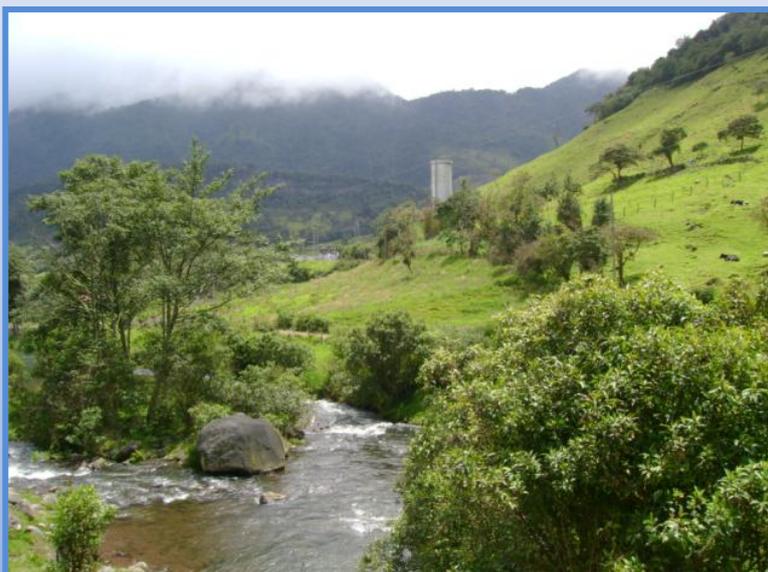




**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
FLACSO SEDE ECUADOR**

PROGRAMA DE ESTUDIOS AMBIENTALES

**¿LA GESTIÓN DEL AGUA COMO BIEN PÚBLICO CONTRIBUYE A LA
CONSERVACIÓN AMBIENTAL?**



Por:

SANTIAGO VALLEJO GALÁRRAGA

Director de Tesis:

TEODORO BUSTAMANTE PONCE

QUITO, SEPTIEMBRE DE 2008

CONTENIDO

Índice General.-

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	2
CONTENIDO	3
Índice General.-	3
Índice de Fotografías.-	7
Fotografías del Capítulo Segundo.-	7
Fotografías del Capítulo Tercero.-.....	8
Fotografías del Capítulo Cuarto.-	9
Índice de Gráficos.-	9
Gráficos del Capítulo Segundo.-	10
Gráficos del Capítulo Tercero.-.....	10
Gráficos del Capítulo Cuarto.-	11
Índice de Tablas.-	12
RESUMEN EJECUTIVO	13
INTRODUCCIÓN	15
Definición del problema, pregunta central y secundaria.-	15
Planteamiento teórico.-	18
Objetivos General y específicos.-.....	20
General.-.....	20
Específicos.-	20
Metodología de la investigación.-	21
Horizonte Espacial.-.....	21
Recolección, registro y ordenamiento de información: fuentes, técnicas, programas de registro.-	21
Análisis de información, según propuesta teórica del proyecto.-.....	22
I. MARCO TEÓRICO	24
El Agua y el Desarrollo Sostenible: Reflexiones sobre Conservación, Sociedad y Derecho	24

1.1 La Conservación del Agua en el contexto del Desarrollo Sostenible.-	24
1.1.1 Los Antecedentes del Desarrollo Sostenible y la Conservación Ambiental del Agua.-	24
1.1.2 Estrategia Mundial para la Conservación.-	31
1.1.3 El Informe Brundtland.-	34
1.1.4 Cuidar la Tierra.-.....	35
1.1.5 La Declaración de Dublín.-	38
1.1.6 La Agenda 21 y la Cumbre para la Tierra.-.....	40
1.1.7 La Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible.-.....	42
1.1.8 La conservación del agua en otros documentos y declaraciones.-.....	43
1.1.9 Las críticas al Desarrollo Sostenible.-.....	47
1.2 Las dimensiones del Desarrollo Sostenible de los Recursos Hídricos.-	49
1.2.1 La Dimensión Ambiental.-	52
1.2.2 La Dimensión Económica.-	55
1.2.3 La Dimensión Social.-.....	58
1.3 Derecho y Sociedad: El orden jurídico como objeto de estudio de las Ciencias Sociales.-	62
1.3.1 El Derecho en el pensamiento sociológico clásico.-.....	62
1.3.2 Ehrlich y el Derecho Vivo.-.....	68
1.3.3 La crisis del Derecho Moderno.-	70
1.3.4 La Sociología del Derecho en América Latina.-.....	73
II. DISCUSIÓN JURÍDICA.....	76
El Agua como bien público.....	76
2.1 El Agua en la Teoría del Dominio Público.-.....	76
2.1.1 Características del Dominio Público.-.....	79
2.1.2 La inalienabilidad.-	80
2.1.3 La imprescriptibilidad.-	83
2.1.4 Cuestiones debatidas a propósito de la propiedad dominial.-	84
2.1.5 Elementos del dominio público.-	90
2.1.6 El Dominio Público Hidráulico y su clasificación.-	91
2.1.7 Las Aguas Terrestres.-.....	93
2.1.8 El Dominio Público Fluvial y Lacustre.-.....	94

2.2 La propiedad del agua en la historia del marco legal ecuatoriano.-	99
2.2.1 La primera ley oficial de aguas de 1832.-	99
2.2.2 El Código Civil de 1860.-.....	101
2.2.3 La Ley de Aguas de la Dictadura en 1936.-	103
2.2.4 La Codificación de Ley de Aguas de 1960.-	108
2.2.5 La Ley de Condominio de Aguas de 1960.-.....	111
2.2.6 La Ley de Aguas de 1972, el fin de la propiedad privada.-.....	112
2.2.7 La nueva codificación de la Ley de Aguas de 2004.-	115
2.2.8 Cronología legislativa.-	117
2.3 La doctrina jurídica del agua como bien público en el Ecuador.-	118
2.3.1 Las aguas privadas y las tendencias socializadoras del régimen jurídico (1830-1972).-.....	119
2.3.2 El fin de la propiedad privada (desde 1972 hasta la actualidad).-	123
2.3.3 La dominialidad del agua y la exigencia de un elemento subjetivo.-	128
2.3.4 El agua como objeto de la dominialidad.-	130
2.3.5 El Elemento Teleológico del agua.-.....	132
2.3.6 El Elemento Normativo del dominio público hidráulico.-	132
III. ESTUDIO DE CASO	134
Las Condiciones del Desarrollo Sostenible en Papallacta	134
3.1 Localización Geográfica del Área de Estudio.-.....	134
3.2 Aspectos Ambientales.-	134
3.2.1 Climatología.-	135
3.2.2 Geología y Geomorfología (Suelo).-.....	139
3.2.3 Cobertura vegetal.-.....	140
3.2.4 Fauna Nativa y Silvestre.-	144
3.2.5 Principales problemas ambientales.-.....	146
3.3 Aspectos Sociales.-	149
3.3.1 Dinámica Demográfica.-	150
3.3.2 Características generales de la población.-.....	152
3.3.3 Indicadores de Educación.-.....	153
3.3.4 Indicadores de Salud Pública.-	157
3.3.5 Flujo Migratorio Estimado.-	158

3.3.6 Indicadores de Vivienda.-.....	160
3.3.7 Servicios generales.-	162
3.3.8 Principales problemas sociales.-	166
3.4 Aspectos Económicos.-.....	168
3.4.1 Población Económicamente Activa.-	169
3.4.2 Composición de la Población Económicamente Activa.-	170
3.4.3 Actividades Agropecuarias.-	175
3.4.4 Explotación de minas y canteras.-	177
3.4.5 Construcción en Papallacta.-	177
3.4.6 Otras Ramas de Actividad.-.....	179
3.4.7 Principales problemas económicos.-.....	182
IV. GESTIÓN DEL AGUA.....	186
Usos, Usuarios, Actores y Perspectivas de Manejo en el marco del Desarrollo Sostenible	186
4.1 La Gestión Ambiental como un proceso de responsabilidades compartidas.-	186
4.1.1 El Concepto y Alcance de la Gestión Ambiental.-	186
4.1.2 Principios de Gestión Ambiental en el Ecuador.-.....	189
4.1.3 La Gestión Integrada de Recursos Hídricos.-.....	192
4.1.4 La Gestión de la Microcuenca del Río Papallacta.-	194
4.2 Principales Actores Institucionales de la Gestión del Agua en Papallacta.-...	195
4.2.1 Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH).-.....	195
4.2.2 Ministerio del Ambiente.-	198
4.2.3 Empresa Metropolitana de Alcantarillado y Agua Potable de Quito (EMAAP-Q).-.....	199
4.2.4 Compañía ECOLUZ S.A.-	204
4.2.5 Fondo para la Protección del Agua (FONAG).-.....	206
4.2.6 Termas de Papallacta.-	207
4.2.7 Fundación Ecológica Rumicocha.-	208
4.2.8 Fundación Artesana.-	209
4.2.9 Instituto Nacional de Meteorología e Hidrología (INAMHI).-	209
4.2.10 Municipio del Cantón Quijos.-	209
4.2.11 Comuna Jamanco.-.....	210

4.2.12 Otros actores del agua en Papallacta.-.....	210
4.3 Estado Actual de los Recursos Hídricos en Papallacta.-.....	211
4.3.1 Usos y Usuarios del Agua en la Microcuenca del Río Papallacta.-.....	212
4.3.2 Cantidad de Agua en la Microcuenca del Río Papallacta.-	218
4.3.3 Calidad de Agua en la Microcuenca del Río Papallacta.-	226
4.3.4 Abastecimiento de Agua en Papallacta.-.....	230
4.3.5 Consideraciones finales respecto del dominio público del agua.-	233
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	236
5.1 Conclusiones Generales.-.....	236
5.1.1 El agua como bien jurídico público y privado.-	236
5.1.2 Aporte de la concepción jurídica del agua como bien público a la conservación.-.....	238
5.1.3 Evaluación de cumplimiento de los objetivos.-.....	240
5.1.4 Evaluación de los resultados esperados.-	241
5.2 Recomendaciones.-	241
5.3 Temas de discusión para futuras investigaciones.-.....	242
ACRÓNIMOS UTILIZADOS	244
BIBLIOGRAFÍA.....	246
Fuentes Documentales.-.....	246
Libros, artículos de libros, revistas y otras publicaciones periódicas.-	246
Estadística.-	270
Fuentes Normativas.-.....	271
Sentencias Judiciales y Actos Administrativos.-.....	271
Ordenamiento Jurídico Vigente.-	272
Legislación Histórica.-	273
Páginas Web:.....	276
Fuentes de Prensa:	277
Entrevistas:.....	277

Índice de Fotografías.-

Fotografías del Capítulo Segundo.-

Fotografía No. 2.1 Curso de Agua	95
Fotografía No. 2.2 Cauce y Ribera.....	95
Fotografía No. 2.3 Río Balaquepe antes de la descarga	98
Fotografía No. 2.4 Río Balaquepe después de la descarga	98
Fotografía No. 2.5 Laguna de Yahuarcocha	98

Fotografías del Capítulo Tercero.-

Fotografía No. 3.1 Nubosidad de Papallacta en día nublado	139
Fotografía No. 3.2 Textura del suelo intervenido en Papallacta	140
Fotografía No. 3.3 Cobertura Vegetal en las zonas altas.....	141
Fotografía No. 3.4 Panorámica de la Cobertura Vegetal de zonas medias.....	141
Fotografía No. 3.5 Bosque Siempre Verde Montano Alto	143
Fotografía No. 3.6 Páramo Herbáceo o de Pajonales.....	143
Fotografía No. 3.7 Páramo de Almohadillas	144
Fotografía No. 3.8 Herbazal Lacustre Montano Alto.....	144
Fotografía No. 3.9 Especies de mamíferos en Papallacta.....	146
Fotografía No. 3.10 Cambio en el uso del suelo en Papallacta.....	147
Fotografía No. 3.11 Pérdida de bosque natural en Papallacta	147
Fotografía No. 3.12 Desordenados asentamientos humanos en Papallacta.....	148
Fotografía No. 3.13 Contaminación ambiental en Papallacta.....	148
Fotografía No. 3.14 Escuela Fiscal Mixta General Quisquis - Papallacta	154
Fotografía No. 3.15 Subcentro de Salud Rural (SCR) - Papallacta	157
Fotografía No. 3.16 Vialidad en Papallacta	165
Fotografía No. 3.17 Transporte en Papallacta	165
Fotografía No. 3.18 Inseguridad en Papallacta	166
Fotografía No. 3.19 Aspectos Culturales en Papallacta	166
Fotografía No. 3.20 Estado de la Carretera	167
Fotografía No. 3.21 Consumo de Agua no Potabilizada	168
Fotografía No. 3.22 Producción de Leche en Papallacta.....	176
Fotografía No. 3.23 Estación No. 5, Papallacta, SOTE.....	177

Fotografía No. 3.24 Estación Elevadora EMAAP-Q, Papallacta.....	178
Fotografía No. 3.25 Presa Salve Faccha EMAAP-Q, Oyacachi.....	178
Fotografía No. 3.26 Señalización del Oleoducto de Crudos Pesados	179
Fotografía No. 3.27 Instalaciones de Termas de Papallacta	179
Fotografía No. 3.28 Complejo Turístico Jamanco	181
Fotografía No. 3.29 Complejo Turístico Santa Catalina	181
Fotografía No. 3.30 Infraestructura turística complementaria en Papallacta	181
Fotografía No. 3.31 Asociación de Vendedores Santa Catalina	182
Fotografía No. 3.32 Centro Nacional de Piscicultura Interandina Papallacta	182
Fotografía No. 3.33 Junta Parroquial de Papallacta	183
Fotografía No. 3.34 Niños limpiando el río Papallacta	184
Fotografía No. 3.35 Dependencia de la Producción Lechera	185

Fotografías del Capítulo Cuarto.-

Fotografía No. 4.1 Río Papallacta	196
Fotografía No. 4.2 Letrero Informativo Reserva Ecológica Antisana	198
Fotografía No. 4.3 Planta de Tratamiento Bellavista, EMAAP-Q.....	200
Fotografía No. 4.4 Turbina de Generación ECOLUZ S.A.	204
Fotografía No. 4.5 Programa de Reforestación - FONAG	206
Fotografía No. 4.6 Ingreso al Balneario “Termas de Papallacta”	208
Fotografía No. 4.7 Centro de Interpretación – Fundación Terra	208
Fotografía No. 4.8 Construcción de Invernaderos	208
Fotografía No. 4.9 Programa de Desarrollo Forestal Comunal	209
Fotografía No. 4.10 Represa Parcacocha, ECOLUZ S.A.	213
Fotografía No. 4.11 Centro Nacional de Piscicultura Interandina Papallacta	214
Fotografía No. 4.12 Descargas directa al río sin tratamiento previo.....	229
Fotografía No. 4.13 Trampa de Grasas Termas de Papallacta.....	229
Fotografía No. 4.14 Fase Final del Sistema de Tratamiento	229
Fotografía No. 4.15 Acceso restringido al río Papallacta.....	234

Índice de Gráficos.-

Gráficos del Capítulo Segundo.-

Gráfico No. 2.1 Componentes de los cursos de agua	96
Gráfico No. 2.2 Decurso cronológico de la propiedad del agua en el Ecuador	118

Gráficos del Capítulo Tercero.-

Gráfico No. 3.1 Área de Estudio	134
Gráfico No. 3.2 Temperatura Promedio Mensual (°C)	135
Gráfico No. 3.3 Precipitación Promedio Mensual (mm).....	136
Gráfico No. 3.4 Humedad Relativa Promedio Mensual (%)	137
Gráfico No. 3.5 Nubosidad (octas).....	138
Gráfico No. 3.6 Viento (m/s)	139
Gráfico No. 3.7 Papallacta en el Diagrama de Zonas de Vida de Holdridge	142
Gráfico No. 3.8 Principales especies de aves en Papallacta	145
Gráfico No. 3.9 Avifauna destacada en Papallacta	146
Gráfico No. 3.10 Tasa Histórica de Crecimiento Poblacional (%).....	151
Gráfico No. 3.11 Población de Papallacta por rangos de edad y sexo al año 2001 ..	152
Gráfico No. 3.12 Autoidentificación étnico racial de Papallacta.....	153
Gráfico No. 3.13 Nivel Histórico de Instrucción – Papallacta (%).....	154
Gráfico No. 3.14 Índice de Escolaridad – Papallacta.....	155
Gráfico No. 3.15 Asistencia a Establecimientos de Enseñanza.....	156
Gráfico No. 3.16 Nivel de Analfabetismo – Papallacta (%).....	156
Gráfico No. 3.17 Mapa de Atenciones de Salud - Napo (Área No. 2).....	158
Gráfico No. 3.18 Natalidad y Mortalidad históricas en Papallacta.....	158
Gráfico No. 3.19 Flujo Migratorio Estimado en Papallacta	160
Gráfico No. 3.20 Histórico de habitantes por vivienda	160
Gráfico No. 3.21 Status histórico de propiedad de Viviendas – Papallacta	161
Gráfico No. 3.22 Histórico de Tipos de Vivienda – Papallacta.....	161
Gráfico No. 3.23 Tipos de Vivienda - Papallacta - 2001	162
Gráfico No. 3.24 Déficit de Servicios Residenciales Básicos	163

