

DERECHO DE AGUAS: ESTUDIOS CUBANOS

Andry Matilla Correa
(Coordinador)

DERECHO DE AGUAS: ESTUDIOS CUBANOS

Dr. Andry Matilla Correa
(Coordinador)



LA HABANA, 2019

El contenido de esta publicación es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vistas de la FAO, GEF, PNUD y del Sistema de Naciones Unidas.

LA IMPRESIÓN DE ESTA PUBLICACIÓN ES RESULTADO DEL PROYECTO FORTALECIMIENTO DE CAPACIDADES PARA LA COORDINACIÓN DE INFORMACIÓN Y LOS SISTEMAS DE MONITOREO/MST EN ÁREAS CON PROBLEMAS DE MANEJO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS, DEL PROGRAMA DE ASOCIACIÓN DEL PAÍS EN APOYO AL PROGRAMA DE ACCIÓN NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA DESERTIFICACIÓN Y LA SEQUÍA EN CUBA (CPP-OP15).

DERECHO DE AGUAS: ESTUDIOS CUBANOS

© Dr. Andry Matilla Correa (coordinador), 2019

© Sobre la presente edición:
Sello Editorial AMA, 2019

ISBN 978-959-300-150-2

Edición y corrección:

Ivón Kennedy Suárez

Diseño interior, de cubierta y composición:

Ilena Acuña Mendoza



SELLO EDITORIAL AMA

CCP OP15 Calle 20 No. 4017, e/ 18a y 47, CP. 11300, Playa, La Habana, Cuba

Email: cpp.mts@ama.cu / Teléfono: (+53) 7202 9328

Contenido

Prólogo	V
Presentación	IX
Aproximación casuística al régimen de las aguas en el Derecho romano. Referencias desde el <i>corpus iuris civilis</i>	1
Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO	
Breves notas en torno a la historia del Derecho de aguas en Cuba hasta mediados del siglo XIX	15
Santiago Antonio BAHAMONDE RODRÍGUEZ	
Aspectos generales del régimen jurídico de las aguas en Cuba	73
Andry MATILLA CORREA	
El derecho humano al agua	149
Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ	
Una aproximación a los planteamientos generales sobre la tutela constitucional de las aguas terrestres en Cuba	165
Gricelda Yamilet SANTALÓ DÍAZ / Gilberto CÁNEPA RODRÍGUEZ	
Glosas sobre la regulación de los recursos hídricos en la Ley No. 81, De Medio Ambiente, de 11 de julio de 1997	177
Jolene PEREIRA BASANTA	
Tratamiento jurídico de las aguas terrestres en Cuba	203
Ana María PEREDA MIRABAL	
Sobre la gestión del agua en la cuenca hidrográfica	223
Jorge Mario GARCÍA FERNÁNDEZ	

- Una aproximación al estatuto jurídico del caudal ambiental | 241
Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ
- Acercamiento al régimen jurídico | 255
de los usos de las aguas terrestres en Cuba
Jennifer BATISTA TORRES
- Las servidumbres administrativas de aguas y su regulación | 287
en el ordenamiento jurídico cubano
Irina PÉREZ TRUJILLO
- Situación de la gestión y protección jurídica administrativa | 313
de las aguas de riego destinadas al cultivo del tabaco
en la provincia de Pinar del Río
Maritza McCORMACK BÉQUER / Maydelis TRUJILLO RODRÍGUEZ
- Una aproximación a los impuestos hidrológicos en Cuba | 333
Carlos A. PÉREZ INCLÁN / Yanelis FERNÁNDEZ PEÑA
- El impuesto por el uso de las aguas terrestres en Cuba: | 359
¿tasa ambiental?
Liana SIMÓN OTERO
- La protección penal del agua en Cuba | 379
Carlos Alberto MEJÍAS RODRÍGUEZ

Prólogo

Creo que una de las notas que hoy caracterizan la evolución del Derecho de aguas es precisamente esa: la de la necesidad, sentida por muchos, de dicha evolución. A ello coopera de forma decisiva el impacto del cambio climático que se hace sentir sobre los recursos hídricos de una forma muy notable, en algunos casos llevando consigo la reducción de precipitaciones y en unos pocos su intensificación, pero con distintos ritmos temporales, muy diversos a los tradicionales conocidos. Y, por otro, el impulso social, inequívoco, para encontrar marcos jurídicos que permitan el mejor uso y disfrute del agua por todos.

