

EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS EN VENEZUELA. EFECTOS DE SU DECLARATORIA GENERAL Y CONSTITUCIO- NAL COMO BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO*

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Professor, Columbia Law School (2006)

I. EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS AGUAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999 COMO BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

El artículo 304 de la Constitución dispone que “todas las aguas son bienes del dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo”¹, encomendando al Legislador el establecimiento de “las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio”.

Esta declaración general de todas las aguas como del dominio público², sin du-

* Ponencia preparada para el *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 7 de junio de 2006.

¹ Esto lo había resumido en una frase, con la finura del poeta, Carlos Augusto León, al señalar que en una gota de agua “está casi toda la vida”, V. *En una nota de agua*, Caracas, 1975.

² Se incorporó a la Constitución, en esta forma, el principio que se había definido y propuesto en los estudios de la Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos en los años setenta, y en el proyecto de Ley de Agua elaborado en la misma época. Véase Allan R. Brewer-Carías, “La declaratoria de todas las aguas como del dominio público en el derecho venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, N° 3-4, XXIII, Montevideo, 1975, pp. 157 a 167. Además, véase Allan R. Brewer-Carías *Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos Naturales Renovables*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, pp. 45 a 91 y 147 a 154. Para la elaboración de este trabajo hemos partido de lo que en su momento expusimos en dichas páginas, debidamente actualizadas.

da, es de suma importancia, pues con ello se modificó sustancialmente el régimen anterior que conforme al Código Civil distinguía entre aguas del dominio público y aguas susceptibles de propiedad privada. Sin embargo, en la práctica y en sus efectos jurídicos esta “nacionalización” de las aguas es más uno de aquellos molinos de viento convertido en “gigante desaforado”, como los vio el Quijote³, que una realidad.

En el Código, en efecto, sólo había una declaratoria general de que los ríos, lagos y demás bienes semejantes son del dominio público, permitiendo tanto la existencia de aguas de propiedad privada como la apropiabilidad *ex lege* de aguas públicas. Con la Constitución de 1999, por tanto, se inicia la reforma del régimen de las aguas en Venezuela, la cual sin embargo, se había venido planteando desde hacía varias décadas⁴.

Debe señalarse, además, en materia de aguas, la Constitución reservó en forma exclusiva al Poder Nacional (federal) la competencia en materia de conservación, fomento y aprovechamiento de “los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país”⁵ (art. 156,16); y de políticas *nacionales* y legislación en materia de am-

³ En su grito de lucha el Quijote dijo: “Treinta o pocos más desaforados gigantes con quienes pienso hacer batalla... no fuyades, cobardes y viles criaturas, que un solo caballero es el que os acomete”. Miguel de Cervantes, *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, (Comentado por Diego Clemencia), Madrid, 1833, Parte I, Tomo I, pp. 171 y 172.

⁴ La reforma del régimen de las aguas en nuestro país, no ha sido una tarea improvisada, y el Proyecto de Ley de Aguas elaborado en la Comisión del Plan Nacional para el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, no fue producto del apresuramiento. Desde 1967, en un trabajo conjunto entre el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y Coplanarh, se elaboraron las “Bases para un estudio sobre el régimen legal de las aguas en Venezuela”, y como resultado de ello, se publicaron siete volúmenes de estudios relativos a dicho régimen, como antecedentes al Proyecto de Ley de Aguas. Véase Instituto de Derecho Público y Coplanarh: *Bases para un Estudio sobre el Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*, Primera Parte, *Evolución Histórica*, (Publicación N° 11), 166 pp., sep. 1969; Segunda Parte, *Antecedentes Legislativos* (Publicación N° 13), 747 pp., dic. 1969; Tercera Parte, *Ordenación Sistemática de la Legislación Vigente*, Vol. I y Vol. II (Publicación N° 23), 666 pp., oct. 1970; Cuarta Parte, *Doctrina Administrativa y Jurisprudencia*, (Publicación N° 24), 178 pp., oct. 1970; Quinta Parte, *La Aplicación del Régimen Legal: Usos, costumbres, prácticas administrativas*, (Publicación N° 25), 114 pp., abril 1975; y Sexta Parte, *Bibliografía sobre Aspectos Jurídicos* (Publicación N° 26), 180 pp., nov. 1970.

⁵ Véase *Ley Forestal, de Suelos y Aguas*, 30-12-65. (G.O. Extra. N° 1.004 de 26-01-1966); *Ley de Abonos y demás Agentes Susceptibles de Operar una Acción Beneficiosa en Plantas, Animales, Suelos o Aguas* de 15-07-1964. (G.O. N° 27.498 de 23-07-1964); *Ley de Vigilancia para impedir la Contaminación de las Aguas por el Petróleo*, (G.O. N° 19.426 de 25-11-1937);

biente⁶, aguas⁷, y ordenación del territorio⁸; lo que sin embargo no excluye la posibilidad de políticas estatales y municipales en la materia (Art. 156,23)

En cuanto a los Municipios, en materias relacionadas con las aguas el artículo 178,6 de la Constitución les atribuyó competencia en materia de dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, en particular, los servicios de agua potable, alcantarillado, canalización y disposición de aguas servidas.

Ahora bien, uno de los postulados más importantes del artículo 304 de la Constitución, además de la declaratoria general del dominio público de todas las aguas, y del reconocimiento de la importancia del agua para la vida, es la incorporación en la Constitución de un principio cardinal en materia de aguas, y es el de la unidad del ciclo hidrológico.

El agua toda en efecto, es una, de manera que sea cual fuere se procedencia, el estado en que se encuentre: sólido, líquido o gaseoso, o su ubicación, está en íntima relación e interacción. La precipitación, el escurrimiento, la infiltración, la evaporación y la evapotranspiración conforman una realidad que el ordenamiento jurídico no puede ignorar⁹, y que ahora recoge la Constitución.

Este principio constitucional conlleva tres consecuencias centrales: la necesidad de una autoridad única de las aguas, que debe consolidarse en el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables; y la necesidad de que jurídicamente no se diferencien las aguas según su estado: superficiales, subterráneas, aptas o no para la navegación, dulces, salobres, saladas o mineralizadas, como tampoco las aguas termales y la de los manantiales; y la necesidad de que haya un único régimen de aprovechamiento, protección y control.

Ley Aprobatoria del Protocolo de 1992 que Enmienda el Convenio Internacional Sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos, de 1969 (G.O. N° 36.457 de 20-05-1998); Ley Aprobatoria del Convenio sobre Responsabilidad y daños por contaminación de Hidrocarburos (G.O. N° 4.340 de 28-11-1991).

⁶ Véase *Ley Orgánica del Ambiente*, (G.O. N° 31.004 de 16-06-1976); *Ley de Diversidad Biológica*, G.O. N° 5.468 Extraordinario de 24-05-2000.

⁷ Véase *Ley Forestal, de Suelos y Aguas*, 30-12-65. (G.O. N° Extra. 1.004 de 26-01-1966); *Ley de Abonos y demás agentes susceptibles de operar una Acción Beneficiosa en Plantas, Animales, Suelos o Aguas* de 15-07-1964. (G.O. N° 27.498 de 23-07-1964); *Ley de Vigilancia para impedir la Contaminación de las Aguas por el Petróleo*, (G.O. N° 19.426 de 25-11-1937).

⁸ *Ley Orgánica para la planificación y gestión de la ordenación del territorio*. (G.O. N° 38279 de 23-09-2005); *Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional*, G.O. N° 37.002 de 28-07-2000.

⁹ Como el mismo Carlos Augusto León lo ha resumido: “Una gota de agua que sube hasta las nubes y que vuelve a la tierra”, *op. cit.*, p. IX.

La base para ello está, en todo caso, con la declaratoria de las aguas como del dominio público, o en otras palabras, con la declaratoria de todas las aguas como bienes que pertenecen a la Nación (ni siquiera del Estado), se está precisando que las mismas, al ser de todos, no son susceptibles de propiedad privada¹⁰; que por tanto, están fuera del comercio, porque están afectadas al uso público, de todos, de la comunidad; y que, en consecuencia, son inalienables, imprescriptibles, inembargables, y de aprovechamiento regulado y controlado.

Por supuesto, hablar de declaratoria general de las aguas como del dominio público exige señalar, para disipar dudas, que los bienes del dominio público no constituyen, en sentido estricto, una “propiedad” del Estado. Como lo ha dicho la antigua Corte Suprema de Justicia:

“Tal dominio público está caracterizado por el uso público a que están destinados dichos bienes, por lo que el Estado (personificación de la Nación) no puede distraer dichos bienes de ese uso público, como pudiera hacerlo con los bienes de su dominio privado. Por lo tanto -concluye la Corte-, el Estado, atendiendo a ese dominio público, no puede pretender sobre los mencionados bienes, el derecho de propiedad que con todos sus atributos consagra el Derecho Civil sobre las cosas sujetas a la propiedad privada”.¹¹

Con base en ello, la misma Corte Suprema ha puntualizado que si algo caracteriza a los bienes del dominio público es que su “uso y disfrute deben, en principio, ser mantenidos al alcance de todos los individuos que integran la colectividad”.¹²

Por tanto, el sentido de una declaratoria general de las aguas como bienes del dominio público, de uso público, que trae la Constitución, y sin entrar a la dis-

¹⁰ Véase la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 17-2-70 en *Gaceta Oficial*, N° 29.180, de 2-4-70, pp. 217-953. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, Caracas 1976, Tomo II, p. 513.

¹¹ Véase la Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal de 8-2-38 en *Memoria 1939*, pp. 431 a 435. Véase también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, cit., Tomo II, p. 519.

¹² Véase la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 19-10-64 en *Gaceta Forense*, N° 46, pp. 28 a 32. F. también en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, cit., Tomo II, p. 527.

cusión, por demás bizantina, sobre la naturaleza del dominio público como derecho de propiedad, es el de situar a las aguas fuera del ámbito de los bienes susceptibles de propiedad privada, mediante su afectación legal al uso público; y no el de atribuir al Estado una propiedad sobre las aguas en el sentido civilista. Esta declaratoria de las aguas como del dominio público, se insiste, no representa un simple cambio de titularidad de la propiedad de determinados bienes de los particulares en favor del Estado, sino la afectación al uso público de las aguas, para asegurar que su explotación y aprovechamiento esté dirigido primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos.

Como lo dijo hace años Sebastián Martín Retortillo, esa declaratoria general de las aguas como del dominio público es “la única forma que, de modo absoluto, otorga al Estado título suficiente y bastante para intervenir de modo eficaz en su explotación”.¹³ . Por lo demás, en cuanto a los derechos particulares que pueda afectar, en realidad como veremos, o tal afectación está dentro de las atribuciones normales de la Administración, como podrían ser las regularizaciones del uso de las aguas que ya son del dominio público; o no son tales afectaciones, pues aun cuando se hayan declarado como del dominio público aguas que venían siendo de propiedad privada, se puede prever en la legislación, la consolidación de los aprovechamientos que se venían realizando, sea mediante la identificación de nuevos usos individualizados, sea mediante la conversión automática de derechos dominicales en derechos de uso y aprovechamiento.

Ahora bien, frente a la declaratoria constitucional de todas las aguas como bienes del dominio público, antes de analizar sus consecuencias e implicaciones, estimamos necesario precisar los rasgos generales del régimen que estaba vigente hasta el 30 de diciembre de 1999, relativo a la titularidad de las aguas, y que ha quedado tácitamente derogado por la Constitución.

II. LOS RASGOS GENERALES DEL RÉGIMEN PRE-CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS HASTA 1999

1. *La evolución del régimen de las aguas en Venezuela*

El Código Civil, en efecto, distingue dos tipos de aguas sometidas a distintos regímenes jurídicos: por una parte, aguas que son del dominio público; y por la otra, utilizando la expresión de la Corte Suprema, “aguas corrientes que pueden no ser del dominio público y por ende susceptibles del dominio privado”.¹⁴

¹³ Véase S. Martín Retortillo, “Sobre la reforma de la Ley de Aguas”, en su libro, *Aguas Públicas y Obras Hidráulicas*, Madrid, 1966, p. 194.

¹⁴ Véase la Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación de 8-2-38 en *Memoria*

Del análisis del Código Civil, por tanto, no había dudas en considerar que había tanto aguas públicas como aguas de propiedad privada.

Sin embargo, esta situación jurídica de dualidad de dominio, no siempre fue así.

Hasta el inicio de la legislación civil republicana, conforme al derecho español que nos rigió, las aguas eran del dominio público, lo que resulta de la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, en las que se ordenaba que “los montes, pastos y aguas de los lugares y montes contenidos en las mercedes que estuvieren hechas, o hiciéramos de señoríos en las Indias, deben ser comunes a los españoles e indios”.¹⁵

Nuestro primer y único tratadista sobre el régimen jurídico de las aguas en Venezuela, Francisco Meaño concluye, por otra parte que “está, pues, fuera de duda, que en las Partidas se estableció la comunidad de los cursos de agua. Pero una comunidad sólo en el uso: las leyes que lo reglamentan hablan siempre de uso, nunca de señorío, ni de propiedad” y así mismo agrega, “los Reyes de España recabaron para ellos el dominio sobre las aguas, montes y pastos, por lo cual venían a constituirse en realengos”.¹⁶

Esta dominialidad pública sobre las aguas fue recogida en nuestro primer Código Civil de 1862, que estableció sólo el carácter de los lagos y ríos como del dominio público, sin prever posibilidad alguna de propiedad privada sobre las aguas. Sin embargo, por el propio Código Civil de 1862, desapareció aquella vocación de todos al uso común,¹⁷ al preverse derechos de propietarios a usar prioritariamente las aguas del dominio público.

En los Códigos Civiles posteriores hasta el vigente, se ha conservado la enumeración de los lagos y ríos como aguas del dominio público, pero a partir del propio Código de 1867¹⁸ se comenzó a cambiar el régimen del derecho español

1939, pp. 431 a 435. Véase también en Allan-R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, cit., Tomo II, p. 519.

¹⁵ Véase la referencia en Pedro Pablo Azpúrua y otros, *Criterios y Principios para un reordenamiento jurídico de las aguas*, Coplanarh, Caracas, 1974, p. 6.

¹⁶ Véase Francisco Meaño, *Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*, Madrid, 1957, p. 10. Cfr., E. Arcila Farías, *Historia de la ingeniería en Venezuela*, Caracas, 1961, Tomo I, p. 212.

