materia de aguas. En tal carácter, le compete especialmente:

2° decretar reservas sobre aguas de dominio público o privado, por períodos no mayores de dos años, prorrogables por resolución fundada, que impidan ciertos usos o la constitución de determinados derechos. Si se tratare de aguas fiscales, la reserva podrá decretarse por períodos mayores o sin fijación de término.

Art. 3, Código de Aguas, **Uruguay** (1978).

Ahora bien, en la medida que se considera que la administración de la oferta del agua debe ser hecha con participación del Estado y, por otro lado, que se debe buscar que cada uso o demanda del agua sea gestionada de preferencia por los propios usuarios, queda definir el modo como se utilizará el agua en sí misma y como parte del medio ambiente en general.

En este aspecto algunas legislaciones supeditan el otorgamiento de los derechos de aprovechar las aguas a un objeto determinado, facultándose al organismo que otorga las concesiones la posibilidad de denegar las solicitudes que no sean coherentes con los objetivos de la planificación hídrica. Es por ello que entre los requisitos de cualquier solicitud de uso de aguas debe indicarse el destino de las mismas. Por el contrario otras legislaciones no vinculan el destino de las aguas al otorgamiento de derechos de aprovechamiento, ni siquiera se hace un examen previo de necesidad de ellas, pudiéndose llegar al caso de que se

soliciten derechos de aprovechamiento con el objeto de acaparar las disponibilidades de agua que tenga un canal determinado, a fin de que con posterioridad se comercie con los derechos de aprovechamientos, entonces escasos.8/

Sin embargo cabe tener presente que no siempre el Estado cuenta con la capacidad de ejercer sus prerrogativas, circunstancia que podría entorpecer el desarrollo de las actividades que necesitan el agua al no contarse con las autorizaciones correspondientes. O podría suceder también que al no ejercer las potestades públicas, permaneciendo vigentes situaciones ilegales por la no acción del Estado, se esté en presencia de una situación de ineficacia de una norma jurídica, creando una suerte de incredulidad acerca de la necesidad de contar con un derecho formal, creándose, en consecuencia, un conjunto de relaciones entre los interesados en el agua no siempre acorde con el respeto de la ley, siendo reemplazado por el uso de la fuerza, ya sea económica o política.

Es por ello que cabría analizar la posibilidad de que el Estado, sin despojarse de sus facultades de regular de modo marco el uso de los recursos naturales, delegare en los propios usuarios e interesados los mecanismos de administración de los recursos. El caso de España que mas adelante se explica someramente es interesante de tener en cuenta.

Sin embargo, cabe analizar ahora la situación en la región acerca de la participación de los usuarios en la gestión del agua, y ver si ella responde a un criterio de integralidad y sustentabilidad.

5. Participación de los usuarios en la regulación de la gestión del agua

La participación de los usuarios en la gestión del agua se da preferentemente al mismo nivel de manejo general de la misma. Así, en países en donde no existen unidades territoriales de gestión, y por tanto, ésta se plantea a nivel nacional, la participación de los usuarios es bastante precaria. Sólo, y mediante representantes, se participa en los órganos de tipo consultivo encargados de comentar o proponer las políticas nacionales hidrológicas.

En aquellos países en donde existen niveles locales de gestión, se observa una participación de los usuarios. En Perú por ejemplo, en donde la unidad básica de gestión está dada por los distritos de riego, les corresponde a los usuarios, aunque sólo regantes, la posibilidad de promover la participación activa y permanente de sus integrantes en la operación, mantenimiento, desarrollo y uso racional de los recursos agua y suelo, en concordancia con las disposiciones emanadas de la autoridad de aguas de nivel local y nacional.9/

En el anteproyecto de Ley de Aguas de Venezuela se plantea que los usuarios se organizarán, cuando así lo exija la autoridad, en asociaciones de usuarios de aprovechamiento, con las facultades indicadas en el Recuadro N°17.

Si bien este tipo de organizaciones puede comprender a diversos tipos de usuarios (riego, industria, aprovechamiento colectivo o de uso múltiple, energía), se constituye sólo a requerimiento de la autoridad. Ello obsta a una iniciativa propia de los propios usuarios.

Sin embargo, la existencia de una junta arbitradora que resuelve los conflictos entre usuarios por el aprovechamiento y uso de las aguas entre ellos, con carácter vinculante, ayuda a descentralizar el nivel de gestión, al tiempo que aliviana la labor judicial a los organismos centrales.