Gráfico No. 3.25 Eliminación de Excretas en Papallacta, 2001	163
Gráfico No. 3.26 Recolección de Basura en Papallacta, 2001.....	163
Gráfico No. 3.27 Servicio Eléctrico en Papallacta, 2001	164
Gráfico No. 3.28 Servicio Telefónico en Papallacta, 2001	164
Gráfico No. 3.29 PEA versus Población Total, 1990- 2001	169
Gráfico No. 3.30 Categorías en la Ocupación, Papallacta 1990- 2001	171
Gráfico No. 3.31 Distribución de la instrucción según las categorías en la ocupación de Papallacta al 2001	171
Gráfico No. 3.32 Grupos de Ocupación en Papallacta al 2001.....	172
Gráfico No. 3.33 Ramas de Actividad en Papallacta al 2001	173
Gráfico No. 3.34 Composición de las Actividades Agropecuarias.....	176
Gráfico No. 3.35 Composición de las Actividades de Construcción	178
Gráfico No. 3.36 Transporte y comunicaciones.....	180
Gráfico No. 3.37 Actividades Turísticas en Papallacta	180
Gráfico No. 3.38 Detalle de Inversión por Cuencas FONAG	184

Gráficos del Capítulo Cuarto.-

Gráfico No. 4.1 Número de derechos de Aprovechamiento - Nacional.....	211
Gráfico No. 4.2 Caudales Otorgados (l/s) - Nacional	211
Gráfico No. 4.3 Usos en la Microcuenca del Río Papallacta (%).....	216
Gráfico No. 4.4 Usuarios en la Microcuenca del Río Papallacta (%).....	216
Gráfico No. 4.5 Captaciones en la Microcuenca del Río Papallacta por Número de Proceso (Sistema: PSAD56)	217
Gráfico No. 4.6 Caudales medios diarios de la Estación H718, Quijos en Baeza, entre 1985 y 2004 (En litros por segundo).....	219
Gráfico No. 4.7 Caudales Medios Mensuales en la Estación H718 (l/s).....	221
Gráfico No. 4.8 Caudales medios mensuales versus caudales concesionados en las microcuencas de los ríos Quijos y Papallacta (En litros por segundo)	222
Gráfico No. 4.9 Caudales Medios Diarios versus Usos Totales (l/s).....	224
Gráfico No. 4.10 Caudales Medios Mensuales antes y después de 1990 (l/s).....	225
Gráfico No. 4.11 Líneas de Tendencia y Coeficientes de Determinación (R^2)	226

Gráfico No. 4.12 Histórico de obtención de agua por red pública dentro de la vivienda (%) - Papallacta -.....	230
Gráfico No. 4.13 Porcentaje de viviendas con abastecimiento de agua por red pública dentro de la vivienda, al 2001	231
Gráfico No. 4.14 Obtención de Agua (%)	231
Gráfico No. 4.15 Medio de donde proviene el Agua (%).....	232
Gráfico No. 4.16 Hogares con ducha exclusiva (%) – Papallacta	232
Gráfico No. 4.17 Hogares con servicio higiénico exclusivo (%) – Papallacta	232

Índice de Tablas.-

Tabla No. 2.1 Clasificaciones doctrinarias de las Aguas Terrestres	94
Tabla No. 4.1 Definiciones de Gestión Ambiental	187
Tabla No. 4.2 Aprovechamiento de aguas EMAAP-Q	200
Tabla No. 4.3 Recursos Acumulados del FONAG (Miles de Dólares).....	207
Tabla No. 4.4 Tipos de Usos de Aguas en el Ecuador	212
Tabla No. 4.5 Caudales adjudicados en la Microcuenca del Río Papallacta (l/s).....	212
Tabla No. 4.6 Sistema Hidrográfico del área de estudio	218
Tabla No. 4.7 Lista de Chequeo de Caudales Medios Diarios de la Estación H718	219
Tabla No. 4.8 Caudales adjudicados en la Microcuenca del Río Quijos (l/s)	222
Tabla No. 4.9 Resultados del Análisis Hidroquímico en la Estación H718	227

II. DISCUSIÓN JURÍDICA

El Agua como bien público

2.1 El Agua en la Teoría del Dominio Público.-

En términos generales, la “teoría del dominio público” consiste en el estudio de una masa o conjunto de bienes que se encuentran *sometidos a un régimen jurídico especial* de Derecho Público (Marienhoff, 1960: 41).

Atendiendo a los principios romanistas, los bienes pueden ser particulares y nacionales, en razón de la titularidad que se ejerza sobre ellos. Alessandri y Somarriva explican que los individuos y las personas jurídicas privadas ejercen titularidad sobre los bienes particulares; mientras que, sobre los bienes nacionales, ejerce titularidad toda la nación. Asimismo, en consideración a la naturaleza jurídica de la propiedad, los bienes pueden ser públicos y privados. Ambas clasificaciones guardan una estrecha relación entre sí. De hecho, las calidades de bien particular y bien privado concuerdan en todos los casos, porque su naturaleza jurídica siempre es la misma. Sin embargo, esto no ocurre con los bienes nacionales que pueden ser indistintamente públicos o privados (Cf. 1974: 98-99).

La definición generalmente aceptada de los bienes nacionales, en los países de corte romanista como el Ecuador, es aquella que consta en el primer inciso del Art. 604 del Código Civil Ecuatoriano²⁵ (CC): “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda*”.

Los bienes nacionales pueden ser de dos clases. Por una parte, aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, “*...como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, [...] los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros sobre el nivel del mar*” (inciso 2º del

²⁵ Codificación del Código Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

Art.604 CC). Estos bienes se denominan: *bienes nacionales de uso público* o simplemente *bienes públicos*.

Por otra parte, se encuentran los *bienes del Estado o bienes fiscales*, cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, tales como:

...todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño, [...] las plataformas o zócalos submarinos, continental e insular, adyacentes a las costas ecuatorianas, y las riquezas que se encuentran en aquellos, [...] las minas y yacimientos que determinan las leyes especiales respectivas,..., entre otros (Arts. 604-607 CC).

La *teoría del dominio público* implica abordar el conjunto conformado por los bienes nacionales de uso público o bienes públicos; no así por los bienes del Estado o fiscales que, más bien, conforman el patrimonio del Estado, en razón de su personería jurídica única.

La naturaleza privada de los bienes fiscales los coloca en una condición jurídica similar a la de los bienes de los particulares, lo cual implica que pueden enajenarse, hipotecarse, embargarse o adquirirse por prescripción; pero no significa que se acogen exactamente al mismo estatuto jurídico (Cf. Alessandri y Somarriva, Op. Cit. 101).

Juan Larrea Holguín concuerda con este criterio. Para él, la “...*compleja realidad de la acción múltiple del Estado, se ha pretendido esquematizar en la sencilla división de un patrimonio público y un patrimonio privado...*”, cuando en realidad, los bienes del Estado también se regulan a través de leyes especiales de Derecho Público y Derecho Administrativo, dada su finalidad propia de buscar: “...*el servicio público para la realización del bien común*” (Larrea, 2005: 492-493).

A modo de ejemplo, los recursos naturales no renovables como los minerales e hidrocarburos son regulados por leyes especiales de carácter administrativo y alcance nacional. Verbigracia la Ley de Minería (LM)²⁶ o la Ley de Hidrocarburos (LH)²⁷. En

²⁶ Ley de Minería, Ley No. 126, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 695, de 31 de mayo de 1991.

el mismo sentido, el Reglamento general sustitutivo para el manejo y administración de bienes del sector público²⁸ constituye el fundamento jurídico de la gestión administrativa de los bienes que pertenecen a los organismos y dependencias de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial, de los organismos electorales, de las entidades de control y regulación, entre otras (Art. 118 de la Constitución Política de la República²⁹).

En tal virtud, los recursos hídricos deben ser analizados desde la teoría del dominio público, puesto que el ordenamiento jurídico del Ecuador los considera expresamente bienes nacionales de uso público. Así se establece en las siguientes normas:

Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley (Inc. 4° del Art. 247 de la Constitución).

Las aguas de ríos, lagos, lagunas, manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes, y las subterráneas, afloradas o no, **son bienes nacionales de uso público**, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible; no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación (Inc. 1° del Art. 2 de la Ley de Aguas³⁰, LAg).

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, así como los lagos naturales, **son bienes nacionales de uso público** (Inc. 1° del Art. 612 del Código Civil, CC).

Se debe aclarar, sin embargo, que el sistema legal ecuatoriano no es homogéneo en este aspecto, puesto que existen normas jurídicas que confunden la naturaleza pública del agua. Este es el caso, por ejemplo, del antes citado inciso cuarto del Art. 247 de la Constitución, que determina que el uso y aprovechamiento del agua “*corresponderá al Estado*”.

Esta disposición contraría la naturaleza de los bienes públicos puesto que, como quedó señalado, el uso pertenece a la nación toda. El Estado es un mero custodio y

²⁷ Ley de Hidrocarburos, Decreto Supremo No. 2967, publicado en el Registro Oficial No. 711, de 15 de noviembre de 1978.

²⁸ Reglamento general sustitutivo para el manejo y administración de bienes del sector público, publicado en el Registro Oficial No. 378, de 17 de octubre de 2006.

²⁹ Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.

³⁰ Codificación de la Ley de Aguas, C. 2004-016, publicada en el Registro Oficial No. 339 de 20 de mayo de 2004.

administrador de los recursos hídricos, pero no ejerce ninguna clase de derechos sobre ellos, porque la ley no le concede ninguno. En el mismo sentido, se ha expresado Diego Pazmiño (Cf. 2004: 11).

Ello plantea una paradoja jurídica porque, a pesar de que tanto el Código Civil como la Ley de Aguas son anteriores a la Constitución de 1998, esta última posee un nivel axiológico superior; y, en consecuencia, modifica las normas de inferior jerarquía. Sin embargo, la disposición constitucional es extraña al sistema de administración de aguas vigente; y, más aún, carece de una ley que permita su ejecución práctica.

Otro ejemplo es la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (LRSE)³¹, cuyo Art. 2 dispone que: *“El Estado es el titular de la propiedad inalienable e imprescriptible de los recursos naturales que permiten la generación de energía eléctrica”*; es decir, tratándose del agua -como elemento indispensable para la generación de energía hidroeléctrica- la norma fusiona dos conceptos teóricamente distintos: el uso público con la categoría de bien fiscal.

Asimismo, la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM)³² incurre en una confusión conceptual cuando su Art. 249 dispone que: *“Son bienes municipales aquellos sobre los cuales las municipalidades ejercen dominio”*; mientras el Art. 252 LORM incluye en dicha categoría a los bienes de *“dominio y uso público”*, como los ríos y sus lechos, que no pueden ser incluidos *“...contablemente en el activo del balance municipal”*, pues no constituyen bienes fiscales.

2.1.1 Características del Dominio Público.-

Los antecedentes más remotos de la caracterización de los bienes públicos pueden ser situados, históricamente, en el propio Derecho Romano. Según Eduardo Carrión, los romanos diferenciaban entre las cosas *“quae sunt in uso publico”* o aquellas que estaban destinadas al uso común, como los ríos, caminos y plazas públicas, a las

³¹ Ley de Régimen del Sector Eléctrico, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 43, de 10 de octubre de 1996.

³² Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, No. 16, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 159, de 5 de diciembre de 2005.

cuales denominaban: “*res publicae*” o “*loca publica*”, de aquellas que pertenecían al Fisco: “*in pecunia populi*” o “*in patrimonio fisci*” (Cf. 1987: 137).

Adicionalmente, los autores romanos distinguían a las *res divinis*, como “...*las cosas consagradas por los sacerdotes a los dioses...*”; y, a aquellas comunes a todos los habitantes, como el agua, el aire y el mar, a las cuales denominaban: *res communes omnium* (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo IV, 1954: 1022)

Sin embargo, a decir del profesor Marienhoff, estas nociones “...*no fueron precisas y concretas, sino vagas e inorgánicas*”. Fue, más bien, gracias a la doctrina francesa y su esfuerzo sistematizador, a través de autores como Barckhausen y Jèze, la que promovió la armonización de los principios jurídicos que actualmente rigen al dominio público. Algunos años más tarde, el jurisconsulto alemán Otto Mayer fue quien terminó por aclarar las dudas persistentes en las doctrinas clásicas (Cf. Op. Cit. 41-42).

A pesar de ello, la discrepancia de criterios, respecto de cuáles son o deben ser los elementos integradores del dominio público, continúa hasta la actualidad. Por citar un ejemplo, aún perduran voces discordantes sobre si la calidad de bienes públicos constituye una característica inherente a su propia naturaleza; o si, por el contrario, obedece a su afectación al uso o a la prestación de un servicio público. En todo caso, buena parte de la doctrina jurídica, incluso contemporánea, coincide en que, al menos, los bienes públicos deben cumplir un par de requisitos *sin equa non*. Estos son: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad.

2.1.2 La inalienabilidad.-

La inalienabilidad hace referencia a aquellos bienes que se encuentran “fuera del comercio” cuya transferencia de propiedad está prohibida por la ley, o como se afirmaba en el Derecho Romano: “*res extra commercium*”, en contraposición de aquellos bienes “*res in commercium*”, susceptibles de comercialidad (Cf. Canasi, 1972: 848).

Esta característica comporta la imposibilidad de enajenar o transferir el dominio de aquellos bienes afectados por el uso o la utilidad pública, puesto que no cabe ejercer sobre ellos derechos de propiedad de ninguna especie.

Rafael Bielsa sostiene que sobre los bienes dominiales no existe ninguna forma de propiedad, al menos entendida desde el punto de vista del Derecho Civil, porque aún históricamente su uso directo ha sido ejercido por colectividades, y no por individualidades. Incluso va mucho más allá, al afirmar que la inalienabilidad “...impide que sobre... [las cosas públicas] ...haya posesión ni tenencia de particulares o personas privadas, que dispondrían de ellas, según sus exclusivos intereses” (1964: 457-458, 475).

En todo caso, aclara que dicha “imposibilidad” no puede ser interpretada de modo absoluto, ya que, bajo ciertas circunstancias, podría ejercerse un derecho de uso especial a través de la concesión, tratándose de intereses colectivos, o del permiso, tratándose de intereses particulares o privados; siempre y cuando dichos usos sean compatibles “...con la naturaleza y destino de uso de la cosa”. Ello efectivamente ocurre en el sistema legal del Ecuador; según el cual, las aguas se administran por la vía del otorgamiento de derechos de aprovechamiento. (Ibíd. 475)

La legislación ecuatoriana ha recogido expresamente este principio, particularmente en cuanto se refiere a los recursos hídricos, a través de las distintas normas jurídicas vigentes. Así, el Art. 247 de la Constitución dispone que el dominio de las aguas sea *inalienable*.

Tal disposición es confirmada por el Art. 2 LAg, que manifiesta que las aguas “...están fuera del comercio y su dominio es inalienable [...] no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación”; y, por el inciso tercero del Art. 612 CC que establece que: “No hay ni se reconoce derechos de dominio adquiridos sobre ellas y los preexistentes solo se limitan a su uso en cuanto sea eficiente y de acuerdo con la Ley de Aguas”.

Al respecto, cabe un cuestionamiento importante. Durante la codificación del año 2004, se agregó a la Ley de Aguas una disposición procedente de la Ley de Desarrollo Agrario, que establece el traspaso del derecho de aprovechamiento de aguas, en los casos en que existe transferencia de dominio de los predios que se sirven de ella. Esta norma es contradictoria con el principio de inalienabilidad y, al mismo tiempo, resulta extraña al sistema de administración de las aguas. La razón radica en que constituye una forma de adquirir el derecho de aprovechamiento mediante un mecanismo no contemplado en la propia norma y que, más bien, está asociado a una transferencia de propiedad del predio. Ello coloca al derecho de aprovechamiento dentro del comercio, lo cual está prohibido legalmente (Art. 5 LAg).

Para concluir, se debe resaltar que la inalienabilidad comporta algunas consecuencias jurídicas importantes. En palabras de Bielsa (Op. Cit. 476-480), las principales son:

- a) Los bienes públicos no son susceptibles de expropiación por parte del propio Estado, ya que resultaría un despropósito para la afectación al uso o servicio público.
- b) Los bienes públicos no pueden hipotecarse porque ello implicaría iniciar la transferencia de dominio. En el Ecuador, el Art. 2309 CC define a la hipoteca como un contrato por el que se entrega un bien inmueble a un acreedor, con el objeto de asegurar el crédito.
- c) Los bienes públicos no pueden ser embargados, puesto que ello implicaría una restricción incompatible con el uso general y especial de estos bienes. El embargo es un acto procesal precautorio o cautelar, ordenado por un juez. Es decir, tiene por objeto ejecutar un pago de una deuda por vía judicial o asegurar el pago de un crédito previamente a la iniciación de un juicio (Cf. Navarro, 2004: 5041-5042); y,
- d) Los bienes públicos no pueden ser reivindicados, debido a que la afectación dominial constituye título legítimo suficiente. El Art. 933 CC define a la

reivindicación, o “acción de dominio” como: “...*la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela*”. Sin embargo, la condición jurídica de los bienes públicos no es la posesión, sino una forma especial de propiedad, ya que se debe recordar que la propiedad de estos bienes “*pertenece a la nación toda*”.