¹⁷ Véase Francisco Meaño, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸ El artículo 343, ord. 39, al enumerar los bienes de propiedad pública dice: “Los ríos, aunque no sean navegables, sus álveos y toda agua que corra perennemente dentro del territorio nacional, con las limitaciones contenidas en la Sección 3ª, Título V. de este libro”. Cfr. Alfonso Mejía, “El Régimen Administrativo y Civil de las Aguas corrientes en la Legislación Venezolana”, en *Revista de Derecho y Legislación*, Nos. 506-507, Ca-

antiguo, al reconocerse derechos adquiridos sobre las aguas, hasta llegar a prever la existencia de aguas de propiedad privada.¹⁹

En efecto, en el Código Civil de 1867 se incorporó a nuestra legislación el principio del viejo aforismo medioeval que señalaba que quien es dueño del suelo lo es hasta el cielo y hasta los infiernos.²⁰ Así se establece que la propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y la de todo lo que se encuentra encima y debajo de la superficie.²¹ Este principio, cuyo origen no romano sino medioeval se sitúa en la defensa a los terratenientes de la pretensión de los señores feudales a disfrutar de las riquezas mineras, que se querían incluir dentro de las regalías,²² abrió el paso en nuestro país para que se consolidara una propiedad privada de las aguas superficiales y de las aguas subterráneas. La norma, sin embargo, provocó una antinomia en cuanto al subsuelo: las minas eran del dominio público, al igual que las aguas, en el derecho español antiguo; pero las minas, en Venezuela, tuvieron algo de que carecieron las aguas: el célebre Decreto dictado por el Libertador Simón Bolívar en Quito el 24 de octubre de 1829, mediante el cual dispuso que “las minas de cualesquiera clase, corresponden a la República”.²³ Por ello, la antinomia fue salvada en el Código Civil de 1896 al agregarle al artículo 460 la expresión: “salvo lo dispuesto en las Leyes de Minas”, con lo cual se armonizó el régimen de la propiedad del Código Civil con el principio del dominio público de las minas, lo que se ha extendido también en la Constitución de 1999 en relación con los “yacimientos mineros y de hidrocarburos” (art. 12).

Lamentablemente, sin embargo, en Venezuela ni tuvimos para las aguas un Decreto del Libertador similar al de Minas, ni tuvimos legislación de aguas. Sólo fue en el Código de 1942 que la salvedad respecto de la Ley de Minas se extendió a lo dispuesto en las leyes especiales, con lo cual se abrió la posibili-

racas, 1953, p. 187.

¹⁹ A. Mejía sostenía que “el principio de este Código es que todas las aguas corrientes son públicas, y las limitaciones se refieren a los derechos adquiridos sobre las mismas por título o prescripción”, *loc. cit.*, p. 193.

²⁰ *Cutus est solum eius est usque ad sidera (aut ad coelum), usque ad inferos*. Cfr. Alejandro Nieto, “Aguas subterráneas: Subsuelo árido y subsuelo hídrico”, en *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario (Régimen de las aguas)*, Tenerife, 1968, p. 56.

²¹ Véase Arts. 354 del CC 1867; 448 del CC 1873; 453 del CC 1880; 460 del CC 1896; 466 del CC 1906; 527 del CC 1916; del CC 1922; y 549 del CC vigente (1942).

²² Véase Alejandro Nieto, “Aguas Subterráneas...”, *loc. cit.*, p. 56, quien cita a Peter Liver, “*Usque ad sidera, usque ad inferos*”, en *Mélanges Philippe Meylan*, vol. II, Lausanne, 1963, pp. 182 y ss.

²³ Art. 1º, en R. González Miranda, *Estudios acerca del régimen legal del Petróleo en Venezuela*, Caracas, 1958, p. 50.

dad que en la Ley especial de aguas pudiera excluir la apropiabilidad privada de las aguas subterráneas, lo que sin embargo nunca ocurrió. De esa ausencia normativa, derivó la propiedad privada de las aguas que se extendió a los manantiales, a ciertas aguas corrientes (arroyos), a las aguas pluviales y a las aguas subterráneas.

En efecto, el Código Civil de 1867, además de abandonar la declaratoria general de todas las aguas como del dominio público²⁴ estableció la propiedad de los manantiales como consecuencia de la propiedad del suelo; y en el mismo Código Civil se regularon ciertas aguas corrientes, fuera del dominio público y por tanto susceptibles de propiedad privada.²⁵ Por otra parte, a partir del Código de 1916, se consolidó, respecto de las aguas que permanecían como del dominio público, la apropiabilidad más o menos libre del agua de los ríos.²⁶

A partir de 1921 se establecieron, además, en Venezuela, las primeras normas especiales sobre las aguas contenidas en la Ley de Montes y Aguas del 27 de junio de dicho año, con la que se consolidó la propiedad privada de las aguas: en cuanto a los manantiales la misma ratificó el principio de que seguían la condición del fundo donde nacían (art. 4); y fue excesivamente conservadora respecto a los derechos adquiridos en las tomas de aguas de los ríos (art. 4) En especial dicha Ley declaró expresamente que eran “aguas de propiedad particular” las desviadas por canales privados, de los ríos del dominio público; las de manantiales, pozos y ojos de aguas surgidos en terrenos de propiedad particular; y las lagunetas, estanques, aljibes y demás receptáculos naturales o artificiales de aguas pluviales en terrenos de propiedad particular (art. 6).

Además, se consagró el derecho de todo propietario para abrir libremente pozos, dándosele a éste, derecho sobre las aguas subterráneas, el cual no se perdía “aunque llegadas a la superficie se derramaran, saliendo del terreno de dicho propietario, cualquiera que sea la dirección en que corran o sigan” (arts. 72 y 73). Este derecho se consagró en un capítulo cuyo título era: “De las aguas de propiedad privada”.

En el Código Civil de 1916 y en la Ley de Montes y Aguas de 1921 se con-

²⁴ Cfr. F. Meaño, *op. cit.*, p. 40 y A. Mejía, *loc. cit.*, pp. 192 y 193.

²⁵ Cfr. F. Meaño, *op. cit.*, pp. 42 y 106; A. Mejía, *loc. cit.*, p. 203.

²⁶ Art. 527 del CC 1,916: art. 527 del CC 1922 y art. 549 del CC vigente (1942). En la oportunidad de debatirse el régimen de las aguas en el Código Civil de 1916, el diputado Agustín Aguilera expresó que “Los indios sostenían 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” y concluía su exposición en que “las aguas son de todos”. Véase en E. Arcila Farías, *Historia de la Ingeniería en Venezuela, cit.*, 1961, Tomo I, pp. 211-212.

solidó en Venezuela un régimen jurídico de las aguas radicalmente distinto al que rigió al inicio de la República, y que no sólo permitía la propiedad privada de ciertas aguas, sino que consagraba derechos adquiridos de apropiación de aguas del dominio público. De un régimen de domanialidad pública se había pasado al otro extremo de la gama reguladora.

Las disposiciones del Código Civil con posterioridad al de 1916 puede decirse que permanecieron más o menos inalteradas. En cuanto a la regulación de las aguas en la ley especial, las normas de la ley de 1921 sólo fueron modificadas en la Ley Forestal y de Aguas de 1942. En ella se eliminó la enumeración de las aguas de propiedad privada que repitieron las leyes de 1924, 1931 y 1936, pero se conservó la expresión “aguas de propiedad privada” respecto a las aguas subterráneas (art. 103). La Ley Forestal, de Suelos y Aguas, de 1955, aun cuando conservó la misma norma que permitía al propietario la apertura libre de pozos para el aprovechamiento de las aguas subterráneas, que se repitió en la aún vigente Ley de 1965, sin embargo eliminó el capítulo que las calificaba como “aguas de propiedad privada”.

Ahora bien, como resultado de esta evolución, hasta el 30 de diciembre de 1999, las aguas, como bienes inmuebles,²⁷ se clasificaban en aguas del dominio público y aguas de propiedad privada. A continuación analizaremos brevemente, el ámbito y regulación de las mismas.

2. *Las aguas del dominio público*

A. Principio

En cuanto a las aguas del dominio público, el Código Civil señala que estas son los lagos, los ríos y demás bienes semejantes (art. 539), sin hacer distinción alguna sobre si se trata de ríos navegables o no navegables.²⁸ Todos los ríos son del dominio público, y sólo la navegabilidad de los mismos tenía efectos en la determinación de la propiedad de los lechos, conforme a una norma que se había incorporado en el Código Civil de 1919, conforma a la cual el cauce de los ríos no navegables pertenecía a los ribereños según una línea que se supone seguía por el medio del curso del agua (art. 539).²⁹

²⁷ Según el art. 527 del CC, las lagunas, estanques, manantiales, aljibes y las aguas corrientes son bienes inmuebles por naturaleza.

²⁸ Véase A. G. Spota, *Tratado de Derecho de Aguas*, Buenos Aires, 1941 Tomo I, p. 1.051.

²⁹ Cfr. Meaño, *op. cit.*, p. 79. Esta norma, según A. Mejía, entraña un retroceso legislativo, y se apartó de la más autorizada doctrina italiana para la época, de los precedentes del Código Civil italiano y de los principios de las antiguas leyes españolas, *loc. cit.*, pp. 194 y 195. En el Art. 569 del CC se encuentran referencias a la apropiación de cauces

Las aguas del dominio público, por ser de uso público, admiten por supuesto el uso común, de todos, para las necesidades de la vida, sometido a las normas de policía administrativa. Todo otro aprovechamiento exclusivo e individualizado debe ser objeto de concesión administrativa, siendo ésta la elemental consecuencia del carácter público de las aguas.

Sin embargo, el Código Civil y las regulaciones de la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, siguiendo la orientación de las regulaciones de 1916 y 1921, respectivamente, consagraron un derecho preferente a la apropiabilidad de las aguas de los ríos, es decir, a la apropiabilidad de las aguas del dominio público, lo cual, técnicamente, era contradictorio con el régimen del dominio público. Este, por ser los bienes de uso público, no admite derechos adquiridos al uso o aprovechamiento de los mismos, salvo por la vía de la concesión. Sin embargo, la Ley Forestal de Suelos y Aguas llegó al extremo de establecer que “en toda concesión de aguas del dominio público se hará constar que se dejan a salvo los derechos adquiridos por terceros” (art. 90); y en el Código Civil que ellas se otorgaban “sin lesionar los derechos anteriores adquiridos legítimamente” (art. 682).

En realidad, la forma legítima de adquisición del derecho al uso de aguas del dominio público debería haber sido la concesión; sin embargo, esos derechos adquiridos, a que se refería el Legislador, tenían su origen en la propia Ley, la cual consagraba tres supuestos de derechos al uso y aprovechamiento de las aguas del dominio público.

B. Derechos a la apropiabilidad de las aguas del dominio público

a. *La apropiación de las aguas del dominio público con fines agrícolas e industriales*

El primero de ellos, consagrado en el Código Civil, otorga al “propietario de un fundo” “derecho a sacar de los ríos y conducir a su predio, el agua necesaria para sus procedimientos agrícolas e industriales, abriendo al efecto el rasgo correspondiente” (art. 653), derecho que, inclusive, no podía ser perjudicado por una concesión administrativa conforme al artículo 90 de la ley Forestal, de Suelos y Aguas.

Este derecho generalmente se lo ha vinculado a la riberaneidad,³⁰ pero sin

abandonados, sean los ríos o no de carácter navegable; y en el art. 566 del CC, se permite la apropiación de islas que surjan en ríos no navegables por los dueños de las riberas. Las islas en ríos o lagos navegables, en cambio, son del dominio público (art. 565 del CC).

³⁰ Véase Henrique Meier, “De las aguas como bienes (Código Civil) a las aguas como

embargo, si se analiza el Código Civil con detenimiento, hay que concluir en que ese derecho no sólo lo tienen los ribereños. Si no fuera así, no tendrían sentido las propias normas del Código sobre el “derecho de pase y de acueducto”. Por ejemplo, cuando consagra que “todo propietario está obligado a dar paso por su fundo a las aguas de toda especie de que quiera servirse el que tenga, permanente o sólo temporalmente, derecho a ellas, para las necesidades de la vida o para usos agrícolas o industriales” (art. 666). Por tanto, el derecho no sólo lo tienen los ribereños, aun cuando estos tienen una situación particular que les facilita el ejercicio del derecho. Por ejemplo, así resulta del artículo 14 de la Ley de Minas que atribuye al beneficiario de derechos mineros el 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; y además, “el derecho a la expropiación o al establecimiento de servidumbres para el aprovechamiento y uso de las aguas del dominio privado en su actividad minera”.³¹

En el ejercicio de este derecho, su titular se encontraba doblemente limitado: por una parte, no podría ejercerlo, si la cantidad de agua de los ríos no lo permitía, sin perjuicio de los que tuvieran derechos preferentes (art. 653 CC.), y por la otra, no se podía usar el agua de los ríos de manera que se perjudicara la navegación, por lo que no se podía hacer en dichos aprovechamientos, obras que impidieran el paso de los barcos o balsas o el uso de otros medios de transporte fluvial (art. 654 CC.)³² En la primera limitación, el Código la regula sin perjuicio de los que tengan derechos preferentes; en la segunda, indica que no aprovecha la prescripción ni otro título.

Fuera de este derecho al uso de las aguas del dominio público, dice la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, y de que existan derechos adquiridos al aprovechamiento, todo otro desvío de las aguas de su cauce natural requiere de una concesión (art. 89). Sin embargo, es la misma Ley especial la que establece otro derecho al aprovechamiento de las aguas del dominio público.

b. *El aprovechamiento de las aguas de los ríos que nazcan en un fundo, mientras lo atraviesen*

En efecto, el segundo derecho al aprovechamiento de las aguas de los ríos co-

Recursos Naturales Renovables (Constitución Nacional, Leyes Especiales)”, en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, N° 20, 1974-1955, p. 303.

³¹ *Gaceta Oficial* N° 5.382 Extraordinario del 28-09-1999.