Este fenómeno es universal, pero tiene singulares notas en muy diversos países de Latinoamérica. Precisamente eso es lo que me llevó, junto al profesor Líber Martín, a realizar un estudio sobre diez años en la evolución del Derecho de aguas en Latinoamérica y el Caribe, diez años que eran de 2005 a 2015, precisamente los coincidentes con la década del agua programada por Naciones Unidas para mejorar distintos parámetros de acceso al agua y de saneamiento de aguas residuales y que concluyó con notables avances en el abastecimiento de aguas, pero no así en el tratamiento y depuración de las aguas residuales urbanas.¹

Este trabajo que menciono constataba las tendencias generalizadas hacia la propiedad pública de las aguas, los planteamientos medioambientales (consideración del agua ante todo como un recurso natural), la referencia a la planificación hidrológica como mejor modo de enfocar la utilización y protección de las aguas...; todo ello como características principales y sin perjuicio de otras muchas consideraciones sobre las que, sin más, remito al texto citado. Legislaciones de Ecuador, Venezuela, Argentina, Perú, Honduras, Brasil, Paraguay y otras eran contempladas en ese marco temporal, que es prueba de lo que brevemente expongo en estas páginas.

El libro sobre el Derecho de aguas de Cuba, del cual se me pide el prólogo, está claramente orientado en esa dirección. A través de

¹ Cfr. EMBID IRUJO, Antonio y L. MARTÍN, *La experiencia legislativa del decenio 2005-2015 en materia de aguas en América Latina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2015, 55 pp.

múltiples trabajos realizados por profesores y técnicos, de la mano rigurosa y experimentada del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Andry Matilla Correa, existe la línea común de la postulación de un nuevo Derecho de aguas que se desea técnicamente más perfeccionado que el actual, moderno, que aborde lo que son preocupaciones fundamentales en las legislaciones más avanzadas del derecho de aguas en el mundo. A esos efectos, se estudian desde múltiples perspectivas temas presentes con más o menos extensión en el Derecho de aguas y se postulan distintas líneas de evolución del mismo en esa dirección de modernidad que reflejo.

Merece la pena mencionar las principales materias que son objeto de tratamiento en este título, además de las clásicas reflexiones históricas que abarcan a los mismos fundamentos en el Derecho romano de la mayor parte de las actuales legislaciones sobre aguas. Son, así: el derecho humano al agua, la consideración ambiental del recurso hídrico, las formas de utilización y protección, el régimen de servidumbres, los caudales ecológicos, el tratamiento tributario (impuestos, tasas) del agua, la protección penal a través de distintos tipos delictivos, las fórmulas organizativas públicas para la gestión de las agua...; e igualmente, en muchos trabajos está presente el tratamiento por el Derecho internacional, en distintos tratados internacionales, o en declaraciones internacionales de referencia continua y, además, obligada. El lector puede sentir, por tanto, que nada de lo que es contenido natural del Derecho de aguas está fuera de esta obra y que junto con temas que pueden calificarse como "clásicos", se encuentran estudiadas las principales líneas de evolución del Derecho de aguas.

Para un jurista español es interesante comprobar, una vez más, la presencia ahora de instituciones del Derecho español de aguas en Cuba. Lo mismo se puede observar con la contemplación de los Derechos de agua de muy distintos países de Latinoamérica, pero lo que sucede en Cuba tiene un punto de superior interés que debo resaltar necesariamente; y este consiste en que la Ley de Aguas española de 1879, un texto jurídico justamente alabado por su perfección técnica y vigente en España hasta el 1 de enero de 1986, ha prolongado su vigencia formal en Cuba hasta que en el año 1993, y por medio de un Decreto-Ley, se produjo su derogación dándole paso a un nuevo tiempo jurídico del que, por medio de este libro, se desea su modificación en muy distintas direcciones.