A su vez en Chile se presenta una interesante situación. En efecto, la distribución del agua entre usuarios que confluyen en una misma fuente se realiza por entes corporados, ya sean comunidades de aguas o asociación de canalistas. El agua que le corresponde a cada participante es aquella que consta de sus respectivos títulos, estando la unidad de gestión dada por un mismo canal o embalse.

Las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas son administradas por un Directorio elegido por sus miembros. A este directorio le corresponde la administración de la comunidad o de la asociación, teniendo entre sus principales funciones las de conservar y reparar los canales y los dispositivos de captación, velar porque se respeten los derechos de aguas en el prorrateo del caudal matriz, impidiendo que se extraigan aguas sin títulos, y distribuir las aguas.

Por otra parte, a nivel de cuenca u hoya hidrográfica se pueden constituir juntas de vigilancia, las cuales tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales. Una de las funciones importantes que le corresponde a las juntas de vigilancia es la de declarar la escasez de aguas en cauces naturales, y en este caso fijar las medidas de distribución extraordinarias con arreglo a los derechos establecidos y suspenderlas.

Recuadro N°17

Las asociaciones de usuarios de aprovechamiento tendrán por objeto:

1. Administrar entre sus miembros las cuotas de agua establecidas en la concesión.
 2. Colaborar con el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables en las funciones a que se refiere esta ley y el reglamento respectivo.
 3. Supervisar la ejecución de las obras de conservación y mantenimiento que realicen sus miembros.
 4. Promover en nombre de todos los usuarios la mejora y ampliación de los aprovechamientos y de las obras que utilicen en ellos.
 5. Cualquiera otra que pueda encomendarle el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables.
- Art. 72, Anteproyecto de Ley de Aguas, **Venezuela** (1992).

Finalmente cabe tener presente que actualmente se discute en el Congreso Nacional de Chile un proyecto de modificaciones al Código de Aguas, en que, entre otros aspectos, crea las Corporaciones Administradoras de Cuencas Hidrográficas, bajo un criterio de gestión integrada de la cuenca, desde su desembocadura en el mar hasta sus nacientes. Formarán parte de ellas las organizaciones de usuarios (no sólo regantes), las municipalidades ribereñas y los organismos públicos y privados que manifiesten interés en el manejo y administración de la cuenca hidrográfica.

Es importante tener en cuenta lo anterior, y reiterando lo ya expuesto, la utilización sustentable del agua no sólo importa para los regantes sino que también para otros usuarios o interesados. Si se tiene conciencia de ello, y se pretende que la administración del agua sea descentralizada, todos los afectados e interesados deben quedar representados en la unidad de administración, entre ellos los representantes de organizaciones ambientalistas.

Ello por cuanto el agua antes que nada constituye un recurso natural que debe ser conservado, en cantidad y calidad, y acto seguido constituye un bien económico.

Finalmente se puede indicar que en otras tantas legislaciones no se indica o señalan los niveles de gestión menores que el nacional, por lo que la participación de los usuarios no existe formalmente. Bajo los criterios de integralidad y participación, tales situaciones ameritan ser estudiadas con el objeto de ser modificadas.

6. Incorporación de nuevas variables en la temática del agua

Cuando se habla de nuevas variables en la gestión del agua, ello se refiere fundamentalmente a la variable ambiental, y a la incorporación subsecuente de ella en los textos legales.

En general se constata que la preocupación ambiental se encuentra recogida en diversos países, ya sea en el marco de leyes de agua o bien, en leyes generales del medio ambiente. Normalmente se recoge esta preocupación a través de declaraciones de tipo sacramental como las que se transcribieron en el Recuadro N°13. En ello no hay mayor diferencia entre las legislaciones.

Ahora bien, la posibilidad de incorporar la temática ambiental, de manera real y no sólo textual, muchas veces depende del nivel de conciencia nacional, y desde el punto de vista jurídico de la posibilidad de regular el ejercicio del derecho a usar el agua. Ello ya que al tener los titulares de los derechos de aprovechamiento un derecho de propiedad sobre ellos, supuesto cuestionable, la regulación de ese uso se plantea como una restricción al derecho de propiedad.

Es en este punto donde quizás se observan diferencias entre los países, las cuales no son permanentes, ya que muchas veces depende de la ideología imperante tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Judicial. La irrupción del pensamiento neoliberal que propugna la retirada del Estado encuentra aquí unos de sus campos de batalla.

Es por ello que la forma de concretizar las aspiraciones para una utilización sustentable del recurso difieren entre los países. Ello supone analizar los mecanismos, potestades, controles que cada sistema normativo crea para hacer efectivo lo declarado. Es el tópico de los instrumentos para la gestión de los recursos hídricos.