³² Además, artículo 190 del Reglamento de la LFSA.

responde al propietario de un fundo respecto de los ríos que nazcan en su propiedad mientras la atraviesan, quien no puede ser impedido de disponer de ellas, mientras no lesionen derechos de terceros o constituyan un peligro para la salud pública. Así lo regula la Ley Forestal de Suelos y Aguas, agregando que en estos casos, en perjuicio de este derecho tampoco pueden otorgarse concesiones administrativas de aprovechamiento de los ríos. (art. 90)

c. El aprovechamiento de los ríos como consecuencia de concesiones mineras

El tercero de los derechos que consagra el ordenamiento jurídico al aprovechamiento de las aguas del dominio público está vinculado al otorgamiento de otras concesiones administrativas. Como se ha visto, conforme al artículo 14 de la Ley de Minas, 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.

C. Apreciación general

En todos estos casos, de aprovechamiento de las aguas del dominio público, se permite a quienes tengan los referidos derechos a “establecer un barraje apoyado sobre los bordes, a condición de indemnizar y de hacer conservar las obras que preserven de todo peligro los fundos”. En todo caso, también, conforme al Código Civil, deberán “evitar todo perjuicio proveniente del estancamiento, rebosamiento o derivación de las aguas contra los fundos superiores o inferiores; y *si* dieren lugar a ellos, pagarán esos perjuicios y sufrirán las penas establecidas por los reglamentos de policía”.³³

El régimen del dominio público de las aguas que consagra nuestro ordenamiento jurídico es, pues, un régimen disminuido ya que su aprovechamiento específico y particular, en lugar de configurar la excepción y depender del otorgamiento de una concesión administrativa, por los derechos de aprovechamiento que consagra el Código Civil y las leyes especiales, se ha configurado en la regla. Respecto de los ríos, por tanto, no sólo existe el uso común para las necesidades de la vida en forma libre, como el de beber, bañarse, pescar o navegar, con las limitaciones de policía administrativa necesarias, sino que el ordenamiento jurídico ha mixtificado los usos individualizados y los ha convertido también en libres. La excepción se ha convertido, entonces, en la regla, y el dominio público se ha desnaturalizado.

³³ Además, artículo 190 del Reglamento de la LFSA.

4. *Las aguas de propiedad privada*

Pero paralelamente a la regulación de derechos de aprovechamiento y uso, relativamente libres, de las aguas del dominio público, el ordenamiento jurídico conforme a la evolución señalada, había establecido que determinadas aguas eran susceptibles de propiedad privada, lo que ha sido derogado tácitamente por la disposición constitucional que ahora las declara del dominio público. En todo caso, esta propiedad privada sobre las aguas se refería a los manantiales, a los arroyos y a las aguas pluviales; y también se extendía a las aguas subterráneas.

A. *La propiedad privada de los manantiales*

En cuanto a los manantiales, es decir, el agua que naturalmente brota de la tierra, el Código Civil establece que quien los tuviera en su predio podían “usar de él libremente” (art. 650 CC.).

Este derecho implicaba, por tanto que el propietario del fundo podía “servirse de las aguas libremente” e inclusive disponer de las mismas en favor de otros (art. 656 CC.).

Esta regulación, clásica en el derecho civil, tuvo su origen en la antigua regla del derecho romano según la cual “el agua viva es considerada porción del campo...”³⁴ y que, por ignorancia del principio de la unidad del ciclo hidrológico había conducido a estimar que los manantiales formaban parte integrante del fundo donde nacía. Por tanto, los manantiales seguían la condición jurídica del fundo en que surgían: si éste era un bien del dominio del Estado, aquellos serían del dominio público o privado del Estado;³⁵ si los fundos eran de propiedad privada, los manantiales serían de propiedad privada; todo lo cual ahora ha sido derogado.

Este derecho de propiedad sobre los manantiales, sin embargo, estaba sometido a limitaciones: en primer lugar, el derecho lo consagraba el Código Civil dejando a “salvo el derecho que hubiere adquirido el propietario del predio inferior, en virtud de un título o de la prescripción”.³⁶ Inclusive el título o la pres-

³⁴ *Porfio enim agri videtur aqua viva. Dig libr. XLIII, Tít, 24, Ley II, en B. Villegas Basabilbaso, Derecho Administrativo, Tomo IV, Buenos Aires, 1952, p. 563.*

³⁵ Por eso la vieja Ley de Montes y Aguas de 1921 establecía que “se considerarán del dominio público los manantiales, fuentes y ojos de agua que se encuentren en los montes baldíos” inalienables (Arts. 3º y 4º de la Ley).

³⁶ El Art. 650 del CC. establece: “La prescripción en este caso no se cumple sino por la posesión de 10 años, si hubiere título, o de 20, si no lo hubiere, contados estos lapsos desde el día en que el propietario del predio inferior haya hecho y terminado en el

cripción limitaban el derecho del propietario de las aguas a disponer de las mismas en favor de otros (art. 656 CC.), lo que incluso desvirtuaba el criterio tradicional de que la propiedad del manantial dependía de su ubicación en el fundo del propietario respectivo.³⁷

La segunda limitación al derecho de propiedad del manantial era que el propietario del mismo no podía “desviar su curso, cuando suministra a los habitantes de una población o caserío el agua que les es necesaria” (art. 651 cc.). Sin embargo, “si los habitantes no [habían] adquirido su uso o no lo [tenían] en virtud de la prescripción, el propietario [tenía] derecho a indemnización” (art. 651 CC.). Se consagraba así, una prioridad de uso para el abastecimiento de poblaciones, aun cuando se garantizaba al propietario su derecho a ser indemnizado.

La tercera limitación al derecho del propietario de un manantial implicaba que éste, después de haberse servido de ellas, no podía desviarlas de manera que se perdieran en perjuicio de los predios que pudieran aprovecharla.

La tercera limitación al derecho del propietario de un manantial era que éste, al servirse de sus aguas, no podía causar perjuicio ni a los predios inferiores ni superiores. En cuanto a los predios inferiores, como se dijo, el Código Civil establecía que el propietario, después de haberse servido de las aguas, no podía desviarlas de manera que se perdieran en perjuicio de aquellos predios que pudieran aprovecharla; y en cuanto a los predios superiores, a pesar de la confusa redacción del Código Civil, la limitación al derecho del propietario del manantial implicaba que éste, al usar el agua, no debía ocasionar rebosamiento u otro perjuicio a los dueños de los predios superiores (art. 656 CC.)³⁸.

B. *La propiedad de los arroyos*

Además de los manantiales, la legislación civil consagraba también la propiedad privada sobre los arroyos, en favor del propietario de un fundo que estuviera limitado o atravesado por este tipo de aguas corrientes, de curso natural, pero que según el Código Civil “no [eran] del dominio público”, y siempre que sobre los mismos no tuviera derecho algún tercero (art. 652 CC.). No precisaba, sin embargo, el Código Civil, cuándo se *estába* en presencia de un arroyo, es decir, cuándo un curso de agua corriente no era un río y por tanto, no era del dominio público.

El criterio de distinción generalmente estaba basado en la magnitud del

fundo superior obras visibles y permanentes, destinadas a facilitar la caída y curso de las aguas en su propio predio, y que hayan servido a este fin”. *Cfr.* Art. 656.

³⁷ Véase. H. Meier, *loc. cit.*, pp. 303 y 304.

³⁸ *Cfr.* F. Meaño, *op. cit.*, p. 148.

caudal,³⁹ menor en el arroyo, pero sin duda, era precisamente en este campo que cobraba todo su valor la apreciación de la Corte Suprema de que “para llegar el intérprete a fijar si determinadas aguas vivas, de curso natural, [eran] del dominio público o del dominio privado (es decir, [eran] ríos o arroyos) ha menester que entre a examinar ciertas circunstancias de hecho que caracterizarían su naturaleza”.⁴⁰

En todo caso, este derecho ahora derogado, ante todo, se otorgaba al ribereño,⁴¹ es decir, al propietario de un fundo limitado o atravesado por un arroyo; y se otorgaba sometido a limitaciones.

En primer lugar, en cuanto al destino del agua a utilizar: sólo podía destinarse para el riego de su propiedad o para el beneficio de su industria; en segundo lugar, se otorgaba el derecho con la condición de que se devolviera al curso ordinario lo que quedase del agua utilizada (art. 652 CC.); y en tercer lugar, el aprovechamiento no debía perjudicar ni a los fundos inferiores o superiores por causa de pérdida o rebosamiento, respectivamente 9arts. 652 y 681 CC.).⁴²

C. *La propiedad de las aguas pluviales*

En tercer lugar, además de la propiedad privada de los manantiales y de las aguas corrientes menores, es decir, de los arroyos, también podía sostenerse en el ordenamiento anterior a la Constitución de 1999, que existía la posibilidad de propiedad privada sobre las aguas pluviales, es decir, las que provenían de las lluvias, mientras conservaban tal carácter; de las que provenían naturalmente de

³⁹ Véase Miguel A. Marienhoff, *Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1939, pp. 276 a 278 *cit.*, por F. Meaño, *op. cit.*, p. 109. Cfr. A. Mejía, *loc. cit.*, p. 204; y A. Spota, *op. cit.*, p. 1.053.

⁴⁰ Véase sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal 8-2-38, en *Memoria 1939*, pp. 431 a 435. V. además en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo*, *cit.*, Tomo II, p. 519. Con la distinción entre aguas del dominio público (ríos) y aguas corrientes que no lo son (arroyos), con razón señala Spota que se ha creado un grave problema interpretativo, *op. cit.*, p. 1.053.

⁴¹ Esto lo confirma la Ley de Minas al establecer en su Art. 72, que “el uso de las aguas que no son del dominio público es sólo en beneficio de los con cesionarios ribereños”. Este derecho del ribereño lo califica Mejías como un derecho real *sui generis*, *loc. cit.*, p. 204.

⁴² El artículo 681 del CC. señala expresamente que los propietarios con este derecho “deberán también evitar todo perjuicio proveniente de la estagnación, rebosamiento o derivación de las aguas contra los fundos superiores o inferiores; y si dieran lugar a ellos, pagarán esos perjuicios y sufrirán las penas establecidas por los reglamentos de policía”.

fundos superiores; y de las que estaban estancadas natural o artificialmente.

La propiedad del suelo, hemos dicho, conforme al Código Civil, llevaba consigo la de todo cuanto se encontraba encima de la superficie (art. 549 CC.), por lo que, por accesión, las aguas pluviales pertenecían al propietario del fundo sobre el cual caían o se estancaban. Es más, el Código Civil obligaba al propietario a construir sus tejados de tal manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, pero no puede hacerlas caer en otro terreno de propiedad privada (art. 708 CC.).

Sin embargo, las aguas pluviales que naturalmente y sin obra del hombre corren de fundos superiores, son de obligatorio recibo por los fundos inferiores, y los dueños de éstos, no pueden hacer obras que impidan el correr de las aguas (art. 647 CC.).

En estos casos, los propietarios de los fundos superiores tenían la propiedad de las aguas pluviales mientras corrían por ellos, y en ningún caso podían hacer más gravosa la recepción por los fundos inferiores de dichas aguas (art. 647). Los propietarios de los fundos inferiores, al recibir las aguas pluviales, por su parte, adquirirían la propiedad de las mismas, mientras transcurrieran por ellos,

La propiedad de las aguas pluviales estancadas, sin embargo, no estaba expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico. El Código Civil, ciertamente, hace referencia a las lagunas, estanques y aljibes calificándolas como bienes inmuebles distintas de los lagos que eran los declarados como del bienes del dominio público (arts. 527 y 539 CC.), y la legislación especial contenida en la Ley de Montes y Aguas desde la de 1919 hasta la ley de 1936, había calificado expresamente a dichas lagunas, estanques y aljibes así como a “los demás receptáculos naturales o artificiales de aguas pluviales en terrenos de propiedad privada”, como aguas de propiedad particular (art. 4,2). Aun cuando dicha norma desapareció de la ley en 1942, ello no obsta, en todo caso, para que conforme a las otras normas señaladas, se estimase la posibilidad de propiedad privada de las aguas pluviales. En cuanto a la diferencia entre los lagos y las lagunas, estanques y aljibes, también se trataba de un problema de magnitud, y por tanto de una cuestión de hecho.

En todo caso, al igual que en todos los otros casos señalados anteriormente de propiedad privada de aguas, ahora derogados, la disposición de éstas estaba sometida a limitaciones: estas aguas no podía aprovecharse de manera tal que se perjudicase a los fundos inferiores o superiores, mediante desvíos o rebosamiento en perjuicio de aquellos (art. 656 CC.).

D. La cuestión de la propiedad de las aguas subterráneas

Hemos hecho referencia a las previsiones del ordenamiento jurídico sobre las

aguas del dominio público y sobre las aguas que antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 eran susceptibles de ser de propiedad privada. Entre ellas, debemos también hacer referencia a las aguas subterráneas, las cuales incluso presentaban algunos elementos peculiares.

En Venezuela, en efecto, desde siempre las minas e hidrocarburos han sido del dominio público, como ahora lo regula la Constitución de 1999 al referirse a los yacimientos mineros y los hidrocarburos. En esta forma, desde el derecho español antiguo y posteriormente con el Decreto del Libertador de 1829, las minas siempre fueron consideradas como del dominio público. La pretendida propiedad de lo que está por debajo del suelo que consagró el Código Civil en 1867 se armonizó con la legislación de minas a partir del Código de 1896 en la cual se dejó a salvo lo dispuesto en la Ley de Minas; y sólo fue en el Código Civil de 1942 que se amplió la salvedad a lo dispuesto en leyes especiales.

En esta forma el artículo 549 del Código Civil establece que “la propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y de todo cuanto se encuentra encima o debajo de ella, salvo lo dispuesto en las leyes especiales”. Las leyes especiales en materia de aguas, sin embargo, lejos de establecer una salvedad similar a la de la legislación minera, lo que hicieron fue consolidar una propiedad privada sobre las aguas subterráneas, ahora desaparecida con la Constitución de 1999.

En efecto, la Ley de Montes y Aguas de 1921 no sólo consagró el derecho de todo propietario a abrir libremente pozos para sacar agua dentro de sus fincas, sino que consagró indirectamente el derecho de propiedad sobre las aguas subterráneas al aclarar que “cuando se lograre el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o galerías o sondeos, el propietario no pierde el derecho de ellas, aunque llegadas a la superficie se derramen, saliendo del terreno de dicho propietario, cualquiera que sea la dirección en que corran o sigan, a menos que él las dejase abandonadas a su curso natural sin construir acueductos para recogerlas” 9arts. 72 y 73). Si este derecho perduraba después del alumbramiento de las aguas, la Ley, sin duda, partía de la presunción de que el derecho existía antes de que fuesen extraídas las aguas.