Una necesidad de evolución innegable e incontestable si se tienen en cuenta los nuevos problemas planteados y comparamos el estatismo del Derecho de aguas durante buena parte del siglo XX en muchos lugares, frente a la tremenda evolución actual. El ejemplo de la Ley española de Aguas de 1879 es bien representativo de lo que indico: durante algo más de un siglo estuvo vigente

sin necesidad de ser reformada en lo más mínimo. Su sucesora, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (que entró en vigor el 1 de enero de 1986, momento en que se derogó la Ley de Aguas de 1879), luego refundida con diversas normas modificatorias en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, ha sido objeto, en su conjunto, de unas treinta modificaciones, en solo algo más de treinta años de vigencia. Y ello por una razón muy simple: la Ley de 1879 era el texto propio de una sociedad estática, sin grandes necesidades de recursos hídricos, con una actividad agrícola o industrial que no afectaba de forma decisiva, desde el punto de vista de su calidad, a las aguas. Pero eso comenzó a cambiar aceleradamente en los últimos años de vigencia de la ley decimonónica, de tal forma que ya se encontraba claramente desenganchada de su tiempo cuando fue objeto de derogación formal.

La evolución posterior de las cosas ha hecho que se incrementen las necesidades de permanente adaptación: la sociedad ya no es la estática que conocimos; la multiplicación de la población y sus necesidades son evidentes, como también lo muestra el crecimiento exponencial de la agricultura de regadío, igual las actividades industriales que contaminan las aguas si no se adoptan las decisiones de mejora correspondientes. Todo induce a ese impulso de modificación y adaptación permanente y si a eso sumamos la realidad del cambio climático, acabamos por tener el conjunto del panorama de la situación.

Cuba cuenta ahora con un libro de calidad indiscutible para ayudar a ese proceso de modernización; avalado por un equipo excelente de juristas que sin duda pueden poner su talento al servicio de la configuración de un nuevo tiempo, con un director lleno de ilusión y sabiduría ya en su juventud y al que la historia moderna de Cuba le rendirá obligatoriamente el tributo que se merece.

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

Zaragoza, 27 de marzo de 2017.

Presentación

Es muy importante advertirle al lector que la fecha de cierre de los trabajos contenidos en este libro corresponde el tercer trimestre del año 2016. Y no es este un dato innecesario, sino que se convierte en relevante ante el hecho que actualmente se encuentra en fase de elaboración una nueva norma (ley) sobre aguas terrestre, que parece ser que en el próximo año (2017) ha de ser presentada a la Asamblea Nacional de Poder Popular para su consideración y aprobación. Visto así, estamos a las puertas de cerrar el ciclo de vida del Decreto-Ley No. 138, “De las Aguas Terrestres”, de 1 de julio de 1993, principal cuerpo jurídico que, con carácter especial, ordena las cuestiones generales relacionadas con las aguas terrestres en Cuba, para dar paso a una nueva norma (ley) especial que abra un nuevo ciclo de ordenación al respecto.

Por lo tanto, es necesario considerar que los trabajos aquí recogidos, en lo correspondiente, tienen como campo de análisis, principalmente, el régimen jurídico positivo del agua en Cuba, tal y como se ha venido manifestando, hasta 2016. De ahí que, quizás, cuando este libro vea la luz, puede que tengamos ya vigente en nuestro país un nuevo cuerpo legal sobre aguas terrestres, con alguna que otra normativa complementaria (v.gr.: reglamento de dicho cuerpo legal).

Sin embargo, una situación de tal índole no demerita ni la utilidad ni la actualidad ni los valores científicos contenidos en esta obra. Si bien no hay en ella un tratamiento del panorama normativo que se anuncia en un futuro inmediato (tampoco nos es posible avizorarlo con plena exactitud al día de hoy para aventurar un acercamiento cierto al mismo), sí hay análisis que no pierde la utilidad y actualidad para nuestro entorno jurídico del agua y nos provee un punto de partida necesario para la mejor comprensión de ese nuevo panorama que está por abrirse; que, por demás, no significará un panorama absolutamente nuevo, en tanto han de mantener vigencia –a pesar de una nueva ley de aguas y su reglamento– muchas otras piezas normativas que se integran en el régimen jurídico de las aguas en Cuba, en su proyección más general.

En consecuencia, es este un libro necesario, cuyo ánimo inspirador –ahora por la fuerzas de las circunstancias por venir– no se agota en él, sino que con él se concreta en buena medida; mas,

esperando también que se produzcan las anunciadas nuevas disposiciones normativas en nuestro Derecho de Aguas, que, una vez alumbradas y vigentes, esperamos no tarden mucho en poder ser analizadas con provecho, para aportar (al menos en lo conceptual) al perfeccionamiento de un régimen jurídico (el del agua), que se ha revelado ya entre nosotros como de importancia primordial, no solo desde el campo práctico, sino también del de la ciencia del Derecho.