Uno de los principales modos de regular el uso del agua es indicar que el ejercicio de la propiedad, incluyendo la propiedad sobre el derecho a usar el agua, supone como restricción la función social de la misma, la cual incluye la función ambiental. Esto significa que el ejercicio del derecho de aprovechamiento debe realizarse con respeto al medio ambiente.

Sobre esto se plantean dos puntos importantes, el de la calificación y el de la indemnización. El primero -la calificación- significa aclarar qué autoridad será la que en definitiva determine si un uso determinado cumple o no con la función ambiental, y si sobre esa calificación es posible interponer recursos judiciales ante un organismo distinto al calificante. Supone cuestionar el mérito de las decisiones.

El segundo punto es si procede que se indemnice a los propietarios de derechos de uso del agua en caso de que se vean restringidos en el ejercicio de su derecho, al hacerse efectiva la función ambiental de la propiedad. En general no se indemniza a quienes sufren restricciones por consideraciones ambientales, ya que ello supondría una expropiación, situación distinta a la restricción, según se ejemplariza en el Recuadro N°18.

Al ser procedente la regulación de los derechos de aprovechamiento se facilita la posibilidad de que se incorpore la variable ambiental. Ejemplos de ello son la creación de zonas de protección, en las cuales no sólo se actúa sobre el recurso mismo sino que también, y de forma adicional, sobre suelos y bosques adyacentes.

Recuadro N°17

Sin perjuicio de las atribuciones que competan a otros organismos públicos, el Ministerio competente podrá prohibir todos o algunos usos de determinadas aguas por el lapso que fuere necesario, en salvaguardia de la salud pública o con la finalidad de prevenir la contaminación o el deterioro del medio ambiente, sin pagarse en estos casos indemnización alguna. A tales efectos, registrará y publicará estas prohibiciones. Art. 6, Código de Aguas, Uruguay (1978).

Por otro lado, la revalorización de la variable social es interesante de tener en cuenta a la hora de conceptualizar las leyes de agua. Constatando que el uso de los recursos naturales, y

adicionalmente la apropiación de ellos debe hacerse con un criterio social, es conveniente insistir acerca de la necesidad de establecer ciertas prioridades en la asignación de las concesiones de uso.

Ello lleva a reflexionar sobre el último punto de este acápite, el de la transitoriedad o permanencia de las concesiones.

Al principio de este capítulo se indicó que las aguas en general constituyen bienes nacionales de uso público, y que su aprovechamiento se concede a los particulares mediante acto de autoridad. Se indicó, igualmente, que en general los derechos no son permanentes y son susceptibles de extinguirse por diversas causas. La procedencia de que se otorguen derechos "eternos" a los particulares sobre recursos que pertenecen a la nación toda cuestiona el dominio del Estado, ya que de ser así, éste se debilita fuertemente.

En los países en donde ello sucede, generalmente se producen situaciones de escasez del recurso, y consecuentemente, para una implementación de las políticas nacionales hidrológicas se requeriría expropiar derechos de aguas, lo que acarrearía un gasto no soportable por las arcas fiscales, con necesidades mas acuciantes.

Es por ello, y coherente con la incorporación de nuevas variables al tema hídrico, debe ser posible caducar las concesiones cuando los titulares de ellas no cumplen con las disposiciones que regulan el ejercicio de sus derechos, incluyendo, por cierto, las regulaciones ambientales.

7. Nivel de gestión adecuado para el agua

Ultimamente se ha planteado que el mejor nivel de gestión integral para los recursos hídricos es al nivel de cada cuenca, o en su defecto a nivel de cada subcuenca. En efecto, en el Recuadro N°19 se señala lo que se expresó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Ahora bien, que el mejor nivel de gestión sea el de la cuenca o subcuenca conlleva necesariamente aclarar qué comprende dicho nivel de gestión, o en otras palabras, cuán amplia debería ser ésta, de modo de conciliar las potestades que se le otorgan al aparato público con las que se les otorgan a los entes encargados de gestionar las cuencas.