Esta norma fue eliminada en la Ley de 1942, y como consecuencia, en la vigente Ley Forestal, de Suelos y Aguas, de 1965, se establece el derecho de todo propietario a “abrir libremente pozos y construir zanjas o galerías dentro de sus fincas” 9art. 94).

Ahora bien, este derecho, ante todo conforme a la Ley es un derecho de “abrir libremente pozos”, es decir, en realidad es un derecho a perforar el suelo, por lo que en nuestro país, aún el régimen de las aguas subterráneas está ligado al régimen del suelo.

El propietario también tiene derecho a “construir zanjas o galerías”, lo que no es más que una ratificación de lo previsto en el Código Civil: “El propietario

-reza el artículo 554- puede hacer en su suelo o debajo de él toda construcción... o excavación y sacar por medio de ellas todos los productos posibles, salvo...lo que dispongan leyes especiales y los reglamentos de policía”.

La consagración de un derecho de perforar el suelo, de construir pozos, zanjas o galerías, y de extraer y apropiarse de las aguas, no podía, por tanto, ser más clara en nuestro ordenamiento preconstitucional; derecho sometido a lo que dispusieran leyes especiales y reglamentos de policía.

En esta forma, entonces, sólo el propietario del suelo tenía derecho a perforarlo; y a él correspondía la propiedad de las aguas subterráneas una vez alumbradas. Sin embargo, la duda quedaba sobre si podría admitirse que existía una propiedad privada sobre las aguas subterráneas no alumbradas

Aquí entraba en juego la previsión del Código Civil sobre la extensión de la propiedad del suelo hacia arriba y hacia abajo (art. 549), como rezaba el aforismo medieval citado, “sobre todo lo que está encima del suelo hasta los cielos, y todo lo que está debajo del mismo, hasta los infiernos”. Y con base en ello, y en ausencia de una ley especial de aguas que excluyera la propiedad privada de las aguas subterráneas, podía admitirse dicha propiedad aun respecto de las aguas no alumbradas, entre otros factores, por no responder el ordenamiento jurídico al principio de la unidad del ciclo hidrológico.

Podía argumentarse que en tanto el trabajo del hombre no hubiera logrado perforar el subsuelo hasta alcanzar la masa líquida, esas aguas subterráneas no eran apropiables, es decir, conforme al Código Civil, no eran bienes, o sea, “cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada” (art. 525), por lo que se las podían considerar como *res nullius*,⁴³ sujetas a ocupación. Sin embargo, esta argumentación no podía admitirse en el ordenamiento jurídico venezolano, no sólo porque el propio Código Civil determina cuáles bienes eran objeto de adquisición por ocupación, figura referida, en particular a bienes muebles (art. 797 CC.), sino que se consagra expresamente en la legislación especial, el derecho a perforar en favor del propietario del suelo, por lo que otra persona distinta al propietario, al no tener derecho a perforar el suelo, no podía apropiarse de dichas aguas subterráneas.

Ahora bien, también este derecho del propietario a abrir pozos y a apropiarse del agua subterránea estaba sometido a limitaciones.

La primera de ellas se refería a la necesidad de un perímetro de protección de los pozos, de manera que los que se abrieran guardasen entre ellos una distancia que no interfiriera en la producción de los pozos que existieran en los terrenos vecinos, distancia que no podía ser menor de 400 metros en los casos

⁴³ Véase Alejandro Nieto, “Aguas Subterráneas...”, *loc. cit.*, p. 80.

de los pozos que surtieran acueductos.⁴⁴ Por otra parte, en cuanto a las distancias a guardar, debía tenerse presente también lo previsto en el artículo 701 del Código Civil en el sentido de que no se podía “construir cerca de una pared ajena o medianera, aljibes, pozos, cloacas, letrinas, acueductos... sin guardar las distancias exigidas por los Reglamentos y usos del lugar, o sin construir las obras de resguardo necesarias...”.

La segunda limitación al aprovechamiento de las aguas subterráneas exigía a los propietarios de pozos, en los cuales el agua surgía naturalmente de la superficie del terreno (pozos artesianos), tomar las medidas adecuadas para regular su producción con el objeto de conservar la riqueza de la capa acuífera (art. 94).

En tercer lugar, la Ley Forestal, de Suelos y Aguas, remitía al Reglamento a los efectos de la determinación de los requisitos técnicos para la perforación de pozos, zanjas o galerías, y de las medidas necesarias para evitar la contaminación química y orgánica de las aguas subterráneas (art. 95). Sin embargo, el Reglamento no preveía normas especiales de importancia sino que remitía a las disposiciones que dictase la autoridad sanitaria en relación a la protección de la salud y al control de la contaminación.⁴⁵

En cuarto lugar, la apertura de pozos para el aprovechamiento de aguas subterráneas estaba limitada por las normas locales de policía, tal como lo autoriza el Código Civil (art. 554), con base en lo cual, por ejemplo, las Ordenanzas municipales de Acueductos exigen la necesidad de un permiso previo del Municipio para perforar pozos o extraer agua del subsuelo.⁴⁶

III. EFECTOS JURIDICOS DE LA DECLARATORIA DE TODAS LAS AGUAS COMO DEL DOMINIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

1. *La unidad del ciclo hidrológico y la unidad del régimen jurídico de las aguas*

Del análisis que anteriormente se ha hecho sobre el régimen jurídico vigente hasta 1999 sobre la propiedad de las aguas en Venezuela surge, ante todo, la cons-

⁴⁴ Art. 94 de la LFSA. *Cfr.* La Ordenanza de Acueducto del Distrito Sucre del Estado Miranda (Art. 11).

⁴⁵ Art. 192, Parágrafos 1º, 2º y 3º del Reglamento. Con base en esto, por ejemplo, mediante Resolución conjunta del Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social por 90 y 16, respectivamente, de 28-8-69. se ordenó la clausura de los pozos privados de abastecimiento en el Área Metropolitana de Caracas. Véase en Coplanarh IDP, *Bases para un Estudio sobre el Régimen Legal de las Aguas en Venezuela*, Tercera parte, Vol. II, Caracas, 1970, p. 577.

⁴⁶ Véase La referencia en Coplanarh, Instituto de Derecho Público, *Bases para un Estudio...* *cit.*, Tercera parte, Vol. II, p. 572.

tatación de que no existía un régimen jurídico unitario y uniforme referido a los recursos hidráulicos. Al contrario, hemos visto, había aguas del dominio público de uso público; pero aguas cuyo aprovechamiento no dependía ni siquiera del otorgamiento de una concesión administrativa, sino que se consagran en la Ley determinados derechos al aprovechamiento de las mismas. De manera que ni siquiera el régimen de las aguas del dominio público es uniforme.

Por otra parte, se regulaban aguas de propiedad privada, sobre manantiales, arroyos, aguas pluviales y aguas subterráneas, de aprovechamiento sujeto a limitaciones disímiles y variadas.

En la determinación de estas aguas, la Ley ni siquiera era clara, y por tanto, debía ser siempre una cuestión de hecho la determinación de cuándo un curso de agua comenzaba a ser un río o un arroyo, y cuándo un cuerpo de agua estancada comenzaba a ser un lago o una laguna. Los lagos formados por las grandes presas de aprovechamiento de las aguas, eran por ejemplo, del dominio público, pero podía haber la duda respecto de los grandes estanques.

Frente a esta disparidad de régimen jurídico, sin embargo, se imponía el principio natural de la unidad del ciclo hidrológico, que ahora recoge la Constitución, lo que exige que se considere al agua como sólo una, de manera que es la misma sea cual fuere el estado y el lugar donde se encuentre; y siempre está en circulación. La que hoy es estancada o corriente, mañana es subterránea o evaporada o en proceso de evapotranspiración, y luego es la misma la que se precipita como lluvia, granizo o nieve.⁴⁷ Esa unidad real, sin duda, era incompatible con tratamientos jurídicos disímiles.

Siguiendo a Alejandro Nieto podemos señalar, que así como es un absurdo físico considerar, como lo hacía nuestra legislación, que el agua es accesoria del fundo y que por tanto, el propietario de éste la poseía en propiedad, cuando el agua cambiaba de situación y estado, y por tanto, de fundo y ubicación; asimismo, es un absurdo jurídico considerar que las aguas corrientes superficiales puedan variar de régimen jurídico según su magnitud o ubicación, y que ellas pueden tener un régimen diferente a las mismas aguas corrientes subterráneas.⁴⁸ El legislador del siglo XIX, por ignorancia geológica, sometió a las aguas superfi-

⁴⁷ Por ello ha señalado Jean Barade: "Es sorprendente que una misma materia, en razón de su movimiento perpetuo, pueda cambiar sucesivamente de propietario y de régimen jurídico; es la misma agua la que primero cae a la tierra en forma de lluvia, como *res nullius*, luego se convierte en propiedad de varios ocupantes privados para terminar siendo pública al desembocar en un río a través de la alcantarilla y, en fin *res communis* en el mar. No existen masas de agua perfectamente delimitadas que puedan ser objeto de un verdadero derecho de propiedad". Véase en "Le régime juridique de l'eau, richesse nationale", *Revue de Droit Public*, 1965, p. 613, cit. por A. Nieto, *loc. cit.*, p. 82.

⁴⁸ V. Alejandro Nieto, "Aguas Subterráneas...", *loc. cit.*, p. 94.

ciales a un régimen distinto de las subterráneas; por ello el legislador contemporáneo debía corregir esa situación para no pasar por negligente.

La unidad del ciclo hidrológico postulaba y postula, por tanto, la necesidad ineludible de que se establezca un régimen jurídico único y uniforme para el aprovechamiento y la propiedad de las aguas; y ese régimen jurídico único y uniforme de las aguas, debiendo estar éstas conforme a lo exigido por la Constitución a los efectos de que estén dirigidas primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos, no puede ser otro que el régimen del dominio público que el mismo texto ahora ha impuesto. Por ello, el postulado esencial que va a guiar la reforma del régimen legal de las aguas en Venezuela, deriva de esta declaratoria de todas, sea cual fuere su origen, estado físico o ubicación, como bienes del dominio público de uso público.

2. *Las implicaciones de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público*

La Constitución entró en vigencia el 30 de diciembre de 1999, y para la fecha (mayo 2006) aún no se ha dictado la legislación correspondiente que aplique efectivamente la declaratoria del dominio público de las aguas. Ello exige, por tanto tratar de determinar las implicaciones jurídicas que tiene tal declaratoria en el marco de la legislación existente y que ha quedado en gran parte tácitamente derogada.

Por una parte, no hay duda, en considerar que una declaratoria general de las aguas como del dominio público implica la exclusión de las aguas del ámbito de aquellos bienes que conforme al Código Civil son susceptibles de ser de la propiedad privada, por lo que a partir de 2000 puede decirse que en Venezuela no puede haber más derechos de propiedad particular sobre ciertas aguas.

Pero además, tal declaratoria general de rango constitucional ha implicado la derogación de las normas del ordenamiento jurídico, que establecían derechos adquiridos al aprovechamiento de las aguas del dominio público, el cual sólo podrá realizarse mediante concesión. Veamos separadamente estas implicaciones.

A. La cesación de los derechos de propiedad privada sobre las aguas

a. *La exclusión de las aguas del ámbito de la propiedad privada*

En primer lugar, la declaración constitucional de todas las aguas como del dominio público implicó automáticamente la cesación de los derechos al aprovechamiento de las aguas, y entre ellos, los derechos de propiedad sobre ciertas aguas que admitía el ordenamiento jurídico⁴⁹.

⁴⁹ Debemos señalar que ponemos fuera de toda discusión la consagración en la legisla-

Conforme a ello, la declaratoria general constitucional de todas aguas como del dominio público implica excluir del ámbito de la propiedad privada, el agua de los manantiales, de los arroyos, las pluviales y las subterráneas. Por supuesto, estamos hablando de que estas aguas quedan excluidas del ámbito de los bienes que pueden ser objeto de propiedad privada conforme al Código Civil, lo cual no implica que dichas aguas no puedan ser usadas. Los usos comunes siempre son libres, dentro de las prescripciones de policía, y son los usos especiales los que normalmente están sometidos a limitaciones administrativas.

b. *La extinción de derechos adquiridos al aprovechamiento de aguas del dominio público*

Pero hemos visto que la legislación venezolana, además de establecer derechos de propiedad sobre ciertas aguas, consagra una serie de derechos adquiridos al aprovechamiento de las aguas en favor de los propietarios de fundos para sus usos agrícolas e industriales; a favor de los propietarios de fundos donde nazcan las aguas mientras los atraviesen; y a favor de los concesionarios mineros.

Entre estos derechos, el primero de ellos, sin duda el más importante y el que da origen al mayor aprovechamiento de aguas del dominio público en nuestro país, está consagrado en nuestra legislación desde el Código Civil de 1873.⁵⁰

El artículo 653 del Código Civil vigente, al ser introducido en dicho año, no tenía precedentes ni en los Códigos anteriores, ni en el Código Civil italiano ni en el francés; y el derecho que concede se fundamentó en la prioridad que se reconoce a los primeros propietarios prediales que usaban el agua de los ríos, sobre los posteriores.⁵¹

ción pre-constitucional de derechos de propiedad sobre ciertas aguas, a pesar de los esfuerzos que se habían hecho en vista de la importancia de los recursos hidráulicos, de buscar sostener que nuestro ordenamiento no consagraba un verdadero derecho de propiedad sobre las aguas sino de uso, y que éstas, como recursos naturales, “no pertenecía a nadie en particular, sino a todos los venezolanos” y no eran apropiables. V. H. Meier, *loc. cit.*, p. 309.

⁵⁰ Cfr. A. Mejía, *loc. cit.*, p. 208.

