

CAPÍTULO I
MARCO JURÍDICO CONCEPTUAL
DE LA GESTIÓN DEL AGUA

1.1 Introducción

La propiedad del agua y su aprovechamiento son temas que desde los mismos romanos se vienen estudiando. El derecho común a su uso para beber, bañarse, lavar y abreviar el ganado, se reconocía desde entonces. Pero con el transcurrir del tiempo, el aumento poblacional y las diferencias geográficas que impiden o permiten la obtención del recurso en la cantidad necesaria, los procesos de contaminación, que repercuten en la calidad del agua, hacen indispensable la intervención de los órganos del Estado como árbitro y gestor del recurso. Por supuesto, la actitud y postura más o menos rígida del Estado, estará condicionada por la abundancia o la escasez del recurso. Esta circunstancia influirá a su vez, en las normas jurídicas que se dicten y en las instituciones que se establezcan para su administración.

Por todo lo anterior, el conocimiento de los antecedentes legislativos resulta de mucha importancia en todo estudio jurídico, pero cuando se pretende comparar dos legislaciones que tienen una raíz común y una historia compartida, esta resulta indispensable. Por lo que en este Capítulo, se estudiará en primer término los antecedentes legislativos en materia de agua, en ambas legislaciones.

Esa concepción del Estado regulador e interventor, aparecerá reflejada en los textos constitucionales, por lo que se analizará el tratamiento de la gestión del agua en los textos constitucionales, en las normas de desarrollo de la Constitución que se encargarán a su vez de dar forma al marco constitucional, así como al resto de normas jurídicas que regulan el agua. En este primer capítulo se observarán entonces, esos principios básicos que rodean a la administración del agua, el estado actual del dominio hidráulico, las posibilidades de los particulares en los aprovechamientos de agua, y los principios y políticas del Estado en esta materia.

1.2 Antecedentes de la legislación del agua

MEÑÑO Francisco, célebre autor venezolano en materia de aguas, sostiene que el Derecho español recogió del Derecho Romano en las Siete Partidas, la doctrina de las *Institutas*, estableciendo el dominio público de los ríos, reconociendo la propiedad de la ribera al dueño de las tierras aledañas al río⁵. Coincidiendo con esta afirmación, GALLEGO ANABITARTE Alfredo considera que las Partidas no declaraban de uso público todas las aguas corrientes, como lo hacían los romanos (*aqua profluens*), sino que se limitaban a declarar de uso común todas las aguas de lluvia y las aguas de los ríos navegables; para decir esto último se basa en la prohibición que traían las Partidas de construir obras que impidan la navegación y permitiendo que cualquier nave atracara en la orilla⁶.

Las riberas de los ríos, aunque corresponden al señorío de aquellos cuyas son las heredades a que están ayuntadas, con todo eso todo home puede usar dellas, ligando a los árboles que estan y sus navíos e adovando sus naves e sus velas en ellas, e poniendo sus mercaderías: e pueden los pescadores y poner sus pescados e venderlos, e enxugar y sus redes, e usar en las riberas de todas las otras cosas semejantes de estas, que pertenecen al arte e al menester porque viven⁷.

5 MEÑÑO Francisco. *Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*. Pág. 19. Para este autor, las Partidas no regulaban el derecho de propiedad sobre las aguas, sino el derecho al aprovechamiento.

6 GALLEGO ANABITARTE Alfredo. *El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado*. Primera Parte. Capítulo II. En: GALLEGO ANABITARTE Alfredo, MENÉNDEZ REXACH Ángel. *El Derecho de aguas de España*. Tomo I. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Secretaría General Técnica. Madrid, España: 1986. Pág. 131.

7 Ley 6, Título XXVIII de la Tercera Partida, citada por MEÑÑO Francisco. *Régimen Legal de...* Pág. 19, y por GALLEGO ANABITARTE Alfredo. *El Derecho español de aguas*. Primera Parte. Capítulo II. Pág. 131.

En tanto que las fuentes⁸, según Las Partidas, eran del propietario de la heredad donde habían surgido, con las únicas limitaciones del derecho adquirido en ellas por un tercero o que surtan de agua a una población. De modo que el propietario del fundo donde hubiera nacido, tiene derecho a conceder a otro aprovecharse de esas aguas, incluso luego de haber salido de los linderos de su propiedad⁹. De igual forma, también reconocían el derecho de todo propietario a abrir en su predio, fuente o pozo para aprovechar las aguas.

Por su parte, las Leyes de Recopilación de Indias recogían el principio de la propiedad comunal de las aguas, de manera que todos tenían igual derecho a su uso. Los Reyes de España, según expone MEAÑO Francisco “expresamente recabaron para ellas el dominio que sobre las aguas tenían clanes y parcialidades, a título de regalía..., es lo que hoy llamamos bienes de dominio público”¹⁰.

Las costumbres de los aborígenes americanos tampoco diferían del derecho español, así lo refiere el diputado AGUILERA Delfín A, al afirmar que “el dominio señorial de las aguas pertenecía a la tribu, es decir que los beneficios del agua y de la pesca eran para todos y no para los ribereños solamente...”¹¹.

Como puede observarse, siguiendo el Derecho español, en Venezuela existía desde sus orígenes, y en los primeros cincuenta años de vida republicana, el principio del dominio público de los ríos¹². Principio consagrado en el primer Código Civil venezolano de 1863, según el cual los ríos y los lagos son de dominio público, sin prever posibilidad de propiedad privada sobre las aguas, pero desapareciendo la vocación del uso común de todos los integrantes de la misma¹³ que reseñáramos con anterioridad tanto en las Siete Partidas, en las costumbres indígenas y en las Leyes de Recopilación. Este Código tuvo una vigencia muy efímera, porque triunfante la revolución federal, se derogaron todas las leyes dictadas desde 1858. Se aprueba luego el Código de 1867, conservándose la enumeración de lagos y ríos como aguas del dominio público.

Durante la reforma de 1873, como consecuencia de la influencia (por no decir copia) del Código Civil italiano de 1865 y por intermedio de este, del francés de 1804, “comienza una regulación contraria a nuestros más remotos antecedentes, divorciada de la realidad venezolana”¹⁴. Se mantiene el carácter público para las aguas corrientes y lacustres y atribuye carácter privado a los manantiales¹⁵. Se introduce una clasificación, que se mantiene en los siguientes (1880, 1896, 1904, 1916, 1922, incluso en el actual de 1942)¹⁶, entre ríos del dominio público y otros que no lo son, con la dificultad de que no establecían ninguna pauta para distinguir unos de otros, situación que se mantiene hoy día.

8 El término “fuente” utilizado como sinónimo de manantiales.

9 “Ganada habiendo hombre la servidumbre de traer agua para regar su heredamiento de fuente que naciera en heredad ajena si después el dueño de la fuente quisiese otorgar a otro poder para aprovecharse de aquella agua non lo puede hacer sin consentimiento de aquel a quien primero fue otorgada la servidumbre de ella. Fuera en de si el agua fuese a tanta que abundase al heredamiento de ambos”. Ley V, Título XXXI de la Tercera Partida, citada por GALLEGU ANABITARTE Alfredo. El Derecho español. Primera Parte. Capítulo II. Pág. 13

10 MEAÑO Francisco. *Régimen Legal de...* Pág. 26.

11 Citado por MEAÑO Francisco. *Régimen Legal de...* Pág. 25.

12 AZPURÚA Pedro Pablo. *Ley de Aguas: análisis, estudio y proposiciones*. Editado por Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Dirección General de Planificación y Ordenación del Ambiente. Caracas, Venezuela: 1981. Pág. 176.

13 BREWER CARÍAS Allán R. *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*. Editado por Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, Venezuela: 1976. Pág. 62.

14 MEIER E. Henríque. ¿Existe un derecho de propiedad privada sobre las aguas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano? En: *Separata de la Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. Caracas, Venezuela: 1978. Pág. 134.

15 AZPURÚA Pedro Pablo. *Ley de Aguas...* Pág. 177.

16 Reformado parcialmente y sin modificación al régimen del agua en 1982.

El Código de 1916 recoge una novedad, en cuanto a la propiedad del lecho de los ríos no navegables por los fondos ribereños, con la limitación de no desviar el curso de los ríos, norma que también subsiste actualmente en el Código de 1942.

En el Código de 1942 vigente aún, se establecen diferencias entre aguas públicas y aguas privadas, aguas superficiales y subterráneas, aguas vivas y estancadas, contiene derechos preferentes sobre el uso del agua y la posibilidad de apropiar el lecho de los ríos no navegables¹⁷.

Ahora bien, del lado español, los principios comentados de las Siete Partidas, “rigen en Castilla, hasta mediados del S. XIX, pero el régimen que se incorpora a las Leyes de Aguas de 1866 y 1879¹⁸, es el del Real Patrimonio del Reino de Valencia que supone que los aprovechamientos de todas las aguas corrientes se someten al control previo del Estado”¹⁹. Con todo, GALLEGO ANABITARTE Alfredo declara que la primera Ley de Aguas de 1866, estaba muy cerca del antiguo régimen por cuanto permitía las concesiones a perpetuidad, no distinguía estrictamente la autorización de la concesión, y traía un oscuro planteamiento del canon²⁰.

Estas leyes (1866-1879), distinguen en relación con la utilización de las aguas públicas, entre uso común general (beber, lavar ropas, vasijas, bañarse, abrevar), uso común especial (pesca, navegación y flotación), y uso especial o privativo (utilización con carácter exclusivo frente a terceros). El primero no requiere autorización, el segundo requiere licencia y el último se obtiene mediante concesión o por prescripción²¹.

Para ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza, la Ley de Aguas (1866-1879) y el Código Civil de 1889, en concreto en los artículos 407 a 425, permiten concluir que “el aprovechamiento del agua por los particulares es una consecuencia de la propiedad de la tierra”²².

El 1º de enero de 1986²³, entra en vigencia una nueva ley de aguas, que sin lugar a dudas representa un antes y un después en el Derecho de Aguas español, al incorporar todas las aguas al dominio público hidráulico, incluidas las subterráneas. Esta ley fue luego parcialmente reformada en 1999, y en el año 2001 a través de la Ley 1/2001, se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas²⁴. Las últimas modificaciones

-
- 17 MEIER E. Henrique. *Estudios de Derecho y Administración del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables*. Colección congresos venezolanos de conservación. Editado por: República de Venezuela, Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Editorial Arte. Caracas, Venezuela: 1982. Pág. 325
 - 18 Debe advertirse que los comentarios a esta Leyes, generalmente se consiguen juntos, por una razón lógica, y es que en 1879, se separó el régimen de las aguas terrestres y las marítimas, pero el de las primeras es idéntico en ambas leyes, así lo refiere MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos*. Editado por COPLANARH. Caracas, Venezuela: 1976. Pág. 87.
 - 19 GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, citado por Ministerio de Obras Públicas. *Estudios jurídicos sobre propiedad, aprovechamiento y gestión del agua*. Estudios realizados por PÉREZ PÉREZ, Emilio. Editado por la Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Madrid, España: 1993. Pág. 24.
 - 20 Citado por GALLEGO ANABITARTE Alfredo. *El Derecho español de aguas en la historia y ante el derecho comparado*. Primera Parte. Capítulo II... Pág. 220.
 - 21 MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Problemas actuales de*. Pág. 91-93.
 - 22 ALCAÍN MARTINEZ Esperanza. Evolución del Régimen Jurídico de las aguas subterráneas en España. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo II. Editado por el Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza. Madrid, España: 2002. Pág. 16.
 - 23 Aprobada el 29 de agosto de 1985, pero en la Ley se dispone que entrará en vigencia el 1 de enero de 1986, coincidiendo en fecha con la adhesión de España a la Unión Europea.
 - 24 Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. BOE No. 176, de 24 de julio.

se producen con la Ley 62/2003²⁵, para incorporar algunos preceptos de la Directiva Europea del Agua 60/2000/CE. De manera que no se harán mayores comentarios a la misma, ya que será objeto de análisis en la presente investigación.

Por su parte, Venezuela comienza a tratar el tema del agua a través de la legislación especial a partir de 1910, en la Ley de Montes y Aguas, con reformas o sanción de nuevas leyes en 1921, 1924, 1931, 1936, pero sin grandes avances por cuanto todas, mantuvieron vigente la diferencia entre dominio público y dominio privado de las aguas. De igual forma, la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1966, aun cuando no contiene un capítulo para las aguas de dominio privado, sí se refiere a ellas, como se verá más adelante cuando sea objeto de análisis esta ley, aún vigente. En marzo de 1960, se dicta una Ley que representa un avance significativo en materia de Reforma Agraria. Esta ley incorpora un capítulo dedicado al régimen de las aguas, donde establece limitaciones a los aprovechamientos privados en virtud de un fin mayor como es el proceso de reforma agraria, y afectando todas las aguas del dominio público para este fin²⁶.

En materia de proyectos de Ley de Aguas, Venezuela ha intentado en dos oportunidades promulgar una ley especial que regule la materia. La primera es conocida como Anteproyecto Cano²⁷. La segunda oportunidad fue a través del Proyecto de Ley de Aguas elaborado por la Comisión del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos (COPLANARH en lo sucesivo)²⁸. Este Proyecto se adecuaba perfectamente a los principios de administración por cuencas, gestión integral, aprovechamiento de aguas a través de concesiones administrativas, principio de recuperación de costos, entre otros, pero nunca se convirtió en Ley de la República.

Pues bien, aunque se ha hecho una síntesis de la evolución histórica de la regulación en materia de aguas entre ambos Estados, no siendo esos los únicos instrumentos jurídicos vigentes, pero sí los más relevantes, se puede llegar a concluir el origen común de ambas legislaciones en el Derecho Romano, con una separación por parte de Venezuela o mejor aún, un estancamiento en el desarrollo de la gestión del agua, que sólo va a ser mejorado a raíz de la promulgación de la nueva Constitución de la República en 1999.

1.3 Planteamiento constitucional sobre la gestión del agua

Comenzaré haciendo una revisión de ambos textos constitucionales para observar cómo se trata el tema del agua, bajo la premisa de que ambos Estados se definen como Compuestos, lo que supone una distribución de competencias entre los distintos niveles territoriales y una labor de coordinación y colaboración entre las distintos poderes territoriales, que integran dichos Estados.

El análisis se hará partiendo de cinco elementos. En primer lugar, asignación de las competencias en materia de aguas al Poder Central o a otro nivel territorial; el reparto de competencias en materias sectoriales que puedan influir sobre la gestión del agua; la declaratoria o no del agua como bien del dominio

25 Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE No. 313, de 31 de diciembre de 2003.

26 Esta Ley ha sido derogada en el año 2001 por el Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, publicada en Gaceta Oficial N° 37.323 de fecha 13 de noviembre del 2001. Esta ley no es tan específica como su antecesora, sin embargo establece que las aguas susceptibles de ser usadas con fines de regadío agrario y planes de acuicultura quedan afectadas en los términos de esta ley.

27 Por encargo del Ejecutivo Nacional, el Dr. Guillermo J. Cano, experto argentino en derecho y legislación de aguas, elaboró un proyecto de Ley de Aguas que entregó al Ejecutivo Nacional el 24 de enero de 1963. V. SÁNCHEZ PULIDO, Eolida. *Derecho y Administración del Agua*. Editado por la Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Jurídicas. Mérida, Venezuela: 1977. Pág. 153.

28 Con fecha 28 de octubre de 1976 el ministro de Obras Públicas, Arnoldo José Gabaldón, presentó al Congreso de la República, por órgano del Senado este Proyecto. V. SÁNCHEZ PULIDO Eolida. *Derecho y Administración del Agua...* Pág. 159.

público; la construcción de obras públicas; y por último, las competencias residuales y la transferencia de competencias entre los distintos niveles territoriales.

Debe aclararse que los dos textos constitucionales en estudio prevén un tratamiento especial del agua, considerada como parte del ambiente y susceptible de protección por todos los órganos del Estado. Tanto el artículo 45 de la Constitución española como los artículos 127 a 129 de la venezolana consagran la utilización racional de los recursos naturales y la obligación para el Estado de conservarlo.