2.1.3 La imprescriptibilidad.-

El segundo elemento indispensable, que integra y caracteriza a la dominialidad, hace alusión directa a la prohibición legal de acogerse a la figura jurídica de la “prescripción”. A través de ella, la ley admite que los particulares adquieran el dominio de ciertos bienes, en función de “*la posesión prolongada en el tiempo*” (Carrión, Op. Cit. 294).

Esta modalidad se denomina “prescripción adquisitiva de dominio”, y consiste en una forma de adquirir la propiedad de las cosas ajenas, por haberlas poseído durante cierto tiempo y concurriendo los demás requisitos establecidos por la ley (Arts. 603 y 2392 CC).

De cierto modo, la imprescriptibilidad constituye una derivación de la inalienabilidad. Es decir, en razón de que la inalienabilidad impide la adquisición del dominio de las cosas, y que la prescripción es un modo de efectuar tal adquisición; *ergo*, los bienes públicos son imprescriptibles debido a que son inalienables.

El antecedente inmediato de la adquisición del dominio, a través de la prescripción, es la posesión. Así lo determina la frase utilizada en el Art. 2392 CC: “...*por haberse poseído las cosas...*”. Sin embargo, según el Art. 2 LAg la invocación de la condición posesoria sobre recursos hídricos está expresamente prohibida, cuando se establece que dichos bienes “...*no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación*”.

Siguiendo al profesor Carrión, la posesión presupone el “*ánimo de señor y dueño*”, tal como lo determina el Art. 715 CC, en virtud de lo cual, solamente pueden ser objeto de posesión aquellas cosas apropiables. Por tal razón, el ilustre jurista es enfático en señalar que las cosas “...*que están fuera del comercio, como los bienes nacionales de uso público y las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, no entran en el campo posesorio*” (Op. Cit. 250).

Adicionalmente, la posesión se funda en la buena fe y en la legitimidad del título con el cual se posee. El Art. 717 CC se refiere a la necesidad de un “justo título” y de buena fe para adquirir la *posesión regular*. Sin embargo, una vez adquirida la posesión, la buena fe no prevalece, sino que se convierte en mala fe. Por tal razón, en caso de presentarse un litigio judicial, se invierte la carga de la prueba y, quien aduce la buena fe tiene que probarla; cuestión nada simple porque la misma norma establece la presunción de mala fe.

Por otro lado, si el título de adquisición es ilegítimo no cabe alegar la posesión, como cuando aquel adolece de un vicio de nulidad (Num. 3° del Art. 719 CC). Por ejemplo, si una persona adquiere, a través del título de la compraventa, un bien inmueble de carácter público (Vg. una laguna), no solamente que será considerado como poseedor de mala fe; sino que, además, incurrirá en la celebración de un contrato nulo por objeto ilícito. La razón se funda en la disposición del numeral primero del Art. 1480 CC, que dispone que existe objeto ilícito en la enajenación de las cosas que están fuera del comercio, arquetipo de los bienes públicos, y en particular de las fuentes hídricas.

Consecuentemente, si no existe posibilidad legal de argüir la posesión de bienes públicos, requisito previo de la prescripción, tampoco se podrá amparar en el transcurso del tiempo para adquirir la propiedad privada de esta clase de bienes.

2.1.4 Cuestiones debatidas a propósito de la propiedad dominial.-

En materia de dominialidad, existe prolífica literatura jurídica internacional que recoge dos debates relevantes. En primer lugar, se ha reprochado el análisis del dominio público desde la óptica del Derecho Civil, argumentando que se trata de una cuestión atinente al Derecho Administrativo; y, en segundo lugar, se ha discutido si efectivamente el Estado ejerce o no derechos de propiedad sobre estos bienes.

El análisis jurídico de los bienes públicos, desde la perspectiva civil o administrativa, tiene sus orígenes más remotos en el pueblo romano. Gayo, por ejemplo, creía que estos bienes pertenecían al “*conjunto de la comunidad jurídica*”, pero no distinguía el uso público del privado -bienes fiscales-, como sí lo hacía Justiniano. (Citados por Marienhoff, Op. Cit. 43).

En todo caso, las referencias bibliográficas indican que, en Roma, se reconocía la diferenciación entre bienes de uso público que estaban fuera del comercio, y bienes que pasaron a poder del emperador y se constituyeron en *cosas fiscales*. Empero, a pesar de este reconocimiento, nunca se llegó a estructurar una verdadera “teoría del dominio público”; por el contrario, en la práctica ambas clases de bienes terminaron confundándose entre sí, pasando todos a propiedad del emperador, aspecto que sentó las bases de los posteriores análisis civilistas del dominio público (Cf. *Ibíd.*, Bielsa, Op. Cit. 457).

La ausencia de una teoría estructurada de la dominialidad fue una cuestión que no pudo superarse hasta una época muy avanzada. Históricamente hablando, ni siquiera ante el advenimiento del Estado moderno. Según Mayer, algunos autores como Leyser, valiéndose de la vaguedad del Derecho Romano en este campo, propiciaron el mantenimiento del “*...status quo en favor de la propiedad del príncipe*” (1982: 94).

En este sentido, el apareamiento de la noción de Estado como “*persona moral*” empezó a provocar cambios en el tratamiento de los bienes dominiales. Surgieron teorías mucho más acopladas a la idea general del Derecho Romano, que se inclinaron hacia reconocer el “*uso de todos*”, como en el caso de Struve; pero,

asimismo, germinaron dudas respecto del ejercicio de la propiedad sobre estos bienes, dada la desaparición del monarca. El resultado fue que el Estado pasó a reemplazar al rey en la titularidad de estos bienes (Ibíd. 92-96).

La constante diferenciación doctrinaria entre “*actos de poder*” asociados a la dominialidad, y “*actos de índole patrimonial*” en relación a bienes privados o fiscales, dio origen al surgimiento de teorías que propugnaban una doble personalidad del Estado: pública y privada. En tal virtud, se generó -también sobre este punto- un prolongado y caluroso debate académico. Al respecto, se destaca la “teoría del fisco”, cuyo principal planteamiento consistió -según Fleiner- en considerar al derecho patrimonial del Estado como una parte del Derecho Privado (Citado por Bielsa, 1954: 65).

En su tiempo, Bielsa calificó a esta teoría como simplista, argumentando que no veía en el fisco “...*más que una persona civil, pues el derecho administrativo no existía sino como un conjunto de atribuciones de mera autoridad*³³, como un superior poder policial...”.

Fuera de toda discusión, este debate ha sido actualmente superado. En palabras de Julio César Trujillo, porque parece más correcto reconocer al Estado como una sola y única persona, que interviene en las relaciones jurídicas vestido de un carácter maleable, de acuerdo a la naturaleza de los actos o contratos que celebra. Lo importante, continúa Trujillo, es determinar la naturaleza del acto en el que interviene (Cf. 1994: 62).

En síntesis, el retardo en la sistematización y estructuración de la “teoría del dominio público” se debió, primordialmente, a la persistencia doctrinaria de analizar la dominialidad mediante principios de Derecho Civil. Así, en el caso particular de los recursos hídricos, los autores contemporáneos han llegado a considerar que:

³³ Lo resaltado corresponde al texto del Dr. Rafael Bielsa.

...el criterio civilista hizo pensar durante mucho tiempo que los derechos que los particulares pueden tener sobre las aguas de uso público era asunto de carácter privado, sin que apareciera por ninguna parte la idea de protección y superordenación de los bienes destinados al uso común. Ante este estado de cosas, las autoridades encargadas de aplicar aquellas normas permanecían perplejas ante los problemas de aguas, y cuando fallaban lo hacían con criterio civilista (Pontificia Universidad Javeriana. 1962: 52).

Con la misma orientación, a criterio de Marienhoff, la concepción civilista -de contenido privado- entorpeció el desarrollo de la teoría, porque sus postulados resultaban inarmónicos con la finalidad social que el dominio público persigue (Cf. Op. Cit. 42).

Hoy por hoy, la doctrina ya casi no discute sobre la naturaleza jurídica de la dominialidad en este punto, porque se ha generalizado la idea de que es en el Derecho Administrativo donde “...*deben buscarse las normas jurídicas que presiden su nacimiento y consagración,...*” (Canasi, Op. Cit. 848).

A escala nacional, si bien no se discute a profundidad el tema del dominio público, sí existen puntualizaciones al respecto de los bienes fiscales. Por ejemplo, Eduardo Carrión asevera que estos se acogen al ámbito privado con ciertas salvedades exigidas por la ley. Por su parte, Juan Larrea Holguín sostiene una tesis similar, al manifestar que los bienes que forman parte del patrimonio del Estado se rigen por una forma de propiedad especial, en la que intervienen aspectos de Derecho Administrativo, pero también Civil y Comercial (Cf. Carrión, Op. Cit. 140; Larrea, Op. Cit. 493).

Ahora, una segunda cuestión abundantemente debatida por los tratadistas, durante el siglo XX, consiste en determinar si el Estado ejerce o no efectivos derechos de propiedad sobre los bienes públicos, en particular sobre los hídricos. En este punto, existen criterios divididos, incluso hasta la actualidad.

Algunos autores contemporáneos³⁴, como Ducrocq, Berthélemy o Bielsa, niegan rotundamente cualquier forma de ejercicio de propiedad estatal sobre bienes públicos. El principal argumento radica en que la relación existente entre el Estado y los bienes de dominio público no contiene los tres elementos característicos de la propiedad: *usus, fructus* y *abusus*. El Estado no es titular del uso porque este pertenece al pueblo, ni del goce puesto que su característica es la gratuidad, no la onerosidad, ni de la disposición ya que se trata de bienes inalienables. A partir de ello, el Estado solamente posee una misión de guarda, de conservación; se diría, incluso, de custodia de tales bienes (Ver: Bielsa, Op. Cit. 456-464).

En contraposición, otros estudiosos³⁵, como Santi Romano, D'Alessio, Bullrich o Villegas Basavilbaso, atribuyen al Estado un derecho de propiedad sobre estos bienes. Los autores sostienen que, al momento de la desafectación del interés público, dichos bienes se incorporan a la órbita del Derecho Privado, cuestión que no sería razonable si previamente no existiera un estatuto jurídico privado que los reglamente. Además, se cuestiona el argumento de la propiedad ejercida por el pueblo, en virtud de que se trata de una *ficción*, que carece de individualidad jurídica reconocida; lo que no sucede con el Estado, cuya personalidad jurídica se encuentra plenamente prevista por casi todos los ordenamientos jurídicos modernos (Ver: Marienhoff, Op. Cit. 52-74).

Maurice Hauriou, en cambio, introdujo un criterio diferenciado. Para él, el Estado sí ejerce una forma de propiedad administrativa, caracterizada por la afectación a la utilidad o interés público. Se trata de una propiedad *sui generis*, cuyo dominio primigenio se asienta en lo privado; y, donde la naturaleza jurídica del derecho permanece inalterada, solamente regulando dos masas de bienes: una afectada al interés público y otra carente de afectación (Citado por Carrión, Op. Cit. 138-139).

En cuanto al Ecuador, es preciso reconocer que la ley no se refiere explícitamente a la titularidad del Estado sobre bienes públicos, los cuales se encuentran fuera del

³⁴ También han opinado a favor de este planteamiento: Brewer-Carias (1976: 65), Mariani de Vidal (2000: 389), Santander (2002: 136); y, Wolff (1951: 594)

³⁵ Se sugiere revisar los trabajos de: Canasi (Op. Cit. 831) y Cardona (2004: 90).

comercio y son inalienables e imprescriptibles, salvo los casos puntuales y equivocados de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico que trata a los recursos hídricos como bienes de propiedad del Estado; y, de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual establece que sobre todos los bienes municipales, sin distingo de su calidad de dominiales o privados, la Municipalidad ejerce derechos de propiedad.

No sucede lo mismo en cuanto a la titularidad que ejerce la “*nación toda*” sobre esta clase de bienes, aspecto al que el Código Civil se refiere de forma manifiesta. La “*nación toda*” o el pueblo no constituyen una mera categoría ficticia, sin ninguna individualidad jurídica, como se ha señalado por algunos autores. Tal argumentación confunde el reconocimiento de la personería jurídica con el de la legitimidad de la existencia del pueblo. Por ello Marienhoff, con acierto, asevera que el pueblo es el elemento previo que permite la existencia del Estado; es decir que, sin pueblo no hay tal Estado (Op. Cit. 67).

Tanto se reconoce la legitimidad del pueblo, particularmente en materia ambiental, que la propia Ley de Aguas otorga “*acción popular*”, como mecanismo para denunciar la contaminación del agua, acción judicial que puede ser propuesta por cualquier persona, a su nombre o al de una colectividad, sin necesidad de que ella o su grupo se consideren afectados por los daños. Disposiciones análogas se pueden encontrar en la Ley de Gestión Ambiental³⁶ (LGA) y en la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental³⁷ (LPCCA).

En términos teóricos, cuando en la literatura jurídica se hace referencia al elemento humano, al espacio físico y a la autoridad (también poder o soberanía) como los componentes estructurales o esenciales del Estado³⁸, la noción de “pueblo” no es abordada como sinónimo de “Estado”. El Estado es el “todo” y el pueblo es la “parte” (Trujillo, Op. Cit. 34-38).

³⁶ Codificación de la Ley de Gestión Ambiental. Codificación No. 19, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 418 de 10 de Septiembre de 2004.

³⁷ Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, Decreto Supremo No. 374, publicado en el Registro Oficial No. 97 de 31 de mayo de 1976.

³⁸ Existe una discrepancia al respecto en la doctrina ecuatoriana. Mientras Rodrigo Borja y Aurelio García hablan de “*elementos estructurales*”; Julio Tobar Donoso los denomina: “*esenciales*” (Trujillo, Op. Cit. 34).

Consecuentemente, la afirmación de que los bienes públicos pertenecen al Estado implica presuponer que Estado y pueblo son la misma cosa; o, en otras palabras, que el “todo” y la “parte” representan lo mismo. Por tal razón, Marienhoff manifiesta que *“...sostener que el Estado y no el pueblo es el sujeto del dominio de las cosas públicas, equivale a sostener que el Estado es dueño de sí mismo, lo cual es un absurdo”* (Op. Cit. 62).

2.1.5 Elementos del dominio público.-

Si bien el dominio público se caracteriza por la inalienabilidad y la imprescriptibilidad de los bienes que lo conforman, ambas particularidades no son suficientes para precisar su contenido. En tal virtud, es necesario considerar los cuatro elementos esenciales de la noción de dominialidad: subjetivo, objetivo, teleológico y normativo.

En efecto, en el ámbito del Derecho Administrativo, existen diversos trabajos que han priorizado el análisis de los elementos en cuestión; aunque no siempre de modo articulado. Las reflexiones sobre los aspectos subjetivo y objetivo han sido las más abundantes, dada la existencia del debate sobre el titular de la dominialidad (elemento subjetivo) y de las consideraciones respecto a qué clase de bienes la conforman (elemento objetivo).

Con menor frecuencia, también los componentes teleológico y normativo están presentes en varios estudios, aunque a menudo no se los identifica como tales. Por ejemplo, el elemento teleológico suele ser reconocido como la finalidad social de la dominialidad, o como la utilidad o interés público; mientras, el elemento normativo es objeto de discusión, principalmente frente a las teorías que han sostenido la existencia de bienes públicos por naturaleza.

A nivel latinoamericano, la sistematización teórica que realizó el profesor Miguel Marienhoff en 1960, a propósito de su Tratado del Dominio Público, fue determinante en esta materia; puesto que facilitó una metodología de análisis más

estructurada, en el ámbito administrativo, y permitió desarticular lo que quedaba de las reflexiones estrictamente civilistas. Réplicas de sus planteamientos han aparecido posteriormente en los trabajos, por ejemplo, de Roberto Dromi (2004) y Alejandro Taraborrelli (2007).

En el caso ecuatoriano, la obra de Aníbal Montenegro, también de 1960, recoge muy claramente las argumentaciones sobre los elementos del dominio público; aunque no es sistemática en su tratamiento. En realidad, la primera vez que se abordó el tema de los componentes dominiales en el Ecuador -de un modo más metódico y explícito- fue apenas en el año 2004, a propósito de la monografía de Diego Pazmiño. Un análisis pormenorizado, a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se incorpora más adelante.

2.1.6 El Dominio Público Hidráulico y su clasificación.-

Doctrinariamente, la clasificación de los recursos hídricos está asociada a la forma en que el agua se presenta en la naturaleza. De ello dependen su aprovechamiento y uso, así como también su importancia y utilidad.

La categorización más común que existe, entre los autores, es aquella que divide a los recursos hídricos en aguas: a) marítimas, b) pluviales; y c) terrestres, clasificación que no ha sido validada por la generalidad de la doctrina, sino en función de la posibilidad de apropiación humana; es decir, en relación a su calidad jurídica de pública o privada. Por tanto, se trata de una:

...clasificación que data desde antiguo, con una distinta concepción ante la ley, ya que el mar ha sido considerado como **res communis** o bien común; el agua de lluvia, como susceptible de apropiación o **res nullius**³⁹; y el agua terrestre, de dominio público o privado, según su magnitud, utilidad social, posibilidad material de apropiación y uso para la colectividad o para el particular (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo VII, 1954: 259).