⁵¹ En relación a esta norma, Nicomedes Zuloaga, en su Código Civil con cordado dice “que el derecho de sacar agua de los ríos, concedido de manera expresa por el legislador del 73, a su parecer, proviene de la Real Cédula sobre Aguas, de 1785, conocida con el nombre de Cédula de San Ildefonso, por la cual el Rey de España concedió en la Provincia de Venezuela, facultad y permiso a todos los hacendados para que puedan extraer libremente, aunque sea por fundos ajenos, siempre que abonen a los dueños de ellos el valor de las tierras que ocupe la caja de la acequia, lo que en ellas estuviere plantado, y cuando se les sigan por dicha causa, y que con las nuevas extracciones de

Una declaratoria general de las aguas como del dominio público, consideramos que implica la derogación de las normas que regulan estos derechos adquiridos y preferentes al aprovechamiento de las aguas del dominio público, lo cual no implica la imposibilidad de aprovechamiento. En este caso, también, los usos comunes son libres, pero los usos especiales deben someterse a las limitaciones administrativas, y entre ellas, a la obtención de una concesión.

B. La regulación de los usos y aprovechamientos

En efecto, la extinción de los derechos de propiedad sobre las aguas o de los derechos adquiridos al aprovechamiento que derivad de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público, no implican, en absoluto, imposibilidad de aprovechamiento.

Ante todo, en la legislación que se dicte deben quedar consolidados los usos comunes, propios de la vida doméstica, para abrevar ganado, para pescar y para la navegación menor, los cuales pueden ser realizados por todos, sin necesidad de autorización, pero sometidos a las regulaciones y limitaciones de policía administrativa sobre navegación, sanidad o pesca, y pudiendo la Administración excluir de dichos usos, determinados cuerpos de agua o sectores de los mismos por ejemplo, por razones de seguridad o salubridad.

Sólo se debería requerir autorización cuando para llevar a cabo un uso común de las aguas, sea necesario por ejemplo la ejecución de una obra hidráulica, por pequeña que ésta sea.

Por otra parte, se podría regular el derecho de uso, que no es de propiedad, del dueño de un predio donde nazca un arroyo o manantial sobre las aguas de las mismas, no pudiendo, sin embargo, ni conducirlos a otros predios ni alterar su curso. Este derecho de uso, resulta necesario, en vista de la propiedad de los fundos y la ubicación de las aguas de manantiales y arroyos.

Por último, también se puede consagrar un derecho de todos a utilizar y almacenar las aguas pluviales que se precipiten en sus predios, salvo las regulaciones de policía, pudiendo sin embargo, la Administración, limitar por ejemplo, el volumen de almacenamiento.

En esta forma, el derecho de propiedad privada que el Código Civil establecía sobre los manantiales, los arroyos y las aguas pluviales, en realidad, en la legislación que debe dictarse se pueden transformar en un derecho de uso común y de

las aguas no se perjudique a los dueños de las acequias que en la actualidad están rasgadas, ni se les disminuya la posesión de las aguas necesaria para sus fundos en que se hallen", *cit. por A. Mejía, loc. cit., p. 207.*

uso individualizado,⁵² derivado de la situación del agua en fundos de propiedad privada, sometido a las regulaciones administrativas necesarias. No se aplica lo mismo, sin embargo, a las aguas subterráneas, las cuales con la declaratoria del dominio público han quedado excluíadas del ámbito de la propiedad privada. La legislación que se dicte deberá en este caso regular la modalidad de otorgamiento al propietario del suelo de los derechos individualizados de uso sobre las mismas, si procede.

De acuerdo a lo anterior, y salvo los casos que se regulen de usos comunes o individualizados, el aprovechamiento de las aguas del dominio público, sólo puede realizarse mediante concesión de aprovechamiento, otorgada por la Administración, reconociéndose el carácter prioritario que deben tener respecto de cualquier otro uso, el abastecimiento de agua a poblaciones. Este debe comprender la satisfacción de las necesidades domésticas y las requeridas por actividades que sean prácticamente inseparables del medio urbano como pueden ser las de usos públicos, comerciales o industriales localizables en ese mismo medio, de acuerdo con la ordenación urbanística correspondiente.

3. *Los efectos de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público*

Pero, sin lugar a dudas, los problemas de mayor controversia que han surgido con motivo de la declaratoria constitucional de todas las aguas como del dominio público, se refieren a los efectos generales de la misma, particularmente en relación con los anteriores titulares de derechos preferentes de aprovechamiento de aguas del dominio público, o de derechos de propiedad sobre las aguas. Es necesario determinar, así, cual es la verdadera naturaleza jurídica de aquellos derechos, establecer si en la nueva legislación pudieran tener derechos sustitutivos, y precisar si una declaratoria general de las aguas como del dominio público origina algún derecho de indemnización.

El problema se presenta distinto, sin embargo, según se trate de los antiguos derechos al aprovechamiento de aguas del dominio público o de derechos de propiedad privada de las aguas.

Analicemos el problema, entonces, separadamente.

⁵² Individualizado, porque como señala Marienhoff, deriva de la particular situación de hecho en que algunas personas se encuentran, frente a los demás usuarios, respecto de un bien del dominio público. V. Miguel S. Marienhoff, *Dominio Público. Protección Jurídica del Usuario*. Buenos Aires, 1955, p. 48.

A. *Efectos de la declaratoria de las aguas como del dominio público sobre los derechos al aprovechamiento de aguas del dominio público*

En primer lugar, la declaratoria de todas las aguas como bienes del dominio público, implica que los aprovechamientos de las mismas sólo puedan realizarse mediante la obtención de una concesión, por lo que dicha declaratoria en nuestro criterio ha conllevado la extinción de los derechos preferentes o “adquiridos” de ciertos propietarios.

En efecto, si bien el Código Civil habla de derechos adquiridos, ese carácter sólo sería oponible frente a actos individuales, por lo que por ejemplo el propio Código señala que las concesiones de aprovechamiento de aguas del dominio público no pueden darse en perjuicio de dichos derechos adquiridos.⁵³ Sin embargo, en relación con el Legislador, cuando los derechos preferentes tienen origen directamente en la propia Ley, no podría hablarse propiamente de “derechos adquiridos”.

Lo contrario implicaría una limitación inconcebible a la soberanía legislativa y un desconocimiento del poder soberano del Estado. En eso, la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia fue reiterada⁵⁴, y en una de sus sentencias, señaló que los derechos adquiridos “únicamente pueden hacerse valer en materia contractual, o contra las disposiciones del Poder Público que no constituyen actos de autoridad, sino actos de gestión, en los cuales el Estado se asimila a los particulares, sean estos personas naturales o jurídicas”.⁵⁵ Por ello, en otra decisión, dentro de la misma línea de pensamiento, señaló que hay “derechos adquiridos”, por ejemplo, con motivo del otorgamiento de una concesión.⁵⁶ Por tanto, estimamos que no hay duda en considerar que los derechos al aprovechamiento de las aguas del dominio público que consagraba en el ordenamiento jurídico, eran derechos preferentes o adquiridos conforme a ese ordenamiento, frente a otros usuarios, pero no podrían tener nunca ese carácter de “derechos adquiridos” frente al Legisla-

⁵³ Art. 682 del CC. y Art. 90 LFSA.

⁵⁴ Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 16-11-65 en *Gaceta Forense*, N° 50, p. 72. Contrariamente Véase Sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Federal Accidental de 18-1-37 en *Memoria* 1938, pp. 428 y 429. V. También en Allan R. Brewer-Carías, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo, cit.*, Tomo I, Caracas, 1975, pp. 247 y 248.

⁵⁵ Véase Sentencia de la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa de 30-4-41 en *Memoria* 1942, p. 199.

⁵⁶ Véase Sentencia de la antigua Corte Federal y de Casación en Sala Federal Accidental de 16-11-33 en *Memoria* 1934, pp. 198 y 199. Cfr. Miguel S. Marienhoff, *Dominio Público... cit.* p. 98.

dor mismo y menos frente al Constituyente. El derecho es creación del Estado, y éste puede modificarlo, sin que nadie pueda deducir “derechos adquiridos” frente a situaciones jurídicas generales para alegar su inmutabilidad.

Por tanto, la extinción de estos derechos preferentes con motivo de la declaratoria de todas las aguas como del dominio público, no dan, en ningún caso, derecho a indemnización por parte de sus antiguos titulares. Estos, lo que deben hacer es solicitar la respectiva concesión.

En todo caso, para el supuesto negado en que se pudiera considerar que estos derechos preferentes al aprovechamiento de aguas del dominio público, como conllevaban la “apropiabilidad” de las aguas conforme al Código Civil, (art. 539) eran derechos dominicales, los mismos se podrían transformar en la legislación nueva en derechos de uso y aprovechamiento, mediante su reconocimiento, previa comprobación del usuario, por parte de la Administración y el otorgamiento de la respectiva concesión.

B. Efectos de la declaración de las aguas como del dominio público en relación con los antiguos derechos de propiedad de las aguas

Pero la declaratoria general de todas las aguas como bienes del dominio público no sólo ha afectado a quienes tenían derechos preferentes de aprovechar dichas aguas, los cuales, como se dijo, se han extinguido; sino que también afecta a los titulares de antiguos derechos de propiedad sobre las aguas.

En este caso, el efecto de la declaratoria de las aguas como del dominio público es que estos derechos de propiedad privada, han quedado extinguidos. Sin embargo es necesario determinar la naturaleza de esta extinción, y precisar si estamos en presencia de una confiscación, ya que no se ha expropiado la propiedad, conforme lo indica la misma Constitución (art. 115).

Estimamos que en este caso no estamos en presencia de una confiscación, sino de un cambio, respecto de determinados bienes, de un régimen jurídico por otro, lo cual no implica violación de la garantía constitucional de la propiedad, pues no hay privación singular de la misma en cuyo caso si podría haber lugar a indemnización. Esto, sin duda, exige aclaraciones.

Ciertamente que la Constitución garantiza el derecho de propiedad (art. 115); pero sobre la misma lo que hay que comenzar por determinar es sobre qué bienes puede existir propiedad privada; o en otras palabras, determinar el ámbito de la propiedad privada en el sentido de establecer si es irrestricta y eterna y si se ejerce siempre, sobre todos los bienes o cosas existentes en un momento determinado; en definitiva, se trata de establecer como lo dice la Constitución, si puede haber restricciones legales al ámbito de la propiedad por razones de interés general

Indudablemente, es el Legislador quien determina el ámbito de la propiedad, es decir, es quien puede determinar qué bienes son susceptibles de ser de propiedad privada y cuáles no lo son; y cuando realiza esa determinación está asignando o cambiando el régimen jurídico de determinados bienes, al establecer que estos son del dominio público o por el contrario, son susceptibles de ser de propiedad privada (art. 525 Código Civil).

Esta calificación tradicionalmente establecida en el Código Civil, y a partir de la Constitución de 1999 en el propio texto constitucional, sin embargo, ni es absoluta, ni eterna, ni inmutable. Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, no existen bienes del dominio público o de propiedad privada, que lo sean “por naturaleza”. La existencia de unos y otros depende única y exclusivamente de la voluntad del Legislador⁵⁷ o del Constituyente; por lo que tanto el dominio público como la propiedad privada son conceptos jurídicos. El Legislador tradicionalmente ha manejado estos conceptos y ha deslindado la clasificación básica de ambos tipos de dominio en el Código Civil, por lo que el ámbito de la propiedad privada no llega hasta los bienes que han sido declarados por el Legislador, y ahora por el Constituyente, como bienes del dominio público.

Ahora bien, el deslinde jurídico que tradicionalmente ha hecho el Código Civil entre bienes susceptibles de propiedad privada y bienes que no lo son (dominio público), no es ni ha sido una demarcación cerrada y eterna, que no admita modificaciones. Al contrario, las leyes se derogan y modifican por otras leyes, y en la Constitución, donde *está* el límite de la acción del Legislador, no se consagra el carácter absoluto e inmutable de la propiedad privada y en cambio, ahora se declaran determinados bienes como del dominio público. Por otro lado, el Legislador, en un momento determinado, podría excluir ciertos bienes del ámbito de la propiedad privada, declarándolo del dominio público, como ha sucedido en la Constitución de 1999, lo cual no implicaría, en absoluto, una violación del derecho de propiedad.

El legislador, por tanto, puede declarar ciertos bienes como del dominio Público. Por ello, no sólo el mismo Código Civil al hablar de los bienes del dominio público deja a la interpretación la expresión “y demás semejantes” (Art. 539), sino que como se dijo, el Código Civil, como toda ley, es modificable por otra ley de la misma jerarquía. En un sistema federal como el venezolano, por ejemplo, la cuestión de determinar qué bienes son del dominio público y, por tanto, no susceptibles de ser de propiedad privada, es una cuestión civil que, como tal, está reservada al legislador nacional (art. 156, 32 de la Constitución) Por tanto, no podrían los Estados ni los Municipios agregar a la enumeración del Código Civil, otros bienes del do-

⁵⁷ Cfr. Miguel S. Marienhoff, *Tratado del Dominio Público*, Buenos Aires. 1960, pp. 43, 47 y 119 y ss.

minio público.

Pero dejando a un lado esta limitación derivada de la estructura federal, es evidente que el legislador nacional podría modificar la enumeración que hace de los bienes del dominio público el Código Civil, sea mediante la reforma del Código, o mediante otra ley. Esto ha sucedido, por ejemplo, en las sucesivas reformas del Código Civil y por ejemplo en la Ley que en su momento creó el Instituto Autónomo del Aeropuerto Internacional de Maiquetía de 1971, en cuyo artículo 9 declaró como “bienes del dominio público aeronáutico” los siguientes:

1. Las zonas aéreas de acceso al aeropuerto dentro de los límites que fije el Ejecutivo Nacional;
2. Las aéreas de información de vuelo en sus distintas alturas correspondientes al aeropuerto;
3. Las aerovías en los trayectos que señale el Ejecutivo Nacional;
4. Las instalaciones y dispositivos para la protección de los vuelos y demás operaciones de seguridad aérea, así como los espacios donde se alojaren, que señale el Ejecutivo Nacional, situados o no en el área de funcionamiento del aeropuerto;
5. Las pistas de despegue y aterrizaje y todas las otras áreas que formen parte del dominio público terrestre determinadas por el Ejecutivo Nacional.

No puede ponerse en duda, en ningún caso, la procedencia de cualquier modificación legal o constitucional a la enumeración de los bienes del dominio público que establece el Código Civil. Ello no sería otra cosa que la modificación de normas de derecho objetivo por otras normas.