1.3.1 Poder central, poder autonómico y estatal

La Constitución española (en lo sucesivo CE), contiene dos normas que fundamentalmente tratan el tema. Por supuesto, no son las únicas, como se verá en el desarrollo que sigue a continuación, pero sí las más importantes en que se apoya la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas españolas.

Las normas objeto de estudio son los artículos 148.1.10 y 149.1.22 CE. La primera se encarga de establecer cuáles son las competencias que tienen las comunidades autónomas españolas sobre el agua. Estableciendo que las mismas podrán encargarse de los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la comunidad autónoma; las aguas minerales y termales. Mientras que la segunda, establece que al Estado le corresponde la competencia exclusiva en legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma²⁹.

Estas dos normas fueron criticadas por la doctrina, pues no explicaban claramente el significado o alcance de las competencias de cada uno de los niveles territoriales. Situación que no mejoró con la entrada en vigencia de los Estatutos de Autonomía que oscurecían aún más dicho significado. Esta problemática se mantuvo hasta 1985, cuando el Parlamento dictó la Ley de Aguas, en sustitución de la de 1879. Dicha Ley asimiló la frase “aguas que discurran por más de una comunidad”, contenida en el artículo 149.1.22 CE, al concepto de “cuencas hidrográficas”.

Esta similitud que en principio debió dar por finalizada las discusiones acerca de la distribución de competencias entre los dos niveles territoriales, derivó en la interposición por parte de algunas comunidades autónomas de recursos de inconstitucionalidad y de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional. Pues bien, aun cuando hoy día, se dan por resueltas las discrepancias en torno a las Competencias del Estado y las comunidades autónomas, y no creyendo oportuno reproducirlas acá en su totalidad³⁰, sí se hace indispensable hacer mención de ello, porque recuerda la importancia del tema, en el Estado español.

29 Art. 149.1.22 CE.

30 V. En este sentido a MENÉNDEZ REXACH Ángel. La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985: Análisis Institucional. Tercera Parte. Capítulo I y Capítulo II, epígrafe I. En: GALLEGO ANABITARTE Alfredo, MENÉNDEZ REXACH Ángel y DÍAZ LEMA José Manuel. *El Derecho de aguas de España*. Tomo I. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Secretaría General Técnica. Madrid, España: 1986. Pág. 543 y ss. También a SÁNCHEZ BLANCO Ángel. Distribución de competencias en materia de recursos naturales (agua, minas, montes). En: MARTÍN RETORTILLO Sebastián (Coordinador). *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría)*. Tomo IV. Editorial Civitas S.A. Madrid, España: 1991. Pág. 2987-3800; a MARTÍN RETORTILLO Sebastián. Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas. En: Centro de Estudios Constitucionales. *Revista de Administración Pública*. No. 128. Madrid: Mayo-agosto 1992. Pág. 23-83 y a DELGADO PIQUERAS Francisco. La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de aguas: La sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1988. En: Centro de Estudios Constitucionales. *Revista de Administración Pública*. No. 118. Madrid, España: Enero-abril 1989. Pág. 271-294, entre otros.

La respuesta dada por el Tribunal Constitucional, la conseguimos en dos sentencias del Tribunal Constitucional: STC 227/1988, de 29 de noviembre³¹ y la STC 161/1996, de 17 de octubre. Ambas sentencias validaron la opción del legislador de escoger como criterio de interpretación la definición de Cuenca Hidrográfica. De modo que las comunidades autónomas tendrán competencias sobre las aguas que discurren sobre su territorio siempre y cuando éstas constituyan íntegramente una cuenca hidrográfica, y hayan asumido a través de sus estatutos competencias sobre las mismas. Esa competencia “comporta una serie de funciones tales como la organización de una administración hidráulica propia, la planificación hidrológica, el establecimiento de servidumbres, la gestión del recurso de cara a su uso y aprovechamiento, policía de aguas, etc.”³²; caso contrario, es decir, que las aguas continúen por otras comunidades, será indicativo de que son una cuenca intercomunitaria o supracomunitaria y por tanto, competencia del Estado a través de los organismos de cuenca (confederaciones hidrográficas), todo conforme al principio de la unidad de cuenca, entendido como “la obligación de que la cuenca sea considerada como un todo unitario e indivisible, y ello tanto desde un punto de vista territorial como funcional”³³.

Por su parte el Derecho venezolano, establece en el artículo 156 de la novísima Constitución de 1999 (en lo sucesivo CRBV) que es competencia del Poder Público Nacional³⁴ el régimen administración, conservación, fomento y aprovechamiento de las aguas y otras riquezas naturales del país. Permitiendo la posibilidad de que el Ejecutivo Nacional establezca un sistema de asignaciones especiales³⁵ en beneficio de los estados en cuyo territorio se encuentren dichas riquezas.

De la norma transcrita se deduce que en Venezuela la administración de los recursos naturales está centralizada en el Poder Nacional, y no cabe la posibilidad de la existencia de administración (de Aguas) por los Estados (Poder estatal³⁶) o los municipios. Esta reserva al Poder Nacional, se encuentra en los textos constitucionales venezolanos desde 1925 (competencia del fomento y conservación de las aguas), y a partir de 1936, también el aprovechamiento.

A pesar de esto, aún se mantiene vigente el artículo 646 del CCV que permite a los estados y municipios mediante leyes y ordenanzas sobre policía “limitar o modificar el régimen de la propiedad predial de

31 La Sentencia fue el resultado de unos Recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Aguas de 1985, propuestos por: la Junta de Galicia, por 59 Senadores, por el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares, por el Gobierno Vasco y por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria. También de conflictos de competencia planteados por el Gobierno Vasco, en relación con el RD 849/1986, de 11 de abril 1986 (Reglamento del Dominio Público Hidráulico), la Orden de 23 de diciembre 1986 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (Normas complementarias sobre autorizaciones de vertidos de aguas residuales), y el RD 650/1987, de 8 de mayo 1987 (Definición de los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos).

32 DELGADO PIQUERAS Francisco. La distribución de competencias... Pág. 293.

33 EZQUERRA HUERVA Antonio. Principio de unidad de cuenca y competencias autonómicas en materia de aguas (Sentencia 161/1996, de 17 de octubre). En: Gobierno de Aragón. *Revista Aragonesa de Administración Pública No. 10*. Edita el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Aragón, España: Junio 1997, Pág. 388.

34 Vale acotar que Venezuela por su Constitución es un Estado Federal, disponiendo la existencia de tres personas públicas territoriales: La Nación, los Estados y los Municipios. En cada uno de ellos hay ejercicio de Poder Público. A su vez, el Poder Público Nacional (La Nación) está dividido orgánicamente en Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Poder Ciudadano y Poder Electoral.

35 La CRBV establece que en los Estados donde se encuentren algunas de las riquezas señaladas en ese ordinal, a saber: minas e hidrocarburos, tierras baldías, bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales, que como contraprestación se le asignen unos recursos extraordinarios a los Estados donde se encuentren. V.: Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley de Asignaciones Económicas Especiales para los Estados y el Distrito Capital Metropolitano de Caracas derivadas de Minas e Hidrocarburos*. G.O. No. 37.086, de 27 de Noviembre de 2000.

36 En Venezuela se usa el término *estadal*, para hacer referencia a las Entidades Federales (actos, leyes o acompañamiento de la denominación de los mismos); mientras que el término *estatal*, se utiliza para hacer referencia a actos, leyes, etc., emanados de la República o persona jurídica que representa al conjunto del Estado Federal.

utilidad privada". Así da cuenta MEAÑO Francisco de leyes estatales, a las cuales califica obviamente de inaplicables por colisión con el texto constitucional³⁷, puesto que en algunas ocasiones, interfieren con la administración del agua, por parte del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables.

1.3.2 Materias sectoriales

En otros ordinales de los artículos 148 y 149 de la Constitución española, se hace referencia a materias sectoriales que pueden influir directa o indirectamente sobre la gestión del agua, así encontramos la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; agricultura y ganadería; montes y aprovechamientos forestales; protección del medio ambiente; la pesca en aguas interiores, la caza y la pesca fluvial y sanidad e higiene, sobre las cuales el Estado dicta la legislación básica y las comunidades autónomas, tomando en cuenta esa legislación, dictan la legislación de desarrollo que generalmente constituye un refuerzo de la protección contenida en la legislación básica.

En Venezuela, el Poder Nacional debe elaborar la legislación básica y crear las políticas nacionales en materia de sanidad, medio ambiente, conservación fomento y aprovechamiento de las aguas, ordenación del territorio; y además establece el régimen general de los servicios públicos domiciliarios, y en especial la electricidad, agua potable y gas³⁸.

A los Estados, la Constitución de la República en el artículo referido a sus competencias, no les asigna competencias sobre esas materias, y se limita a señalar que los Estados³⁹ tienen competencia exclusiva en el régimen y aprovechamiento de minerales no metálicos, no reservados al Poder Nacional las salinas y ostrales y la administración de las tierras baldías en su jurisdicción, de conformidad con la ley, y para crear y organizar los servicios públicos estatales, sin mencionar cuáles son estos servicios.

Pero, dentro de las llamadas competencias concurrentes, se encuentra que los estados y los municipios como personas jurídicas tienen competencias en materia de conservación y protección del medio ambiente, tal como lo señalan los artículos 127 a 129, reseñados con anterioridad⁴⁰. De manera que a

37 Como por ejemplo: La Ley de Ordenanza de 1894 de la Asamblea Legislativa del Estado Lara, sobre el uso de las aguas del río Turbio y la quebrada Macuto; la Ley de Llano del Estado Bolívar, de fecha 8 de marzo de 1916; o la Ordenanza de Aguas de la quebrada Maguace del Concejo Municipal del Distrito Jiménez, del Estado Lara citadas por MEAÑO Francisco. *Régimen Legal de*. Pág. 68-70.

38 Artículo 156, ordinales 16, 23 y 29 CRBV.

39 Art. 164.5 y 164.8 CRBV.

40 Capítulo IX De los Derechos Ambientales CRBV. Artículo 127. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Todos tienen derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, genética, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia. Es un deber fundamental del Estado, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, en donde el aire, el agua, los suelos, el clima, la capa de ozono, las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley. Artículo 128. El Estado desarrollará una política de ordenación del territorio atendiendo las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana. Una ley orgánica desarrollará los principios y criterios para este ordenamiento. Artículo 129. Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural. El Estado impedirá la entrada al país de desechos tóxicos y peligrosos, así como la fabricación y uso de armas nucleares, químicas y biológicas. Una ley especial regulará el uso, manejo, transporte y almacenamiento de las sustancias tóxicas y peligrosas. En los contratos que la República celebre con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, o en los permisos que se otorguen, que involucren los recursos naturales, se considerará incluida aun cuando no estuviera expresa la obligación de conservar el equilibrio ecológico, de permitir el acceso a la tecnología y la transferencia de la misma en condiciones mutuamente convenientes y de restablecer el ambiente a su estado natural si éste resultara alterado, en los términos que fije la ley.

través de las llamadas competencias concurrentes (protección del ambiente), en el caso de los Estados que conforman a Venezuela, estos podrían influir en la gestión del agua.

Donde sí conseguimos que los estados y los municipios tienen competencias sobre los recursos naturales es en la Ley Orgánica de Descentralización y transferencias de competencias del Poder Público (en lo sucesivo LOD)⁴¹. Esta ley, prevé la posibilidad de transferir a los Estados, mediante convenios suscritos por el Ejecutivo Nacional, ciertas competencias concurrentes entre las que se encuentra el artículo 4.11 “La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales”⁴². Sin embargo, no tengo conocimiento de que se haya firmado algún convenio para transferir dicha competencia.

La Constitución establece además que las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados, siguiendo las pautas que señala la propia Constitución, es decir que la legislación debe estar orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad. Los Estados a su vez, deben tratar de transferir a los municipios los servicios y competencias que gestionen y que estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público⁴³.

Los municipios por su parte, tienen competencias en todas aquellas materias cuyo objetivo sea el mejoramiento de las condiciones de vida de la comunidad y especialmente en las siguientes áreas: ordenación del territorio y urbanística, turismo local, protección del ambiente y cooperación con el saneamiento ambiental, salubridad, servicios de agua potable, electricidad, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas.

Como puede observarse, tanto en la Constitución española como en la venezolana, se prevé la posibilidad de que las personas públicas territoriales (Estados/comunidades autónomas y municipios en ambas), mediante gestión de materias sectoriales (protección del ambiente y de los recursos naturales, en Venezuela; ambiente, pesca, navegación, ordenación del territorio entre otras, en España), se interfiera

41 Congreso de la República. *Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de Competencias del Poder Público*. Gaceta Oficial N°. 4.153, de 28 de diciembre de 1989. Modificada parcialmente por Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de Competencias del Poder Público*. Gaceta Oficial N°. 37.753, de 14 de agosto del 2003.

42 Artículo 4.- En ejercicio de las competencias concurrentes que establece la Constitución, y conforme a los procedimientos que esta ley señala, serán transferidos progresivamente a los Estados los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional: 1. La planificación, coordinación y promoción de su propio desarrollo integral, de conformidad con las leyes nacionales de la materia; 2. La protección de la familia, y en especial del menor; 3. Mejorar las condiciones de vida de la población campesina; 4. La protección de las comunidades indígenas atendiendo a la preservación de su tradición cultural y la conservación de sus derechos sobre su territorio; 5. La educación, en los diversos niveles y modalidades del sistema educativo, de conformidad con las directrices y bases que establezca el Poder Nacional; 6. La cultura en sus diversas manifestaciones, la protección y conservación de las obras, objetos y monumentos de valor histórico o artístico; 7. El deporte, la educación física y la recreación; 8. Los servicios de empleo; 9. La formación de recursos humanos, y en especial los programas de aprendizaje, capacitación y perfeccionamiento profesional; y de bienestar de los trabajadores; 10. La promoción de la agricultura, la industria y el comercio; 11. La conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y los recursos naturales. 12. La ordenación del territorio del Estado de conformidad con la Ley Nacional; 13. La ejecución de las obras públicas de interés estatal con sujeción a las normas o procedimientos técnicos para obras de ingeniería y urbanismo establecidas por el Poder Nacional y Municipal, y la apertura y conservación de las vías de comunicación estatales; 14. La vivienda popular, urbana y rural; 15. La protección a los consumidores, de conformidad con lo dispuesto en las leyes nacionales; 16. La salud pública y la nutrición, observando la dirección técnica, las normas administrativas y la coordinación de los servicios destinados a la defensa de las mismas que disponga el Poder Nacional; 17. La investigación científica; y, 18. La defensa civil. Congreso de la República. *Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de Competencias del Poder Público*.

43 V. Artículo 165 CRBV.

en la gestión del agua, por lo que se hace indispensable un trabajo conjunto y coordinado de las distintas personas jurídicas que conforman al Estado.

1.3.3 Dominio hidráulico

El artículo 128 CE viene a reforzar la idea de la administración centralizada de las riquezas del país, al establecer su subordinación al interés general y la posibilidad de reservar al Estado los recursos o servicios esenciales por motivos de interés general. Por cierto que MARTÍN RETORTILLO Lorenzo⁴⁴, solicitó que se incluyera el agua como bien del dominio público junto a los otros mencionados en el artículo 132.2 CE, propuesta que no fue aceptada. Sabemos que dicho artículo, aun cuando no es una norma atributiva de competencia, hubiera supuesto unos límites a la distribución de los artículos 148 y 149 CE, y posiblemente hubiera mejorado la situación planteada con anterioridad, en relación con los conflictos de competencia, pero lo cierto es que en estricto derecho, la Constitución española no recoge la declaratoria de bien del dominio público al Agua, pero según la doctrina el artículo 128, permitió que esa declaratoria se hiciera en la Ley de Aguas de 1985.

Venezuela en el Título VI del Sistema Socioeconómico, artículo 304 declara a todas las aguas como bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo.

El diputado a la Asamblea Nacional Constituyente BREWER CARÍAS Allán R, al referirse a este artículo, dice que tiene una redacción poco afortunada porque planteado de esa manera pareciera que Venezuela ejerce dominio público incluso sobre el agua de las lluvias, de las nubes y de la nieve, y en su momento propuso sustituirlo por el término “recursos hidráulicos”, pero sin lograr hacer variar la opinión de sus compañeros diputados⁴⁵.