Quisiéramos dar un sincero agradecimiento a todos aquellos a los que han contribuido, de un modo u otro, a la materialización de este libro colectivo. Como esfuerzo coral, ha sido un resultado al que todos los que se han involucrado directamente en él han aportado de manera decisiva.

Dr. Andry MATILLA CORREA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana
Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y
Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba

La Habana, octubre de 2016

Aproximación casuística al régimen
de las aguas en el Derecho romano.
Referencias
desde el *corpus iuris civilis*

Joanna GONZÁLEZ QUEVEDO*

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Principal de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

1. Notas introductorias acerca de la clasificación de las cosas en Roma

A

siento con ORTOLÁN¹ en que la primera máxima que se ha de proclamar es que el Derecho romano se ha de estudiar conservándolo en todo y por todo, exclusivamente su aspecto, su lenguaje, su genio. El pensamiento del que le estudia debe abstraerse de los tiempos actuales para vivir en la época en que él vivió, a fin de bajar después a través de la serie de los siglos, hasta la generación del Derecho actual.

Cada época tiene su sello. Cuando se ponen las ideas modernas al lado de las antiguas, se previene contra las falsas asimilaciones y se permite resaltar el carácter distintivo de cada sociedad. Nada de esos textos, axiomas o adagios, nada de esas definiciones o locuciones, que como por tradición se vienen atribuyendo al Derecho romano y que nada tienen que ver con él. En una sola frase: no se le puede atribuir nada que no sea efectivamente suyo. Tomar los principios monumentales de su Derecho debe ser y es el fin esencial del presente ensayo.

Para uno de los grandes maestros del romanismo en Cuba, Ernesto DIHIGO,² por derecho humano (*humani iuris*) estaban fuera del patrimonio las cosas comunes, las públicas y las que no pertenecían a nadie. Cosas comunes eran las que podían ser disfrutadas por todo el mundo; no tenían propietario especial y de ellas podía cualquiera libremente aprovecharse; por ejemplo, el aire, el agua corriente, el mar y sus costas. Estos se convertían en propiedad privada cuando alguien se apoderaba de ellos a través de la ocupación. Al respecto, añade Dihigo³ que el derecho de usar las cosas públicas estaba protegido por la acción de injurias. Sobre la base del argumento anterior, sostiene la posibilidad de que se prohibiese pescar en las regiones en que el Derecho de pesca en los mares había sido dado en arrendamiento por el Estado, razón para fundamentar que finalmente Dihigo se afilió a la tesis de considerar a las aguas como cosas públicas.

Por otra parte, y siguiendo a CAMUS,⁴ otro de los más encumbrados romanistas del Derecho patrio, las cosas públicas eran las que se

1 Cfr. ORTOLÁN, M., *La clave del Derecho romano o síntesis del Derecho romano*, Establecimiento tipográfico a cargo de J. Moyano, Sevilla, 1845, pp. 3-5.

2 DIHIGO, Ernesto, *Derecho romano*, primer curso, segunda parte, Copias de Clases, Universidad de La Habana, La Habana, 1954, pp. 219 y 220.

3 *Ibidem*.

4 FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *Estudios de Derecho privado romano*, tomo I, Imprenta y Papelería Bouza, C.A., La Habana, 1925, p. 25.

consideraban pertenecientes a la comunidad entera; por ejemplo, las plazas públicas y los caminos. No incluye dentro de esta clasificación a las aguas, pues para él eran cosas comunes.

Desde la doctrina romanista española, FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁵ asiente en que se consideraba que eran cosas públicas las aguas: a) o bien por naturaleza, así los ríos perennes o los ríos que hubiesen gozado de la consideración de públicos desde tiempo inmemorial (es la llamada afectación natural), o los puertos; b) o bien en virtud de una ceremonia pública, *publicatio*, en la que intervenían, en la época republicana, magistrados y miembros de los colegios sacerdotales y, a partir de la época clásica, solo los magistrados, mediante la cual el bien se transformaba en público y quedaba afectado o destinado al uso público; c) o por razón de su destino o utilización pública, como sucedía cuando se dedicaba al uso público una cosa, sin previa ceremonia de *publicatio*, como podía suceder con las vías, plazas, termas, teatros, jardines, puentes, estadios, bibliotecas, etcétera, configuradas con ese carácter.