Recientemente ha ocurrido incluso, respecto de bienes (tierras rurales) del dominio privado del Estado que en 2001 con la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario*⁵⁸, se han declarado como del dominio público, cambiándole su status jurídico. El artículo 99 de dicha ley dispuso, que a partir de su entrada en vigencia:

Las tierras propiedad de la República, los Estados, los Municipios y demás entidades, órganos y entes de la Administración Pública descentralizados funcionalmente, conservan y serán siempre del dominio público e igualmente, conservan y mantendrán siempre su carácter de imprescriptibles⁵⁹.

⁵⁸ Véase Decreto-Ley N° 1.546 publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.323 de 13-11-2001

⁵⁹ El texto del artículo ha permanecido igual (art. 95), en la reforma de la *Ley de Tierras y Desarrollo Agrario* publicada en *Gaceta Oficial* N° 5.771 Extraordinario del 18-05-2005

Esta norma, sin duda, también constituyó una novedad en el ordenamiento jurídico venezolano, pues a partir de su entrada en vigencia (2001) se produjo un cambio radical en el régimen jurídico de los bienes inmuebles patrimoniales del Estado, que fueron objeto de una declaratoria general como bienes del dominio público y, por tanto, inalienables e imprescriptibles.

Entre esos bienes inmuebles o tierras propiedad de los entes territoriales están los de carácter rural, que a los fines de la reforma agraria estaban adscritos al antiguo Instituto Agrario Nacional, entre los cuales estaban evidentemente las denominadas tierras baldías. Respecto de ellas, el cambio de régimen jurídico implicó que de haber sido desde tiempo inmemorial bienes del dominio privado o bienes patrimoniales del Estado, han pasado a ser bienes del dominio público; cambiándose así lo que se había venido regulando tanto en el Código Civil y la vieja Ley de Tierras Baldías y Ejidos de 1936, como en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional. Además, conforme a la Disposición Final Segunda de la Ley, se ha transferido la propiedad y posesión de la totalidad de las tierras rurales del antiguo Instituto Agrario Nacional al Instituto Nacional de Tierras.

Por otra parte, los mismos cambios de de régimen jurídico pueden ocurrir respecto de otras garantías constitucionales como la libertad económica. El Estado, cuando se reserva determinadas industrias (art. 302 de la Constitución), lo que hace es excluir ciertas actividades del ámbito de la libertad económica, y la reserva, en sí misma, no conlleva derecho alguno a indemnización por parte de los antiguos industriales, salvo que el Estado asuma las industrias que eran de los particulares.⁶⁰ Pues bien, algo similar sucede en materia de propiedad: cuando el Estado declara ciertos bienes como del dominio público por voluntad del Constituyente o del Legislador,⁶¹ lo que hace en realidad, es excluir ciertos bienes del ámbito de la propiedad privada, y esta exclusión, en sí misma, no conlleva derecho alguno a indemnización por parte de los antiguos propietarios, pues aquí falta el requisito de la especificidad del sacrificio.⁶²

⁶⁰ Cfr. Opinión del Contralor General de la República sobre el Articulado del Proyecto de Ley Orgánica que reserva al Estado la industria y el comercio de los hidrocarburos, en *Revista de Control Fiscal*, N° 77 Caracas 1975 p. 36.

⁶¹ Sobre la competencia legislativa para ello no hay lugar a dudas. Cfr. Miguel S. Marienhoff, *Tratado del Dominio Público, cit.*, p. 132; Benjamín Villegas Basabilbaso, *op. cit.*, Tomo IV, pp. 92 y 313.

⁶² Véase R. Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona 1970, Tomo II, pp. 419 y 420. Cfr. Annibale Quilardoni, *Acque pubbliche e impianti elettrici*, Roma, 1935, Tomo I, p. 158, N° 189, *cit.*, por Alberto Spota, *Tratado de Derecho de Aguas*, Tomo I, Buenos Aires, 1941, p. 21, Nota N° 30. En contra véase Miguel S. Marienhoff, *Tratado del Dominio Público, cit.*, p. 132 y 133.

En estos casos, el Constituyente o el Legislador ni expropia unos derechos determinados ni los confisca; sólo establece que un género de bienes no pueden ser susceptibles de propiedad privada, es decir, que ésta no puede existir, y que la que existía, se extingue, por imposibilidad en el objeto.⁶³

Pero tratándose de la calificación general de un bien como del dominio público, el problema se plantea, sin duda, cuando el cambio de la condición jurídica de un bien afecta a quienes hasta el momento de la declaratoria ejercían un derecho de propiedad sobre el referido bien. Tal como lo planteó Marienhoff:

“Puede ocurrir que el legislador, mediante una norma de alcance general, declare que toda una categoría de bienes que hasta entonces era propiedad privada de los habitantes, en lo sucesivo ostente calidad de bien *público*. Hay ahí un cambio del derecho objetivo que produce como efecto principal la transferencia de dominio de toda una categoría de bienes, que del patrimonio privado de sus titulares pasa a integrar el *dominio público* del Estado.

No es posible poner en duda la procedencia legal de tal procedimiento, siempre que éste lo efectúe la autoridad competente para disponer ese cambio en la condición jurídica de las cosas. Pero sí es pertinente preguntar si ello genera o no consecuencias de carácter económico a cargo del Estado, o, más claramente, si para lograr ese traspaso de bienes privados al dominio público, el Estado debe o no indemnizar a los propietarios que en lo sucesivo se verán privados de lo suyo.

Guicciardi no ve obstáculo alguno para que el derecho del individuo ceda ante el derecho del Estado, siempre que ello se lo efectúe con carácter “general”, o sea, en modo igual para todos los ciudadanos, mediante una modificación del derecho vigente; Alessi piensa en igual forma, agregando que en tales supuestos no procede indemnización alguna; lo mismo opina Zanobini”.⁶⁴

En efecto, R. Alessi, en sus *Instituciones de Derecho Administrativo*, sostiene lo siguiente:

⁶³ En este sentido, Pedro Pablo Azpúrua, Amelio Useche, Eduardo Buroz, Cecilia Sosa de Mendoza, Allan R. Brewer-Carías, y Sebastián Martín Retortillo sostienen que: “La declaratoria general del carácter público de todos los recursos hidráulicos, no ocasionaría para el Estado obligación alguna de indemnizar en relación con aquellas aguas y cauces que hasta el presente hubiesen sido del dominio privado. Y ello por la elemental razón de que no estamos frente a un supuesto de expropiación forzosa, sino de un cambio de régimen jurídico de unos bienes, que realiza con carácter general el Poder Legislativo. Una situación frente a la que evidentemente no hay derechos adquiridos”, en *Criterios y Principios para un reordenamiento jurídico de las Aguas*, Caracas, 1974, p. 17.

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 132.

“Para el dominio público necesario al problema del comienzo de la dominialidad es un problema de unidades específicas, en cuanto que afectando la dominialidad necesariamente a todo un género de bienes, independientemente de su previa pertenencia al Estado, la iniciación de la dominialidad debe buscarse en un momento común a todo el género, es decir, en la promulgación de la norma que extiende la dominialidad al género.

En consecuencia, la Administración no puede, mediante una declaración especial de voluntad, extender la dominialidad a un bien determinado si dicha dominialidad no se ha establecido por la norma para todo el género; por el contrario, una vez establecida la dominialidad con carácter general, no se requiere una especial afectación de cada uno de los bienes mediante acuerdos especiales. *Por otra parte, si antes de la extensión de la dominialidad a todo el género, algunos de los bienes concretos del mismo fueran de propiedad privada, la promulgación de la Ley que establece la dominialidad sería causa de pase automático de la propiedad de cada uno de los bienes al Estado, sin que ello pudiera dar motivo a indemnización, al faltar el requisito de la especialidad del sacrificio del derecho privado.* (Lo que sucede, por ejemplo, después del texto refundido de 11 de diciembre de 1933, N° 1.775 que extendió la dominialidad a las aguas subterráneas).⁶⁵

Con la tesis de la ausencia de presunto derecho a indemnización de los propietarios afectados en los casos de declaratoria general de cierto género de bienes como del dominio público, sin embargo, disintió el propio Marienhoff con base en el siguiente argumento:

“En el caso de referencia no se trata de una simple *restricción* al dominio en interés público, sino de una *privación* total del derecho de propiedad, cosa que, constitucionalmente, entre nosotros sólo puede ocurrir mediante expropiación y previa indemnización: único procedimiento jurídico mediante el cual los habitantes del país pueden ser privados de su propiedad.

De manera que el traspaso al dominio público de toda una categoría de bienes hasta entonces de propiedad *privada* de los habitantes, sólo será lícito en tanto no se afecten derechos de índole patrimonial, pues éstos hallanse protegidos por la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad. El dominio es *perpetuo*, y, no contando con el asentimiento del interesado, sólo puede desaparecer mediante expropiación”.⁶⁶

En realidad, la argumentación de Marienhoff tuviera fundamento, si se tratase del sacrificio de determinados propietarios que serían afectados, y no del sacrificio

⁶⁵ Véase R. Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo II, pp. 419 y 420.

⁶⁶ Véase Miguel Marienhoff, *op. cit.*, pp. 132 y 133

de la propiedad (género) en sí misma. La propiedad no es, en absoluto, perpetua; su existencia depende del legislador y éste puede determinar que ciertas categorías de bienes no serán susceptibles de apropiación privada. En estos casos, como se ha dicho, no se trata de “expropiar” unos derechos determinados; se trata de establecer que sobre un género de bienes no se puede ejercer la propiedad privada, es decir, que ésta no puede existir y que la que existía se extingue por imposibilidad en el objeto de la misma. No puede hablarse, por tanto, de “confiscación”, por lo demás prohibida en nuestro ordenamiento constitucional.

Es indudable, y así lo ha determinado toda la construcción jurídica de la responsabilidad del Estado por acto del legislador, que el elemento básico para pretender una indemnización del Estado por una lesión a algún derecho producido por una ley, es el de la singularidad y especificidad del sacrificio o lesión causada. Si ésta no existe no surge el derecho a indemnización.

En materia de aguas, por otra parte, esta es la tendencia en el derecho comparado. En Francia, por ejemplo, sólo se reconoce derecho a indemnización cuando de acuerdo al Código Fluvial se ubica en el dominio público *un* curso de agua, *una* sección de un curso de agua o *un* lago, es decir, un bien individualizado.⁶⁷ El problema, por supuesto, en algunos sistemas podría ser controvertido en torno a la eventual procedencia de la indemnización.⁶⁸

En efecto, para el supuesto de que frente a una ley que declare un género de bienes como del dominio público, ante la cual no se podría alegar derechos adquiridos,⁶⁹ se podría pretender reclamar indemnización del Estado por la eventual lesión de un derecho de propiedad, lo que significaría exigir la responsabilidad del Estado por acto legislativo.

Sin embargo, frente a esto es necesario decir, de una vez, que la construcción jurídica de toda la responsabilidad del Estado legislador, se ha fundado en el supuesto de que para pretender una indemnización del Estado por una lesión a algún derecho derivado de una ley, es necesaria la singularidad y especificidad del sacrificio o lesión. Si esta no existe, no surge el derecho a indemnización; o en otras palabras, si la nueva Ley afecta a todos por igual, es decir, si los efectos son realmente efectos generales, no surge obligación de indemnizar.⁷⁰

⁶⁷ Véase J. Lamarque, *Droit de la Protection de la Nature et de l'environnement*, París, 1973, p. 285

⁶⁸ Véanse los comentarios sobre la legislación del Estado de Florida, U. S. A., en National Water Commission, *A Summary Digest of State Water Laws*. pp. 19, 221 y 222.

⁶⁹ Cfr. Ramón Martín Mateo, “La determinación del contenido de la propiedad inmobiliaria”, en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso*, Madrid, 1969, Tomo V, pp. 169 y 170.

⁷⁰ Cfr. Enrique Sayagués-Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo,

En otras palabras, frente a la pregunta de si el Estado podría estar obligado a indemnizar en virtud del ejercicio de su potestad normativa, se ha dicho lo siguiente:

“La respuesta a este interrogante es unánimemente positiva, *si bien condicionada a la existencia de un auténtico y verdadero sacrificio especial...* Esta respuesta se basa en dos principios: uno de carácter teórico o ético, aplicación estricta del principio de justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resultan necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad, sino que deben ser distribuidos entre todos”.⁷¹

Lo anterior, no hay duda, no es más que la confirmación de que toda la teoría de la responsabilidad del Estado por acto legislativo está fundamentada en el “principio de la igualdad ante las cargas públicas”;⁷² por lo que si no se ha violado dicho principio no procedería indemnización frente al sacrificio legal y no hay duda, una norma que contenga la declaratoria de un género de bienes como del dominio público, no lesiona *especialmente* el derecho de un propietario, sino a todos los habitantes por igual, al excluir dichos bienes del ámbito de los que puedan ser de propiedad privada.

En definitiva, por tanto, la declaratoria de todas las aguas como bienes del dominio público, al no lesionar especialmente el derecho de un propietario, sino a todos los habitantes por igual, y excluir dichos bienes del ámbito de los que pueden ser objeto de propiedad privada, no origina derecho alguno de indemnización.

Pero el problema en realidad, es menos grave de lo que pudiera parecer, porque los derechos de propiedad que hasta diciembre de 1999 existían sobre los manantiales, los arroyos y las aguas pluviales y que son los afectados por la declaratoria constitucional, como se dijo, se podrían transformar en un derecho de uso individualizado, conforme a la legislación que se dicte, por lo que los antiguos propietarios no perderían su derecho de aprovecharse de dichas aguas.

La principal incidencia de la declaratoria general de todas las aguas como del dominio público, sin duda, ha sido en relación a las aguas subterráneas las cuales,

1953, p. 610; Enrique Sayagués-Laso, “Responsabilité de l'Etat en raison des actes Legislatives”, en *Le Conseil d'Etat, Livre Jubilaire*, París 1952, p. 622; Juan Alfonso Santamaría Pastor, “La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 68, Madrid 1972, p. 132.

⁷¹ Véase Juan Alfonso Santamaría Pastor, “La Teoría de la Responsabilidad del Estado Legislador”, en *Revista de Administración Pública*, N° 68, Madrid, 1972, p. 132.