³⁹ En el Derecho Romano, los bienes denominados "*res nullius*" eran aquellos que no pertenecían a nadie.

En el caso ecuatoriano, la clasificación del dominio público en general es bastante similar. Varios autores, como Eduardo Carrión, Nicolás Granja y Herman Jaramillo, coinciden en que existen cuatro formas (Carrión, Op. Cit. 140; Galindo, 2002: 263; y, Jaramillo, 1986: 74):

- a) Dominio Público Terrestre.
- b) Dominio Público Marítimo.
- c) Dominio Público Aéreo; y,
- d) Dominio Público Fluvial y Lacustre

Apriorísticamente, se podría pensar que el recurso hídrico se encuentra comprendido exclusivamente en las categorías del dominio público marítimo y del dominio público fluvial y lacustre. Sin embargo, la composición físico-química del agua hace que esta se presente de diversas formas en la naturaleza, aspecto que la convierte en un bien complejo e integrador de las cuatro formas de dominio público.

Así, el agua no solamente puede encontrarse en fuentes naturales como los mares, los ríos o los lagos; sino también en forma de nieve perpetua, componente del dominio público terrestre, según lo establece el inciso 2º del Art. 604 CC; y, también como nubes y lluvia, componentes del dominio público aéreo, aunque no existe disposición expresa en la legislación nacional.

En consecuencia, dependiendo del estado natural en que se presenta, el agua reviste características jurídicas sumamente disímiles, las cuales no podrían ser analizadas en conjunto, a través de un solo trabajo investigativo. Surge, entonces, la necesidad de limitar el objeto mismo de la reflexión jurídica a una única categoría que es la del dominio público fluvial y lacustre.

La intensa relación existente entre esta clase de fuentes naturales, su conservación ambiental y la satisfacción de las necesidades sociales básicas, entre otras razones, fundamentan la elección de esta categoría jurídica.

2.1.7 Las Aguas Terrestres.-

En el ámbito del Derecho Hidráulico, la territorialidad del dominio público fluvial y lacustre es ampliamente reconocida, en razón de las posibilidades de apropiación que existan en cada país, de acuerdo a sus propias necesidades y a su legislación vigente. De ahí la estrecha asociación histórica entre la propiedad del agua y la propiedad de la tierra⁴⁰, así como también la conceptualización del recurso como bien público o privado y su consecuente régimen aplicable.

A menudo, la determinación de la calidad jurídica pública o privada del agua obedece a un análisis pormenorizado de las características físico-químicas con que se muestra naturalmente. Ello comporta un nivel de dificultad bastante elevado, aún tratándose de un ámbito de estudio previamente delimitado, dada la constante movilidad del recurso provocada por el ciclo hidrológico.

Adicionalmente, los resultados de las investigaciones suelen arrojar criterios sumamente dispares, en virtud de la amplia gama de propuestas metodológicas de investigación.

A pesar de ello, en la tabla subsiguiente se muestra un breve esquema de las formas más comunes, utilizadas por la doctrina jurídica internacional, para clasificar a las aguas terrestres. Se debe reconocer la enorme “arbitrariedad” que existe al momento de categorizar cada una de las fuentes naturales, concordando con la advertencia hecha por el tratadista Raymundo Salvat, en su obra: Tratado de Derecho Civil Argentino; puesto que la subjetividad que gobierna la determinación de la mayor o menor magnitud de un cuerpo de agua (Vg. un lago o una laguna), o la mayor o menor perpetuidad del flujo (considerando las frecuentes variaciones del régimen pluviométrico) podrían desacreditar al más técnico de los análisis (Cf. Salvat, 1925: 678, citado por Marienhoff, Ob. Cit. 293).

⁴⁰ Por ejemplo, la literatura agraria ecuatoriana del siglo XX ha dejado ver -a veces de modo expreso, a veces sobreentendido- que las luchas indígenas por el reconocimiento de sus derechos de propiedad sobre la tierra conducen necesariamente a una lucha por el acceso a otros recursos naturales esenciales, como el agua. En este sentido, resulta imprescindible citar el gran trabajo recopilatorio de Hernán Ibarra, publicado en 1982 bajo el título de: Ecuador: Bibliografía Analítica Agraria 1900-1982. Asimismo, un interesante estudio de caso, sobre la relación entre la propiedad de la tierra y el acceso al agua de riego en Urcuquí, puede encontrarse en Núñez y Ruf (1994:51-54).

Tabla No. 2.1 Clasificaciones doctrinarias de las Aguas Terrestres

1. AGUAS SUPERFICIALES							
1.1 AGUAS CORRIENTES O "VIVAS"							
NATURALES				ARTIFICIALES			
PERPETUAS				INTERMITENTES (TORRENTES)	CANALES NAVEGABLES	CANALES NO NAVEGABLES	
MAYOR MAGNITUD (RÍOS, RIACHUELOS)		MENOR MAGNITUD (ARROYOS)					
NAVEGABLES	NO NAVEGABLES						
NACIONALES	INTERNACIONALES						
PROVINCIALES	INTERPROVINCIALES						
1.2 AGUAS DETENIDAS, ESTANCADAS, DORMIDAS, CERRADAS O "MUERTAS"							
NATURALES				ARTIFICIALES			
MAYOR MAGNITUD			MENOR MAGNITUD		MAYOR MAGNITUD (REPRESA, EMBALSE)	MENOR MAGNITUD (ESTANQUE)	
PERENNE (LAGO)		ACCIDENTAL (INUNDACIÓN)	PERENNE (LAGUNA)	ACCIDENTAL (CHARCAS, AGUADAS)			
NAVEGABLES	NO NAVEGABLES						
2. VERTIENTES O MANANTIALES							
3. AGUAS SUBTERRÁNEAS (INCLUYEN LAS AGUAS FREÁTICAS)							

FUENTES: Marienhoff, 1996; OMEBA, Tomo VII, 1954, Pp. 261-264; y, Wolff, 1951, Pp. 593-601.

ELABORACIÓN: Autor

Empero, esta clase de disquisiciones resultan necesarias y justificables -a la luz de la doctrina jurídica- porque buscan un objetivo común: desentrañar la naturaleza jurídica del agua como un bien público o privado.

En el caso ecuatoriano, este problema fue resuelto legislativamente en 1972. La reversión de las aguas de propiedad privada a la órbita de lo público puso fin a cualquier intento de discusión sobre la naturaleza jurídica del recurso. En la actualidad, este debate no tiene trascendencia teórica -aunque sí práctica- puesto que todas las aguas, sin importar la fuente natural de la que provengan, revisten carácter de públicas.

2.1.8 El Dominio Público Fluvial y Lacustre.-

El análisis jurídico del dominio público fluvial parte de la distinción, generalmente aceptada por la doctrina, entre aguas corrientes y cursos de agua. Siguiendo al profesor Marienhoff, tal diferenciación radica en que: *“El agua corriente representa la substancia líquida considerada con independencia del terreno sobre el cual corre, mientras que el curso de agua (río, arroyo, etc.) es la unidad total representada por el volumen de agua que corre por un cauce determinado”* (Op. Cit. 76).

En términos generales, esta visión es compartida por el escritor ecuatoriano Aníbal Montenegro, quien afirma que: *“Toda cantidad de agua que corre por un cauce determinado, sea natural o artificial, toma el nombre genérico de **curso de agua** y es su característica especial la de ser corriente, en oposición a las aguas estancadas”* (Op. Cit. 106).

Ambos autores coinciden en cuestionar el planteamiento de algunos estudiosos⁴¹ quienes, además del cauce y del agua corriente propiamente dicha, incluyen a la ribera en la definición de curso de agua. La argumentación consiste en que esta no puede considerarse un elemento adicional, en vista de que forma parte del propio cauce (Cf. Marienhoff, Op. Cit. 298-299; Montenegro, Ibíd.).

Fotografía No. 2.1 Curso de Agua



FUENTE: Autor

Fotografía No. 2.2 Cauce y Ribera



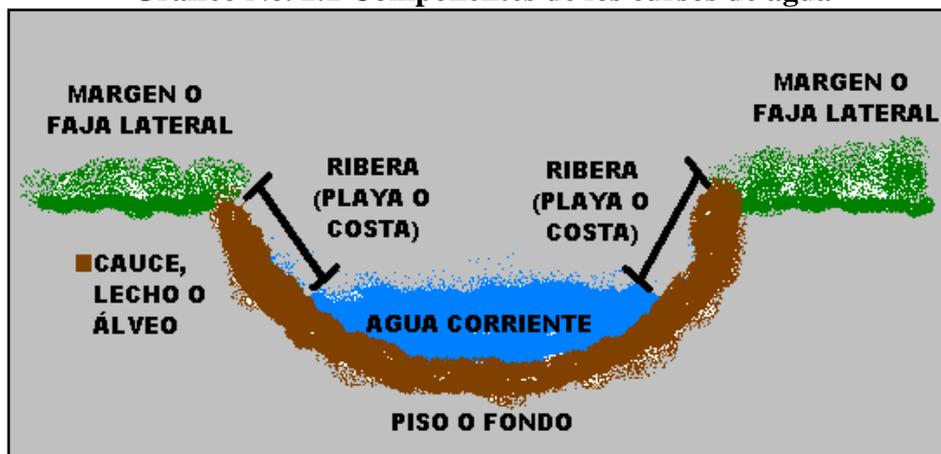
FUENTE: Autor

Al respecto cabe afirmar que, en el caso ecuatoriano, los criterios de Marienhoff y Montenegro sí resultan aplicables, puesto que el segundo inciso del Art. 666 CC establece que: *“El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forma parte de **la ribera o del cauce...**”*. Ello no quiere decir que ribera y cauce sean sinónimos para la legislación ecuatoriana; sino que, en razón del período estacional, la zona que ocupa el agua corriente puede ser denominada de uno u otro modo, al vaivén de las riadas o menguas de caudal.

⁴¹ Marienhoff menciona a León Wodon, Sebastiano Gianzana, Alfredo Mazza, Francesco Pacelli y Antonino Vitale (Op. Cit. 298).

Así, el “cauce”⁴² es el espacio de terreno que el agua corriente ocupa en forma habitual. Está conformado por dos componentes: las “riberas”⁴³, que son los costados del cauce, entre los que corre el agua, y que están delimitadas por el nivel más alto de agua en crecidas ordinarias; y, el “piso o fondo”, que consiste en la superficie sobre la cual el agua corre. (Cf. Marienhoff, Op. Cit. 297-318; y, Montenegro, Op. Cit. 106-110). Al respecto ver el Gráfico No. 2.1.

Gráfico No. 2.1 Componentes de los cursos de agua



FUENTE: Ley de Aguas del Ecuador; Marienhoff, 1996: 297-318; y, Montenegro, 1960: 106-110.

ELABORACIÓN: Autor

Cuando se habla de crecidas ordinarias, se hace relación a aquellas que proceden de causas de carácter permanente, como el período estacional común que rige a la zona (régimen pluviométrico) o la propia acción de las mareas. En tal virtud, el punto máximo que alcanzan las aguas en crecidas ordinarias delimita el espacio entre la ribera y la “margen o faja lateral”, que es el área de terreno colindante a todo el curso de agua⁴⁴.

A pesar de que no existe norma expresa en la legislación ecuatoriana, lo dicho puede inferirse de la disposición contenida en el Art. 9 LAg, la cual determina que los dueños de predios, aledaños a álveos naturales, pueden poner defensas contra las

⁴² La Ley de Aguas actualmente vigente utiliza indistintamente los términos cauce, lecho o álveo como sinónimos.

⁴³ En atención a su estructura física, las riberas pueden ser playas o costas. Según Juan Antonio Bibiloni, “El término playa se reserva para las riberas muy planas, casi horizontales, que generalmente quedan en descubierto a raíz de las bajantes del curso de agua; el término costa se reserva para la ribera de tipo vertical, o decididamente oblicuo”. Por ejemplo, el caso del Gráfico No. 2.1 haría referencia al vocablo: costa (Citado por Marienhoff, Op. Cit. 307).

⁴⁴ Representada en el gráfico No. 2.4 en colores verde y blanco.

aguas en sus respectivas márgenes, previa autorización del Consejo Nacional de Recursos Hídricos (CNRH).

En contraposición, existen circunstancias extraordinarias o accidentales que suelen modificar los cauces y riberas de los cursos de agua. Dichas circunstancias carecen de valor jurídico, siempre y cuando respondan a un fenómeno sin regularidad ni permanencia. Este es el caso, por ejemplo, de las inundaciones temporales que no modifican jurídicamente la demarcación entre riberas y márgenes; dado que, una vez cesado el evento natural, las aguas vuelven a su condición habitual.

Sin embargo, existen ciertos efectos, naturales o provocados por el ser humano, que no poseen carácter transitorio, sino duradero en el tiempo; y, en varios casos, incluso originan resultados ambientales irreversibles. Bajo este supuesto, se producirán también consecuencias jurídicas de importancia, particularmente en cuanto al régimen de propiedad aplicable.

Así, el incremento de la ribera debido al lento e imperceptible retiro de las aguas, que el Art. 665 CC denomina “aluvión”, constituye una buena muestra. En este caso, el propietario del predio ribereño adquiere también la propiedad del terreno de aluvión, puesto que existe una alteración física en la línea demarcatoria entre ribera y margen.

En estricto rigor jurídico, se produce un cambio en el *status* de propiedad del terreno de aluvión, porque deja de ser considerado ribera y se convierte en margen lateral. La cuestión queda reducida a que aquella es un bien público y esta un bien privado⁴⁵.

A la inversa, la inundación permanente de un curso de agua, provocada por un fenómeno natural o una acción humana, puede modificar el régimen de propiedad sobre los tramos inundados, transformando las tierras privadas en públicas.

En este contexto, las fotografías No. 2.3 y 2.4 resultan muy ilustrativas. Así,

⁴⁵ El Art. 4 LAg es expreso en afirmar que el lecho de los ríos, lagos, lagunas, entre otros, constituyen bienes nacionales de uso público, pero no asigna esta categoría a las márgenes laterales.

Fotografía No. 2.3 Río Balaquepe antes de la descarga



FUENTE: Autor

Fotografía No. 2.4 Río Balaquepe después de la descarga



FUENTE: Autor

Ambas imágenes corresponden al río Balaquepe⁴⁶, ubicado en el cantón Morona, de la provincia amazónica de Morona Santiago. El Proyecto Hidroeléctrico Abanico capta las aguas del río del mismo nombre y las transporta, a través de una tubería de conducción (de dos kilómetros y medio de longitud, aproximadamente), a la Central Hidroeléctrica, ubicada en la margen izquierda del río Balaquepe. Luego de la generación, las aguas turbinadas son descargadas en el cauce del mismo río Balaquepe. El incremento del caudal ha originado una ampliación de, al menos, cuatro veces el tamaño original del cauce. (HIDROABANICO, 2005).

Fotografía No. 2.5 Laguna de Yahuarcocha



FUENTE: Autor

Ahora bien, respecto del dominio público lacustre no existen mayores complejidades. De hecho, el Ecuador no posee legislación específica respecto de las aguas dormidas; sino más bien, las normas jurídicas sobre aguas corrientes se aplican por analogía.

De ahí, la crítica de Juan Larrea Holguín respecto a que el Art. 2 L.Ag. confunde los conceptos de aguas corrientes y estancadas (Cf. 2005: 295).

⁴⁶ Las fotografías fueron tomadas por el autor en época seca (31 de julio de 2007).

En todo caso, los lagos destacan como la forma más importante de dominio público lacustre. Marienhoff los define como: “...*vasta y perenne acumulación de agua formada por la naturaleza*”, a diferencia de las “meras lagunas”, en función de su magnitud; y, de las represas y estanques que no constituyen acumulaciones naturales sino producto de la acción humana (Op. Cit. 594).

Asimismo, el autor distingue cuatro tipos de lagos: a) los que se alimentan de aguas subterráneas, b) los que se forman por ríos que desembocan en ellos, c) los que dan nacimiento a nuevos ríos; y, d) los que se encuentran atravesados por ríos (Op. Cit. 596).

2.2 La propiedad del agua en la historia del marco legal ecuatoriano.-

2.2.1 La primera ley oficial de aguas de 1832.-

La Ley que permitía transportar el agua a través de terrenos ajenos fue dictada por el Congreso Constitucional el 15 de octubre de 1832⁴⁷ bajo el imperio de la Constitución del Estado del Ecuador (norma expedida en la ciudad de Riobamba el 14 de junio de 1830⁴⁸). La presidencia de la república era entonces ejercida por el general venezolano Juan José Flores.

El proyecto de ley original se basó íntegramente en el capítulo sexto de un Reglamento de Policía preexistente; el cual fue puesto a consideración del Congreso luego de que el Concejo Municipal de Quito negara su aprobación como ordenanza para la ciudad.

De acuerdo con el informe de la Comisión de Policía, órgano colegiado encargado de la elaboración de la norma, se hacía indispensable promover a categoría de ley “*el interesante objeto de los riegos y acequias que tanto conduce al fomento de la*

⁴⁷ Lei. Permitiendo sacar aguas por fundos ajenos previa su indemnización, publicada en el Primer Registro Auténtico Nacional No. 36. 12 de octubre de 1832.