Si se realiza una exégesis de las fuentes históricas, las cosas comunes son aquellas que por derecho natural o derecho de gentes se considera que pertenecen a toda la humanidad, como el aire, el mar, el litoral marino o el agua corriente. Así plantea el jurisconsulto MARCIANO:⁶ “son comunes a todos por derecho natural, el aire, el agua corriente, el mar y con él sus costas”.

La consideración del mar y del litoral marino como *res comunes*, tal cual hemos visto, no constituye, sin embargo, una concepción unívoca ni en la doctrina ni en las fuentes, por ello, al ser fieles al *corpus iuris civilis*, como principal fuente del Derecho romano, hallamos que en opinión del jurista Celso, deben ser incluidas entre las cosas públicas, dada su pertenencia al pueblo romano, criterio argüido por BONFANTE;⁷ opinión a la que me afilio con apego irrestricto al Pandectas: así, en el libro cuarenta y tres del Digesto queda establecido que: “Las costas del mar, sobre que tiene poder el pueblo romano, creo pertenecen a este...”⁸

5 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano*, cuarta edición, Editorial Civitas, Madrid, 2011, pp. 385-387. Para mayor información, véase: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio; Gabriel GEREZ KRAEMER y Belén MALAVÉ OSUNA, *Hacia un Derecho administrativo y fiscal romano*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2011 (1ra. parte); Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho administrativo histórico*, Editorial Escola Galega de Administración Pública, 2015; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y Javier SANTIAGO SÁNCHEZ, *Régimen jurídico del agua. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, serie Doctrina jurídica, No. 382, México, 2007.

6 D. 8.2 .1., en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, Instituta- Digesto, Ediciones Antiguas y Modernas, Barcelona, 1889.

7 BONFANTE, Pietro, “Il regime delle acque. Dal Diritto romano al Diritto moderno”, en *Archivio Giuridico*, volumen LXXXVII, Modena, 1922, p. 6 y ss.

8 D. 43.8.3.pr, en García del Corral, Idelfonso, *Cuerpo del..., cit.*

Este último criterio, que sigo, apoyada en las fuentes históricas, es el sostenido por la romanista argentina Virginia ABELANDA,⁹ quien defiende que en las fuentes romanas existe una construcción sistemática y consiguiente clasificación del agua por parte de la jurisprudencia, desde época republicana hasta época clásica (durante el Principado), primero como cosa o *res publica* de uso público, más adelante del derecho de gentes, sin independencia, en ambos casos, del régimen jurídico del curso por el cual discurría (por ejemplo, un río público, calificado así por la perennidad y abundancia de sus aguas, así como por la valoración económico-social), y finalmente, como cosa común a todos desde el punto de vista del derecho natural –que formaba parte de la tripartición del Derecho privado romano– o bien por su propia naturaleza.

Es decir, que pudo verificarse una ampliación doctrinaria y autonomía de la configuración jurídica del agua (doctrina que, cabe destacar, era fuente formal del Derecho romano) desde el originario concepto de *res publica in publico usu*, en las que, a diferencia de las *res in patrimonio populi (o fisci)*, en donde prevalecía el aspecto de pertenencia al pueblo romano, prevalecía, en cambio, el aspecto de libre disponibilidad al uso de todos; ampliación y autonomía, ya presente, por demás, en algunas obras literarias del periodo republicano, que luego fueron recogidas por Justiniano en el Digesto y en las Institutas, por lo que quedó como derecho vigente en la compilación Justiniana.

Por su parte, el eminente jurisconsulto ULPIANO¹⁰ es conteste con la anterior teoría, al decir que el Estado podía tener dos clases de bienes: los privados, en su carácter de persona jurídica, y los públicos, como órgano político soberano de la comunidad. Se convertían en cosas públicas los ríos y los puertos y las aguas en general.

Para KRAEMER,¹¹ desde los primeros siglos de la historia de Roma, es posible identificar a las aguas en prácticamente todos los ámbitos y aspectos de su régimen jurídico (clasificación de las aguas tal cual hemos visto *supra*, servidumbres, régimen de la propiedad, relaciones de vecindad, interdictos). Procedamos entonces a un análisis casuístico de su regulación en el Digesto Justiniano.

9 ABELANDA, Virginia, “Extra-comercialidad, uso común, e instrumentos administrativos y procesales de acceso y protección del agua en las fuentes romanas. Aportes para su desarrollo en el Derecho argentino”, Proyecto de Investigación de la Universidad de Buenos Aires, S/E, p. 1.