En ese mismo artículo 304, se deja al legislador ordinario, la facultad de establecer las normas necesarias para garantizar su protección y aprovechamiento, con la obligación de respetar las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio.

También encontramos otra referencia al dominio público hidráulico, como parte de los recursos naturales, en los llamados Derechos Económicos, artículo 113 CRBV, al establecer que el Estado puede dar en concesión los recursos naturales para su explotación, pero utilizando una expresión poco afortunada “propiedad de los recursos naturales”⁴⁶. La frase y el concepto, corren con la desventura de no ser los más apropiados, porque los recursos naturales de un Estado no le pertenecen (propiedad) como tal, sino que para satisfacer un interés general se han sustraído a la apropiación privada. El dominio público conlleva la obligación para el Estado de que se haga un justo aprovechamiento de los recursos, impidiendo la apropiación privada pero sin que esto signifique a su vez la apropiación por parte del Estado⁴⁷, y la mejor

44 MARTÍN RETORTILLO Lorenzo. *Materiales para una Constitución. Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*. Editado por Akal/universitaria. Madrid, España: 1984. Pág. 329.

45 Intervención de BREWER CARÍAS Allán R.. Comentarios al artículo 304 CRBV. En: Gaceta Constituyente, Asamblea Nacional Constituyente. Octubre-noviembre, 1999. Debate 7-11-99, Pág. 46, citado por BADELL GRAU & DE GRAZIA. *Comentarios al Anteproyecto de Ley de Aguas*. Documento disponible en Internet: http://www.badellgrau.com/opinion_ley_de_aguas.html.

46 Artículo 113 CRBV Único aparte: Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

47 V. STC 227/1988, de fecha 29 de noviembre. Marginal: RTC 1988\227. (Tribunal Constitucional, Sala Plena) y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de Venezuela, de fecha 19-10-1964 en Gaceta Forense, No. 46, pp. 28 a 32, citada por BREWER CARÍAS Allán R. *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*. Pág. 60.

forma de aprovecharlos es darlos a través de la figura de la concesión, como bien lo señala el artículo que comentamos.

1.3.4 Construcción de obras

Los artículos 148.1.4 y 149.1.24 CE, se encargan de regular las competencias en materia de obras públicas entre las comunidades autónomas y el Estado en España. El primero, establece que es competencia de las comunidades autónomas, las obras públicas de interés para ella realizadas en su territorio; el segundo, contempla la competencia del Estado, en las obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma.

El tema de la construcción de obras para el aprovechamiento de las aguas, fue resuelto en la modificación de la Ley de Aguas de 1999, estableciendo cuándo debe considerarse una obra de interés general, pero dejando además abierta la posibilidad para que el Estado declare cualquier obra de interés general y por tanto, corresponderle su construcción⁴⁸.

En Venezuela según el texto constitucional corren por cuenta del Poder Nacional todas las obras públicas declaradas de interés nacional. Mientras que guarda silencio respecto de las obras que puedan construir los estados y los municipios. Pero sabemos que las obras públicas pueden tener el carácter de obras de interés regional o municipal, en cuyo caso les corresponderá su construcción a los estados o municipios o colaborar con el Gobierno Nacional para su construcción, como las del artículo 19 de la LOD⁴⁹, para los aprovechamientos de aguas o las establecidas en materia de abastecimiento y saneamiento, que analizaré en el capítulo X.

1.3.5 Competencias residuales y transferencias

En España, la Constitución de 1978 establecía una distinción entre comunidades de techo competencial alto y otras de techo competencial bajo, dependiendo de la forma en que hubieran accedido a la autonomía. Así según el Artículo 149.3 CE, las competencias residuales se otorgaban a las comunidades autónomas con techo competencial alto, invitándolas a que se apropiaran de las competencias que la Constitución no asignara directamente al Estado, sin necesidad de esperar los cinco años⁵⁰. Mientras que las otras comunidades, que se formaron por el artículo 143 (comunidades con techo competencial bajo), al tener la condicionante de los cinco años, no podían arrogarse competencias de esta forma, si el Estado ya las había asumido. De no ser ese el caso, transcurridos los cinco años y reformando sus Estatutos podían asumirlas. La otra vía era que el Estado, mediante una Ley de Transferencia o delegación, podía traspasarle algunas competencias.

Actualmente, ambos artículos ya se han cumplido. Se dictaron varias leyes que otorgaban competencias a las comunidades de techo competencial bajo para equipararlas a las de techo competencial alto⁵¹. De modo que ya no puede hablarse en España de dos tipos o categorías de comunidades autónomas como consecuencia de su acceso a la autonomía que proponía el texto constitucional.

48 V. Artículo 46 TRLAg. y Capítulo VIII de esta investigación.

49 Congreso de la República. *Ley Orgánica de Descentralización, delimitación y transferencia de competencias del Poder Público...*

50 Artículo 15.1 CE.

51 En este sentido V.: Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143. V. también las modificaciones que se operaron en los Estatutos de Autonomía a partir de 1994.

Las competencias residuales cuentan a favor de las comunidades autónomas, sin ningún distingo, siempre que hayan asumido dichas competencias a través de los Estatutos de Autonomía, en caso contrario, dichas competencias serán del Estado.

Venezuela, por su parte, asigna las competencias residuales a los Estados⁵², sin embargo, mediante una larga enumeración a favor del Poder Nacional y al Poder Municipal, hace prácticamente nula esa declaración y además, en el último ordinal del artículo referente a las competencias del Poder Nacional, hace la acotación de que el Poder Nacional le corresponden aquellas competencias que por su índole o naturaleza le pertenecen⁵³.

En cuanto a la transferencia de competencias, ambos Estados prevén la posibilidad de transferir a los estados o comunidades autónomas ciertas competencias⁵⁴.

1.4 Normativa de rango legal y sublegal sobre gestión del agua

El marco jurídico de la gestión del agua, según nos comenta el doctor FANLO LORAS Antonio, se encuentra disperso en un conjunto de normas jurídicas de distinto rango⁵⁵, entre las que destaca la Ley de Aguas (en lo sucesivo TRLAg.)⁵⁶, y sus dos reglamentos de desarrollo (el del Dominio Público Hidráulico y el de Administración Pública del Agua). El resto del cuerpo normativo igualmente será objeto de análisis en el desarrollo de la presente investigación, incluyendo donde haya lugar además, a la Directiva Marco del Agua de la Unión Europea 2000/60/CE, ya traspuesta a la Legislación española⁵⁷.

La Ley de Aguas es un texto normativo de singular importancia para el desarrollo del Derecho de Aguas español, y ha servido de ejemplo a muchas otras naciones para proponer sus propias normas. Venezuela no ha escapado a esta condición y como se estudiará más adelante, el proyecto de Ley aprobado en primera discusión en el parlamento venezolano (Asamblea Nacional) recoge algunos de los postulados de la misma.

En Venezuela, la legislación en materia de aguas también se encuentra dispersa entre varios textos legislativos, siendo importantes destacar al Código Civil de 1942, la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1966 y su Reglamento de 28 de abril de 1977, la Ley Orgánica del Ambiente de 1976 y el Decreto Presidencial 1400 de 10 de julio de 1996. Este Decreto tiene por objeto desarrollar las disposiciones sobre recursos hídricos y cuencas hidrográficas contenidas en la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio y la Ley Forestal de Suelos y Aguas. Por supuesto resultará oportuno señalar los preceptos contenidos en el Proyecto de Ley de Agua, por cuanto pronto se transformará en Ley de la República.

52 Artículo 164.11 CRBV.

53 V. Artículo 156.33 CRBV.

54 V. Artículos 150.2 CE y 157 CRBV.

55 V. FANLO LORAS Antonio. *La gestión del Agua en España: experiencias pasadas, retos futuros*. Colección Jurídica No. 16. Editado por Universidad de La Rioja. Logroño, España: 2001. Pág. 21.

56 Modificación a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre. En esta Ley se ordena que por Real Decreto Legislativo se refundan en un texto único la normativa legal existente en materia de aguas [Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLAg)]. Mediante la Ley 62/2003, se modifica el TRLAg. para transponer la Directiva 2000/60/CE. V. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE No. 313, de 31 de diciembre de 2003.

57 Merece la pena recordar que España tiene en materia de Aguas, una legislación muy completa que incluso fue recogida por la Unión Europea, de modo que la modificaciones producto de esta Directiva son muy puntuales, y se tratará de ir señalando en su momento, en qué consisten dichas modificaciones.

De la legislación mencionada, se intentará estudiar en este punto, el dominio hidráulico, las limitaciones y restricciones al uso y aprovechamiento del agua y el concepto de cuenca hidrográfica.

1.4.1 Regulación del dominio hidráulico

El agua en la legislación española es considerada como un recurso unitario subordinado al interés general, integrándola al dominio público. Basado en este principio, la ley de aguas hace una lista de las aguas que pertenecen al dominio público hidráulico y por tanto su uso y aprovechamiento sometido al imperio de la Ley y de los órganos encargados por esta para su administración. De manera excepcional permite algunos derechos de apropiación o de aprovechamiento preferente, sobre ciertas aguas que se analizarán más adelante.

En Venezuela, la nueva Constitución Nacional recoge en su artículo 304 “la publicación de todas las aguas”, derogando implícitamente, todas las disposiciones contenidas en el Código Civil y en la Ley Forestal de Suelos y Aguas sobre dominio privado del agua, por lo que no debería seguir existiendo el régimen dual entre dominio público y propiedad privada de las aguas⁵⁸. Esta afirmación se corresponde con la sostenida por MEIER E. Henrique, con motivo de la promulgación de la Constitución de 1961 (antecesora de la actual). El autor había sostenido que las normas del Código Civil de 1942 y de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1966, en relación con el dominio hidráulico quedaban derogadas, porque esta Constitución aun cuando no declaraba al agua bien del dominio público, sí lo calificaba como un recurso natural y otorgaba al Estado la obligación de manejarlo para el provecho colectivo⁵⁹, así que de acuerdo con la Disposición Transitoria Vigesimaltercera de la Constitución Nacional de 1961⁶⁰, quedaba derogada implícitamente toda la regulación del Código Civil de las aguas como bienes inmuebles por su naturaleza.

A pesar de esa posición mantenida por la Doctrina, el Congreso de la República sancionaba en el año de 1966 la Ley Forestal de Suelos y Aguas, admitiendo derechos a los particulares sobre los ríos de dominio público y en 1996, el Ejecutivo Nacional dicta un Decreto, que aunque de manera menos determinante, reconocía la existencia de unos derechos a favor de los propietarios de los fundos, emanados de las normas del Código Civil y de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

De modo que, en el supuesto que la norma constitucional no derogue inmediatamente las normas del Código Civil y ante la falta de una ley que establezca el régimen transitorio para las aguas actualmente en propiedad de los particulares y las condiciones para que ese propietario goce de derechos preferentes en el aprovechamiento del agua, pareciera necesario seguir hablando del régimen previsto en el Código Civil y en la Ley Forestal de Suelos y Aguas, es decir, aguas de dominio público y “aguas de propiedad privada y la apropiabilidad *ex lege* de aguas públicas”⁶¹.

58 V. Artículo 334 CRBV. “...En caso de incompatibilidad de entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente. V. igualmente Disposición Derogatoria única. “Queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el 23 de enero de 1961. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución.

59 El agua es un recurso natural y no un bien inmueble por su naturaleza, lo que significa que no pertenece a nadie en particular, y sí a la Nación toda entera, teniendo los individuos y grupos en general de la misma, derecho sólo al uso y explotación de ese recurso, en los términos que establezca el Estado en virtud de ser constitucionalmente garante de su aprovechamiento y conservación con fines colectivos. V.: MEIER E. Henrique. ¿Existe un derecho... Pág. 146.

60 Disposición Vigesimaltercera de la Constitución Nacional de 1961 “Mientras no sea modificado o derogado expresa o implícitamente por la Constitución, se mantiene en vigencia el ordenamiento jurídico existente”.

61 División a la que se refiere BREWER CARÍAS Allán R. La Reforma del Régimen Legal de las Aguas en Venezuela. En: Asociación Internacional de Derecho del Agua. *Anuales Iuris Aquarum. Volumen II. Tomo 2. Actas y Documentos de la 11ª. Conferencia Internacional de Derecho y Administración de Aguas*. Editado por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Caracas, Venezuela: 1976. Pág. 689.

Esa ley, como se ha mencionado anteriormente se encuentra actualmente en período de discusión por la Asamblea Nacional. El Proyecto recoge en parte el principio de la nacionalización de las aguas, declarando en el artículo 5 que se consideran del dominio público de la Nación, todas las aguas del espacio geográfico nacional, sean continentales, marinos e insulares, superficiales y subterráneas, incluyendo los lechos marinos, de los lagos y lagunas naturales y de los embalses de propiedad pública y los cauces de los ríos de régimen permanente. Digo en parte porque respecto de estos últimos, reconoce el derecho de los propietarios de los fundos ribereños contemplados en el Código Civil, legítimamente adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley, contradiciendo el principio constitucional y por tanto supongo, que no será aprobado este artículo bajo estas condiciones.

Lo normal debería ser que, salvo el uso para beber, bañarse, otros usos domésticos y abreviar ganado, y el aprovechamiento de las aguas provenientes de las precipitaciones pluviales, al igual que la legislación española, todo uso del agua esté sometido al régimen de autorizaciones o concesiones por parte de la Autoridad Nacional de las Aguas.

Partiendo entonces de las advertencias anteriores, en las siguientes páginas se dará cuenta del dominio hidráulico español y venezolano, en el entendido de que está a punto de desaparecer para Venezuela, en el momento que entre en vigencia la Legislación especial que ordena la Constitución Nacional.

A. Aguas del dominio público

Según el artículo 2 TRLAg. española, forman parte de los bienes del dominio público hidráulico del Estado⁶²:

- Las aguas continentales (superficiales y subterráneas renovables).
- Los cauces de corrientes naturales, continuas y discontinuas.
- Los lechos de los lagos y lagunas y de los embalses superficiales en cauces públicos.
- Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- 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 anteriores⁶³.

No debo dejar pasar la oportunidad para referirme aunque sea brevemente, a las “aguas minerales y termales”, ya que de acuerdo con el artículo 1.5 TRLAg., quedan fuera de la regulación de la Ley de Aguas. Sin embargo, sobre este ordinal, la doctrina coincide en España, que la Ley de Aguas al declarar a todas las aguas continentales parte del dominio público hidráulico, incluye a las aguas minerales y termales y por tanto estas aguas no pueden ser objeto de apropiación.

62 Esta decisión de incorporar las aguas al dominio público hidráulico, supone separar un conjunto de bienes al tráfico ordinario del Derecho Civil, eliminando la distinción entre aguas públicas y privadas. Así ya no es posible el derecho de propiedad del que halla alumbrado aguas subterráneas o el que las obtenga mediante pozos ordinarios o artesianos (salvo lo que se dirá de éstas cuando tratemos la DT Tercera TRLAg. V. epígrafe de Aguas Subterráneas); o las pluviales y las de manantiales y arroyos, sobre las cuales los propietarios de los fundos podían hacer obras de embalse, almacenamiento o conducción de las mismas dentro de su propiedad. El dueño del fundo tiene ahora sobre todas esas aguas, un derecho a aprovecharse de ellas pero nunca su titularidad. V. ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica. *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España (Los mercados regulados del agua)*. Editorial Comares, S.L. Granada, España: 1999. Pág. 28-31. V. sobre incorporación de las aguas desaladas: COLOM PIAZUELO Eloy. *El Dominio Público Hidráulico*. Novedades. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *La reforma de la Ley de Aguas. (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*. Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza. Confederación Hidrográfica del Ebro. Editorial Civitas SL. Madrid, España: 2000. Pág. 329-350.