⁴⁸ Constitución del Estado del Ecuador, Decreto Legislativo s/n, publicado en el Registro Auténtico Nacional de 14 de junio de 1830. Fuente secundaria: Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana (SILEC), Lexis S.A.

agricultura, que es la fuente de la felicidad pública”⁴⁹. En el mismo sentido fue redactado el único considerando de la Ley de Aguas de 1832, que también tomó en cuenta la necesidad de mejorar la fertilidad de los campos mediante su regadío procedente de ríos y quebradas.

El objetivo central de la norma consistía en regular la extracción de agua proveniente de ríos, lagos y otras fuentes públicas o comunes mediante la imposición de servidumbres de acueducto.

En tal sentido, la calidad de propietario de fincas y terrenos ribereños era particularmente importante, puesto que implicaba el derecho de servirse de las aguas que bañaban el predio para el riego de sementeras y otros usos agrícolas. Por su parte, aquellas personas, cuyas tierras no colindaban con fuentes naturales, gozaban del derecho de acceder al recurso mediante la construcción de acequias que atravesaban terrenos ajenos, previa la indemnización de los daños y perjuicios irrogados en contra de los propietarios ribereños.

Esta norma jurídica fue objeto de reforma el 23 de noviembre de 1855, cuando un decreto legislativo hizo extensivas las disposiciones de la ley a las empresas fabriles, dado su crecimiento e importancia en la época (Larrea, 1977: 54).

Uno de los aspectos más relevantes de la ley de 1832 fue el *status* jurídico que dicha norma reconocía sobre la propiedad o dominio del recurso. En efecto, el agua podía considerarse como un bien jurídico público o privado; y, en este último caso, como un bien de propiedad individual o común.

Así, el artículo 1º del citado cuerpo normativo reconocía expresamente la existencia de fuentes públicas y de fuentes comunes como objetivos de regulación legal; mientras que, respecto de la propiedad privada individual, el artículo 8º determinaba que: “*En el caso de que el río o fuente no contuviese más agua que aquella sobre la cual algún individuo tiene derecho de propiedad, [...] nadie podrá disputársela*”,

⁴⁹ Tomado de las Actas de Debate del Congreso Constitucional del Estado. Sesión de la noche del 4 de octubre de 1832. Primera discusión.

dejando absolutamente claro el reconocimiento de derechos de propiedad privada sobre los recursos hídricos.

La protección que otorgaba la Ley de Aguas a la propiedad privada era tan amplia que, incluso, la calidad de mero poseedor se considerada como facultativa del uso, limitando la imposición de gravámenes e impidiendo la disputa del acceso por parte de terceros (Art. 7).

Sin embargo, quizá la mayor crítica que se puede formular sobre este cuerpo legal radicaba en que no definió claramente qué debía entenderse por aguas públicas ni comunes, aspecto que marcó una historia legislativa plagada de conflictos entre usuarios.

Ni siquiera la adopción del principio de que las aguas que corren por cauces naturales debían ser consideradas como bienes nacionales de uso público, realizada en 1860, logró modificar tal situación. La razón, como lo reconocía Víctor Manuel Peñaherrera -distinguido jurista y autor de uno de los proyectos de ley de aguas más antiguos de que se tiene evidencia-, fue la falta de reglamentación jurídica (1906: 3).

2.2.2 El Código Civil de 1860.-

En el año de 1857, la Corte Suprema de Justicia ecuatoriana envió al Congreso nacional un proyecto de Código Civil para su discusión y aprobación. Dicho proyecto estaba inspirado fundamentalmente en el Código Civil chileno, elaborado por el ilustre jurista don Andrés Bello. Por tal razón, es usual escuchar en los ámbitos jurídicos el calificativo de: “*el Código de Bello*”⁵⁰ para esta norma.

⁵⁰ Al respecto, resulta interesante revisar la edición facsimilar, elaborada por Gonzalo Córdova, sobre un proyecto de Código Civil anterior al de 1860, atribuido al jurista ecuatoriano José Fernández Salvador y presentado a la legislatura en 1837. Según una carta enviada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la época, el Dr. Antonio Bustamante, tal proyecto nunca llegó a aprobarse y fue reemplazado por el código chileno puesto que dicho plan era “...preferible al que se había trazado la Corte y que sus doctrinas y aún su estilo podrían ser adoptados por nosotros...” (Córdova, 1992).

La expedición del primer Código Civil⁵¹ constituyó una de las referencias más importantes en la historia legislativa ecuatoriana. Su corte *clásico y romanista*, como afirma Aníbal Montenegro, puso de relieve la propiedad privada, considerada incluso como “*la emanación de la personalidad*” de los individuos (1960: 42).

Su influjo en las prácticas administrativas, e incluso judiciales, fue determinante. De hecho, esta norma terminó por reemplazar a la ley de aguas de 1832; la cual, a pesar de mantenerse en vigencia, fue accesoriamente utilizada.

Si se revisa la jurisprudencia que el propio Aníbal Montenegro recogió en el período comprendido entre 1880 y 1944, para ejemplificar su obra, se puede observar la preeminencia que los jueces otorgaban al Código Civil sobre la Ley de Aguas, a pesar de que en 1936 se expidió una nueva normativa hídrica (Ibíd. 284-320).

El mayor aporte que se puede atribuir al Código Civil de 1860 fue la incorporación de definiciones mucho más claras respecto a la propiedad. En el libro segundo se incluyó un título referido a los “Bienes Nacionales”, cuyos conceptos esenciales aún perduran en la actualidad; y, más todavía, constituyen el fundamento de las regulaciones legales modernas, particularmente en materia de recursos hídricos.

En efecto, el Art. 575 declaraba que los bienes nacionales de uso público, o simplemente bienes públicos, eran aquellos cuyo dominio pertenecía a la nación toda y cuyo uso correspondía a todos los habitantes de ella. En concordancia, el Art. 581 estipulaba expresamente que: “*Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, [eran consideradas también] bienes nacionales de uso público*”. Sin embargo, hacía excepción plena de las vertientes que nacían y morían en un mismo predio, las cuales no solamente eran consideradas como bienes privados, sino además podían ser transferidas a los herederos y otros sucesores.

El código también reservó la utilidad pública para el mar adyacente, medido desde la línea de más baja marea hasta la distancia de una legua marina; así como también

⁵¹ Código Civil, Decreto Legislativo s/n, publicado en el Registro Auténtico Nacional, el 3 de diciembre de 1860. Fuente secundaria: Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana (SILEC), Lexis S.A.

para los grandes lagos susceptibles de ser navegados por buques de más de cien toneladas. Esto significaba -en la práctica- reconocer propiedad privada para casi todas las formaciones lacustres, sobre todo si se considera cuántos lagos en el Ecuador pudieron o pueden ser navegados por buques de semejante calado (Arts. 579 y 582).

Doctrinariamente, todos estos preceptos conforman la denominada *teoría de la dominialidad*, o también *teoría del dominio público*. Sin embargo, existen otros elementos esenciales, como la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, que no fueron incluidos en la norma.

Esta circunstancia provocó confusión en la aplicación de la ley, incluso por parte de jueces y abogados. Prueba de ello fue la sentencia expedida en tercera instancia por la Corte Suprema de Justicia, el 27 de agosto de 1886, en la cual se reconoció la existencia de dominio privado sobre el río Blanco, a pesar de que el dominio fluvial era considerado exclusivamente público (En: Montenegro, Op. Cit. 284-285).

Como se verá más adelante, la inclusión de un título referido al dominio público en una ley de carácter privado, implicó que el tratamiento legal de las aguas se enmarque en esa órbita; y, consecuentemente, se aborde al recurso hídrico como un bien jurídico privado, el cual algunas veces era afectado a la utilidad pública.

2.2.3 La Ley de Aguas de la Dictadura en 1936.-

La segunda Ley de Aguas⁵² ecuatoriana fue dictada en un contexto histórico muy diferente al que caracterizó la promulgación de las dos normas anteriores. Los militares habían derrocado a José María Velasco Ibarra y encargado el poder a Federico Páez en 1935, quien se erigió como encargado del Mando Supremo de la República y dictó la nueva ley de aguas en 1936 (Ayala, 1995: 95).

⁵² Ley de Aguas, Decreto No. 289, publicada en el Registro Oficial No. 242 de 17 de julio de 1936.

Dado que se trató de un régimen de facto, no existe en el Congreso Nacional documentación que respalde la expedición de la ley. Por tanto, se carece de evidencia empírica que indique las razones que motivaron la derogación de la ley anterior y la promulgación de la nueva. Tal vez por esta razón, este cuerpo normativo fue dictado simplemente como decreto.

En términos generales, esta ley de aguas fue mucho más completa que la de 1832, dado que incorporó disposiciones más funcionales y claras, sobre todo en cuanto se refería al acceso y a los usos. Por ejemplo, las posibilidades de desviación de cauces naturales solamente podían obedecer a generación de fuerza motriz con la condición de regresarlas al mismo cauce antes de la siguiente toma. Los usos garantizados por la ley debían referirse específicamente a riego, usos domésticos, abrevadero de animales y generación de fuerza eléctrica y motriz.

El aprovechamiento de aguas fue más eficaz, pues se estableció la obligación de instalar medidores en los bocacaces, con el objeto de controlar de mejor forma las cantidades de agua asignadas a cada usuario. Se determinaron parámetros respecto de las dimensiones de las acequias, la dirección, el declive y las condiciones del suelo por las que atravesaban. Se instituyó la obligación de construir las obras necesarias (puentes y canales principalmente) para el servicio del predio gravado con la servidumbre, entre otros aspectos importantes.

Sin embargo, en materia del *status* jurídico, la norma mantuvo ciertas ambigüedades, a pesar de que en 1860 ya se habían incorporado al Derecho Positivo aquellas definiciones legales que anteriormente no existían. Así, cuando el Art. 1º de la Ley de 1936 determinaba que las aguas del mar territorial no eran susceptibles de propiedad ni posesión, por tratarse de bienes de uso público, se estaba haciendo alusión directa a la inalienabilidad, aunque se seguía evitando la utilización expresa del término.

Adicionalmente, el Art. 5 de la Ley de Aguas incluyó una norma contradictoria al Código Civil vigente a la época⁵³. Vale aclarar que dicho código contenía las mismas

⁵³ Codificación del Código Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 352 de 20 de Junio de 1930.

disposiciones que el de 1860 y no se trataba de una ley distinta. En esencia, el mencionado artículo otorgaba la titularidad de las aguas que corrían por cauces naturales (Vg. ríos, lagos y lagunas) al Estado.

Con esta disposición, las aguas pasaban a ser “*bienes del Estado o bienes fiscales*”, definidos como aquellos bienes nacionales cuyo uso no pertenecía generalmente a los habitantes de la nación, norma expresa del Código Civil. Consecuentemente, los ríos, lagos y lagunas dejaban de ser considerados bienes públicos.

El debate sobre la titularidad de los bienes públicos es una cuestión doctrinaria muy antigua, que fue recogida modernamente por el famoso tratadista alemán Otto Mayer en su obra: *Le Droit Administratif Allemand* (Derecho Administrativo Alemán) a principios del siglo XX. El punto discordante consiste en que ciertos autores consideran al Estado como el titular legítimo de los bienes públicos; mientras que, otros atribuyen tal característica al pueblo.

Dado que en el acápite correspondiente al dominio público se presenta una exposición más elaborada al respecto; baste decir, por ahora, que quienes sostienen la titularidad del pueblo sobre los bienes públicos, reconocen que el Estado sí ejerce propiedad privada sobre cierta clase de bienes, a los cuales se los denomina “*fiscales*”.

Por tanto, en términos de técnica jurídica, las frases empleadas tanto por el Código Civil como por la Ley de Aguas generaban confusión en cuanto a la titularidad. En el primer caso, según el Código Civil los bienes públicos son aquellos “...*cuyo dominio pertenece a la nación toda*”, lo cual puede considerarse como una expresión que alude a la titularidad del pueblo; mientras que, según la Ley de Aguas “*La propiedad de las aguas que corren por cauces naturales corresponde al Estado...*”.

Ahora bien, más allá de la posición doctrinaria que hubiese podido adoptar el legislador ecuatoriano, el punto importante es que finalmente se mezclaron dos

concepciones distintas: la una que aludía a la propiedad pública y la otra que aludía a la propiedad privada fusionadas como una sola forma de dominio.

Adicionalmente, la ley de aguas ratificó otra forma de dominio preexistente en la ley de 1832: la propiedad común. Esta apareció regulada como copropiedad: a) sobre los derechos de goce respecto del agua; y, b) sobre los derechos de servidumbre respecto de las acequias.

Esta compleja clasificación de la propiedad fue sistematizada muy acertadamente por Francisco Páez (1952: 143), en su ensayo titulado Condición Jurídica de las Aguas en el Ecuador. Sobre esta base, se puede afirmar que durante la época existieron tres formas de propiedad según las cuales se podían clasificar a los recursos hídricos:

1) Aguas de dominio privado, entre las que se encontraban las medicinales, minerales y termales, así como también aquéllas que nacían y morían en una misma heredad; ratificando los principios puestos en vigencia por el Código Civil. El régimen de copropiedad estaba incorporado a este modo de dominio.

2) Aguas de dominio público y de uso público, entre las que ya se mencionaron las aguas del mar territorial, igualmente definidas por el Código Civil; y,

3) Aguas de dominio público y de uso privado, que correspondían a los ya mencionados cauces naturales.

La ley de aguas de 1936 sufrió una modificación en 1945, mientras ostentaba el poder el Dr. José María Velasco Ibarra. Dicha reforma⁵⁴ fue tramitada por la Asamblea Nacional Constituyente que había sido conformada para la elaboración de una nueva carta constitucional. Las principales variaciones que incorporó se referían a los plazos para ejercer derechos de conducción de aguas, a la incorporación de nuevos usuarios en los casos en que existían sobrantes considerables, o cuando la cantidad de agua asignada a un usuario anterior había sido excesiva.

⁵⁴ Decreto publicado en el Registro Oficial No. 247 de 28 de marzo de 1945.

Solamente como referencia, se publicaron dos registros oficiales que contenían leyes de aguas en 1939⁵⁵ y 1942⁵⁶. Dichas normas no constituyeron nuevos cuerpos legales, sino meras reimpressiones de la ley de 1936, que había salido de circulación debido a su agotamiento.

En 1938, el uso y goce de aguas remanentes de una heredad o industria fue reglamentado⁵⁷, con la salvedad de que existiesen derechos preexistentes adquiridos por terceros. Se produjeron nuevas publicaciones de este reglamento en 1939 y 1942.

Otra norma complementaria se publicó originalmente en 1939. Se trataba de las Disposiciones para el uso de acequias y aguas de regadío en provecho de la agricultura⁵⁸, norma particularmente importante en la medida en que sirvió de base para la promulgación de la Ley de Condominio de Aguas de 1960. Se publicó una reimpresión en 1942⁵⁹.

Asimismo, el Decreto para la explotación de bosques, uso de aguas y fuerza motriz⁶⁰ de 1940 amplió las facultades del Ministerio de Agricultura, encargándole la reglamentación de la defensa de las tierras erosionadas o adelgazadas por causa del agua; así como también, asignándole la atribución de realizar estudios encaminados a construir embalses o depósitos, con el fin de aprovecharla para efectos de riego y creación de plantas hidráulicas para generación de energía eléctrica. El segundo considerando acoge la orientación de la ley de aguas, en el sentido de reconocer propiedad estatal sobre los cauces naturales.

⁵⁵ Ley de Aguas, publicada en el Registro Oficial No. 272 de 27 de octubre de 1939.

⁵⁶ Ley de Aguas, publicada en el Registro Oficial No. 640 de 14 de octubre de 1942.

⁵⁷ Reglamento sobre el uso y goce de aguas remanentes de una heredad o industria, Decreto Ejecutivo No. 142, publicado en el Registro Oficial No. 200 de 27 de junio de 1938.

⁵⁸ Disposiciones para el uso de acequias y aguas de regadío en provecho de la agricultura, Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 272 de 27 de octubre de 1939.

⁵⁹ Disposiciones para el uso de acequias y aguas de regadío en provecho de la agricultura, Decreto Legislativo publicado en el Registro Oficial No. 640 de 14 de octubre de 1942.

⁶⁰ Decreto Legislativo para la explotación de bosques, uso de aguas y fuerza motriz, publicado en los Registros Oficiales No. 518 y 519 de 21 y 22 de agosto de 1940. La referencia original se encuentra en Larrea Holguín (1977: 55). Para su comentario, se ha utilizado una nueva publicación del Decreto respectivo, recogida por el Registro Oficial No. 640, de 14 de octubre de 1942.

En 1944, se publicó la Ley de Riego y Saneamiento del Suelo⁶¹, cuyo enfoque fue robustamente dirigido al fomento de la producción agrícola. Si bien esta norma no implicó modificaciones a la calidad jurídica de las aguas, fue importante porque delimitó las funciones del Ministerio de Obras Públicas en esta materia, porque determinó con exactitud las fuentes de financiamiento para las obras de riego y saneamiento del suelo encargadas a tal entidad; y, porque estableció el orden de prelación para abastecimiento de aguas, priorizando el consumo de agua potable y los demás servicios sanitarios.

Finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente realizó reformas⁶² a ley de aguas y a la ley de riego y saneamiento del suelo en 1945. En general, se trató de aspectos procedimentales, como modificaciones de plazos y tramitación de causas; aunque también se otorgó mucha más presencia al Ministerio de Obras Públicas, entidad a la cual se le asignaron las competencias de todas las demás instancias que, hasta ese momento, tenían jurisdicción para intervenir en asuntos de aguas.

2.2.4 La Codificación de Ley de Aguas de 1960.-

El 20 de agosto de 1960, junto con el Registro Oficial, el Congreso Nacional publicó un suplemento de edición especial que contenía la codificación de la Constitución Política de la República y un total de cincuenta leyes vigentes (incluidas aquellas trascendentes para la regulación de los recursos hídricos, tales como: el Código Civil, la Ley de Condominio de Aguas, la Ley de Riego y Saneamiento del Suelo o la Ley de la Caja Nacional de Riego).

Constitución y Leyes de la República⁶³ obedeció a un esfuerzo sistematizador encargado, por primera vez en la historia jurídica ecuatoriana, a una Comisión

⁶¹ Ley de Riego y Saneamiento del Suelo, Decreto publicado en el Registro Oficial No. 36 de 13 de julio de 1944.

⁶² Reformas a la Ley de Aguas, Decreto s/n, publicado en el Registro Oficial No. 247 de 28 de marzo de 1945. A modo de aclaración, la fecha que apareció en la Codificación de la Ley de Aguas de 1960 hace referencia al 5 de marzo de 1945; sin embargo, una vez revisados todos los registros oficiales correspondientes al citado mes, se concluye que se trató de un error de impresión en la referida norma. La fecha correcta es como queda indicado en la referencia; es decir 28 de marzo de 1945.

⁶³ Constitución y Leyes de la República, publicada como Suplemento del Registro Oficial No. 1202, de 20 de agosto de 1960. Fuente Secundaria: Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana (SILEC), Lexis S.A.

Legislativa del Congreso, el cual fue avalado además por el presidente de la República de aquel entonces, el Dr. Camilo Ponce Enríquez.

Tal como se reconoce en el propio documento, el objetivo de codificar las leyes respondía a la necesidad de “...recoger el sin número de reformas a la legislación, *interpretarla y adecuarla en su casillero*⁶⁴”; es decir, en otras palabras, una estrategia de reforma que no consideraba el procedimiento establecido por la Constitución de la época para el efecto (Advertencia, en: Constitución y Leyes de la República, 1960: 6).

Ello, en el caso de la Ley de Aguas⁶⁵ de 1960, implicó una verdadera modificación respecto a la de 1936; no solamente porque se elevaron a categoría de ley ciertos reglamentos y normas de inferior jerarquía, sino también porque se incluyeron disposiciones expresas contenidas en otras leyes.

Efectivamente, tanto el Reglamento para el uso y goce de aguas remanentes de una heredad o industria, como las Disposiciones para el uso de acequias y aguas de regadío en provecho de la agricultura -citadas en el acápite anterior- fueron incluidos en la codificación. Asimismo, se incorporaron disposiciones expresas del Código Civil, del Código de Procedimiento Civil y de dos Decretos-Leyes de Emergencia, publicados en 1958 y 1959 respectivamente (Nota de la Codificación de la Ley de Aguas).

En materia de propiedad, la codificación consagró definitivamente el enfoque civilista -privado- del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en cuanto al manejo de recursos hídricos se refiere; con lo cual quedó instituido en el marco de la ley aquello que de hecho se verificaba en la práctica. Las disposiciones contenidas en los Arts. 1° y 6° constituyen prueba fehaciente.

⁶⁴ Las negrillas corresponden al autor de esta investigación.

⁶⁵ Ley de Aguas, Recopilación de la Comisión Legislativa, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

Así, las aguas del mar territorial continuaron considerándose como bienes públicos, aunque expresamente quedaron sujetas a las disposiciones del Código Civil (Art. 1°). Según el Art. 6, en cambio, las aguas de los ríos y las que corrían por cauces naturales fueron nuevamente consideradas como bienes públicos, no ya como bienes fiscales, pero también fueron remitidas de forma expresa a la propia legislación civil.

También fueron incorporadas, a la propiedad pública, las aguas lluvias que ocasionalmente recorrían caminos públicos o quebradas secas; y a las aguas subterráneas. Estas últimas, a pesar de no haber sido categorizadas expresamente, podían considerarse como tales dada la regulación jurídica que autorizaba su alumbramiento, como una forma precaria de concesión de uso -figura jurídica utilizada para la administración de bienes nacionales de uso público- (Arts. 7 y 13).

En la órbita privada, se mantuvieron las aguas termales, minerales y medicinales; así como aquellas que nacían y morían en una misma heredad. Las aguas de los lagos que no podían ser navegados por buques de más de cien toneladas también se siguieron considerando como formas privadas; aunque, en este caso, el título estaba reservado para los mismos propietarios ribereños (Arts. 2-4).

Por lo demás, esta norma segregó un título específico que describía los derechos y deberes de los propietarios y adjudicatarios de aguas, organizó en título aparte las obligaciones de la conducción por cauces artificiales, dictó disposiciones complementarias en relación a la servidumbre de acueducto, y determinó la órbita de intervención del Estado central y de las Municipalidades en esta materia.

Este replanteamiento del manejo administrativo del agua fue, en general, favorable para la legislación ecuatoriana, principalmente porque permitió organizar de mejor forma la temática del *status* jurídico y precisar la manera de clasificar a los recursos hídricos según su propia naturaleza jurídica.

Desafortunadamente, como referencia no solo a la Ley de Aguas sino a toda la recopilación, esta no fue suficiente para solucionar el creciente problema de la

superposición de competencias administrativas, en materia de recursos hídricos, que se vivió en 1960 y en años posteriores.

Según la descripción elaborada por Montenegro, hasta 1960 existían no menos de siete normas legales que regulaban y asignaban competencias administrativas a distintas entidades públicas sobre cuestiones de agua. Entre ellas, se contaban la propia ley de la materia y las demás leyes conexas, pero también otras de carácter especial, como los códigos civil y de procedimiento civil, la Ley de Caminos, la Ley General de Minería y la Ley de Pesca (Op. Cit. 260).

Como un intento por concentrar tales prerrogativas en un solo ente y solucionar definitivamente el problema de la dispersión institucional existente, en 1966 se creó el Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos (INERHI)⁶⁶, como producto de la fusión entre la Caja Nacional de Riego y la Dirección de Recursos Hidráulicos del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG). Su objetivo primordial consistió en la regulación del riego y el saneamiento.

El INERHI, como entidad reguladora de aguas, se sumó al Instituto Ecuatoriano de Obras Sanitarias (IEOS)⁶⁷, creado un año antes con la finalidad de regular aspectos relacionados con la cobertura de los servicios de agua potable y saneamiento básico.

Este esquema institucional fue debilitándose con el pasar del tiempo; puesto que, a ambas instituciones -hoy ya desaparecidas- se fueron sumando otras nuevas, que volvieron a caotizar el sistema y provocaron una nueva superposición de competencias que se mantiene hasta los días actuales.

2.2.5 La Ley de Condominio de Aguas de 1960.-

La Ley de Condominio de Aguas⁶⁸, de modo similar que en el caso anterior, también fue producto de la recopilación de la Comisión Legislativa del Congreso Nacional.

⁶⁶ Ley de creación del Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, Decreto Ejecutivo No. 1551, publicado en el Registro Oficial No. 158, de 11 de noviembre de 1966.

⁶⁷ MIDUVI, 2002, Política Nacional de Agua y Saneamiento, Subsecretaría de Agua Potable y Saneamiento Básico, Quito, publicado como Decreto Ejecutivo No. 2766, en el Registro Oficial No. 611, de 4 de julio de 2002.

Sin embargo, no se trató de la codificación de una norma legal preexistente, sino más bien del resultado de elevar a categoría de ley a las ya citadas Disposiciones para el uso de acequias y aguas de regadío en provecho de la agricultura.

El principal fin de la ley consistió en la regulación de la propiedad comunal existente sobre los canales de riego. En tal virtud, siempre y cuando los condóminos superasen el número de ocho, se debía crear un Directorio de Aguas integrado por los propios condueños, encargado de la administración de dicho canal.

Los condueños eran considerados accionistas integrantes de una Junta General, cuyas atribuciones se referían especialmente a la elección de los Directorios, la designación del personal administrativo encargado de vigilar la acequia; y, la aprobación del presupuesto del Directorio.

Resulta particularmente sugerente el uso de la expresión Junta General de Accionistas, símil del órgano supremo de las Compañías Anónimas y figura jurídica utilizada por el Código de Comercio del Ecuador desde 1906⁶⁹, para la organización y administración del riego; lo que vuelve a dar cuenta de la tendencia privatista de la normativa legal de la época.

En conclusión, se trataba de una forma de regulación privada del agua, bajo una perspectiva comunitaria.

2.2.6 La Ley de Aguas de 1972, el fin de la propiedad privada.-

Corría el año de 1970 cuando el presidente Velasco Ibarra, quien ejercía su quinto período presidencial, tomó la decisión de proclamarse dictador. Posteriormente, el movimiento militar revolucionario nacionalista lo depuso del poder en 1972 y nombró al General Guillermo Rodríguez Lara como encargado del mando supremo de la república (Pareja, 1990: 140).

⁶⁸ Ley de Condominio de Aguas, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

⁶⁹ Referencia extraída de la Codificación del Código de Comercio, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 1202, de 20 de agosto de 1960.

En el decurso de este régimen de facto, un decreto supremo permitió la expedición de la Ley de Aguas⁷⁰ que, en cierto sentido, rige hasta hoy. Consecuentemente, sin un congreso nacional válidamente nombrado durante la época, no existe evidencia documental que de cuenta de las razones legislativas que inspiraron la promulgación de la nueva normativa.

La ley de 1972 constituyó un punto de inflexión, en cuanto a la condición jurídica de las aguas, porque cerró toda posibilidad de ejercer propiedad privada sobre las fuentes y cauces naturales. Incluso, estableció expresamente que todas las aguas de propiedad particular, existentes hasta entonces, debían revertir al dominio público. Esta modificación convirtió a los propietarios originales en meros titulares de derechos de aprovechamiento (Art. 3).

En comparación con los instrumentos legales que lo antecedieron, este cuerpo normativo mostró un enorme avance en términos de técnica jurídica, al menos en dos cuestiones fundamentales. Por un lado, estableció con mayor coherencia el régimen jurídico aplicable a los recursos hídricos en consideración a su calidad de bienes públicos. Y, por otro lado, acogió con mayor organización la figura jurídica de la autorización de aprovechamiento de aguas, que tradicionalmente ha sido la forma utilizada doctrinariamente para la administración de bienes públicos hídricos. (Arts. 23 y siguientes).

Más allá de las posturas doctrinarias que puedan ser adoptadas individualmente, se debe indicar que la importancia de la norma no radicó en el hecho de cambiar una forma de regulación privada por otra pública; ya que, al fin y al cabo, ambas posiciones son respetables. Lo esencial del cambio, a criterio personal, fue que se acogió una sola y única forma de administración que, al menos en términos teóricos, buscaba eliminar la ambigüedad de las leyes anteriores en esta materia.

⁷⁰ Ley de Aguas, Decreto Supremo No. 369, publicado en el Registro Oficial No. 69 de 30 de mayo de 1972.

Consecuentemente, su principal virtud fue la inclusión expresa de los elementos que caracterizan a los bienes públicos: la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, por primera vez en la historia de la legislación hídrica del Ecuador. Fue explícita, además, en declarar que esta clase de bienes se encontraba fuera del comercio y no podían ser apropiados a través de ningún mecanismo, ni siquiera tratándose de la posesión ni de la accesión. A partir de esta norma, la confusión entre propiedad pública y privada sobre las aguas quedó resuelta, porque todas las fuentes pasaron a considerarse bienes públicos (Art. 2).

Asimismo, fue más específica y completa al establecer disposiciones particulares para los diversos usos existentes (Vg. riego, energía, industria, minería, entre otros), así como para los temas de servidumbres de acueducto, aprovechamientos comunes, infracciones y penas.

También se reservó un título exclusivo para abordar los asuntos referentes a la jurisdicción y al procedimiento que debían cumplir los conflictos administrativos entre usuarios, así como frente a la administración pública. Más adelante se presenta una explicación más detallada de las implicaciones de este esquema administrativo de manejo.

En cuanto se refiere a las reformas, destacó el Decreto Supremo No. 253 de 1973⁷¹; el cual incluyó a las actividades de generación eléctrica para servicio público, entre aquellas exoneradas del pago de tarifas por concepto de concesiones de derechos de aprovechamiento. El Art. 18 original solamente exoneraba a las actividades de provisión de agua potable.

A partir de ahí, fueron necesarios once años más para que se produzca una nueva reforma importante consistió en la creación del CNRH⁷², en reemplazo del antiguo INERHI, como una instancia administrativa, colegiada, multisectorial y autónoma. Dicha reforma se produjo en 1994, como un esfuerzo por reestructurar la

⁷¹ Reformas al Art. 18 de la Ley de Aguas, Decreto Supremo No. 253, publicado en el Registro Oficial No. 267, de 19 de marzo de 1973.

⁷² Decreto Ejecutivo No. 2224, publicado en el Registro Oficial No. 558 de 28 de octubre de 1994.

institucionalidad del régimen de recursos hídricos que se encontraba bastante debilitado. Sin embargo, los resultados alcanzados hasta hoy son discutibles. Sobre este punto, también se ha esbozado una explicación más específica y elaborada en el capítulo cuarto de esta investigación.

De todas las modificaciones citadas, probablemente la más importante, en términos de alcance y jerarquía, fue la introducida por la Constitución de 1998. El inciso cuarto del Art. 247 establece que el uso y aprovechamiento de las aguas: “...*corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley*”.

Formalmente, dado que la Constitución Política tiene mayor jerarquía que la ley, la disposición del Art. 247 modificó el régimen legal de la propiedad. Según la teoría de los bienes públicos, avalada legalmente en el Ecuador por el Código Civil y la Ley de Aguas, el uso de esta clase de bienes corresponde a la nación toda y no al Estado, puesto que ello conllevaría a pensar en la figura jurídica de los bienes fiscales. Con dicha frase, la Constitución actual volvió a confundir los términos que habían quedado clarificados legalmente en 1972.

2.2.7 La nueva codificación de la Ley de Aguas de 2004.-

La Codificación de la Ley de Aguas del año 2004, actualmente vigente, fue promulgada durante el gobierno del Coronel Lucio Gutiérrez, esencialmente como una mera reproducción de la ley de 1972. Sin embargo, debe ser considerada como una norma jurídica distinta, dadas las modificaciones que presentó en relación al texto original.

Estas modificaciones fueron el resultado de un intento por armonizar la legislación vigente en la materia. Así, varios artículos de la Ley de Desarrollo Agrario -antes de su codificación⁷³- fueron incorporados. Así, en el Art. 5 de la Ley de Aguas se agregaron los antiguos Arts. 42 y 44 de la Ley de Desarrollo Agrario, que prevén el

⁷³ Ley de Desarrollo Agrario. Codificación No. 2, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 315 de 16 de abril de 2004.

traspaso del derecho de aprovechamiento de aguas en los casos en que existe transferencia de dominio de los predios que se sirven de ella.

Esta modificación representa una trasgresión al principio de la dominialidad de las aguas, puesto que uno de los elementos esenciales del bien público se refiere a la inalienabilidad; es decir, a que se encuentra “fuera del comercio” y a la imposibilidad de adquirir los derechos de aprovechamiento a través de ningún modo de apropiación. La transferencia de dominio de estos derechos, asociada a la transferencia de propiedad de los predios, constituye en efecto una forma de apropiación y una forma de intervenir directamente en el “comercio”, aspectos que se encuentran prohibidos expresamente por el Art. 2 de la misma ley.

Asimismo, en el Art. 20 de la Ley de Aguas se agregó el tercer inciso del antiguo Art. 43 de la Ley de Desarrollo Agrario, que ordena considerar en las concesiones y planes de manejo de las fuentes naturales y cuencas hidrográficas, aquellos aspectos culturales relevantes para las poblaciones indígenas y locales. Esta reforma, en cambio, sí constituye un avance significativo puesto que permite la ejecución práctica de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, contemplados en la constitución de 1998.

La inclusión de los Arts. 45 y 46 de la Ley de Desarrollo Agrario (actuales Arts. 33 y 34 de la Ley de Aguas) implicó el establecimiento de una base legal efectiva para proceder con las indemnizaciones a campesinos y agricultores, por todos los perjuicios irrogados en función del aprovechamiento de aguas por sectores urbanos. Sobre esta reforma se refiere, en detalle, el tercer capítulo por su referencia directa a la parroquia de Papallacta, localidad objeto del presente estudio.