⁷² Véase Pierre Delvolve, *Le Principe d'égalité deiant les charges publiques*, París, 1969, p. 240.

conforme a la remisión que el propio Código Civil hacía a las leyes especiales para excluir a lo que esté debajo de la superficie del suelo, del ámbito de la propiedad privada (art. 549), las mismas estarían sometidas a un régimen similar al de los hidrocarburos. En la legislación que se dicte, sin embargo, podría establecerse respecto de estos derechos afectados, su transformación en derechos de uso y aprovechamiento', para lo cual a los antiguos titulares, previa demostración de su derecho, se les podría reconocer mediante el otorgamiento de la correspondiente concesión.

En esta forma, la declaratoria de todas las aguas como del dominio público en la Constitución de 1999, a los que tenían algún derecho de propiedad sobre las aguas, en realidad no les afectaría sustancialmente, pues se podría prever la conversión de su antiguo derecho de propiedad en un derecho de uso individualizado o en un derecho especial mediante concesión.

IV. ALGUNOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA LA ELABORACIÓN DE UNA LEY DE AGUAS*

1. *Disposiciones generales*

1. *Ratificación de la declaratoria de las aguas como del dominio público*

El agua, como lo dispone la Constitución, como elemento esencial para el desarrollo económico y social del país, es patrimonio inalienable e imprescriptible de la Nación. A tal efecto, en la Ley debe ratificarse la declaración de la Constitución de las aguas como del dominio público de la Nación y sometidas a las disposiciones de la ley, en todas sus formas: las aguas marítimas e interiores sean pluviales, superficiales o subterráneas, corrientes o estancadas, fósiles, termales, confinadas, minerales, reconociéndose expresamente el principio de la unidad del ciclo hidrológico.

* Estos principios fueron elaborados por el autor para la Comisión Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos en octubre de 1973, a los efectos de la preparación de las bases del Proyecto de Ley de Aguas, partiendo de documentos preparados en COPLANARH, en las cuales intervinieron, entre otros, principalmente, el Ing. Pedro Pablo Azpúrua y la Abg. Cecilia Sosa de Mendoza. Los mismos, en ausencia de la legislación necesaria en Venezuela, aún tienen vigencia. Fueron publicados en Allan R. Brewer-Carías, *Derecho y administración de las aguas y otros recursos naturales renovables*, Universidad Central de Venezuela, Caracas 1976, pp. 175-192.

2. *El dominio público hidráulico*

La Ley debe precisar, además, que conforman el dominio público hidráulico, las obras públicas de aprovechamiento y regulación de las mismas, y los inmuebles públicos afectados a ellas.

3. *Situación de los cauces*

Igualmente debe hacerse señalamiento de que los cauces también deben ser del dominio público, exceptuándose, por ejemplo, aquellos cauces por los que discurren exclusivamente aguas pluviales, y los de arroyos y manantiales mientras discurren por el predio donde nacieron y hasta la extensión de la cuenca contribuyente que al respecto se fije.

4. *Declaratoria de utilidad pública*

Se deben declarar de utilidad pública todas las actividades de control, aprovechamiento y protección de los recursos hidráulicos.

2. *El aprovechamiento de los recursos hidráulicos*

A. *Disposiciones generales*

5. *Afectación de los aprovechamientos al interés general*

El aprovechamiento de los recursos hidráulicos, conforme a lo establecido en la ley, sólo debería ser permitido de acuerdo a las necesidades prioritarias que requiera el interés social y el desarrollo económico del país.

6. *Prohibición de los aprovechamientos dañinos*

Debe prohibirse el mal uso o el abuso de las aguas, así como su desperdicio, y todos los aprovechamientos que resulten en un deterioro de la calidad del agua.

7. *Condiciones de los vertidos después de los aprovechamientos autorizados*

Las condiciones de las aguas que después de aprovechadas se reintegren a sus cauces naturales, no deben comprometer la utilización posterior que de ellas puede llevarse a cabo. En consecuencia, debe quedar prohibido realizar cualquier clase de vertido sólido, líquido o gaseoso que, de una u otra forma, pueda contaminar las aguas superficiales o subterráneas poniendo en peligro la salud pública o el normal desarrollo de la flora o de la fauna.

8. *Racionalización de los aprovechamientos: la planificación de los recursos hidráulicos*

El aprovechamiento de los recursos hidráulicos se debe hacer conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, contenido de la política hidráulica nacional, en el marco de la política y plan de ordenación del territorio, no pudiendo realizarse aprovechamiento de ningún tipo que vayan contra las disposiciones y previsiones de los mismos.

9. *Las prioridades de los aprovechamientos*

El Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos debe fijar las prelacións que se establezcan para las distintas clases de aprovechamiento, según los criterios determinados en las políticas de desarrollo económico y social.

El abastecimiento de poblaciones tendrá, en todo caso, carácter prioritario.

Cada aprovechamiento debe contribuir económicamente a facilitar la mejor utilización integral de los recursos hidráulicos a que afecte.

10. *La recuperación de las inversiones públicas en los aprovechamientos hidráulicos*

Se debe establecer una contribución de mejoras respecto de quienes directa o indirectamente se beneficien de las obras de aprovechamiento hidráulico realizadas por el Estado, para la recuperación de todo o parte del valor de las obras. Debe preverse que la recuperación de las inversiones puede establecerse por otras vías distintas a la contribución de mejoras en aquellos aprovechamientos en los cuales se pueda mediante tarifas individualizarse a los usuarios.

B. *Los usos comunes y especiales*

11. *Los usos comunes*

Todos pueden utilizar las aguas, sin necesidad de autorización alguna, para los usos propios de la vida doméstica, para abreviar ganado, para pescar y para la navegación menor, conforme a las regulaciones especiales de la leyes sobre navegación y desarrollo pesquero.

En todo caso, los usos comunes se deben realizar sin detener el curso de las aguas, ni deteriorar su calidad, y sin excluir a otros usuarios del ejercicio de derechos análogos.

12. *Limitaciones de los usos comunes*

La utilización común de las aguas debe estar sometida a las disposiciones de

la policía administrativa, por lo que la Autoridad de Aguas, por razones de salubridad o seguridad podrá excluir de los mismos determinados cursos de aguas o zonas de los mismos.

13. *Los usos de las aguas pluviales*

Todos tienen derecho a utilizar y almacenar las aguas pluviales que se precipiten en sus predios, con las limitaciones de volumen que determine la Autoridad de Aguas.

14. *Los usos especiales*

El propietario de un predio donde nazca un arroyo o manantial, puede utilizar las aguas del mismo sin más limitaciones que las establecidas en la ley. Esta utilización sólo puede realizarse por el titular del predio, sin que en ningún caso pueda enajenar o ceder el agua, conducirla a otros predios, o alterar su curso.

C. Los aprovechamientos mediante concesión

a) *Disposiciones generales*

15. *De la concesión administrativa*

El derecho al aprovechamiento de las aguas se adquiere exclusivamente mediante concesión otorgada por la Autoridad de Aguas.

Será igualmente necesaria concesión administrativa para la ejecución de toda clase de obras que se realicen en los cauces públicos o que supongan ocupación de riberas.

16. *La concesión administrativa a los entes públicos*

Los Municipios, los Estados, los institutos autónomos y las demás entidades o empresas públicas deben asimismo obtener concesión de aprovechamiento de los recursos hidráulicos de la Autoridad de Aguas.

Cuando el aprovechamiento vaya a realizarse por dependencias de la Administración Pública Central, la Autoridad de Aguas debe adscribir los volúmenes correspondientes a la entidad, fijando también todas las demás características del aprovechamiento, en los mismos términos señalados para las concesiones administrativas.

17. *Ocupación del dominio público y privado de la Nación*

Las concesiones de aprovechamiento deben comprender la ocupación de los terrenos del dominio público o privado del Estado que sean necesarios para la eje-

cución de las obras de aprovechamiento.

18. *Afectación de las concesiones*

Las aguas concedidas para un aprovechamiento no pueden aplicarse a otro distinto sin la solicitud y autorización correspondiente, como si se tratase de una nueva concesión.

19. *Responsabilidad del Estado*

En las concesiones de aprovechamiento, la Administración no será responsable de la falta o disminución que pueda resultar en el caudal otorgado en la concesión.

b) *Contenido de las concesiones*

20. *Contenido general*

En toda concesión administrativa de aprovechamiento de recursos hidráulicos, se debe señalar:

1. La naturaleza del aprovechamiento y las características y condiciones del mismo.
2. El volumen máximo de aprovechamiento que se otorga.
3. Los usos a los que se destina el aprovechamiento.
4. Las características técnicas de las obras que requiera el aprovechamiento.
5. La discriminación previa del punto donde debe captarse el agua, así como del de donde debe realizarse el vertido.
6. El tiempo de ejecución de las obras y el itinerario de construcción de las mismas.
7. El lapso de duración de la concesión.
8. Las modalidades de determinación del valor que en la concesión se asigna al agua.
9. El régimen financiero de la concesión.
10. Las condiciones que necesariamente han de tener las aguas que se viertan.

21. *Concesiones para riego*

En las concesiones para riego, se debe determinar, como uno de los elementos de la misma, la superficie regable y las clases de cultivo, a los que quedará vinculado el recurso que se otorgue.

Asimismo se deben establecer, en su caso, las obras y operaciones que sean requeridas para llevar a cabo el adecuado drenaje, tanto de las tierras que se riegan, como de las que puedan resultar afectadas por el riego.

22. *Concesiones de aprovechamiento para energía eléctrica*

En las concesiones de aprovechamiento de aguas para la producción de energía hidroeléctrica, se podría establecer la exigencia, como condición, de que parte de la energía obtenida se destine para atender determinados servicios públicos.

23. *Concesiones de aprovechamientos múltiples*

Cuando se trate de concesiones de aprovechamientos múltiples que comprendan la utilización del agua para varios fines, la concesión o en su caso, las concesiones deben definir la utilización coordinada y las características de los distintos usos. La Autoridad de Aguas debe asumir directa o indirectamente la administración del aprovechamiento cuando los distintos concesionarios o usuarios no logren coordinar adecuadamente el aprovechamiento múltiple.

24. *Régimen de tarifas*

Cuando el aprovechamiento de los recursos hidráulicos constituya la base de un servicio público, la concesión debe determinar también las tarifas reales de explotación del servicio, teniendo en cuenta el valor del agua y los gastos de amortización y explotación de las obras. Las tarifas pueden reajustarse una vez concluida la ejecución de las obras.

La tarifa a satisfacer por los usuarios que fije el Ejecutivo Nacional, puede ser diferente a la tarifa real, y en su caso, el Ejecutivo puede disponer el otorgamiento de subvenciones para cubrir dicha diferencia.

En el caso de las tarifas de riego, el inicio del cobro de las mismas puede demorarse por el tiempo que se estime conveniente hasta que las tierras se encuentren en estado de producción normal.

25. *El valor del agua en la concesión*

El valor del agua determinado en las concesiones de aprovechamiento, debe estar condicionado por la escasez, la calidad, el potencial energético y la localización de los recursos de que se trate.

El valor real del agua debe ser el que resulte de relacionar el valor establecido conforme a las condiciones señaladas, con el costo exigido por las obras y por el tratamiento necesario para que los recursos hidráulicos puedan ser utilizados.

La Autoridad de Aguas debe determinar en cada caso el valor unitario del

agua, señalándose al otorgarse la concesión el coste del valor que el agua tiene en cada aprovechamiento.

El costo de valor asignado al agua, y que debe satisfacer el titular del aprovechamiento, se debe computar exclusivamente sobre el volumen diferencial entre el que se reciba y el que se vierta, siempre y cuando la recolección, conducción y tratamiento de las aguas a verter se realice en los términos y condiciones establecidos en las normas de carácter general y en la concesión.

26. *El régimen financiero de la concesión y las obras de defensa contra el agua*

Cuando el concesionario de aprovechamiento de aguas hubiese de realizar en el curso de un río obras que, además de la utilidad concreta para el fin para el que se solicitan, supongan una regulación de las corrientes o representen una defensa contra las mismas, el pago del costo del agua a satisfacer por aquél debe quedar proporcionalmente reducido en la forma que fije la Autoridad de Aguas en función del beneficio común y general que tales obras reportan al interés nacional.

27. *Obras de aprovechamiento*

La concesión se otorgará con la aprobación del proyecto de las obras necesarias para el aprovechamiento, fijándose entonces el régimen financiero de aquélla.

El proyecto de las obras que cada aprovechamiento requiera, se debe presentar por quien lo solicite. Si el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos dispusiere un aprovechamiento de uso múltiple, el proyecto lo deben presentar agrupados los distintos titulares del mismo o puede ser elaborado directa o indirectamente por la Administración.

28. *La revisión de las concesiones*

Las concesiones de aprovechamiento deben ser revisadas periódicamente por la Autoridad de Aguas, estableciendo la forma y condiciones en que ha de continuar el aprovechamiento. Asimismo, la Autoridad de Aguas puede ordenar el cese del aprovechamiento cuando el abastecimiento de poblaciones requiera del recurso, o cuando conviniera realizarlo con otras aguas.

c) *El otorgamiento de las concesiones*

29. *Unidad administrativa en el otorgamiento.*

Las concesiones y adscripciones se deben otorgar exclusivamente por la Autoridad de Aguas.

30. *Solicitud.*

Las solicitudes que se formulen para el otorgamiento de concesiones de agua, señalarán la clase de aprovechamiento, el caudal que se solicita, y la corriente de la que haya de derivarse, así como las demás condiciones establecidas en la Base N° 20.

31. *El procedimiento administrativo y la publicación*

Las solicitudes de concesiones de aprovechamiento se deben tramitar conforme al procedimiento administrativo, y se deben publicar para garantizar los derechos de terceros titulares de otras concesiones de aprovechamientos.

32. *El catastro de aprovechamiento*

Las concesiones y adscripciones de aguas deben formar el catastro de aprovechamiento de agua, que debe llevar la Autoridad de Aguas.

d) *La situación jurídica de las concesiones*

33. *La enajenación de concesiones*

Para enajenar cualquier tipo de concesión de aprovechamiento de recursos hidráulicos, se debe necesitar autorización previa de la Autoridad de Aguas.

34. *Modificaciones de las concesiones*

Por razones de interés público, la Autoridad de Aguas puede imponer determinadas modificaciones a las concesiones y a la ejecución de las obras incluidas en las mismas. El concesionario tendrá derecho a indemnización cuando de las modificaciones resulten perjuicios para el mismo, previo avalúo de los daños correspondientes.