63 Artículo 2 del TRLAg.

Por cierto que las comunidades autónomas, en sus estatutos de autonomía han pretendido atribuirse competencias sobre las aguas minerales y termales, y el Tribunal Constitucional⁶⁴ ha declarado que las comunidades autónomas deben legislar en materia de sus competencias ateniéndose a lo establecido en las leyes nacionales vigentes para el momento y que si una Ley estatal, cumpliendo con lo establecido en el 132 constitucional, declaró las aguas continentales parte del dominio público, las comunidades autónomas no pueden declarar competencias sobre ellas. Salvo que lo haga sobre su aprovechamiento, distinción que hace la Ley de Minas y que recuerda el doctor FANLO LORAS Antonio al comentar que no entiende por qué la Ley de Aguas remite a la legislación especial, las aguas minerales y termales⁶⁵. Sin embargo, BARRIOBERO MARTÍNEZ Ignacio, sostiene una opinión contraria, considerando que la exclusión por parte de la Ley conlleva entre otras consecuencias, la ausencia de regulación expresa en cuanto a su titularidad⁶⁶.

Para MARTÍN RETORTILLO Sebastián, la Ley de Aguas da “homogeneidad al tratamiento de las aguas superficiales y subterráneas, extremo que con anterioridad a la ley, no cabía entender estuviera vigente en nuestro ordenamiento positivo”⁶⁷.

Pero en relación con las aguas subterráneas, hay que hacer una aclaratoria, ya que la ley establece que forman parte del ciclo hidrológico y del dominio público hidráulico, las aguas subterráneas renovables, por lo que las aguas subterráneas no renovables serían susceptibles de declarar su dominio las comunidades autónomas. Así que los estatutos de autonomía que recojan entre sus competencias a las aguas subterráneas, deberá entenderse que, sólo la tienen para las aguas subterráneas no renovables, es decir las aguas fósiles o no fluyentes⁶⁸. Pero volveré sobre este tema en el epígrafe de aguas subterráneas.

La legislación venezolana califica en el Código Civil a las aguas como un bien. Según el Código Civil Venezolano, las aguas corrientes (lagunas, estanques, manantiales, aljibes y toda agua corriente), son bienes inmuebles por su naturaleza⁶⁹. MEIER E. Henrique. sostiene que el Código Civil (vigente desde 1942), siendo fiel a todo el proceso de liberalización de la época no podía hacer otra cosa que mantener la

64 V. FJ. No. 30, STC 227/1988, de 29 de noviembre.

65 V. FANLO LORAS Antonio. Competencias en materia de aguas de las comunidades autónomas que pertenecen a cuencas intercomunitarias (el caso de Aragón, La Rioja, Cantabria y Navarra). En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Números: 255-256. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, España: Julio-diciembre 1992. Pág. 557. “El artículo 2.2 LMi diferencia estos dos aspectos. Señala en efecto, que “en cuanto al dominio de las Aguas, se estará a lo dispuesto en el Código Civil y Leyes especiales, sin perjuicio de lo que establece la presente Ley en orden a su investigación y aprovechamiento”.

66 V. Tesis Doctoral de: BARRIOBERO MARTÍNEZ Ignacio. *El Régimen Jurídico de las aguas minerales y termales*. Memoria que presenta para obtener el Título de Doctor en Derecho. Logroño, España: Junio de 2001. P-p. 481. V. igualmente parte de esta Tesis, en artículo del mismo autor: Causas y consecuencias jurídicas de la consideración como recursos mineros de las aguas minerales y termales. En: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja. REDUR*. Logroño, España: 2002. Pág. 18. “La inclusión de las aguas minerales y termales dentro de los recursos minerales explica que estas aguas sigan un régimen de distribución de competencias distinto al establecido para el resto de los recursos hidráulicos y que, en consecuencia, la Ley de Aguas de 1985, pese a la mayoritaria pertenencia de estas aguas al ciclo hidrológico, las excluya de su ámbito de aplicación. Esta exclusión supone, entre otras consecuencias de notable calado, que las aguas minerales y termales carezcan de una regulación expresa de su titularidad”.

67 MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España: 1997. Pág. 414.

68 Términos usados por FANLO LORAS Antonio. Competencias en materia... *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Números: 255-256. Pág. 555.

69 Aclaratoria del artículo 527 CCV. Según palabras de MEAÑO Francisco, el legislador cuida de mencionarlas aparte, a pesar de estar en el artículo correspondiente a los “bienes inmuebles por su naturaleza”, como reservándose de cometer un error y calificarlas de tal. V. MEAÑO Francisco. *Régimen Legal de...* Pág. 66.

condición de “bien” para referirse al agua, pero que esta situación ha variado, ya que la Constitución⁷⁰ y la Ley Forestal de Suelos y Aguas, la consideran como “Recurso”.

De acuerdo con la legislación civil, existen aguas del dominio público y aguas del dominio privado. En su artículo 539, el Código Civil Venezolano (en lo sucesivo CCV), considera bienes del dominio público:

- Los lagos
- Los ríos
- Los lechos de los ríos navegables

El Decreto 1400 “Normas sobre la regulación y control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas”⁷¹, por el contrario prefiere usar la expresión “derechos de los propietarios y derechohabientes al uso o al aprovechamiento de acuerdo con el Código Civil”, como tratando de ir cambiando la mentalidad del venezolano, y de evitar el dominio privado sobre las aguas.

Este Decreto exige que en todos los aprovechamientos de aguas se consideraran la titularidad, cantidad, abundancia relativa, calidad, características químicas y físicas, energía potencial y otras propiedades del recurso a aprovechar, así como lo previsto en los planes respectivos y las necesidades de abastecimiento de otros usuarios actuales y potenciales.

De manera que se observa una tendencia a limitar los derechos privados, basados en el interés colectivo, aun cuando no lo hace abiertamente, tal vez por el hecho mismo de encontrarnos frente a una norma jerárquicamente inferior al Código Civil y a la Ley Forestal de Suelos y Aguas, que si reconocen dominio privado sobre las Aguas.

Un régimen similar se establece para el aprovechamiento de las aguas termales, minerales o no. De acuerdo con el artículo 21 del Decreto 1400, el aprovechamiento de las aguas termales, minerales o no, estará sujeto a las normas de este Decreto, y a la realización de estudios previos que determinen su cantidad, calidad, aptitud de uso y propiedades curativas, de conformidad con las disposiciones establecidas al efecto por los Ministerios del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables y de Sanidad y Asistencia Social.

Por su parte, la Ley Forestal de Suelos y Aguas, en sus artículos 88 al 92, establece que el uso de las aguas de dominio público se hará mediante la correspondiente autorización o concesión según el caso. Sin embargo, esta ley refuerza un régimen excepcional para las aguas de los ríos, contenida en la legislación civil que impone limitaciones al ejercicio dominical del Estado.

En efecto, de acuerdo con el 653 CCV, se permite la apropiación privada de los ríos en los términos establecidos en el mismo Código, es decir que el propietario de un fundo tiene derecho a sacar de los ríos y a conducir a su predio, el agua necesaria para sus procedimientos agrícolas e industriales, abriendo al efecto el rasgo correspondiente.

La Ley Forestal de suelos y Aguas de 1966, acogiendo este principio impide al Ejecutivo Nacional que otorgue concesiones de los ríos que nazcan en un fundo de propiedad privada, mientras lo atraviesen, ni aun después de la salida del fundo donde nacen, si esto le causa perjuicio al propietario. Dejando abierta la posibilidad del otorgamiento de concesión, previa la expropiación de los terrenos, cuando el aprovechamiento de las aguas se haga con fines de reforma agraria⁷².

70 Hace referencia a la C.N. de 1961 vigente en el año que escribe el autor 1977.

71 Presidencia de la República de Venezuela. Decreto 1400, de 10 de julio de 1996. Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas. Gaceta Oficial No. 36.013, de 02 de agosto de 1996.

72 V. Artículo 90 de la Ley Forestal de Suelos y Aguas y los Artículos 41 a 51 de la Ley de Reforma Agraria (derogada). Sustituida por la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (V. artículos 26 a 28).

En otras palabras, además de la norma comentada del Código Civil, la limitación establecida en la Ley Forestal de Suelos y Aguas antes transcrita, otorga una nueva modalidad de propiedad privada para el propietario del fundo donde nazca un río y de las aguas mientras cruzan su propiedad, impidiendo al Estado otorgar concesiones sobre esas aguas.

Este derecho del propietario del fundo sobre el río, se encuentra únicamente limitado por tres motivos: 1. No podrá usarla, si la cantidad del agua de los ríos no lo permite, sin perjuicio de los que tengan derecho preferente; 2. No podrá usar el agua si perjudica a la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos o balsas o el uso de otros medios de transporte fluvial. 3. No podrá impedir el uso de las riberas argumentando el uso del agua⁷³.

De las consideraciones anteriores se desprende que sobre las aguas de naturaleza pública se perfila los siguientes derechos: –derecho genérico al uso común de las aguas (beber, bañarse, abreviar ganado, pescar, navegar)⁷⁴; –derecho preferente de los propietarios de predios para el uso agrícola e industrial (uso libre), sometido a la obtención de permiso para la construcción de obras de derivación, y –un derecho a la explotación privativa en razón de la concesión administrativa⁷⁵. Aunque en este último supuesto, por las excepciones señaladas, en palabras de BREWER CARÍAS Allán R, se ha disminuido, ya que la excepción se ha convertido en regla y los aprovechamientos de agua se hacen sin la concesión administrativa⁷⁶.

De modo que encontramos un sistema diametralmente opuesto al sistema español donde la regla para el aprovechamiento de las aguas es la autorización y la concesión, y la excepción como se verá a continuación, los derechos al aprovechamiento privado.

B. Aguas de propiedad privada

En España “el agua en cuanto dominio público del Estado, está sustraída al comercio (*tres extracomercium*) y no es susceptible de apropiación por los particulares”⁷⁷. Eliminándose la posibilidad de adquirir el derecho a la utilización del agua por prescripción (Art. 52.2 TRLAg.), y limita las concesiones a un plazo máximo de setenta y cinco años (Art. 59.4 TRLAg.).

El Estado a través de los organismos competentes se encarga de autorizar los aprovechamientos de agua y esta autorización o concesión, dependiendo del caso, estará siempre vinculada al uso para el que se ha otorgado, sin que exista la posibilidad de un cambio o la cesión del derecho al aprovechamiento sin la autorización previa del organismo de cuenca.

Sin embargo, la Ley de Aguas no pretende una ruptura radical con la situación anterior, recogiendo un régimen transitorio que facilite el cambio; así reconoce a los propietarios de aguas privadas (de acuerdo con la Ley de 1985), la capacidad de optar, en un determinado plazo de tiempo, por su permanencia en el régimen de propiedad privada, o por su paso, en circunstancias preferentes, a un régimen de propiedad pública⁷⁸. Ese régimen excepcional se encuentra consagrado en algunas disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, y que se hace necesario mencionar para tener una visión global del dominio hidráulico

73 V. Artículos 653 y 654 CCV.

74 Sobre los derechos de pesca y navegación V. Capítulo VII, Usos comunes especiales, sometidos a autorización.

75 Sobre este punto V. República de Venezuela, COPLANARH. *Administración Planificada del Agua. Publicación Divulgativa* No. 26. Caracas, Venezuela: 1976. Pág. 13.

76 BREWER CARÍAS Allán R. *Derecho y Administración...* Pág. 69.

77 FANLO LORAS Antonio. *La gestión del...* Pág. 23.

78 EMBID IRUJO Antonio. Evolución del Derecho y de la Política del Agua en España. En EMBID IRUJO Antonio (Director). *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo I. Editado por el Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza. Madrid, España: 2002. Pág. 21.

español⁷⁹. Por lo que en su momento, se dará cuenta de las mismas cuando haga referencia a las aguas de charcas, manantiales y subterráneas.

Por su parte, la legislación venezolana declara, susceptibles de apropiación privada las aguas pluviales, de manantiales, arroyos, lechos de los ríos no navegables y las aguas subterráneas⁸⁰. Aún cuando, MEIER E. Henrique considera que el ordenamiento jurídico venezolano, no recoge el derecho de propiedad sobre las aguas sino un derecho real de uso y goce del agua, a pesar de que en varias oportunidades el legislador utilice la expresión infeliz de “propiedad”⁸¹.

Tomando en consideración entonces, la amplitud de la legislación venezolana en cuanto a las aguas del dominio privado, se analiza la posición de ambos países en relación con las aguas pluviales, charcas, aguas procedentes de manantiales, arroyos, lechos de los ríos no navegables y las aguas subterráneas.

a. Aguas pluviales

De acuerdo con la legislación española, el propietario de una finca lo es también del cauce por el que ocasionalmente discurran aguas pluviales, en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular, imponiendo como limitación la prohibición de construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las aguas o alterar su calidad en perjuicio del interés público o de tercero, o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a personas o cosas. En concordancia con este artículo encontramos el artículo 54 TRLAg que atribuye a los propietarios de las fincas el derecho a aprovechar las aguas pluviales y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la ley de Aguas y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho⁸². MARTÍN RETORTILLO Sebastián se inclina a pensar que el propietario de una finca, sí puede hacer obras, como por ejemplo un embalse para conservar las aguas pluviales, siempre que esto no ocasione perjuicio al público o a terceros⁸³.

En Venezuela, SÁNCHEZ PULIDO Eolida y BREWER CARÍAS Allán R., señalan que las aguas pluviales pueden calificarse como privadas en virtud de la accesión, ya que todo lo que se encuentra encima de la superficie, pertenece al propietario del fundo⁸⁴. De acuerdo con el artículo 656 del CCV, el propietario o poseedor de las aguas, podrá servirse libremente de ellas y disponer de las mismas a favor de otros, cuando no se opongan a ello un título o la prescripción; pero después de haberse servido no puede desviarlas de manera que se pierdan en perjuicio de los predios que pudieran aprovecharla, u ocasionar rebosamiento u otro perjuicio a los dueños de los fundos superiores.

El Proyecto de Ley de Aguas venezolano (PLAgV.) permite el uso y almacenamiento de las aguas pluviales que se precipiten en los fundos.

b. Charcas

En España, son de dominio privado, las aguas de las charcas situadas en predios de propiedad privada, las cuales se consideran parte de la finca siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales

79 V. Comentarios al régimen transitorio de la Ley de Aguas, realizados por: BARRIOBERO MARTÍNEZ Ignacio. La aprobación del texto refundido de la Ley de Aguas y su incidencia sobre el régimen transitorio. En: *Revista Aragonesa de Administración Pública*. No. 22. Edita: Diputación General de Aragón. Zaragoza, España: junio 2003. Pág. 97-106.

80 SÁNCHEZ PULIDO Eolida. *Derecho y Administración del Agua*. Pág. 41, y BREWER CARÍAS Allán R. *Derecho y Administración de las Aguas*. Pág. 73.

81 MEIER E. Henrique. ¿Existe un derecho de propiedad privada sobre las aguas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano?... Pág. 150.

82 V. Artículos 5 TRLAg, y 5, 84 y 189.2 del RDPH.

83 V. MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas*. Pág. 170-171.

84 SÁNCHEZ PULIDO Eolida. *Derecho y Administración*. Pág. 41.

predios. Existe además, un régimen excepcional para los lagos, lagunas y charcas inscritas en el Registro de Propiedad, las cuales conservarán el carácter dominical que tenían en el momento de entrar en vigor la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas⁸⁵.

Para MARTÍN RETORTILLO Sebastián, es innecesaria la inscripción de las charcas en predio privado, puesto que siempre que se utilicen para el servicio exclusivo del predio serán privadas; salvo que sean utilizadas por titulares distintos de los predios en los que las charcas están situadas, en cuyo caso si parece oportuna la inscripción. En relación con los lagos y lagunas, le parece excesiva la consecuencia que engendra su falta de inscripción, ya que según él, sería el único supuesto en que esté prevista una ablación de los derechos patrimoniales existentes con anterioridad a la Ley de Aguas⁸⁶.

En Venezuela, aunque no se utiliza el término de charcas, se establece que las aguas pluviales estancadas o los receptáculos de estas como por ejemplo aljibes, lagunas y estanques, se pueden considerar también privadas, en oposición a los lagos que si se califican expresamente de aguas del dominio público⁸⁷.

c. *Manantiales*

Existe un régimen excepcional previsto en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley de Aguas española, según la cual, los titulares de derechos sobre aguas procedentes de manantiales se les respetará los derechos adquiridos al amparo de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, por un lapso de cincuenta años, contados a partir de el 1 de enero de 1986, siempre que hayan obtenido su inscripción en el Registro de Aguas, concediéndoles un derecho preferente para su posterior renovación⁸⁸.