En el Art. 22 de la codificación de la Ley de Aguas se incluyó la posibilidad de plantear acción popular para denunciar los hechos relacionados con la contaminación del agua. La base originaria de esta disposición puede localizarse en el inciso tercero del Art. 91 de la Constitución Política, que establece que cualquier persona natural,

jurídica o grupo humano pueden ejercer acciones establecidas por la ley para proteger el medio ambiente.

Al respecto, es necesario indicar que la acción popular consiste en un recurso judicial que puede ser interpuesto por cualquier persona, individual o colectivamente, sin necesidad de que ella o su grupo se consideren afectados directos del daño o perjuicio. Santiago Andrade afirma que el objetivo de la acción popular consiste en *“actuar en defensa o resguardo del derecho de un conjunto claramente identificable de individuos con un misma comunidad de intereses”* (1996: 115).

Por ejemplo, la acción popular también ha sido prevista por el artículo 29 de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental y por el artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, actualmente vigentes.

Ahora bien, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional dispuso la publicación de la codificación de dicha ley en el Registro Oficial, en ejercicio de su facultad reconocida por el numeral 2º del artículo 139 de la Constitución Política en vigencia. Esta publicación respondió al trámite previsto por la propia carta fundamental; es decir, el proyecto de codificación fue puesto a consideración de los legisladores para que estos emitan observaciones y las resuelvan. Sin embargo, en vista de haber fenecido el plazo de treinta días que se prevé para formular las observaciones, sin obtenerlas, la Comisión ordenó su publicación.

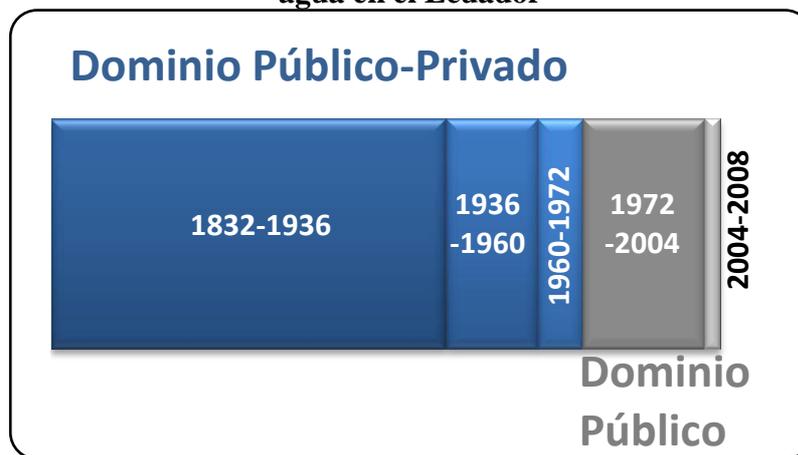
2.2.8 Cronología legislativa.-

Entre 1830 y la actualidad se pueden identificar claramente cinco períodos históricos en materia de propiedad de aguas. Sin embargo, ellos podrían ser agrupados en dos grandes etapas delimitadas por la dominialidad, cuyo punto de referencia se halla determinado por el año 1972.

La primera etapa, entre 1830 y 1972, se caracterizó por una regulación dicotómica entre lo público y lo privado, en la cual se incluyeron ciertas formas asociativas de propiedad privada, tales como la comunidad, la copropiedad y el condominio sobre las fuentes hídricas.

Durante la segunda etapa, entre 1972 y la actualidad, se produjo un punto de inflexión importante respecto de la naturaleza jurídica del agua. Así, se reemplazó aquella forma de regulación dualista con un sistema único de administración de los recursos hídricos: el dominio público.

Gráfico No. 2.2 Decurso cronológico de la propiedad del agua en el Ecuador



FUENTE: Leyes de Aguas de 1832, 1936, 1960, 1972 y 2004.

ELABORACIÓN: Autor

Consecuentemente, se advierte que la tradición legislativa ecuatoriana no siempre ha abordado a las fuentes de agua como bienes exclusivamente públicos; sino que, más bien, ha estado abierta a ambos enfoques: uno público y otro privado.

2.3 La doctrina jurídica del agua como bien público en el Ecuador.-

La literatura sobre Derecho Hidráulico o Derecho de las Aguas es sumamente escasa e inorgánica en el país. Los trabajos más voluminosos corresponden a tesis de pregrado y a proyectos de leyes, aunque también existen esporádicos artículos en revistas, alegatos judiciales, y capítulos de libros, no siempre especializados en materia jurídica o hídrica.

Solamente se ha publicado un estudio de largo aliento que data de 1960. Se trata del Régimen Legal de Aguas en el Ecuador de Aníbal Montenegro Yépez. Sin embargo, también es preciso reconocer el esfuerzo de los miembros del Consorcio CAMAREN, quienes han apuntalado el debate jurídico de los últimos años, a través de sus recopilaciones de ponencias, expuestas en el marco de los encuentros nacionales del “Foro de los Recursos Hídricos”.

En cualquier caso, al igual que ocurre en términos legislativos, resulta adecuado tomar el año 1972 como referencia, dado que la promulgación de la Ley de Aguas marcó un importante punto de inflexión en el Ecuador. El *status* de propiedad privada de las aguas revirtió totalmente a la órbita de lo público, aspecto que repercutió también en la producción jurídica de los autores de forma significativa.

2.3.1 Las aguas privadas y las tendencias socializadoras del régimen jurídico (1830-1972).-

En general, los trabajos publicados antes de 1972 partían de una premisa común. Los recursos hídricos podían estar afectados a la utilidad pública; o bien, ser objeto de reconocimiento privado. En tal virtud, la dualidad del régimen legal aplicable marcó la orientación de casi todas las investigaciones de la época.

Sin embargo, esto no quiere decir que el debate haya estado ausente de los espacios y publicaciones académicas. Todo lo contrario. Mientras varios autores se pronunciaron abiertamente en pro del *status quo* de las aguas públicas y privadas; otros cuestionaban severamente este sistema legislativo.

Rafael Arcos, por ejemplo, escribió un grupo de ensayos sobre el dominio de las aguas en 1902. Su análisis se circunscribió a las disposiciones del Código Civil de la época, considerando al Estado como titular del dominio público y aceptando, sin cuestionamientos, la propiedad privada sobre ciertas fuentes naturales (Cf. 1902: 37).

Víctor Manuel Peñaherrera, autor de un proyecto de Ley de Aguas en 1899, planteaba definir con claridad la propiedad pública y privada de las aguas, respetando los derechos adquiridos previamente. Su propósito consistía en superar los crecientes conflictos entre usuarios, mediante la reglamentación de los modos de adquirir y ejercer el derecho de uso de las aguas. No obstante, la discusión de su proyecto en el parlamento fue irresuelta (1906: 4, 6).

El ensayo de Francisco Páez de 1952, publicado en los Anales de la Universidad Central del Ecuador, fue un destacado aporte de sistematización teórica. Además del análisis y caracterización de la condición jurídica público-privada de las aguas, el autor incluyó una reflexión legislativa respecto de las formas en que el recurso se presenta naturalmente (lluvia, aguas corrientes, aguas muertas, aguas calificadas, aguas subterráneas y aguas remanentes).

En cambio, la obra de Aníbal Montenegro Yépez es probablemente la más importante, no solo del período analizado; sino, en general, de la literatura jurídico-hídrica del Ecuador. Se trata de un pormenorizado estudio de Derecho Hidráulico, que utilizaba diversas posturas doctrinarias, preponderantemente civiles, para reflexionar sobre el enmarañado sistema jurídico de las aguas, vigente durante 1960. Incluyó, además, una relación de jurisprudencia bastante completa⁷⁴.

Sobre la propiedad dualista de las aguas, Montenegro no manifestó una postura crítica; sino, más bien intermedia. Planteó el respeto de los derechos privados adquiridos, aunque considerando la intervención estatal con el fin de evitar la entrega de estos bienes “...*al interés y a la codicia individual, so pena de provocar perturbaciones de orden público*” (Montenegro, 1960: 108).

Gonzalo Falconí, por su parte, publicó un par de ensayos en la Revista Riego del INERHI, hacia finales de los años sesenta. El primero, en 1967, es una síntesis de la legislación vigente a la época, que priorizaba el análisis de normas civiles y describía los lineamientos de la propiedad privada de las aguas, sin mayores

⁷⁴ Por estas razones, resulta incomprensible que los autores, desde la década de los ochenta, no lo referan en sus trabajos investigativos, excepción hecha de buena parte de los trabajos de pre-grado.

cuestionamientos⁷⁵. El segundo, en 1969, fue un interesante esfuerzo por concordar la Ley de Aguas con otras normas jurídicas relevantes, así como por sistematizar jurisprudencia destacada.

En forma deliberada, a pesar de que las fechas de publicación no concuerdan cronológicamente, se han reservado para este punto dos trabajos en verdad sugerentes, a propósito del *status* jurídico de los recursos hídricos.

El primero de ellos consiste en una suerte de inventario de “*las aguas de uso público, las de propiedad municipal y particular*”, que fuera publicado por Juan Baca en 1912. Fue importante porque, a pesar de no tratarse de un análisis estrictamente jurídico, sí constituyó una reafirmación extra legal de aquella dualidad entre lo público y lo privado.

Asimismo, sobresale el ensayo de José María Pérez, publicado en 1921, quien no solo desconocía la utilidad pública, sino que explícitamente se inclinaba por un enfoque profundamente privado. Inclusive, el autor llegó a calificar de “*monstruosa y opuesta a fundamentales principios de legislación*” a la pretendida reforma legal de la época, que favorecía el acceso público a las aguas que corrían por cauces artificiales. La reacción del Dr. Pérez fue como sigue:

La sola enunciación de tamaña reforma causa alarma. ¡Adiós propiedad privada! ¡Adiós industrias y progreso! (...) ¿con qué facultad se atacaría de manera tan abierta al derecho de propiedad? ¿No sería lo mismo que disponer que cualquiera puede habitar en la casa de otro, sin pagar cosa alguna, con tal que no cause perjuicio al dueño? Resultaría cómodo para nosotros, los pobres; pero, a este paso, nos encontraremos en pleno comunismo (Pérez, 1921: 99, 100).

Ahora bien, no todas las apreciaciones jurídicas sobre la propiedad de las aguas eran compartidas durante la época. Desde principios del siglo XX, existe evidencia documental de una tendencia creciente hacia, aquello que los profesores Richard Müller y Carlos Tobar y Borgoño denominaron: “*la socialización de las aguas*” (1912: 134)

⁷⁵ Al final del ensayo puede leerse la palabra: “CONTINUARÁ”; sin embargo, no fue posible identificar la segunda parte del texto en la Revista Riego, donde debía aparecer publicado.

Para ambos, la normativa de aguas de la época era deficiente y anticuada⁷⁶, puesto que no había previsto la gran utilidad del recurso para la generación de fuerza motriz y energía eléctrica, principalmente. Es decir, la predisposición socializadora de Müller y Tobar y Borgoño se fundó en una noción profundamente industrializadora, que no era compatible con la propiedad individual. Finalmente, sus argumentaciones quedaron plasmadas en la formulación de un proyecto de Ley de Aguas en 1912, cuya aprobación legislativa no prosperó (Ibíd. 131).

No obstante la postura crítica de los antedichos profesores respecto de la propiedad privada de las aguas, su argumentación no rayaba en el fundamentalismo. Así, explicaban los maestros que: *“Sea como fuere, si hallamos peligrosa la socialización absoluta de las aguas, creemos igualmente peligrosa, si no más, su absoluta particularización”* (Ibíd. 134).

En la misma línea, aunque algunos años más tarde, Wayne Criddle elaboró una propuesta de Código de Aguas, a propósito de la solicitud de la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica del Ecuador. Como lo reconoce el propio autor, se trataba de una adaptación del Código de Aguas del estado de Utah, de los Estados Unidos de América; debido a lo cual, no todas sus disposiciones resultaban aplicables a las circunstancias del país (1965: 0).

A pesar de ello, este documento sí terminó siendo importante, dado que fue la primera vez que alguien planteó la posibilidad de revertir la propiedad de las aguas a la órbita de lo público, en forma exclusiva. Con este antecedente, se podría afirmar, incluso, que el Código Criddle es el antecedente inmediato de la Ley de Aguas de 1972. Para muestra, la disposición general No. 1.1 que establecía: *“Todas las aguas se declaran de Propiedad Pública. Todas las aguas en el Ecuador tanto las superficiales como las subterráneas se declaran propiedad del Estado y su*

⁷⁶ Particularmente el Código Civil de 1860, aunque también la Ley de Aguas de 1832.

aprovechamiento quedará sujeto a los Derechos de Aguas que se confieran” (Criddle, 1965: 1)⁷⁷.

2.3.2 El fin de la propiedad privada (desde 1972 hasta la actualidad).-

La promulgación de la Ley de Aguas de 1972 marcó un notable cambio de perspectiva en la producción jurídica nacional. Los autores ecuatorianos, que antes partían de un análisis bipolar de la propiedad de las aguas, modificaron abruptamente su discurso hacia el dominio exclusivamente público. El centro del debate se apartó de las disquisiciones sobre el dominio público y privado; concentrándose, más bien, en la adopción de posturas sobre la titularidad de la propiedad dominial. En la actualidad, la mayor parte de escritores simplemente asumen una posición preconcebida sobre la titularidad estatal o del pueblo, pero en realidad no puede afirmarse que exista un verdadero debate sobre este punto.

Otro efecto importante, aunque no necesariamente derivado de la modificación del *status* jurídico de la propiedad de las aguas, fue la diversificación de las ramas del Derecho. Proliferaron publicaciones teóricas, ya no solamente desde el punto de vista civil o administrativo, sino también desde la óptica ambiental; e, incluso hídrica.

Así, en materia civil se debe reconocer la enorme repercusión académica que tuvo el Curso de Derecho Civil de Eduardo Carrión Eguiguren⁷⁸; quien es, probablemente, el escritor ecuatoriano más citado a partir de 1972, cuando se trata de abordar la temática de la propiedad de las aguas.

La ilustrada claridad y concreción académica con que Carrión esbozó la teoría del dominio público, las diversas posiciones doctrinarias y sus consecuencias jurídicas, constituyen las razones fundamentales de la influencia dogmática que ha ejercido en posteriores trabajos de otros estudiosos, a pesar de que solamente dedicó el capítulo referido a los bienes nacionales en ello.

⁷⁷ Nótese que Criddle confundió dominio público con propiedad estatal.

⁷⁸ Esta obra fue publicada originalmente en 1971, bajo el sello de Editorial Ecuatoriana y el título: Curso de Derecho Civil. De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones.

En este marco, la postura doctrinaria de Eduardo Carrión fue clara. Los bienes nacionales de uso público, entre los que incluye a los recursos fluviales y lacustres, pertenecen a la “nación”; razón por la cual, el Estado no puede ejercer ninguna forma de propiedad sobre ellos (Cf. Op. Cit. 137-143).

Inclusive, el autor cuestionó la declaración de la Ley de Aguas de 1972 sobre las características de la propiedad dominial, calificándolas de redundantes, puesto que: *“Es bien sabido que los bienes nacionales de uso público, o bienes públicos, están fuera del comercio y que, por consiguiente, nadie puede constituir en ellos derecho patrimonial alguno”* (Ibíd. 143).

En el mismo sentido, los aportes teóricos de Juan Larrea Holguín son, hoy por hoy, un referente ineludible del pensamiento jurídico nacional. En su gran obra recopilatoria, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana del año 2005, Monseñor Larrea se confesó partidario de la fórmula, descrita y fundamentada por Hauriou, que reconoce una forma especial de propiedad administrativa del Estado sobre los bienes públicos (Cf. Op. Cit. 494).

Su actitud dogmática frente a la reversión de las aguas al dominio público es absolutamente crítica. Es el único autor contemporáneo que ha mostrado abiertamente una opinión desfavorable respecto de este punto; llegando, incluso, a manifestar que: *“Esta nueva legislación confisca en la forma más arbitraria, violenta e injusta toda clase de aguas. Confunde lamentablemente los conceptos de soberanía con el de dominio, las aguas corrientes con las estancadas, la propiedad con el uso, etc.”* (Ibíd. 295).

En el campo del Derecho Administrativo, en cambio, en general no existen posiciones doctrinarias contrapuestas. La mayor parte de los autores se inclinan por reconocer la propiedad estatal sobre los bienes públicos; y, particularmente, sobre los recursos hídricos.

Herman Jaramillo, por ejemplo, al parecer asume una posición en pro de la propiedad estatal, aunque lo confuso de su argumentación podría llevar a errores técnico-jurídicos. Al iniciar su discurso, no distingue entre bienes públicos y bienes fiscales; razón por la cual, deja abierta una posibilidad de interpretación hacia el registro contable de bienes públicos en las cuentas nacionales. Este aspecto comporta una contradicción en el plano jurídico y práctico, puesto que no existe disposición legal que avale tal posibilidad; así como, tampoco el Banco Central del Ecuador incluye a los ríos y lagos en la contabilidad nacional⁷⁹. En todo caso, al final del capítulo en cuestión, el autor aborda la temática de los bienes públicos y fiscales por separado; además de incluir a las aguas entre los bienes de dominio público fluvial y lacustre (Cf. Op. Cit. 71-78).