Durante la explotación de un aprovechamiento, no puede variarse ninguna de las condiciones de la concesión, sin la correspondiente autorización de la Autoridad de Aguas.

35. *Sanciones*

El incumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias, o el de las cláusulas de la concesión, debe dar lugar a sanción administrativa pudiéndose llegar incluso a la rescisión de la concesión.

En los supuestos de adscripciones o concesiones otorgadas a entes públicos, los incumplimientos deben originar responsabilidad civil, penal o administrativa de los funcionarios públicos, según los casos, y la consiguiente destitución.

e) *La extinción de las concesiones*

36. *Extinción*

Las concesiones de aprovechamiento de las aguas, se extinguen:

1. Por el vencimiento del término de la concesión.
2. Por la rescisión de la concesión.
3. Por la renuncia expresa del concesionario.
4. Por caducidad por el no uso efectivo del aprovechamiento concedido durante tres años.

37. *La reversión*

Al extinguirse la concesión, el aprovechamiento y todas las obras construidas con tal fin debe revertir al Estado.

38. *La rescisión de la concesión*

Cuando haya fundadas razones de utilidad pública o interés social, y a petición de los usuarios directamente afectados, las concesiones otorgadas a particulares para abastecimiento de poblaciones o para riego pueden ser rescindidas por la Autoridad de Aguas, con el objeto de otorgarlas a usuarios o a entes públicos. El Decreto de rescisión debe fijar la indemnización a pagar al concesionario.

D. *Las limitaciones al aprovechamiento*

39 *La reserva de cuencas y aprovechamientos*

El Ejecutivo Nacional puede reservar cuencas hidrográficas, sobre las cuales no se debe permitir ningún tipo de aprovechamiento, asimismo, puede reservar el aprovechamiento de determinados caudales para fines específicos o para su otorgamiento a entes públicos.

Sin embargo, cuando el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos no establezca la utilización inmediata de las reservas de caudales, la Autoridad de Aguas puede conceder el uso temporal de los mismos, sin que esto pueda dé lugar a la consolidación de derecho alguno, conforme a lo establecido en la sección anterior.

40. *El tratamiento obligatorio de los vertidos*

Cuando directa o indirectamente se produzca el vertido de sustancias líquidas, sólidas o gaseosas que altere las condiciones físicas, químicas o biológicas de las

aguas, sean éstas corrientes, estancadas o subterráneas, la Autoridad de Aguas debe establecer el tratamiento que obligatoriamente debe realizar quien lleve a cabo el vertido, así como las obras a ejecutar, con determinación del punto en el que aquel debe realizarse.

Si el vertido fuera consecuencia de un aprovechamiento de aguas, los extremos anteriores se deben determinar necesariamente como condiciones de la concesión. Si no lo fuera, el vertido debe requerir de concesión administrativa en cuanto supone igualmente una utilización de los recursos hidráulicos.

41. *Modalidades del tratamiento y degradación tolerable*

El tratamiento a que deben someterse los vertidos establecerá las condiciones necesarias para que no se deteriore la calidad de las aguas que circulan por el curso receptor.

Ello no obstante, y considerando los aprovechamientos existentes aguas abajo, se puede tolerar la degradación de la calidad del agua que se vierta cuando así lo permita el caudal de dilución circulante. Tal circunstancia, sin embargo, no debe consolidar derecho alguno y la Autoridad de Aguas cuando lo considere conveniente o lo requieran nuevas utilizaciones de las aguas, puede obligar, sin indemnización alguna, a que se establezca el tratamiento exigido en orden a mantener la calidad del agua del curso receptor.

La Autoridad de Aguas puede obligar igualmente que al realizarse un vertido se mejoren las condiciones que tengan las aguas del curso receptor. En tal caso, la diferencia de costo en el tratamiento a realizar debe ser satisfecha por quienes se beneficien de las mejoras, en los términos que al efecto fije el Ejecutivo Nacional. Por razones de salubridad pueden establecerse cursos de aguas especialmente protegidos en los que, en función del aprovechamiento de las mismas, se prohíba cualquier tipo de vertido.

42. *El tratamiento de vertidos en los aprovechamientos anteriores a la Ley*

Cuando así lo requieran condiciones de salubridad, el tratamiento de los vertidos puede imponerse también a todos aquellos que hayan venido realizándose, cualquiera que sea la antigüedad de los mismos y aunque se estén efectuando con anterioridad a la presente Ley.

43. *Exigencias especiales de los vertidos*

Sin perjuicio de lo que se establezca en las correspondientes concesiones, pueden señalarse con carácter general condiciones y características de los vertidos a realizar en una determinada zona o en todo el territorio nacional, a las que se

deben someter y acomodar las condiciones que al respecto pudieran fijarse en las concesiones.

Debe preverse que el incumplimiento de lo dispuesto en orden al tratamiento de vertidos debe ser objeto de sanción, pudiendo llegar, incluso, a la rescisión de la concesión sin indemnización alguna.

3. *La administración de las aguas. Disposiciones Generales*

A. La Autoridad de las Aguas

La administración de las Aguas corresponderá a la Autoridad de Aguas, que comprende:

1. El Presidente de la República en los casos en que las atribuciones se asignan al Ejecutivo Nacional.
2. El Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables en los casos en que las atribuciones se asignan a la Autoridad de Aguas.
3. Los organismos regionales desconcentrados de administración de las aguas dependientes de dicha Autoridad de Aguas.

45. *Competencias generales*

Corresponde a la Autoridad de Aguas ejercer según los casos, todas las competencias destinadas a planificar, reglamentar, administrar, vigilar, controlar y proteger el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, así como las tendientes a asegurar la protección contra las aguas.

B. La planificación de los recursos hidráulicos

46. *La elaboración y actualización del Plan*

La Autoridad de Aguas tendrá a su cargo la elaboración y actualización del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, integrado al sistema de planificación de la ordenación del territorio.

Todos los órganos de la Administración Pública nacional, estatal y municipal y los usuarios de las aguas deberán estar obligados a facilitarle a la Autoridad de Aguas las informaciones y datos necesarios para poder llevar a cabo la adecuada planificación de los recursos hidráulicos.

La Autoridad de Aguas debe formular el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, coordinando las acciones necesarias para la elaboración, cumplimiento y vigilancia del mismo.

47. *La aprobación del Plan y la fijación de la Política Hidráulica*

Corresponde al Ejecutivo Nacional la adopción de la Política Hidráulica mediante la aprobación, por Decreto del Presidente de la República, del Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos.

El Plan de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos debe contener las estrategias y directrices generales de la política hidráulica, desagregándose regionalmente y estatalmente con el fin de ordenar a largo plazo el uso y destino de los diferentes volúmenes de agua. A tal fin, debe recoger el inventario y balance de los recursos hidráulicos, considerando los aprovechamientos existentes. Consecuentemente, debe establecer la determinación de las obras necesarias dentro de su factibilidad técnica y económica para el más racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos disponibles. Asimismo, podrá establecer que los usos a satisfacer con determinados recursos sean cubiertos por otros distintos, procedentes de la misma o de otras cuencas o unidades administrativas.

El Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos, así como las revisiones del mismo, se deben llevar a cabo en todo momento de acuerdo con las directrices establecidas en el Plan de desarrollo económico y social del país y el plan de ordenación del territorio.

C. La gestión y administración de las aguas

48. *La coordinación administrativa*

La Autoridad de Aguas debe tener a su cargo la coordinación de todas las actividades administrativas que se realicen en relación a los recursos hidráulicos.

Todo proyecto de actuación administrativa que pueda afectar el uso, aprovechamiento y conservación de los recursos hidráulicos, sea individual o general, debe ser sometido a la consideración de la Autoridad de Aguas la cual debe dictaminar acerca de la conformidad del mismo con el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos. En tal sentido, todo proyecto de obras que suponga utilización de los recursos hidráulicos y que sea formulado por cualquier entidad u organismo público o por particulares, debe ser sometido a la aprobación previa de la Autoridad de Aguas en orden a su adecuación al Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos.

La Autoridad de Aguas debe coordinar también las funciones que de acuerdo con la legislación vigente debe llevar a cabo los distintos órganos de la Administración o entidades públicas en orden a la administración de los recursos hidráulicos, controlando y vigilando que en todo momento se realice de acuerdo con lo establecido en el Plan Nacional de Aprovechamiento de los Recursos Hidráulicos.

49. *De las obras hidráulicas*

La construcción, gestión y administración de las obras hidráulicas comprendidas en una concesión debe corresponder a los concesionarios, sean estos particulares o entes estatales personalizados.

En los casos de concesiones de aprovechamientos múltiples, la construcción, gestión y administración de las obras hidráulicas respectivas, cuando los concesionarios no logren coordinarse, puede ser asumida por un órgano de la Administración Pública, conforme a las directrices de la Autoridad de Aguas. Este mismo órgano de la Administración, debe tener asimismo a su cargo la construcción, administración y gestión de las obras hidráulicas de protección contra las aguas o de aprovechamientos adscritos, conforme a las directrices de la Autoridad de Aguas.

4. *La protección contra las aguas*

50. *La protección contra las aguas como aprovechamiento*

Las obras de prevención y defensa contra las inundaciones, forman parte de las exigidas para el aprovechamiento integral de los distintos recursos de la planicie inundable. Consecuentemente, deben aprobarse y ejecutarse de acuerdo con las características que ese aprovechamiento integral imponga. Los propietarios de los predios ribereños pueden defender sus márgenes con arbolado, estacadas o protecciones menores, sin necesidad de autorización administrativa alguna, cuando no alteren el régimen de las corrientes. Si hubieren de realizar diques, escolleras o cualquier otro tipo de obras de esta naturaleza el proyecto de las mismas habrá de ser autorizado por la Administración.

51. *La determinación de las planicies inundables*

El Ejecutivo Nacional debe determinar las planicies inundables en las que con motivo de posibles avenidas pueda haber peligro para las personas o bienes, no pudiendo llevarse a cabo en ellas construcción de obra de ningún tipo que impida el libre discurrir de las aguas.

Debe preverse el necesario informe favorable de la Autoridad de Aguas, para llevar a cabo las obras o edificaciones que pretendan realizarse en esa zona, informe que, en su caso, debe fijar las condiciones en que hayan de llevarse a cabo. Si se tratara de edificaciones que requiriesen permiso de los Municipios, los Alcaldes antes de otorgarla, deben requerir los informes citados, entendiéndose como de uso no conforme las edificaciones que se lleven a cabo o que se hubiesen construido incumpliendo lo antes señalado.

52. *Las obras de saneamiento y protección*

Las entidades públicas o los particulares pueden llevar a cabo obras de saneamiento, de drenaje, de conservación de cuencas o de corrección de torrentes, previa autorización de la Autoridad de Aguas, mediante la cual se debe establecer el régimen financiero de las obras, estando obligados a soportar los costos de las mismas los propietarios de los terrenos que, directa o indirectamente resulten beneficiados.

53. *Los perímetros de protección*

Tanto para la protección de los recursos hidráulicos y de su calidad, como para la defensa contra la acción de las aguas, pueden establecerse determinados perímetros de protección.

El uso y utilización de los terrenos comprendidos en los mismos será limitado y restringido en orden a su edificabilidad y explotación según lo requiera las circunstancias concretas que en cada caso justificaron la declaración del correspondiente perímetro de protección, que se debe llevar a cabo por el Ejecutivo Nacional.

La ejecución de obras que modifiquen la situación que dio lugar a la declaración del perímetro de protección, debe llevar consigo la modificación del mismo o, en su caso, de la extensión y naturaleza de las limitaciones impuestas.

5. *La protección de las aguas*

54. *El control de la contaminación*

La Autoridad de Aguas debe regular, mediante prohibiciones, restricciones y demás medidas necesarias de policía administrativa, los hechos del hombre o de la naturaleza que directa o indirectamente puedan producir contaminación o degradación de las aguas.

55. *Los vertidos*

La descarga de contaminantes líquidos, sólidos y gaseosos que directa o indirectamente puedan degradar la calidad del agua, debe quedar sujeta a las disposiciones de la Autoridad de Aguas, la cual puede disponer la sustitución de materias utilizadas en el proceso productivo, la modificación o sustitución en dichos procesos, o la instalación o adaptación de dispositivos que impidan o disminuyan el vertido de contaminantes.

56. *Las aguas residuales*

En particular, quedan sujetas a las disposiciones de la Autoridad de Aguas, el ejercicio de las competencias municipales en materia de aguas residuales.

Debe preverse que queda sujeto a la Autoridad de Aguas, el vertido, inyección, derrame o infiltración de cualquier tipo de sustancia, residuo, líquido o energía en los sistemas de cloacas o en otros sistemas de recolección de aguas, cuando interfieran los procesos de depuración, descarga o posterior utilización de las aguas residuales.

La Autoridad de Aguas establecerá los requisitos sanitarios necesarios para la reutilización del agua, así como para los vertidos o descargas en el mar, en coordinación con el competente en materia de salud.

57. *Las sanciones*

La Ley debe prever las infracciones a las prohibiciones, restricciones y demás medidas que se dicten conforme a la misma, así como en su caso, a las sanciones pecuniarias a que haya lugar entre las que puede regularse la clausura temporal o definitiva de los establecimientos que con su actividad alteren o contaminen directa o indirectamente el agua, o a la rescisión de la concesión.

58. *La ocupación temporal*

La Autoridad de Aguas puede disponer la ocupación temporal, total o parcial de las fuentes contaminantes de las aguas, a los efectos de adoptar las medidas necesarias para impedir la contaminación en protección de la salud y del medio ambiente.

6. *Disposición final*

59. *Las limitaciones a la propiedad*

Las prohibiciones, restricciones y demás medidas que resulten o se impongan de conformidad con la ley, constituyen limitaciones legales a la propiedad y no dar derecho al pago de indemnización alguna por parte del Estado.

60. *Adaptación de los aprovechamientos*

Debe regularse que todos los aprovechamientos de recursos hidráulicos que se hubieren venido realizando sin concesión con anterioridad a la ley, deben adaptarse a su contenido, para lo cual deben solicitarse, en un lapso determinado, las correspondientes concesiones, las cuales pueden ser otorgadas por la Auto-

ridad de Aguas.

Transcurrido el lapso señalado, los aprovechamientos para cuya continuación no se hubiere solicitado la respectiva concesión, se deben considerar como aprovechamientos ilegales.