En esa misma disposición transitoria se dispone que no gozarán de protección administrativa aquellos titulares que no cumplan con la obligación de la inscripción, pero que se les respetará el derecho que tienen a la utilización de las aguas⁸⁹.

Según el Código Civil Venezolano, quien tenga en su predio un manantial podrá usar de él libremente, salvo el derecho del propietario del predio inferior, en virtud de un título o de la prescripción. Este derecho incluye la posibilidad de desviar su curso, con la única limitación de que esa agua se esté utilizando para el suministro de una población. Es decir, que al igual que las pluviales, las aguas de un manantial pertenecen por accesión al dueño del fundo donde nacen.

d. *Arroyos*

Por arroyo debe entenderse un curso de agua de pequeña magnitud⁹⁰. Mientras que el río sería también un curso de agua corriente pero de gran magnitud. En algunas legislaciones se hace esta distinción, basados en el carácter navegable o no del curso de agua, o en su importancia económica.

85 V. Artículo 10 y Disposición Adicional Primera TRLAg.

86 V. MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas*. Pág. 170-171.

87 BREWER CARÍAS Allán R. *Derecho y Administración de las aguas*. Pág. 74.

88 La redacción de esta disposición transitoria y las siguientes, es criticada por su falta de coherencia. V. BARRIOBERO MARTÍNEZ Ignacio. La aprobación del texto refundido de la Ley de Aguas y su incidencia... Pág. 102. De acuerdo con el autor, al fijar la fecha de 1º de enero como comienzo del computo de los cincuenta años, debe entenderse que no interesa, el momento en que se haya fijado la opción. De manera que el aprovechamiento temporal de las aguas privadas de manantiales, se unifica para todos los supuestos en el día 1º de enero de 2036.

89 En este sentido es necesario tomar en consideración lo establecido en la Disposición Transitoria segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, sobre la falta de reconocimiento de los aprovechamientos privados, si estos no solicitan su inscripción en el Catálogo de Aguas del Organismo de Cuenca respectivo en el lapso de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley. V. la opinión del doctor FANLO LORAS Antonio. *La gestión del...* Pág. 22.

90 Así lo refiere MARIENHOFF citado por MEAÑO Francisco. *Régimen Legal de...* Pág. 102.

La distinción antes anotada no tiene cabida en la legislación española que declara a todas las aguas corrientes continuas o discontinuas parte del dominio público.

Tampoco en Venezuela está reconocida esta diferencia en la legislación, sin embargo, según el 652 CCV, las aguas corrientes que no son del dominio público son susceptibles de aprovechamiento privado para servirse de ellas, a su paso para el riego o para el beneficio de su industria. Es decir que en Venezuela, existen aguas corrientes que son del dominio público (ríos) y otras que no lo son, por lo que la doctrina las ha denominado arroyos o quebradas, y se ha servido de las diferencias antes anotadas, para establecer cuándo nos encontramos en presencia de uno u otra.

De acuerdo con el autor Argentino SPOTA Alberto G.⁹¹, en su comentario a la legislación de Aguas venezolana, señala que los ríos son aquellos que corren por cauces naturales, y que por arroyos debe entenderse aquellos que tienen una importancia económica reducida. Lo que sí está claro es que se tiene un derecho de propiedad privada sobre esas aguas como consecuencia de atravesar un fundo o delimitar dos fundos, con ciertas limitaciones que según MEAÑO Francisco, no hacen otra cosa sino ratificar el concepto de propiedad establecido en la legislación venezolana que reza lo siguiente “el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, con las restricciones y obligaciones establecidas en la ley”⁹².

En cuanto a los límites para servirse de esas aguas (arroyos), el mismo artículo señala que se deben devolver lo que quede de ellas a su curso ordinario, y según el 681 deberán evitar los perjuicios provenientes de la estagnación, rebosamiento o derivación de las aguas contra los fundos superiores o inferiores. Lo que ha llevado a decir al doctor CASANOVA Ramón Vicente que los arroyos o quebradas no son del dominio privado de los particulares sino de la Nación, quien permite a los ribereños su uso con la obligación de devolver los sobrantes⁹³.

e. Lecho de los ríos no navegables

En la legislación española, no cabe hacer distinción entre ríos navegables y no navegables, porque todos los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas, como se ha mencionado, son públicas.

En Venezuela, según el segundo aparte del artículo 539 CCV, el lecho de los ríos no navegables pertenece a los ribereños según una línea que se supone trazada por el medio del curso del agua. Cada ribereño tiene derecho de tomar en la parte que le pertenezca todos los productos naturales y de extraer arenas y piedras, a condición de no modificar el régimen establecido en las aguas ni causar perjuicios a los demás ribereños.

f. Aguas subterráneas

La Ley de Aguas española, tiene una posición bien particular al respecto de las aguas subterráneas. En primer termino, permite el aprovechamiento en los predios de las aguas subterráneas, siempre que el volumen total anual no sobrepase los 7000 metros cúbicos, pero sí los acuíferos se hubieran declarados como sobreexplotados o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras, para obtener las aguas subterráneas, sin la correspondiente autorización⁹⁴. Además, estas explotaciones estarán sujetas a las restricciones derivadas del Plan de ordenación para la recuperación del acuífero, e incluso en condiciones de

91 SPOTA Alberto G. *Tratado de Derecho de Aguas*. Tomo I. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires, Argentina: 1941. Pág. 1053.

92 Precepto citado por MEAÑO Francisco. *Régimen legal de...* Pág. 109.

93 CASANOVA, Ramón Vicente. *Derecho Agrario*. 4ta. Edición. Editado por el Instituto Iberoamericano de Derecho y Reforma Agraria. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela: 1986. Pág. 425-427.

94 V. Artículos 54.2, 58 y Disposición Adicional Séptima TRLAg. y Artículos 84.2 y 87 RDPH.

sequía grave, de sobreexplotación de acuíferos, o en similares estados de necesidad, podría el Gobierno mediante Decreto, para superar dichas situaciones, tomar medidas sobre esas aguas subterráneas, sin derecho a indemnización.

En segundo lugar, la Ley de Aguas, declara que forman parte del dominio público hidráulico y del ciclo hidrológico a las aguas subterráneas renovables. Con lo que hace una diferenciación sin mencionarlo expresamente en aguas subterráneas renovables y no renovables o aguas fósiles, como también se las conoce.

De manera que sobre las segundas (aguas subterráneas no renovables), si existieran⁹⁵ podrían ser objeto de apropiación particular, o bien ser declaradas parte del dominio público de alguna comunidad autónoma. Por cierto que ALEGRE ÁVILA Juan Manuel, no se explica por qué la Ley de Aguas de 1985⁹⁶ dejó fuera del dominio público hidráulico a las aguas subterráneas no renovables, fluyentes o estancadas, siendo que el sentido institucional de dominio público (su declaración) atañe a categorías de bienes, como es el caso del agua. Permitiendo la posibilidad de que las comunidades autónomas declararían de su dominio público a las aguas subterráneas no renovables, disociando la naturaleza, titularidad y régimen jurídico de unas y otras aguas (aguas subterráneas renovables y no renovables). Este autor considera que el Estado debe conducir las nuevamente al ordenamiento hidráulico (en el supuesto de que existieran, según declara el autor), por lo que habrá de acudir al derecho administrativo general para lograrlo⁹⁷.

En tercer lugar, desde 1985 y también en la reforma de 1999, se establece un régimen transitorio para las personas que de acuerdo con la ley de 1879, estaban aprovechando aguas de este tipo. Así la ley de Aguas de 1985, señala en la Disposición Transitoria Tercera, que se deja a salvo los derechos de los propietarios de pozos o galerías que se hubieran inscrito en el Registro de Aguas, para lo cual tenían un plazo de tres años. La reforma de 1999, repite el mismo precepto en la Disposición Transitoria Tercera, y al igual que en la anterior, señala que se les respetará su derecho a los que no se inscriban, pero los sanciona al no prestarles la protección administrativa que el Registro de Aguas le otorga⁹⁸.

Esta Disposición Transitoria coloca a la legislación española en situación de mantener un régimen dual (dominio público versus dominio privado), con la agravante de que la situación no parece mejorar a futuro, ya la Ley 10/2001, de 6 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, opta por darle un plazo improrrogable de tres meses contados a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, plazo que venció en octubre de ese mismo año, para solicitar su inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca, y

95 El doctor FANLO LORAS Antonio recuerda que en las II Jornadas de Derecho del Agua, hubo pronunciamientos técnicos que declaraban la inexistencia en España, de aguas de este tipo, con lo que las normas (léase Estatutos de las comunidades autónomas) quedarían vacías de contenido. V. FANLO LORAS Antonio. Competencias en materia de aguas de las comunidades autónomas que pertenecen a cuencas intercomunitarias (el caso de Aragón, La Rioja, Cantabria y Navarra). En: *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Números: 255-256. Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, España: julio-diciembre 1992. Pág. 556.

96 Situación que no fue modificada en la Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999), de 13 de diciembre.

97 Así expone que tomando en consideración la Ley del Patrimonio del Estado, y atribuyéndoles la calificación de "bienes inmuebles vacantes o sin dueño conocido" (calificativo en el que está de acuerdo con la doctrina civilista para los alumbramientos de aguas subterráneas), se declaren bienes patrimoniales del Estado. Este reconocimiento cumpliría una doble función, por un lado las excluiría de la apropiación privada, y por el otro, otorgaría al Estado un título jurídico de intervención sobre estas aguas ALEGRE AVILA Juan Manuel. Naturaleza y régimen jurídico de las aguas subterráneas no renovables. En: Centro de Estudios Constitucionales. *Revista de Administración Pública* No. 130. Madrid, España: enero-abril 1993. Pág. 155-169. Por supuesto esta no es la única tesis ya que PÉREZ PÉREZ Emilio, establece que esas aguas forman parte del dominio público, por virtud del artículo 2.1 de la Ley de Minas que se le debe aplicar, citado por MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 160.

98 V. la valoración crítica del contenido de las Disposiciones Transitorias en: BARRIOBERO MARTÍNEZ Ignacio. La aprobación del texto refundido de la Ley de Aguas y su incidencia... Pág. 103-104.

establece que transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas *si no es en virtud de resolución judicial firme* (cursivas nuestras). De modo que si el propietario hiciera dicha inscripción mantendría su derecho sobre las aguas subterráneas.

Al contrario, es decir, si no se inscribiera, llevaría consigo otros problemas, como lo plantea MOREU BALLONGA José Luis, quien hace una serie de comentarios para concluir que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional está limitando el derecho de propiedad al permitir su confiscación o extinción, o en el mejor de los casos hace imposible el ejercicio del derecho de propiedad sobre el agua, o lo hace muy gravoso al someterlo a procesos judiciales que determinen la existencia de su derecho⁹⁹.

En Venezuela, el Código Civil permite la apropiación privada de las aguas subterráneas, al establecer en su artículo 549 que la propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y de todo cuanto se encuentre encima o debajo de ella, salvo lo dispuesto en leyes especiales, y agrega en el artículo 554 que los propietarios pueden hacer en su suelo o debajo de él toda construcción o excavación y sacar por medio de ellas todos los productos posibles, salvo las excepciones establecidas en el capítulo de servidumbres prediales y lo que dispongan las leyes especiales y los reglamentos de policía.

Esas leyes especiales (en materia de aguas), lejos de limitar la norma antes señalada, la refuerzan, y así la Ley Forestal de Suelos y Aguas, permite a los propietarios abrir libremente pozos y construir zanjas o galerías dentro de sus fincas guardando entre ellos una distancia que no interfiera en la producción de los pozos que existen en los terrenos vecinos.

En cuanto a limitaciones, impone la obligación de separarlos por lo menos cuatrocientos metros de los pozos que surtan acueductos; y en segundo lugar, establece que aquellos pozos en los cuales el agua surge naturalmente de la superficie del terreno (pozos artesianos), deberán los propietarios tomar las medidas adecuadas para regular su producción con objeto de conservar la riqueza de la capa acuífera.

De modo que aunque ha sido tradicional en Venezuela, la naturaleza pública del subsuelo¹⁰⁰, ésta según las normas señaladas tiene como excepción las aguas subterráneas.

El Proyecto de Ley de Aguas (PLAgV), al publicar todas las aguas como se ha dicho anteriormente, incluye a las aguas subterráneas y las agrupa en unidades de gestión denominadas provincias o cuencas hidrogeológicas¹⁰¹.

Concluyendo entonces, en Venezuela el derecho de aprovechamiento de las aguas de dominio privado, pertenece a los titulares de la propiedad superficial, donde nace un manantial o atraviesa un arroyo, o en definitiva donde se ha efectuado la perforación para la explotación de las aguas subterráneas.

Estos derechos están únicamente limitados por razones de utilidad privada (servidumbres prediales y ordenanzas de policía) y de utilidad pública (abastecimiento de poblaciones, conservación de los suelos, bosques y aguas)¹⁰².

99 V. MOREU BALLONGA José Luis. Los problemas de la legislación sobre aguas subterráneas en España: posibles soluciones. En: DEL SAZ Silvia, FORNES Juan María y LLAMAS M. Ramón (Editores). *Régimen Jurídico de las aguas subterráneas*. Editado por Fundación Marcelino Botín. Ediciones Mundi-Prensa. Madrid, España: 2002. Pág. 16-18. V. también FANLO LORAS Antonio. *La gestión del...* Pág. 22.

100 V. BREWER CARÍAS Allán R. *Derecho y Administración de las Aguas*. Pág. 75, quien menciona el Decreto del Libertador de 1829, el Código Civil de 1867. V. además la Ley de Hidrocarburos.

101 Artículo 18 PLAGV: Las provincias hidrogeológicas constituyen la unidad natural de gestión de las aguas subterráneas.

102 República de Venezuela, COPLANARH. *Administración Planificada del Agua*. Pág. 13.

Puede decirse además que la legislación venezolana actual tiene una tímida tendencia al uso del agua buscando satisfacer el interés colectivo, cuando señala limitaciones al derecho de los particulares basándose argumentos como el abastecimiento de agua a poblaciones o el uso en interés de la reforma agraria. Incluso el mismo Código Civil aun cuando reconoce la apropiación privada de los manantiales, incluye como limitación, la prohibición de desviar su curso si estas sirven para el abastecimiento poblacional.

Esfuerzos que también se observan en el Decreto Presidencial No. 1.400, aun cuando no se ha utilizado jurídicamente hablando el instrumento más adecuado, al imponer límites a los derechos que tienen, de acuerdo con el Código Civil, los propietarios y derechohabientes, al obligarles a solicitar ante el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales autorización para efectuar las actividades vinculadas con su aprovechamiento, anexando a la misma, la propiedad o el derecho sobre las aguas o la autorización del propietario o derechohabiente, memoria explicativa de la actividad a que se dedicará las aguas, con estimación del caudal requerido, así como la justificación de uso.

El Proyecto de Ley de Aguas venezolano y la Constitución Nacional vigente, por el contrario sí tienen una clara vocación de utilizar el agua como un recurso natural escaso, en beneficio de la colectividad y del desarrollo económico de toda la población.

Este Proyecto obliga al poseedor de derechos sobre las aguas, en primer lugar a regularizar su situación, es decir, a solicitar la correspondiente concesión, asignación o licencia a la Autoridad Nacional de las Aguas, so pena de no seguir utilizando el recurso ni gozar de los incentivos económicos previstos en la Ley.

Por el contrario, la legislación española salvo los comentarios que se hicieron sobre las dificultades para disponer completamente de las aguas subterráneas, se encuentra muy adelantada con relación al tema de la publicación del agua, pues incorpora la gestión de las aguas subterráneas a las superficiales, al considerarlas parte del mismo ciclo hidrológico. Situación que se viene estudiando mucho antes de la promulgación de la ley de 1985, como consecuencia de la carencia de aguas superficiales, producto de las sequías y la sobreexplotación de los acuíferos subterráneos, aunado a una injusta utilización de estos últimos, en detrimento del interés general.