El caso de España es ilustrativo. La máxima autoridad en materia de aguas es el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, existiendo, además, como órgano consultivo de alto nivel el Consejo Nacional del Agua, integrado por representantes de todos los sectores interesados, y que le corresponde como función principal

Recuadro N°19

La ordenación integrada de los recursos hídricos, incluida la integración de los aspectos relativos a las tierras y a las aguas, tendría que hacerse a nivel de cuenca o subcuenca de captación. Deberían perseguirse cuatro objetivos principales, a saber:

a) Promover un enfoque dinámico, interactivo y multisectorial de la ordenación de los recursos hídricos, incluidas la protección y la determinación de posibles fuentes de abastecimiento de agua dulce, que abarque consideraciones tecnológicas, económicas, ambientales y sanitarias;

b) Planificar la utilización, protección, conservación y ordenación sostenibles y racionales de los recursos hídricos con arreglo a las necesidades y prioridades de la colectividad dentro del marco de la política de desarrollo económico nacional;

c) Elaborar, aplicar y evaluar proyectos y programas que sean tanto económicamente eficientes como socialmente adecuados dentro de unas estrategias definidas con claridad y basadas en un enfoque de plena participación pública, incluida la mujer, la juventud, las poblaciones indígenas y las comunidades locales en las medidas y decisiones sobre la ordenación del agua;

d) Determinar y fortalecer o implantar, según sea necesario, en particular en los países en desarrollo, los mecanismos institucionales, jurídicos y financieros adecuados para lograr que la política sobre los recursos hídricos y su ejecución sean un catalizador del progreso social y el crecimiento económico sostenible.

Fuente: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Capítulo 18. Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce. (A/CONF.151/26 (Vol. II)).

emitir opinión acerca del Plan Hidrológico Nacional y de los planes hidrológicos de cuencas, los cuales son aprobados por las Cortes españolas y por el gobierno, respectivamente.

A su vez, los Organismos de Cuencas, llamadas Confederaciones Hidrográficas, se constituyen como entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado y con plena autonomía funcional. Sus funciones más importantes son la de proponer el plan hidrológico de la cuenca, así como realizar su revisión y seguimiento, administrar y controlar el dominio público hidráulico, proyectar, construir y explotar las obras en su respectiva cuenca, otorgar las autorizaciones y concesiones, cumplir labores de inspección y vigilancia, realizar aforos, estudios de hidrología, información sobre crecidas y control de la calidad de las aguas y prestar servicios técnicos.^{10/}

De la somera descripción anterior, y obviando la situación que se produce respecto de las comunidades autónomas, se observa que el Estado se reserva la función de definir los objetivos nacionales en materia hídrica, pero la gestión de los recursos de la cuenca y la implementación de los planes, tanto nacional como de cuencas, recae en las confederaciones hidrográficas.

Sin embargo ello supone contar con los recursos técnicos, humanos y monetarios para poder ejercer las facultades y potestades que se otorgan por ley.

La constatación de que en numerosos países de la región no se cuenta con los recursos necesarios para implementar un ideal

sistema de gestión no debe ser obstáculo para avanzar en procesos de descentralización en la gestión de los recursos hídricos, toda vez que la experiencia centralizada demuestra que tampoco es posible cumplir a cabalidad con las potestades respecto de las cuales el Estado es titular.

Hacer efectivo un enfoque integral en el tratamiento del sistema hídrico puede requerir modificaciones institucionales, que suponga una nueva asignación de derechos y obligaciones, tanto para el Estado como para los usuarios. Estos son en definitiva quienes mas interés tienen en que el sistema hídrico funcione correctamente, usando racional y sustentablemente el recurso. Pero cabe señalar también, que si bien el máximo consumo de agua lo realizan los regantes, ellos no son los únicos usuarios, y que el Estado también debe participar en los niveles de gestión para la protección de los intereses difusos, protección que también se ve fortalecida por la incorporación de organizaciones ambientalistas a los niveles de gestión adecuados.

IV. PROPUESTA PARA LA CREACION DE NORMAS JURIDICAS REFERIDAS A RECURSOS HIDRICOS

Analizados los principales tópicos de las leyes de aguas de la región, y atendido que se están discutiendo proyectos de leyes de aguas en varios países, o en otros se han presentado proyectos de reforma a las leyes existentes, cabe proponer una pauta para el análisis de leyes, ya estén vigentes o propuestas.

Cabe tener presente que previo a un análisis de este tipo es preciso tener claridad acerca de lo que se quiere hacer en el tema hídrico, tener definidas y clarificadas las políticas de intención y de ejecución que se desean implementar. Ello ya que el Derecho es sólo un instrumento -y ciertamente no el único- para el logro de los objetivos que se buscan en la definición de las políticas.