10 D.50, 16, 17, en García del Corral, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

11 GEREZ KRAEMER, Gabriel, *Hacia un Derecho administrativo...*, cit., p. 275.

2. El régimen de las servidumbres y las limitaciones al derecho de propiedad en materia de aguas en Roma

Los derechos de los predios rústicos son estos: paso, conducción, camino, y acueducto. Paso es el derecho de ir y de pasarse un hombre, pero no de conducir caballería o vehículo. Así, el que tiene paso no tiene conducción, y el que tiene conducción tiene también paso, y puede usar de él aun sin caballería. Camino es el derecho de ir, de conducir y de pasarse; porque el camino contiene en sí el paso y la conducción. Acueducto es el derecho de que el agua sea conducida por un fundo ajeno.

Si se debiera alguna cosa por razón de limpieza de cloaca, o si se pagara por la estructura del acueducto que pasa por un campo, esto será de cargo del usufructuario; pero si se debiera alguna cosa para la contribución de la vía, se opinó¹² que también esto lo deberá sufragar el usufructuario.

El acueducto y el sacar agua para que se lleve por un mismo lugar pueden concederse también a muchos; igualmente puede concederse que se lleve en diversos días u horas. Si el acueducto o la toma de agua son suficientes, puede concederse también a muchos por el mismo lugar.

Escribe el jurista Labeón que de mi acueducto puedo dar agua en comodato a cualquier vecino; al contrario PRÓCULO, de suerte que para ninguna otra parte de mi fundo más que para la que haya sido adquirida la servidumbre pueda esta utilizarse; la opinión de Próculo es más verdadera.¹³

Varios tuvieron la costumbre de conducir con derecho por el mismo cauce agua que nacía en el fundo del vecino, de suerte que cada uno la conducía en su respectivo día desde el manantial, primeramente por el mismo cauce, y este común, después, como cada cual estaba más bajo, cada uno por su propio cauce, y uno que no la condujo durante el tiempo establecido, se opina¹⁴ que este perdió el derecho de conducir el agua, y que su derecho no se conservó por medio de los demás, que la condujeron; porque el derecho de estos fue propio de cada cual, y no pudo conservarse por otro.

Si a un predio se le debiera acueducto, también pasa al comprador el derecho de agua, aunque nada se haya dicho, así como las cañerías por las que se conduce el agua, aunque estén fuera de la

12 D.7.1.3, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

13 D.8.1.24., en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

14 *Ibidem*.

casa. Y aunque no siga el derecho de agua, porque se haya perdido, sin embargo, las cañerías y las canales van, mientras subsisten, en poder del comprador como siendo parte de la casa.

Las riberas que están junto al fundo vendido no se computan para la cabida, porque no son de nadie (*res nullius*), sino que por derecho de gentes están para el uso de todos; y tampoco las vías públicas, o los lugares religiosos, o sagrados; y así, para que le aprovechen al vendedor, suele darse caución de que los caminos, así como las riberas, y los lugares públicos se comprenden en la cabida.

El uso de los fundos ribereños de los ríos, por necesidades de la navegación, quedó definido por Gayo al decir en el libro primero del Digesto: “El uso de las riberas de los ríos es público por derecho de gentes así como el mismo río”. Así, pues, cualquiera tiene libertad para acercarse a ellas su barca, atar amarras en los árboles que hay allí o poner a secar redes, descargar la barca...”.¹⁵

En materia de aguas, se establece que el propietario de un fundo debe tolerar los cursos de las aguas que, discurriendo de forma natural, *naturaliter*, procedan del fundo vecino, como puede ser del fundo superior al fundo inferior, pero no las alteraciones del curso del agua debidas a la mano del hombre de modo intencional.