C. Las servidumbres como restricción al dominio hidráulico

Hasta ahora se han venido mencionando en cada aprovechamiento privado, las limitaciones¹⁰³ que el legislador impone al mismo. En este punto, se estudia la servidumbre como una restricción al derecho privado o al aprovechamiento privado (terminología más apropiada y usada por la legislación española).

En efecto, ambas legislaciones reconocen la facultad de la ley, para imponer a los particulares restricciones sobre el aprovechamiento de las aguas, la posibilidad de que el particular voluntariamente las asuma a favor de otros, o que estas se adquieran por prescripción¹⁰⁴. De allí que las servidumbres puedan clasificarse en:

103 Aunque en la doctrina existe discrepancia en torno al significado de los términos "limitaciones y servidumbres", decidimos considerar la limitación como una "determinación del límite impuestas con carácter general por la ley", mientras que la servidumbre debe entenderse "como un gravamen impuesto sobre un fundo (sirviente), sus pertenencias o sobre el derecho al aprovechamiento, refiriéndonos específicamente al agua a favor de otro (dominante)", es decir una carga real impuesta. La limitación siempre tiene su origen en la ley mientras que la servidumbre la puede tener en la ley o en la voluntad de las partes. Las limitaciones salvo el caso de daños y perjuicios no entrañan indemnización, mientras que la servidumbre es considerada como una expropiación, y por tanto conlleva indemnización. V. GUAITA Aurelio. *Derecho Administrativo (Aguas, Montes, Minas)*. Segunda Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España: 1996. Pág. 145.

104 La servidumbre de acueducto en Venezuela puede adquirirse de esta manera.

Servidumbres civiles y administrativas. Existiendo varias tesis para calificarlas como tal. Así, pueden calificarse de civiles las que satisfacen un interés privado, o las que se acuerdan entre particulares o se adquieren por prescripción; mientras que son administrativas, aquellas que son impuestas por un órgano de la administración pública, o para satisfacer intereses generales o en conexión con alguna utilidad pública.

También pueden ser voluntarias, legales y forzosas. Las cuales se explican por sí mismas.

La Ley de Aguas española y el Código Civil venezolano, prevén fundamentalmente dos servidumbres legales y forzosas. La primera, la servidumbre de desagüe, entendida como la obligación del predio inferior de recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre desciendan de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastren en su curso¹⁰⁵. Esta servidumbre no es administrativa, según lo expresa GUAITA Aurelio, sino civil¹⁰⁶.

La segunda, la servidumbre de acueducto, es decir el derecho que tiene todo el que quiera servirse del agua de que pueda disponer, a conducir el agua por fundos ajenos, con la obligación de indemnizar a sus dueños, y a los predios inferiores sobre las que se filtren o caigan las aguas.

Las diferencias de ambas legislaciones en la servidumbre de acueducto, la encontramos: Primero, en la condición jurídica del beneficiario del agua, pues el Código Civil venezolano, se refiere "al que tenga derechos en forma permanente o temporal sobre las aguas", mientras que la ley de Aguas española, concede este derecho al titular de la concesión.

En segundo término, con relación a la utilidad de esas aguas, pues en España no tiene importancia el uso que se le vaya a dar, vale decir que el propietario del fundo sirviente, no puede negarse alegando que el uso del agua no es el otorgado¹⁰⁷, mientras que Venezuela exige que sea para las necesidades de la vida o para usos agrarios o industriales, por lo que el uso para fines recreativos o lúdicos no estaría previsto, y podría negarse el propietario del fundo sirviente a dejar pasar el agua. En Venezuela, debe demostrarse además que el agua es suficiente para el uso que se la destina. Por supuesto, es oportuno señalar que España en el momento de solicitar la concesión, el organismo de cuenca estudia el uso del agua, por lo que posteriormente, es decir, para la constitución de la servidumbre, ya no es necesaria esta evaluación.

La tercera gran diferencia, estriba en que a pesar de ser una servidumbre legal y forzosa, el propietario del fundo si no llega a un acuerdo con el dueño del fundo sirviente, en el caso venezolano deberá dirigirse a los tribunales de justicia a través del procedimiento ordinario¹⁰⁸, para demostrar la prescripción o solicitarla, por lo que pareciera que es una servidumbre civil y no administrativa; mientras que en España, el expediente de constitución de servidumbre se ventila a través de los organismos de cuenca, con arreglo a lo establecido en el CC y RDPH¹⁰⁹, es decir que es una servidumbre administrativa, al igual que las siguientes.

Bien al lado de esas dos clases de servidumbres, se incluyen otras como:

- Servidumbres de saca de agua y abrevadero, son impuestas en la legislación española, únicamente por causa de utilidad pública en favor de una población o caserío, mientras que Venezuela, además

105 Artículos 47 TRLAg., 16.1 RDPH y 552 Cc. (España), y 647 CCV. (Venezuela).

106 GUAITA Aurelio. *Derecho Administrativo*. Pág. 146.

107 V. Art. 18.2 de Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1986; corrección de errores en BOE núm. 157, de 2 de julio.

108 MEAÑO Francisco. *Régimen legal de las Aguas en Venezuela*. Pág. 189.

109 GUAITA Aurelio. *Derecho Administrativo*. Pág. 146. V. también los artículos 16 a 49 RDPH.

de ese uso, permite al propietario del fondo inferior, adquirir por prescripción o por justo título el aprovechamiento de las aguas de un manantial o de otras aguas propiedad de otro fondo¹¹⁰.

- Servidumbre de estribo de presa, pues como su nombre lo indica conlleva la construcción de una presa, para la derivación o toma de agua, y el que haya de hacerlo no es dueño de las riberas, o terrenos en que necesite apoyarla. En España, esta servidumbre deberá constituirse en el momento de otorgar la concesión, y será el mismo organismo de cuenca quien la prevea, tomando en consideración el artículo 6.1 TRLAg.
- Servidumbre de parada o partidior, en ambas legislaciones son similares, es decir la obligación que tiene el dueño de las riberas o terrenos de permitir la construcción de una bocatoma, para poder aprovechar el agua a la que tiene derecho¹¹¹.
- Servidumbre de paso. Consiste entonces en el derecho de paso hasta donde se encuentra el agua o hasta donde están las obras para conservarlas y mantenerlas¹¹². Prevista de similar forma en ambas legislaciones.
- Venezuela incluye también la servidumbre de derrame, que consiste en la obligación que tiene el propietario del fondo a restituir al concedente o a otro las aguas sobrantes.

A pesar de que las servidumbres en Venezuela están reguladas principalmente por el Derecho Común, y por tanto servidumbres civiles por el interés privado que las caracteriza, existen leyes especiales que autorizan la constitución de servidumbres administrativas. En efecto, de acuerdo con la Ley de Minas¹¹³

110 V. Artículo 656 CCV.

111 Artículo 562 Cc. Español y 681 CCV.- Quienes tengan derecho a tomar aguas de los ríos, arroyos, torrentes, canales, lagos u otros receptáculos pueden, si fuere necesario, establecer un barraje apoyado sobre los bordes, a condición de indemnizar y de hacer conservar las obras que preserven de todo peligro los fundos.

112 V. Artículos 564 a 570 Cc. y 727 CCV.

113 Artículo 11: El beneficiario de derechos mineros para ejercer las actividades reguladas por esta Ley, podrá solicitar la constitución de servidumbres, la ocupación temporal y la expropiación de bienes. Cuando las servidumbres hayan de constituirse sobre terrenos de propiedad privada, el beneficiario de derechos mineros podrá celebrar con los propietarios los contratos necesarios. De no lograrse el avenimiento, el beneficiario podrá ocurrir a un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, con jurisdicción en la localidad, para solicitar la autorización del comienzo de los trabajos. El solicitante señalará con precisión las áreas y bienes que se afectarán y los trabajos a realizarse. Admitida la solicitud, el Juez, el mismo día, ordenará la citación del afectado para que comparezca al tercer día siguiente al de la citación, si no se logra la citación, ordenará publicar en un diario de mayor circulación nacional, emplazándolo a comparecer al tercer día de despacho después de la publicación, en cuya oportunidad se procederá a la designación de tres (3) expertos, uno designado por el solicitante, el segundo por el afectado y el tercero por el Juez, a fin de que dictaminen sobre los posibles daños y el monto de la indemnización. Si no compareciera el afectado o se negare a nombrar el experto, el Tribunal lo hará por él. Los expertos deben estar presentes en el acto para su aceptación y juramentación. Si no lo están, el Tribunal designará a quienes los sustituyan. Los expertos deberán consignar informe dentro de un lapso de tres (3) días continuos al de su designación. Consignado el informe, el solicitante deberá depositar en el Tribunal el monto de la indemnización estimada y en el mismo acto el Juez autorizará el comienzo de los trabajos. Si el afectado acepta la indemnización el Tribunal dictará decisión para constituir la servidumbre en los términos de la solicitud. En caso de desacuerdo, se seguirá por los trámites del juicio ordinario. Para todo lo referente a la ocupación temporal y la expropiación, se aplicarán las disposiciones pertinentes de la legislación de expropiación por causa de utilidad pública e interés social. Artículo 12: Las servidumbres de diversa especie, necesarias para el ejercicio de las actividades mineras, se constituirán sólo en la medida indispensable por el objeto a que se destinen. Artículo 13: El beneficiario de derechos mineros podrá utilizar los terrenos baldíos en las condiciones y mediante las compensaciones que pacte con el Ejecutivo Nacional, el cual según las circunstancias puede exonerarle de las mismas. Cuando en los terrenos baldíos existan mejoras de particulares, la indemnización que corresponda la pagará el beneficiario de los derechos mineros. Artículo 14: El beneficiario de derechos mineros tiene derecho al uso y aprovechamiento racional de las aguas del dominio público para el ejercicio de sus actividades mineras, sujeto al cumplimiento de las disposiciones ambientales que rigen la materia. Así mismo, el beneficiario tiene derecho a la expropiación o al establecimiento de servidumbres para el aprovechamiento y uso de las aguas del dominio privado en su actividad minera.

y la Ley de Hidrocarburos¹¹⁴, pueden constituirse servidumbres, para beneficio del interés general que estas leyes tutelan. Las servidumbres son las mismas a las que hacemos referencia en este aparte, pero con la diferencia que al ser administrativas, la norma permite que, de no llegarse a un acuerdo con el dueño del fundo, puede solicitarse al Tribunal que ordene la construcción de las obras necesarias.

Además de aquellas, existen otras dos servidumbres, que nacen con motivo de la protección del agua y no directamente para aprovechamiento del agua. Estas son las servidumbres de uso público y la servidumbre de zona de policía, en la legislación española, mientras que Venezuela, utiliza la denominación de zona protectora. Evidentemente son servidumbres legales, forzosas y administrativas.

- Servidumbre de uso público. El artículo 6 TRLAg. dispone una servidumbre para uso público de cinco metros. Esta zona tiene como finalidad el paso del servicio de personal de vigilancia del cauce, el ejercicio de actividades de pesca fluvial, el salvamento de personas o bienes o el varado y amarre de embarcaciones de forma ocasional o en caso de necesidad (Art. 7.1 a) RDPH¹¹⁵.
- Servidumbre de zona de policía¹¹⁶. Consiste en una banda de cien metros de anchura en la que el uso del suelo y las actividades que en ese suelo se desarrollan pueden estar sometida a ciertas condiciones¹¹⁷. Esa banda inicialmente concebida para los márgenes de los cauces de corrientes naturales, también debe entenderse para los márgenes de los lagos, lagunas y embalses, de conformidad al artículo 96 TRLAg. La legislación venezolana tiene prevista esta servidumbre, mediante la declaración de zonas protectoras, marcando un radio de doscientos metros en la zona alrededor del nacimiento de un manantial o del nacimiento de cualquier corriente de agua. Unas zonas mínimas de cincuenta metros para los ríos navegables y de veinticinco para los no navegables en ambas márgenes. Además una zona de cincuenta metros siguiendo el contorno de los lagos y lagunas. Ambos Estados permiten la realización de ciertas actividades dentro de estas zonas de protección, pero siempre que medie la autorización del organismo de cuenca correspondiente en España, o del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, en la legislación venezolana.

1.4.2 Concepto de cuenca y demarcación hidrográfica

El concepto de cuenca hidrográfica no es ninguna novedad para el Estado español, pues según palabras del doctor FANLO LORAS Antonio, éste se encuentra operativo desde 1906, y

constituye una aportación decisiva en la historia de la organización administrativa de las aguas que ya no se abandona pese a la tensión competencial que se percibe en los dos primeros decenios del siglo en relación con los servicios administrativos provinciales¹¹⁸.

El criterio de la cuenca hidrográfica es un criterio geográfico, que España ha convertido en la base jurídica de la administración hidráulica. “La cuenca hidrográfica es considerada unánimemente como el escenario idóneo para la gestión integrada del agua en único sistema, ya que ciertamente, es la unidad

114 Art. 38 a 41 Presidencia de la República. *Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos*. G. O. No. 37323, de 13 de noviembre de 2001.

115 Citado por LASAGABASTER HERRARTE Iñaki. Aguas. En: LASAGABASTER HERRARTE Iñaki (Director). *Derecho Ambiental*. Editado por el Instituto Vasco de Administración Pública. Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Oñati, España: 2001. Pág. 189.

116 V. además artículo 9 RDPH.

117 LASAGABASTER HERRARTE Iñaki. Aguas. En: LASAGABASTER HERRARTE Iñaki (Director). *Derecho Ambiental*. Pág. 188.

118 FANLO LORAS Antonio. *Las Confederaciones Hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*. Editorial Civitas S.A. Madrid, España: 1996. Pág. 177.

natural geográfica e hidrológica”, así lo refiere GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ Carlos¹¹⁹. Estamos en presencia entonces de un criterio “territorial” de delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

La ley de Aguas española, define a las cuencas hidrográficas como “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta. La cuenca hidrográfica como unidad de gestión del recurso, se considera indivisible” (Art. 16 TRLAg.). De acuerdo con esto, la Ley de Aguas va a distinguir entre cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una comunidad autónoma (cuencas intercomunitarias o supracomunitarias) y cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente en el territorio de la comunidad (cuenca intracomunitaria).

Por tal motivo, las comunidades autónomas que tengan dentro de su territorio una cuenca hidrográfica, pueden crear un organismo y encargarlo de su administración, teniendo como base lo pautado en el artículo Art. 18 TRLAg., y este pasaría a cumplir dentro de la cuenca, las mismas funciones que los organismos de cuenca tienen en las cuencas que exceden del ámbito territorial de una comunidad, según lo prevé la disposición adicional Segunda TRLAg., pero siempre deben tener presente la existencia de una legislación básica que respetar y con base a la cual pueden desarrollar sus competencias. Así podemos señalar la existencia de legislación básica en materia de comunidades de usuarios, en materia de contratos y concesiones, en materia de vertidos y potestad sancionadora, entre otras.

EZQUERRA HUERVA Antonio, decía al referirse a la Sentencia 161/1996, de 17 de octubre, que las facultades del Estado en relación con los recursos y aprovechamientos hidráulicos en las cuencas intercomunitarias, están definidas en la Ley de Aguas, de modo que estas operan como un límite a las competencias que pretenden asumir las comunidades autónomas sobre esas cuencas¹²⁰.

Las comunidades autónomas pueden influir en las decisiones de las cuencas intercomunitarias, mediante su inclusión en el cuerpo directivo de los organismos de cuenca (Junta de Gobierno), es decir integrándose al trabajo en éstos. También en los órganos de planificación (Consejo del Agua), pero lo que no pueden hacer las comunidades autónomas es interferir o perturbar las funciones de las confederaciones hidrográficas¹²¹.

Pero además, de la definición de cuencas hidrográficas, encontramos una nueva definición anexada al artículo 16 y que tiene repercusiones para los entes encargados de la gestión del agua. El Estado español al transponer la directiva Marco del Agua 2000/60/CE, incorporó la definición de demarcación hidrográfica que esta contiene.

La demarcación hidrográfica, tiene como objetivo fundamental, la aplicación de las normas de protección ambiental en el espacio físico que ellas abarcan. Conforme al artículo 16 bis 1, se definen como “la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición¹²², subterráneas y costeras¹²³ asociadas a dichas cuencas”.