Es común el error de hacer descansar en las leyes la solución a los problemas, o bien indicar en las mismas que las autoridades deberán "pensar" que hacer en determinadas materias. Ambos aspectos son previos a la dictación de una ley. Esta debe facilitar la concreción de los resultados esperados.

En esta perspectiva es posible diferenciar, aunque sólo para fines metodológicos, dos aspectos a tener en cuenta: el sustantivo y el institucional.

En el primero -el sustantivo- cabe hacer las definiciones básicas de la legislación, como las siguientes:

- a) Naturaleza jurídica de las aguas.
- b) Posibilidad de otorgar concesiones de uso a los particulares.
- c) Derechos que se les conceden a los titulares de las concesiones, especialmente en lo que dice relación con las facultades de cambiar de destino el uso de las aguas, ceder los derechos de uso o aprovechamiento y no uso de las mismas.
- d) Obligaciones que se les imponen a los titulares de las concesiones.
- e) Función social sobre la propiedad de los particulares, comprendiendo a la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento o uso de las aguas.
- f) Extinción del derecho de aprovechamiento o uso, incluyendo causales de caducidad.

- g) Prioridades en los usos.
- h) Declaraciones acerca de la procedencia general de la expropiación de los derechos de aprovechamiento.
- i) Sistema sancionatorio, en especial naturaleza y cuantía de las penas.

Definido el ámbito sustantivo, se entra al terreno más difícil de atribuir las potestades y asignar las atribuciones, a fin de determinar quienes serán los que las ejerzan.

Ahora bien, como la asignación de potestades significa definir cómo y en qué ámbito se realizará la gestión, es útil tener presente la distinción que se hace entre gestión de la oferta y gestión de la demanda de los recursos hídricos. La primera recae preferentemente en el Estado, en tanto que segunda debe gradualmente ir radicándose en los propios usuarios.

Pero a lo anterior habría que agregar una consideración adicional. En la medida que se constata que el mejor nivel de gestión se encuentra al nivel de cuenca o subcuenca, la organización de entidades al nivel de ellas, con facultades claras es una aspiración que paulatinamente debe irse concretizándose.

En el tópic de la gestión de la oferta cabe atribuir, entre otras, las siguientes facultades:

- a) Quien otorgará las concesiones de derechos de aprovechamiento. En el caso de que para su otorgamiento sea necesario justificar un destino de uso, quien calificará la conveniencia de tal uso, y ante quién, sería posible cuestionar tal calificación.
- b) Quien determinará la declaración de determinadas zonas como áreas protectoras de los recursos hídricos, a la vez quién administrará o fiscalizará tales áreas. En este punto probablemente se entrecrucen atribuciones con las autoridades de suelos, bosques y áreas protegidas.
- c) En el caso de permitirse el cambio de destino de las aguas, quién, eventualmente debería autorizar tal cambio. A la vez, ante la posibilidad de ceder los derechos de aprovechamiento, es dable suponer que para casos donde los riesgos de daños a terceros sean mayores se requiera de una autorización previa.
- d) Autoridad encargada de adoptar las medidas necesarias en resguardo de ecosistemas que dependan de los recursos hídricos, que suponga una modificación de la situación existente.
- e) Autoridad encargada de declarar extinguidos los derechos de aprovechamiento, en especial la calificación de las causales de caducidad.

- f) Quien determinará las normas de calidad, tanto para definir los usos del agua, como respecto de quienes vierten desechos a las mismas. Fiscalización de tales normas.
- g) En casos de emergencia, por escasez del recurso, autoridad facultada para declarar tal emergencia. Asimismo, atribuciones para ejercer en tal circunstancia, en especial el reparto de aguas entre los titulares de derechos.
- h) Determinación acerca del fomento para la construcción de obras de riego, de energía o de agua potable.

Por otro lado, en el nivel de la gestión de la demanda del agua, esto es, la participación de las organizaciones de usuarios de la misma, es importante asignar atribuciones claras. Estas, sin embargo, diferirán de acuerdo a la amplitud de tal organización.

Si se trata de una entidad que agrupa a usuarios de un embalse o un canal determinado, las atribuciones podrán ser las siguientes:

- a) Distribuir el agua entre quienes tengan derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos.
- b) Administrar, reparar y modernizar las instalaciones de captación y de distribución.
- c) Ejercer funciones de policía para evitar la sustracción de aguas por quienes no tengan derechos para ello.
- d) Cobrar las cuotas de los asociados.

A la vez, si estamos en presencia de una organización de nivel mas amplio, sus atribuciones podrán ser mas extensas, asignando paulatinamente atribuciones que tradicionalmente les corresponde a la administración central.