Por su parte, Nicolás Granja sostiene que, a pesar de que la ley reconoce que el dominio de los bienes nacionales (públicos y fiscales) pertenece a la “nación toda”, científicamente la propiedad radica en el Estado, porque ni la nación ni el Fisco poseen la personalidad jurídica para atender directa e indirectamente los servicios a favor de la sociedad. En consecuencia, el dominio de las aguas, catalogadas como bienes nacionales de uso público, pertenece también al Estado y no al pueblo (Cf. Op. Cit. 256-:278).

Sin embargo, algunas líneas más adelante, el autor incurre en una contradicción, al manifestar que una de las diferencias entre los bienes del Estado, públicos y fiscales, consiste en que:

Sobre los primeros, el Estado y, extensivamente también, las Municipalidades y los Consejos Provinciales, tienen solo, **stricto sensu**, facultades administrativas de conservación, de cuidado, y de reglamentación de su uso para los habitantes, pero de ninguna manera tienen la posesión ni el dominio según el espíritu del Código Civil (Ibíd. 269).

Finalmente, Ramiro Borja y Borja no es explícito en asumir una postura frente al tema en cuestión. No obstante, de su texto se puede inferir que opta por la titularidad estatal. Para él, la protección del bienestar social comporta un derecho subjetivo

⁷⁹ Al respecto se pueden consultar las cuentas del Estado Ecuatoriano, que mantiene el Banco Central, en www.bce.fin.ec

exigible al Estado por parte de los administrados. En consecuencia, el deber de protección del interés público recae en el propio Estado, el cual brinda este servicio a través de actos administrativos (Vg. el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas). Dichos actos solamente pueden ser ejercidos por el titular; *ergo*, la administración del agua como bien público fundamenta la propiedad estatal en este campo (Cf. 1995: 104-110).

Ahora bien, en el marco del Derecho Ambiental, sobresale la obra de Efraín Pérez, quien dedica uno de los párrafos de su trabajo exclusivamente a la discusión sobre la propiedad de los recursos hídricos. En general, aunque el estudioso no es específico en afirmar si el dominio de esta clase de bienes corresponde al Estado o al pueblo, se podría deducir que su opinión se inclina hacia la titularidad popular. Su referencia al esquema romano, donde el aprovechamiento del agua pertenecía a toda la población, permite presumir que Pérez no admite la apropiación de los bienes públicos por parte de nadie, ni aún del Estado (Cf. 2001: 273-277).

Adicionalmente, Pérez incorpora una reflexión muy interesante sobre la aplicación práctica del principio de dominialidad. Sostiene que, no obstante la garantía legal del dominio público sobre los recursos hídricos, en la práctica existen aguas en poder de los particulares. Efectivamente, las aguas que nacen y mueren en una misma finca, como los charcos, lagunas y otras clases de aguas estancadas, pertenecen al dueño del terreno en que se encuentran. Esta afirmación resulta totalmente comprobable; sobre todo, si se toma en cuenta que la propiedad de la tierra está asociada al acceso sobre las aguas. Ningún particular puede acceder libremente a terrenos ajenos; y, consecuentemente, tampoco a las aguas que se encuentran dentro de ellos (Ibíd.).

Otros autores del área, como Amores (1991), Mancheno (2005), Narváez (2004), Serrano (1988) y Torres (2005), no discuten este aspecto. En algunos casos, solamente se hace una breve referencia a la legislación aplicable; mientras en otros, ni siquiera se aborda la temática de los recursos hídricos.

En el ámbito específico del Derecho de las Aguas, en cambio, se debe resaltar la fructífera labor del Consorcio CAMAREN, una plataforma cuyos espacios de discusión han facilitado la intervención “...de más de 80 entidades entre las que se pueden mencionar a organizaciones estatales, organizaciones populares, ONG's, universidades, instituciones educativas, municipios, consejos provinciales y organizaciones internacionales” (CAMAREN, 2006).

En este marco, Verónica Arias, que sigue estrictamente los planteamientos de Efraín Pérez, concluye que el Estado es el único titular de la propiedad de los bienes públicos, dejando a los particulares solamente un derecho de aprovechamiento (Cf. 2002: 181-183). En el mismo sentido se han referido: Alex Zapatta (2002: 400), Edgar Isch (2005: 121) y Diego Pazmiño⁸⁰ (2005: 38).

En contraste, Oscar Cevallos se ciñe en forma fiel a los principios jurídicos que fundamentan la dominialidad, al argumentar que al gobierno le corresponde la administración de los recursos hídricos en representación de la nación. En consecuencia, para él, la titularidad de las aguas corresponde al pueblo y no al Estado (Cf. 2002: 149, 152). Alfredo Barriga también comparte esta tesis (2002: 362).

Ya fuera del contexto del Foro de los Recursos Hídricos, conviene mencionar los trabajos que Paulina Palacios ha realizado en el marco del Programa sobre Leyes de Aguas y Derechos Indígenas (WALIR, por sus siglas en inglés: “*Water Law and Indigenous Rights*”), para quien el Estado actúa como soberano, dueño y administrador de los recursos hídricos; y, en consecuencia, como el titular de los derechos de propiedad sobre ellos (Cf. 2002: 269).

Asimismo, desde la perspectiva de los Derechos Colectivos Indígenas, Nina Pacari ha escrito que la defensa de la “no privatización del agua” se asienta en la noción de que el dominio y propiedad de los recursos hídricos radica en el Estado, dado que se trata de bienes comunes de utilidad pública (Cf. 1996: 7).

⁸⁰ Llama la atención la postura de Diego Pazmiño, quien en el año 2004 argumentó que la propiedad de las aguas pertenece a la “nación toda”; mientras que, un año más tarde, afirmó que el dominio de las aguas sigue siendo del Estado (Cf. Op. Cit. 2004 y 2005).

Estos juicios sobre la titularidad estatal son compartidos por varios autores. Tal es el caso, por ejemplo, de Alain Dubly⁸¹ (2004: 62), Alicia Granda (2004: 153) y Juan Fernando Terán (2005: 201-202).

Por el contrario, la posición oficial del CNRH (2002: 19) acoge el principio de dominialidad en función de la “nación toda”, dejando para el Estado una mera atribución de administración, control y asignación de derechos de aprovechamiento a favor de los particulares. En el mismo sentido se han referido Boelens et al. (Op. Cit. 314).

En conclusión, la titularidad del Estado o del pueblo es una cuestión que aún aparece confusa en la literatura jurídica de los recursos hídricos. Se trata de un aspecto que no se ha desarrollado suficientemente en el país, al menos en cuanto a su elaboración teórica. Y, dada la premura de una reforma legal en materia de aguas, tan reclamada por varios sectores, se vuelve imperioso ir definiendo los postulados dogmáticos en los que, más temprano que tarde, deba promulgarse; sobre todo considerando que se trata de un aspecto tan controversial como el derecho de propiedad.

2.3.3 La dominialidad del agua y la exigencia de un elemento subjetivo.-

Las cosas que forman parte del dominio público no son *res nullius*; es decir, el presupuesto indispensable de la dominialidad es que se ejerza titularidad sobre ellas. Por tanto, la existencia de un sujeto del dominio público es un requisito indefectible.

Cuando un bien no pertenece a nadie, este puede ser apropiado privadamente a través de la ocupación. El título IV del Código Civil se refiere particularmente a la caza y la pesca, que constituyen los mejores ejemplos. Asimismo, existen ciertas cosas que son consideradas fiscales por disposición de la ley, a pesar de que carecen de otro dueño.

⁸¹ A modo de aclaración, Dubly manifiesta que el agua es un bien “*enajenable*”; lo cual constituye un error conceptual, probablemente atribuible a una falla de impresión, dado que una de las características esenciales de los bienes públicos es precisamente la contraria; es decir, se trata de bienes no enajenables.

Este es el caso, por ejemplo, de las tierras que se encuentran al interior del territorio ecuatoriano y que no registran propiedad sobre ellas (Art. 605 CC).

Adicionalmente, un particular no puede ser propietario de un bien público, dado que se contravendría la naturaleza jurídica de estas cosas y la finalidad social con la que están concebidas. Aparentemente, a decir de Marienhoff, sobre este punto existe un generalizado consenso doctrinario (Op. Cit. 52).

En consecuencia, si una cosa se contextualiza bajo cualquiera de estos tres supuestos no constituye un bien dominial. Es decir, las cosas que pertenecen al Estado (entendido como persona jurídica) o a un particular; así como aquellas que no pertenecen a nadie, simple y sencillamente, no son bienes nacionales de uso público.

En este punto, surge la pregunta: ¿a quién pertenecen las cosas dominiales? Como se ha visto, los autores se han inclinado principalmente por pensar en el Estado y el pueblo como los titulares de los bienes públicos. Ya se ha argumentado sobre el particular. Lo importante, por ahora, es determinar si existe o no trascendencia práctica en esta visión diferenciada.

La presunción de que el Estado es el titular de los bienes nacionales de uso público implica conferirle derechos de propiedad privada sobre ellos, de modo similar a lo que ocurre con los bienes fiscales. Este argumento posibilitaría la enajenación o transferencia de propiedad de tales cosas.

En el caso de los recursos hídricos, entonces, en lugar de una autorización administrativa intransferible para el uso de las aguas, en los términos del Art. 5 LAg; más bien, se estaría verificando una suerte de cesión de derechos de uso⁸². Esta hipótesis desconfiguraría la naturaleza jurídica de la dominialidad, expresamente reconocida por la ley, dado que los bienes públicos están fuera del comercio, son inalienables e imprescriptibles.

⁸² Al respecto, también se debe considerar la disposición contenida en el Art. 833 CC, la cual establece expresamente que los derechos de uso “...no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse”.

2.3.4 El agua como objeto de la dominialidad.-

El estudio del agua, como objeto de la dominialidad, implica reflexionar sobre su naturaleza jurídica. Para ello, resulta indispensable tomar como punto de partida las nociones civiles. A pesar de las debilidades que comporta un análisis estrictamente civil, es necesario reconocer también su utilidad, particularmente cuando se reflexiona acerca de la naturaleza jurídica del agua, cuya complejidad hace parecer insuficiente al más acabado de los estudios.

En este sentido, el primer paso consiste en entender al agua como un bien, o una cosa, en términos del Código Civil. La legislación ecuatoriana no distingue entre ambas expresiones; a diferencia de lo que sucedía en el Derecho Romano, donde los bienes se definían como cosas susceptibles de apropiación; que revestían, además, cierta repercusión económica (Cf. Carrión, Op. Cit. 81).

Ahora, los bienes jurídicos pueden ser corporales o incorporeales. El agua reúne todos los requisitos para ser considerada una cosa corporal, puesto que tiene un ser real y puede ser percibida por los sentidos, sin importar el estado físico en que se presenta naturalmente (sólido, líquido o gaseoso). Por el contrario, no es una cosa incorporeal, dado que no consiste en un mero derecho (Art. 583 CC).

A su vez, las aguas constituyen cosas corporales muebles o inmuebles, en función de la categoría analítica que se utilice. Son muebles las corrientes de agua e inmuebles los cursos.

En efecto, el agua es un bien mueble porque puede ser transportada de un lugar a otro, a través de una fuerza externa (corrientes de agua). Ejemplos prácticos se presentan cuando es trasladada en cubetas, botellas o recipientes de cualquier especie. Asimismo, constituyen bienes muebles las aguas extraídas de las fuentes naturales, mediante el empleo de mecanismos sofisticados, como bombas hidráulicas o tuberías de conducción que aprovechan la fuerza gravitatoria (Art. 585 CC).

En cambio, las aguas contenidas en sus fuentes naturales (cursos de agua) constituyen bienes inmuebles para la generalidad de la doctrina; aunque, según lo advierte Eduardo Carrión, se deben reconocer ciertas divergencias entre los autores para determinar a qué clase de bienes inmuebles pertenecen los recursos hídricos, ya sea por su naturaleza, por su adherencia permanente al suelo, o por su destinación, (Op. Cit. 86).

La jurisprudencia ecuatoriana confirma este argumento cuando atribuye a las aguas, en su estado natural, la condición jurídica de bienes inmuebles. Sin embargo, resulta paradójica su argumentación, fundada simultáneamente en las tres categorías antes señaladas. En esencia, los tribunales ecuatorianos sostienen que esta clase de recursos hídricos son bienes inmuebles, ya por su naturaleza, ya por su adherencia permanente al lecho, o ya por su destinación. Se manifiesta en el fallo de primera instancia, ratificado por la Corte Superior y la Corte Suprema de Justicia, que:

...es lo cierto que una acequia de agua destinada al uso o cultivo de un predio es un bien raíz que forma parte de aquel, si no por su naturaleza siquiera por estar destinada permanentemente al uso de un inmueble; entendiéndose además, que en el sentido expuesto, una acequia de agua adhiere permanentemente al suelo, lo cual la constituye entre los bienes raíces⁸³ (Gaceta Judicial, Tercera Serie, No. 84, Juicio Vela-Sevilla, 1915).

Finalmente, siguiendo la clasificación civil de los bienes muebles, el agua debe considerarse como un bien fungible y, al mismo tiempo, no fungible (Art. 593 CC). Se trata de una cosa fungible, en la medida en que no puede hacerse uso conveniente de ella sin que jurídicamente se destruya o consuma (Vg. los usos consuntivos, como los domésticos o de abrevadero de animales); mientras que, por otro lado, también puede imaginarse como una cosa no fungible, dado que no siempre se destruye como consecuencia de su uso natural (Vg. los usos no consuntivos, como la generación hidroeléctrica).

El caso del uso para navegación reviste una característica bastante peculiar en este sentido. Se trata de una forma no consuntiva de utilización de recursos hídricos, bajo

⁸³ La expresión *bienes raíces* es tratada como sinónimo de bienes inmuebles en el Art. 586 CC. El fallo aludido fue citado originalmente por Carrión (Op. Cit. 109).

la figura de bienes inmuebles, dado que el agua que se halla en la fuente natural no puede ser transportada de un lugar a otro. Por tanto, existe un contrasentido jurídico que aglutina dos elementos distintos; es decir, un inmueble con características propias de los bienes muebles.

Ello corrobora la aseveración de que se trata de un bien de naturaleza jurídica especial, cuyas características físico-químicas no admiten una visión monocriterial, como la que ofrece la noción exclusivamente civil. Por tal razón, se vuelve indispensable reparar en los elementos esenciales de la dominialidad (subjetivo, objetivo, teleológico y normativo); los cuales, si bien podrían juzgarse como insuficientes, definitivamente aportan a la reflexión teórica en esta materia.

2.3.5 El Elemento Teleológico del agua.-

El elemento teleológico, conocido también como finalista, se refiere al propósito que se persigue mediante la afectación del dominio público. Usualmente, el fundamento de tal afectación puede ser identificado en el propio ordenamiento jurídico, según se desprende del sistema legal de cada país.

En tal virtud, si se toman como puntos de referencia los considerandos de la Ley de Aguas de 1972, el elemento teleológico de la norma actual consistiría en: el propósito de que el gobierno ejerza derechos sobre el recurso agua; la garantía de acceso a la población, dado que las necesidades vitales se incrementan a diario; la necesidad de superar los efectos ambientales dañinos; y, por último, la exigencia de vencer la superposición de competencias administrativas.

2.3.6 El Elemento Normativo del dominio público hidráulico.-

Una de las tesis más popularizadas, en la doctrina jurídica, consiste en sostener que la inalienabilidad conlleva una suerte de *“inapropiabilidad”*, fundada en la tesis de que los bienes públicos son tales, en razón de su propia naturaleza; es decir, porque las

características inherentes a ellos impiden excluir a otros de su uso, como sucede con el mar, el aire o la luz (Pontificia Universidad Javeriana, Op. Cit. 59).

Este argumento no es compartido, principalmente, porque con el desarrollo actual de los medios tecnológicos y el crecimiento inusitado de ciertos poderes económicos, cada día es más fácil excluir a otros del uso y aprovechamiento de los bienes. ¿Acaso, en la actualidad, no se compra y vende aire comprimido en una bomba para reparar los neumáticos de los vehículos?; o ¿acaso cuando una embarcación debe ingresar en aguas del mar territorial extranjero lo hace libremente, sin pedir una autorización previa, tal y como ocurre cuando se requiere ingresar a los predios de propiedad privada ajena? La respuesta no está en la naturaleza misma del bien público, sino en los preceptos legales que regulan a cada sociedad, de acuerdo a sus propios intereses.

En el caso de las aguas continentales el asunto es aún más simple, dado que su exclusión del uso está asociada a la exclusión del uso de la tierra. De hecho, en el Ecuador se ha tolerado históricamente la existencia de propiedad privada sobre ríos lagos y otras fuentes naturales que nacían y morían en un mismo predio (Vg. las leyes de 1832, 1936 y 1960). Por lo tanto, al menos tratándose de los recursos hídricos continentales, el argumento de la inapropiabilidad por la naturaleza de los bienes cae por su propio peso.

Al respecto, Marienhoff -concordando con Manes- sostiene que: *“el carácter público de un bien es un concepto jurídico; que no hay bienes públicos por derecho natural... [y] ...que es el Estado el que declara el carácter público de las cosas”*. En todo caso, hasta la actualidad, no existe conformidad de criterios generalmente aceptados por la doctrina jurídica (1996: 94).