119 GONZÁLEZ-ANTÓN ÁLVAREZ, Carlos. Los retos del Derecho del Agua. En: SOSA WAGNER Francisco (Coordinador). *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Tomo III. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, España: 2000.

120 EZQUERRA HUERVA Antonio. Principio de unidad de cuenca y competencias autonómicas en materia de aguas (Sentencia 161/1996, de 17 de octubre). En: Gobierno de Aragón. *Revista Aragonesa de Administración Pública* No. 10. Edita el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales. Aragón, España: Junio 1997. Pág. 389.

121 FANLO LORAS Antonio. La articulación de las competencias de las comunidades autónomas en la gestión del agua. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *Gestión del agua y medio ambiente*. Editorial Civitas, S.A. Madrid: 1997. Pág. 139.

122 En ese mismo artículo define las aguas de transición: “Son aguas de transición, las 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.

123 También el artículo 16 bis 1 define las aguas costeras: “Son aguas costeras, las aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más

Las consecuencias de esta nueva definición y su implicación en los organismos de cuenca, en la planificación, y en las atribuciones medioambientales de las comunidades autónomas, será objeto de análisis en los Capítulos III y IX de esta investigación.

Venezuela, por su parte, no ha incluido expresamente en su legislación una definición de cuenca hidrográfica, aun cuando pueda inferirse de su ordenamiento jurídico que es considerada como “unidad de gestión”, específicamente el artículo 49 del Reglamento de la Ley Forestal de Suelos y Aguas de 1977 (RLFSA), señala que los planes de manejo, ordenación y protección de las cuencas hidrográficas comprenderán toda la operación como una unidad o sistema de administración para el logro de un máximo aprovechamiento de los recursos.

La Dirección General de Cuencas Hidrográficas del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, plantea que la visión y trabajo gerencial debe hacerse a través de la gran cuenca, protegiendo la calidad y cantidad del agua, procurando el desarrollo sustentable de las unidades hidrográficas del país. Derivando en planteamientos para la protección de zonas de montaña y fuentes de agua, así como para las zonas intermedias y planicies de inundación, con visión integral del desarrollo regional. Argumenta que el trabajo del manejo de cuencas debe orientarse preferentemente hacia las áreas densamente pobladas, para dar respuesta a las exigencias de los sistemas de agua potable y alcantarillado, así como a los sistemas de drenaje de aguas pluviales y defensa contra crecidas e inundaciones. Por último esa Dirección pretende lograr la planificación local y la ejecución de estudios y proyectos de conservación de cuencas, en cada subcuenca y microcuenca, a cargo de las autoridades municipales¹²⁴.

El Proyecto de Ley de Aguas (PLAgV), reconoce a las regiones hidrográficas, cuencas hidrográficas y cuencas hidrogeológicas, como unidades espaciales de referencia para la organización institucional y manejo de las aguas superficiales y subterráneas¹²⁵

El proyecto prevé la creación de Consejos de Región Hidrográfica, Consejos de Cuenca y unidades de Gestión de las Cuencas Hidrogeológicas, para facilitar la toma de decisiones y la coordinación de las acciones que deben implementarse en cumplimiento de los planes, dando cabida a todos los entes involucrados en el manejo de las aguas, tales como los estados, municipios, usuarios y la sociedad civil organizada.

Para concluir, puede señalarse que ambas legislaciones reconocen la importancia del concepto de cuenca hidrográfica, como sinónimo de unidad de gestión del agua, pero en el caso venezolano, no se cuenta con entes encargados de la administración de cada una de las cuencas del país, y sólo tenemos organismos dedicados a cumplir algunas funciones de la administración del recurso, como el Instituto para la Conservación de la Cuenca del Lago de Maracaibo (ICLAM), para resolver los problemas de contaminación; el Sistema Hidráulico Yacambú C.A. para contribuir a la conservación del Río Yacambú y terminar las obras de regulación, el desarrollo agrícola del Valle de Quibor y el abastecimiento urbano de Barquisimeto; las Empresas hidrológicas y sus filiales¹²⁶, que se encargan de la construcción de obras y mantenimiento de las cuencas abastecedoras de agua a las poblaciones, entre otras que se tratarán en

próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición.

124 Políticas no oficiales de la Dirección General de Cuencas citada por Tercer Congreso Latinoamericano de Manejo de Cuencas en Zonas de Montaña. *Informe Nacional sobre la situación de manejo de cuencas en Venezuela*. Marzo 2002. Documento disponible en Internet: http://www.eclac.cl/DRNI/proyectos/samtac/informes_nacionales/venezuela.pdf. Pág. 12.

125 Artículo 15 PLAGV.

126 Estas empresas se encuentran actualmente en período de transición para transferir sus competencias a los Municipios. Situación a la que se hará referencia en el Capítulo X.

detalle más adelante. Sólo en el Proyecto de Ley encontramos un organismo similar a los organismos de cuenca de la ley española, pero a los que tampoco se da la posibilidad de que los estados en cuyo territorio se encuentre íntegramente una cuenca pueda encargarse de su administración, lo que sin embargo, no es obstáculo para que influya en su administración a través de las figuras de participación previstas.

1.5 Principios que orientan la administración del agua

Ambos países, parten de la premisa de que la administración del recurso debe realizarse tomando en consideración su escasez. Escasez que puede considerarse en sus tres aspectos principales: “geográfica, temporal y cualitativa. Igualmente considerando su carácter vital; su uso múltiple; su condición móvil y su característica de relativa renovabilidad”¹²⁷.

Por esa razón España, fija como principios de administración del agua¹²⁸, los siguientes:

- Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.
- Respeto de la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.
- Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y la protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.

Venezuela, aun cuando no cuenta con una expresa normativa en ese sentido donde recoja los principios sobre los cuales descansa la gestión integral del agua, obedece a similares planteamientos, procurando la conservación y el racional aprovechamiento de los recursos hídricos, armonizando las demandas actuales, evitando comprometer las necesidades de las generaciones futuras y garantizando una mejor calidad de vida de la población.

De manera que aquellos principios recogidos en el artículo 14 de la Ley de Aguas española, son válidos también para Venezuela, y sus consecuencias similares en ambos casos, de los cuales podemos deducir:

1. El rol regulador por parte del Estado

Tanto la legislación española como la venezolana, asigna a un ente central el carácter regulador a través del Ministerio del Ambiente. Si bien es cierto, para la legislación española, la posibilidad de existencia de cuencas hidrográficas intracomunitarias, permiten su administración a las comunidades autónomas, no es menos cierto que en virtud de la misma Ley de Aguas, éstas deben adecuar su actuación a los parámetros establecidos en la legislación hidráulica del Estado, y a su planificación hidrológica nacional, cuidando de no afectar la esfera de competencias del Estado.

Mientras que en Venezuela, el artículo 18.4, Decreto N° 2.083, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central¹²⁹, otorga la condición de Autoridad Única en materia de aguas al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Esto le permite al Estado analizar más fácilmente el grave desequilibrio hidrográfico del país, y arbitrar entre los conflictos regionales que se

127 Así lo advertía el representante del Ministerio de los Recursos Naturales Renovables de Venezuela. MARN. Administración integrada de los Recursos Hidráulicos en Venezuela. En: Organización de las Naciones Unidas. *Sexto Período de Sesiones de la Comisión de Desarrollo sostenible*. Nueva York, Estados Unidos: 20 de abril a 1 de mayo de 1998. Versión disponible en Internet:

<http://www.un.org/esa/agenda21/natInfo/niau/ven-fw.htm> Pág. 2-3.

128 V. Artículo 14 TRLAg.

129 Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.562 de fecha 04 de noviembre de 2002.

presenten producto de los trasvases que son necesarios para compensar las relaciones entre los centros de demanda y la localización de la oferta"¹³⁰.

2. La protección, conservación y aprovechamiento integral de cuencas hidrográficas

En España, el artículo 92 TRLAg., establece que debe evitarse el deterioro del estado ecológico y la contaminación de las aguas para alcanzar un buen estado general; establecer programas de control de calidad en cada demarcación hidrográfica; impedir la acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo, capaces de contaminar las aguas subterráneas, así como cualquier otra acumulación que pueda ser causa de degradación del dominio público hidráulico; recuperar los sistemas acuáticos asociados al dominio público hidráulico.

En ese mismo sentido se desarrolla toda la normativa de la Directiva Marco del Agua 2000/60/CE, que procura la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas, exigiendo a los Estados miembros la reducción de vertidos, emisiones y pérdidas de sustancias peligrosas; evitando la contaminación de aguas subterráneas, y tomando medidas que contribuyan a paliar los efectos de las inundaciones y sequías¹³¹.

En Venezuela, la protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y específicamente de las cuencas, es una obligación del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, quien debe coordinar con los otros organismos encargados de la operación y mantenimiento de embalses, acueductos, obras de riego y otras obras de infraestructura, las acciones y medidas de protección y conservación de las cuencas hidrográficas¹³². El Ejecutivo Nacional tiene la obligación de proteger las cuencas hidrográficas, contra todos los factores que contribuyan o puedan contribuir a su destrucción o desmejoramiento.

3. Relación entre ordenación del territorio y aprovechamiento de los recursos hídricos

ALLENDE ÁLVAREZ Manuel apunta que el agua nos puede ayudar mejor en la ordenación del territorio, ya que es un factor decisivo para el mantenimiento y el fomento de las actividades industriales, agrícolas o ganaderas¹³³. Así la Ley de Aguas y la Ley del Plan Hidrológico Nacional, establecen que la elaboración de la planificación hidráulica se debe coordinar con las diferentes planificaciones sectoriales que la afecten, y se refiere entre otras al riego y al uso del suelo.

El ordenamiento jurídico venezolano dispone que el Sistema Nacional de Planes de aprovechamiento de los recursos hidráulicos, formará parte del Sistema Nacional de Planificación y responderá a los lineamientos de los Planes Nacional de Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente y de la Ordenación del Territorio. Específicamente, la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio¹³⁴ establece que la ordenación del territorio comprende (entre otros muchos sectores y recursos naturales tanto renovables

130 MARN. Administración integrada de los recursos hidráulicos en Venezuela. En: Organización de las Naciones Unidas... Pág. 5.

131 Artículo 1 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. V. Ley que transpone la Directiva: Cortes Generales. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. BOE No. 313, de 31 de diciembre de 2003, que modifica la redacción del artículo 92 TRLAg. para incorporar este artículo de la Directiva.

132 V. Art. 50 Reglamento de la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

133 ALLENDE ÁLVAREZ Manuel. El Libro Blanco desde la perspectiva de una comunidad autónoma de la España interior. En EMBID IRUJO Antonio (Director). Planificación Hidrológica y Política Hidráulica (El Libro Blanco del Agua). Editado por Seminario de Derecho del Agua. Universidad de Zaragoza. Confederación Hidrográfica del Ebro. Civitas, S.L. Madrid, España: 1999. Pág. 225-227.

134 Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 3238 Extraordinario, de 11 de agosto de 1983.

como no renovables), la protección del ambiente, y la conservación y racional aprovechamiento de las aguas. Más adelante en su artículo 5, establece que son instrumentos básicos de la Ordenación del Territorio, los Planes Nacionales de aprovechamiento de los recursos naturales y demás planes sectoriales.

Como puede deducirse entonces, en Venezuela existe al igual que en España, una estrecha relación entre ordenación del territorio y agua, porque este recurso es fundamental al momento de intentar ordenar en el espacio los asentamientos humanos, ya que “la administración de los recursos hidráulicos incide sustantivamente en toda la problemática que plantea el tema de la ordenación del territorio, entendida ésta en el más amplio sentido, como la expresión geográfica de las políticas económicas y sociales de una nación¹³⁵.

4. El valor económico del agua toma en cuenta la cantidad, la calidad y accesibilidad del recurso

La Directiva Europea, reconoce la recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos al recurso, pero desde una perspectiva de protección del ambiente, al establecer el principio “quien contamina paga”¹³⁶. Esta Directiva fue transpuesta a la legislación española en 2003, y en el tema específico incorpora el principio de recuperación de costes en el artículo 111 bis¹³⁷. Así pues, las tasas y exacciones actuales deberán revisarse para adecuarlas a dicho principio.

Actualmente, la legislación española en el Título VI de la Ley de Aguas dispone varias tasas, a saber: canon por ocupación de los bienes del dominio público hidráulico, por la utilización y ocupación de los bienes del dominio público hidráulicos. De igual forma los vertidos que se hagan al dominio público hidráulico estarán gravados con una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, que se denominará canon de control de vertidos. Así como el establecimiento del canon de regulación, que se aplica a los beneficiados por obras de regulación, y por último la tarifa de utilización del agua, por los beneficios derivados de las obras hidráulicas específicas. Pero como puede observarse, no son tasas impuestas por el uso del recurso como tal, sino para compensar el costo de construcción, mantenimiento mejora de las obras hidráulicas, protección del medio ambiente. “Las exacciones o precios tienen solamente un cierto sentido indemnizatorio o compensatorio al Estado por algunos gastos e inversiones realizados para poner a disposición de los ciudadanos el agua que utilizan”¹³⁸.

Por su parte, el valor económico del agua está recogido en la legislación venezolana en el Decreto No. 1400, en el artículo 28 cuando establece que en las concesiones a título oneroso, el interesado cancelará al Fisco Nacional un canon por el aprovechamiento del recurso, calculado sobre la base de la cantidad de

135 MARN. Administración integrada de los recursos hidráulicos en Venezuela. En: Organización de las Naciones Unidas... Pág. 5.

136 Artículo 9 Directiva Marco del Agua 2000/60/CE.

137 Artículo 111 bis TRLAg. Principios generales.1. Las administraciones públicas competentes tendrán en cuenta el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en función de las proyecciones a largo plazo de su oferta y demanda. 2. La aplicación del principio de recuperación de los mencionados costes deberá hacerse de manera que incentive el uso eficiente del agua y, por tanto, contribuya a los objetivos medioambientales perseguidos. Asimismo, la aplicación del mencionado principio deberá realizarse con una contribución adecuada de los diversos usos, de acuerdo con el principio del que contamina paga, y considerando al menos los usos de abastecimiento, agricultura e industria. Todo ello con aplicación de criterios de transparencia. 3. Para la aplicación del principio de recuperación de costes se tendrán en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio, siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos ambientales establecidos. Los planes hidrológicos de cuenca deberán motivar las excepciones indicadas.

138 ÁLVAREZ RICO Manuel, PÉREZ MARÍN Antonio y ÁLVAREZ-RICO GARCÍA Isabel. *Los problemas del régimen económico-financiero del dominio público hidráulico*. Segunda Edición. Editorial Comares. Granada, España: 2002. Pág. 288.

recurso a aprovechar, su escasez relativa en el lugar donde se realizará el aprovechamiento, su calidad, variabilidad de su régimen y su energía potencial.

Este principio fue luego expuesto en la misma forma, en la Conferencia de París de marzo de 1998, donde Venezuela reconocía el valor económico del agua, basándolo tanto en su aprovechamiento, en la escasez y en la posibilidad de contaminación del recurso¹³⁹.

5. La participación de los distintos entes y organismos para la conservación, planificación y administración de los recursos hídricos y cuencas hidrográficas.

La participación de los distintos entes está garantizada en la legislación española en la elaboración de la planificación hidrológica, así el doctor FANLO LORAS Antonio citando la famosa Sentencia 227/1988 de 29 de noviembre, considera que la planificación hidrológica de las cuencas intercomunitarias debe realizarse de forma coordinada con los diferentes planes que la afecten, primordialmente a través del procedimiento de su elaboración, a cuyo efecto resulta necesaria la participación de las comunidades autónomas.

Esa participación está garantizada desde el primer momento. Así el proyecto de directrices se les remite para que presenten las propuestas o sugerencias que consideren oportunas (Art. 100.3 RAPA). Además están integradas en el Consejo del Agua de la cuenca que es el que debe presentar su conformidad a la Propuesta de Plan Hidrológico que se remite al Gobierno (101.2 RAPA)¹⁴⁰.