Finalmente, y cerrando el nivel institucional corresponde abocarse al tema de la solución de controversias, ya sea entre usuarios y Estado, usuarios y organizaciones de ellos y entre usuarios.

Para los dos primeros tipos de conflictos es necesario que una autoridad independiente de las partes resuelva la disputa. Un mínimo sentido de la imparcialidad así lo indica. La existencia de tribunales especiales, sólo de aguas, es un camino que responde a la cultura jurídica de cada país, a la vez a la existencia de jueces capacitados en forma especial para ello.

Sin embargo, los conflictos entre usuarios deben ser resueltos por la propia organización a la cual pertenecen, ya que es en dicho nivel donde existe un mejor conocimiento de la situación, se aliviana la labor judicial central, el costo para los litigantes probablemente sea menor, etc.

V. CONCLUSIONES

Expuestos los principales tópicos que concurren en las legislaciones de agua, y habiendo constatado la irrupción, en mayor o menor medida de la variable ambiental en ellas, es posible llegar a determinadas conclusiones.

El Derecho como instrumento de regulación de las conductas humanas, y la ley como expresión concreta de ello, pretenden normar aspectos de la vida del hombre de relevancia jurídica. El agua y su relación con las colectividades han sido, desde tiempo inmemoriales, objeto de dicha regulación, situación que persiste, y se manifiesta mas nítidamente que nunca en los actuales tiempos.

El contenido de esas regulaciones, vigentes y propuestas, no es pacífico. Ello por cuanto al estar en presencia de un recurso que ha sido calificado de esencial para el sostenimiento de la vida, el desarrollo y el medio ambiente, los intereses en pugna se perciben mas claramente. A lo anterior se agrega la no clara delimitación de la frontera de las potestades y atribuciones públicas, con los derechos privados, cuestión no resuelta y que se enmarca dentro del ámbito mas amplio de la dualidad "derecho de propiedad y regulación ambiental". Es en este marco en que actualmente se discuten proyectos de leyes de aguas en diversos países de la región, generándose algunas veces debates innecesarios que distraen el fondo de la cuestión. Este es, a juicio del autor, de que modo se logrará un mejor aprovechamiento de un recurso finito y vulnerable.

La constatación de que se les atribuye a las aguas la calidad de bienes de dominio público, o también llamados bienes nacionales, no significa mucho por sí sólo. Ello no hace sino manifestar la necesidad de que el Estado regule, quizás con mayor celo que lo normal, una elemento del medio ambiente.

Notas

1/ David Rainey Daines y Gonzalo Falconi H., Legislación de Aguas en los países del Grupo Andino. Resumen y comparación, 1974 (?). p. 237.

2/ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13 al 24 de junio de 1992. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Capítulo 18. Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce, (A/CONF.151/26 (Vol.II)), 13 de agosto de 1992, p. 2.

3/ Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente, Dublín, Irlanda, 26 al 31 de enero de 1992, Declaración de Dublín e Informe de la Conferencia, p. 4.

4/ Ver artículo 73 del Código de Aguas de Chile.

5/ Probablemente por cuanto se encuentran definidas en otro cuerpo legal, como por ejemplo en Códigos Civiles.

6/ Contaminar significa la introducción, por parte del hombre, sea directa o indirectamente, de sustancias o energía en el medio ambiente marino (incluso los estuarios), que redunde en efectos perjudiciales, tales como daño a los recursos vivos; riesgo para la salud de los seres humanos; obstrucción de las actividades marinas, entre ellas de la pesca; menoscabo de la calidad del uso del agua de mar; y disminución de las amenidades. Definición del GESAMP (Grupo Mixto de expertos OMI/FAO/UNESCO/OMM/OMS/OIEA/Naciones Unidas/PNUMA sobre los aspectos científicos de la Contaminación de las Aguas del Mar).

7/ Raúl Brañes, Derecho Ambiental Mexicano, Fundación Universo Veintiuno, A.C. México, 1987, p.259.

8/ De algún modo es una situación que se ha presentado, según algunos, en el caso de Chile. Ello ya que la concesión de derechos de aprovechamiento no está ligada a demostrar la necesidad de la misma, ni menos a indicar el destino de las aguas.

9/ Véase artículo 60 de la Ley de promoción de las inversiones en el sector agrario, publicada en El Peruano el 1º de agosto de 1991.

10/ Para un mayor análisis véase, Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, publicada en Boletín Oficial del Estado, colección textos legales, Ley de Aguas, Madrid, 1990.