Pero también pueden participar, mediante su incorporación en los órganos de gobierno, de gestión y de planificación de los organismos de cuenca, que es la base central de administración del agua en España. Así las comunidades autónomas que hayan decidido incorporarse al organismo de cuenca, forman parte de la Junta de Gobierno de aquellas. También los usuarios pueden tener su representación en la misma y en el Consejo del Agua, órgano encargado de la elaboración del Plan Hidrológico de la Cuenca.

Venezuela dispone en el artículo 4 del Decreto 1400, "Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas", que el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables fomentará la participación de los Estados, municipios, organismos descentralizados de la administración pública nacional, estatal y municipal y de los particulares en la conservación, administración y gestión de los recursos hídricos y cuencas hidrográficas del país.

Establece además como obligación para los titulares de autorizaciones, concesiones y asignaciones de aprovechamientos de aguas, cualquiera que sea la titularidad que detenten sobre el recurso, a participar en la conservación de la cuenca de la cual se surten, en una medida proporcional al caudal que aprovechen y al costo de la prevención y recuperación de los daños que ocasionen a la misma¹⁴¹.

1.6 Políticas del Estado en materia de aguas

El momento oportuno del Estado para proponer las política hidráulica, es a través de la elaboración de los planes hidrológicos, por eso resulta necesario observar en el ordenamiento jurídico español y venezolano qué parámetros sirven para estructurar la planificación hidrológica.

139 MARN. Administración integrada de los recursos hidráulicos en Venezuela. En: Organización de las Naciones Unidas. Pág. 3.

140 FANLO LORAS, Antonio. La articulación de las competencias de las comunidades autónomas en la gestión del agua. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *Gestión del agua y medio ambiente*. Editorial Civitas, S.A. Madrid: 1997. Pág. 182.

141 Artículo 23 del Decreto 1400, Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas.

El Libro Blanco del Agua define la política hidráulica o política del agua, término que le parece más apropiado por ser más global, como “el conjunto de acciones de las administraciones públicas, a distintos niveles y en diversos ámbitos, que afectan al desarrollo, asignación, preservación y gestión de los recursos hidráulicos”¹⁴².

El artículo 40 TRLAg, establece cuáles son los objetivos que se persiguen con la planificación hidrológica, es decir cuál es la política que el Estado pretende desarrollar en el sector.

Así establece que la planificación debe procurar conseguir el buen estado ecológico del dominio público hidráulico y la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales.

En España, la planificación hidrológica se realiza en dos fases. En primer lugar mediante la elaboración del Plan Hidrológico Nacional y en segundo lugar, a través de los Planes Hidrológicos de Cuenca. Cabe advertir que estos planes hidrológicos de cuenca deben seguir los lineamientos del Plan Hidrológico Nacional, y que además deben elaborarse en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto de los usos del agua como a los del suelo, y especialmente con lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios.

La planificación hidrológica, juega un papel fundamental para evitar las interferencias y la duplicidad de actuaciones, ya que en la planificación convergen los distintos actores afectados en la gestión del agua. En este sentido la Ley de Aguas, permite la incorporación¹⁴³ en los consejos de agua de las cuencas supracomunitarias, a las comunidades autónomas¹⁴⁴.

El Consejo de Agua de la Demarcación, es el organismo encargado de la elaboración del plan hidrológico de cuenca (demarcación), y en él deben quedar plasmadas las recomendaciones que hagan las comunidades autónomas, para preservar los recursos naturales, bien sea el agua, o en el caso de las competencias sectoriales (medio ambiente, pesca fluvial, ordenación del territorio, riego, protección forestal, etc.).

La planificación hidrológica permite además, declarar de protección especial determinadas zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua por sus características naturales o interés ecológico, de acuerdo con la legislación ambiental y de protección de la naturaleza; incluso ordena que estas previsiones sean respetadas en los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio¹⁴⁵. Por supuesto que esto no puede implicar en ningún momento como lo señala FANLO LORAS Antonio que, un valor medioambiental bloquee la política hidráulica, pues en el caso de las comunidades autónomas, “incurrirían en extralimitación competencial cuando pretenden tener en el caso de las cuencas hidrográficas supracomunitarias, efectos supracomunitarios”¹⁴⁶. De modo que, las comunidades autónomas deben tener presente que la política hidráulica busca satisfacer un interés general, por lo que el valor

142 Ministerio de Medio Ambiente. *Libro Blanco del Agua en España*. Edita Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica Ministerio de Medio Ambiente. Versión en CD ROM. Madrid, España: 2000. Pág. 509.

143 También permite su incorporación en la Junta de Gobierno, pero para el tema que estamos estudiando sirve únicamente de referencia.

144 V. Artículo 35 TRLAg.

145 V. Artículo 43.2 y 3 TRLAg.

146 STC 329/1993, de 12 de noviembre, (Fundamento Jurídico 3º.), citada por FANLO LORAS Antonio. La articulación de las competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión del agua. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *Gestión del...* Pág. 176.

medioambiental que pretendan proteger, no debe impedir la realización de la política hidráulica, que tiene por objeto solucionar problemas para la mayoría o una gran parte de la sociedad. Creo que el doctor FANLO LORAS Antonio, dirige sus observaciones en este sentido, pero en ningún momento pretende desconocer el trabajo positivo que realizan la mayoría de las comunidades autónomas para proteger el medio ambiente.

Es normal que la política hidráulica nacional sea propuesta por el Estado (a través del Ministerio de Medio Ambiente), pero esto no constituye un obstáculo para que las comunidades autónomas expongan sus puntos de vista. Baste recordar que el Plan Hidrológico Nacional, antes de someterse a la aprobación por el Gobierno y posterior remisión al Congreso, debe contar con el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua, organismo donde tienen representación las comunidades autónomas. De modo que en este espacio se puedan canalizar, como se ha dicho, sus inquietudes y las competencias sectoriales.

En este sentido la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, según su Exposición de Motivos¹⁴⁷, tiene como objetivos primordiales los siguientes:

- Declara que el proceso de planificación no puede hacerse aisladamente, sin considerar como principal referencia al medio ambiente.
- Regula los criterios de coordinación de los planes hidrológicos de cuenca, la resolución de las diferentes alternativas que estos ofrecen, y las modificaciones que se prevean en la planificación del recurso, es decir fija los elementos básicos de coordinación de los planes hidrológicos de cuenca.
- Regula las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes de cuenca. Considerando que son el eje central de la Ley, y como importante instrumento vertebrador pero no el único para resolver el problema de escasez de agua en algunas comunidades. Por supuesto no es el momento oportuno para tratar los trasvases, estudio que resulta interesante por las manifestaciones que a favor y en contra se han producido.
- Por último, pretende garantizar un uso racional y sostenible de los recursos hidráulicos, haciendo mención especial a la gestión eficaz de las aguas para abastecimiento, la regulación de las reservas hidrológicas por motivos ambientales, la gestión de las sequías y regulación de las zonas inundables, protección de las aguas subterráneas y conservación de humedales y actuaciones de sensibilización, formación y educación en el uso sostenible del agua.

Además, España al formar parte de la Comunidad Europea, debe insertar dentro de su política hidráulica, las normas de ésta. La Comunidad Europea propone a sus Estados miembros que, en la elaboración de la política hidráulica, se procure la protección del medio ambiente y la prevención y control de la contaminación. Por cierto que, estos objetivos parecen más enfocados a una política de medio ambiente que a objetivos de política hidráulica, tal como lo refiere DELGADO PIQUERAS Francisco, cuando critica la Directiva Marco del Agua, calificándola de pieza de la política ambiental¹⁴⁸.

En cuanto a Venezuela, el encargado de la elaboración de la política hidráulica es el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales¹⁴⁹. Así podemos mencionar dentro de sus atribuciones: la regulación, formulación y seguimiento de las políticas ambientales del Estado; la planificación, coordinación y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional para el fomento y mejoramiento de la calidad de

147 Ley 10/2001, de 5 de julio, *del Plan Hidrológico Nacional*. BOE núm. 184, de 2 de agosto.

148 V. DELGADO PIQUERAS Francisco. La Planificación Hidrológica en la Directiva Marco Comunitaria del Agua. En: PÉREZ PÉREZ Emilio Coordinador). *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*. Editado por Fundación Instituto Euromediterráneo de Hidrotecnia. Consejo de Europa. Madrid, España: 2003. Pág. 72

149 Artículo 18 V. Presidencia de la República. Decreto No. 2083, de la Organización y funcionamiento de la administración pública Central. Gaceta Oficial No. 37.562, de 04 de noviembre de 2002.

vida, del ambiente y de los recursos naturales; el diseño e implementación de las políticas educativas ambientales; la planificación y ordenación del territorio; la administración y gestión en cuencas hidrográficas; la conservación, defensa, manejo, restauración, aprovechamiento, uso racional y sostenible de los recursos naturales y de la biodiversidad; la generación y actualización de la cartografía y del catastro nacional; la evaluación, vigilancia y control de las actividades que se ejecuten en todo el territorio nacional, en especial en las áreas urbanas y marino-costeras, capaces de degradar el ambiente; la operación, mantenimiento y saneamiento de las obras de aprovechamiento de los recursos hídricos, entre otras que corresponden a otros recursos naturales.

Además por otras leyes como por ejemplo la Ley Forestal de Suelos y Aguas en sus artículos 22 y 23, se observa la obligación que tiene el Ejecutivo Nacional de proteger y conservar las cuencas hidrográficas. La Ley Orgánica del Ambiente, plantea que la Nación debe procurar mejorar el ambiente, entendiendo por *mejoramiento del ambiente*, entre otras cosas, el aprovechamiento racional de las aguas, mediante la protección conservación y mejoramiento de las cuencas hidrográficas.

En virtud de estas atribuciones, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables ha propuesto como estrategias para lograr el desarrollo sustentable:¹⁵⁰

1. Conservar y manejar las cuencas hidrográficas y el recurso hídrico para garantizar su calidad y disponibilidad.
2. Optimizar el saneamiento ambiental y el control de la contaminación.
3. Propiciar una ocupación racional del territorio dirigida hacia la búsqueda de una distribución espacial de actividades que satisfagan elementos del desarrollo y contribuya a alcanzar equilibrios dinámicos entre los factores económicos, sociales, ambientales y políticos.
4. Desarrollar actividades para la calidad ambiental del territorio nacional de acuerdo con las condiciones particulares de cada región, haciendo énfasis en las áreas críticas.
5. Promover la participación de los actores del desarrollo nacional en la gestión ambiental.
6. Propiciar la conservación del ambiente y de los recursos naturales y promover su uso sustentable como instrumento del desarrollo.
7. Garantizar la incorporación del componente ambiental como elemento integrante del desarrollo.
8. Promover lineamientos de política ambiental internacional de acuerdo con las necesidades de desarrollo nacional.
9. Conocer, conservar y valorar la diversidad biológica a fin de garantizar su aprovechamiento sustentable.

De esas estrategias mencionadas, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales ha definido como políticas referidas a la administración del agua, en un todo de acuerdo con los objetivos del establecidos en el Capítulo XVIII de Agenda 21, y con los planteamientos del Plan de Acción convenidos en la Conferencia de San José (junio de 1996) y en la Conferencia de París (marzo 1998)¹⁵¹, las siguientes políticas:

- El desarrollo de nuevas capacidades institucionales: regulación del recurso, gestión de cuencas, descentralización y transferencias al sector privado;

150 MARN. Dirección General de Cuencas Hidráulicas. *Segundo proceso de examen del Informe presentado sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación y Sequía*. Caracas, Venezuela: Abril de 2002. Documento obtenido en Internet: <http://www.unccd.int/cop/reports/lac/national/2002/venezuela-spa.pdf>. Pág. 40.

151 Pactos y documentos citados por MARN. Administración integrada de los recursos hidráulicos en Venezuela. En: Organización de las Naciones Unidas. Pág. 11.

- La movilización de recursos financieros: desarrollo de opciones que atraigan capitales locales, subregionales e internacionales y que permitan ampliar las fuentes tradicionales de financiamiento del sector, que son asignación de fondos públicos y utilización de créditos multilaterales o bilaterales;
- El desarrollo del marco legal que establezca las competencias entre los distintos niveles territoriales de gobierno;
- La ejecución de obras públicas ambientales, de manera que los organismos prestadores de servicios se concentren en la formulación de proyectos, la recuperación de las inversiones y en la prestación eficiente del servicio;
- El fomento de la participación de la comunidad en la gestión del agua. La definición de los mecanismos de regulación para el aprovechamiento racional del agua;
- La ejecución de evaluaciones ambientales y la consecuente aplicación de planes de supervisión ambiental en todos los proyectos de aprovechamiento de recursos hidráulicos o prestación de servicios vinculados al agua;
- La definición, promoción e instrumentación de mecanismos que faciliten la gestión sectorial del recurso¹⁵².

1.7 A manera de conclusiones

Ya finalizado el capítulo, se hace indispensable hacer énfasis en los siguientes aspectos:

- España y Venezuela tienen un origen común en cuanto al tratamiento jurídico del agua y su consagración como un bien de uso público y calificación de las aguas dentro del dominio público hidráulico.
- Venezuela por intermedio del Código Civil italiano y del Código Civil francés de 1804, abandona ese origen y comienza un proceso de liberalización y por ende de propiedad privada del agua (dominio privado de manantiales, aguas subterráneas, arroyos y lechos de ríos no navegables; incluso permite la apropiación de ríos del dominio público por el propietario del fundo, donde este nace).
- Mientras España desde 1985 impide toda posibilidad de apropiación privada del agua, respetando únicamente algunos aprovechamientos privados existentes o permitidos por normas jurídicas anteriores (Ley de Aguas de 1879 y la Ley de Aguas de 1985), con el objetivo de facilitar el proceso de transición al nuevo régimen.
- El uso del agua en España necesita de una autorización o concesión por parte del organismo de cuenca con competencias sobre la cuenca hidrográfica, mientras que Venezuela a pesar de existir un principio similar, en la práctica se observa que es la excepción.
- Ambas legislaciones prevén limitaciones al aprovechamiento del agua, como consecuencia de favorecer los intereses generales o colectivos (agua para abastecimiento poblacional o el uso del agua para desarrollo de la agricultura y ganadería).
- Permiten la constitución de servidumbres con motivo del uso del agua, entre las que destacan la servidumbre de desagüe y la servidumbre de acueducto. Para ambas legislaciones, ésta última es legal y forzosa. En España es impuesta por el organismo de cuenca, mientras que en Venezuela debe declararla la justicia ordinaria, si no se logra acuerdo entre los propietarios de los fundos.
- A través de la promulgación del texto constitucional de 1999, Venezuela declara del dominio público a todas las aguas, pero el panorama en cuanto a su aplicación inmediata no está del todo claro.

152 Venezuela, MARN. Proyecto de Actualización de la Política Ambiental Venezolana. Caracas: 1997, citado por MARN. Administración integrada de los recursos hidráulicos en Venezuela. En: Organización de las Naciones Unidas. Pág. 10-11.

- Los dos ordenamientos jurídicos reconocen el principio de gestión integral del agua a través de cuencas hidrográficas. España ha creado los organismos de cuenca para encargarnos de su administración; mientras que Venezuela, se encuentra aún en ese proceso y la gestión de las cuencas está dirigida directamente por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, a través de la Dirección General de Cuencas Hidrográficas. Al mismo tiempo ha separado algunas partes de la administración como por ejemplo, la conservación y protección de cuencas específicas como el Instituto para la Conservación del Lago de Maracaibo (ICLAM), y la creación de empresas estatales (con capital de la Nación y de los Estados), para la realización de ciertas obras.
- El rol del Estado como ente articulador y director del proceso de gestión del agua; la protección y conservación del ambiente; aprovechamiento integral de las cuencas hidrográficas; vinculación entre ordenación del territorio y planificación hidrológica; valor del agua y la incorporación de los distintos entes y usuarios en la gestión del agua, son principios reconocidos por ambas legislaciones.
- La Planificación juega un papel fundamental para la aplicación y puesta en marcha de las políticas hidráulicas. España, contempla entre sus políticas de agua: la administración integral, la conservación y protección del ambiente y la lucha contra la sequía. Venezuela comprometida con esas mismas políticas, las ha declarado incluso en ámbitos internacionales como por ejemplo en la Agenda 21 o la Convención de San José.