Siguiendo la redacción del libro treinta y nueve del Digesto tenemos que: “Tres son las causas por las que un lugar situado en la parte inferior sirve a la superior: la servidumbre impuesta, la naturaleza del lugar y la forma acostumbrada, que siempre vale como servidumbre a fin de evitar litigios”; “[...] siempre los predios inferiores tienen la servidumbre de recoger agua de los superiores [...]”, “[...] si no se estableció la servidumbre de recoger agua entre predios [...] debe respetarse de forma natural [...] y el predio inferior debe soportar ese inconveniente que proviene de forma natural de su condición, en compensación de alguna otra ventaja, pues del mismo modo que el humus de la tierra tiende a deslizarse todo hacia él, así también fluye hacia él la desventaja del agua [...]”.¹⁶

Se establece, sin embargo, que si un vecino hubiese desviado el agua para evitar que entre en su campo y ello supone un perjuicio para el colindante, no se le puede demandar, si hubiese actuado no con la intención de perjudicar al vecino, sino para no perjudicarse él. Ahora bien, si un fundo tiene la servidumbre de recibir agua del fundo dominante, su propietario no puede construir una presa de contención que impida que el agua pase a su fundo.

La minuciosa regulación clásica en materia de aguas desemboca en época justiniana en una prescripción general, conforme con la cual solo se permite el uso del agua en los límites de la pro-

15 D.1.8.5.pr, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del..., cit.*

16 D.39.3.2, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del..., cit.*

pia utilidad, por lo que se prohíbe toda actuación relacionada con la intención de perjudicar a otra persona, *animus nocendi*. Así el jurisconsulto ULPIANO refiere: “no se prohíbe que cada uno no se favorezca, con tal de que con ello no se perjudique a otro”, y “no cabe demandar al propietario que cava en su propio fundo y trae hacia él un manantial del vecino... si no lo hizo con intención de perjudicar al vecino, sino para mejorar su propio fundo”.¹⁷

Sobre la base de esta teoría del agua como bien social, los juristas medievales construyeron la teoría de los actos de emulación, según la cual, se prohíbe el ejercicio del derecho de propiedad realizado con la exclusiva finalidad de causar daño a otra persona, con poca o ninguna utilidad para el propietario; por ejemplo, cuando una persona levanta un muro en su finca, con la única intención de quitar las vistas al edificio del vecino, sin que a cambio obtenga ninguna utilidad.

3. Clasificación de las aguas e interdictos judiciales

La protección del Derecho de aguas en Roma se realizaba a través de interdictos judiciales. Para Terrazas PONCE,¹⁸ siguiendo a Guzmán Brito, en el Derecho clásico existe una nítida diferenciación entre *actio* e *interdictum*, la que con posterioridad evoluciona al punto de que en el periodo justiniano, la diversidad recién apuntada se pierde. Pese a esta realidad, las noticias que nos llegan a través de las fuentes permiten esbozar la idea del *interdictum* clásico, en cuanto este tiene por contenido una orden que el magistrado dirige a una o varias personas, en el sentido de imponer un determinado comportamiento de las mismas, teniendo muy claro que “[...] aunque suponga una contienda entre las partes, la solicitud de una de ellas al magistrado (pretor o gobernador), y un somero conocimiento de los hechos por parte del que lo emite, un *interdictum* no decide la controversia en concreto, ni la reenvía a un juez, sino que la decide unilateralmente en abstracto. El interdicto contiene una hipótesis de hecho y un mandato o prohibición del magistrado, dirigida a una de las partes o a ambas, pero que vale en cuanto su o sus destinatarios efectivamente se encuentren en dicha hipótesis”. En consecuencia, y dada su naturaleza, el *interdictum* no da lugar a un examen de la controversia jurídica entre las partes, sino simplemente a la tutela del estado actual de las cosas, particularmente por el hecho de que su existencia siempre se encuentra vinculada de algún modo al interés común.

17 D.39.3.1.11, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

18 TERRAZAS PONCE, Juan David, “La tutela jurídica del agua en el Derecho romano”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 39, No. 2, pp. 2 y 3.

Para ABELENDA,¹⁹ respecto a los instrumentos procesales, tales como la *actio iniuriarum*, para hacer cesar cualquier impedimento al uso público o la apropiación integral o de una parte vital del agua, así como la acción criminal por *iniuria publica* o contra *bonos mores* en caso de contaminación, castigada gravemente (con la pena capital), y los interdictos tendientes a conservarla, están presentes, la primera para cada particular damnificado, generando la posibilidad de una pena pecuniaria reparadora de la ofensa a su favor, estimada por él pero fijada definitivamente por el juez *ex bono et aequo* como tutela de su personalidad individual; y los segundos, al alcance de todos con su carácter –en gran parte– de populares y perpetuos, en diversas formas, preventivas o prohibitorias, y también restitutorias, con sanciones pecuniarias o condena a pagar cuanto valga la cosa: *aestimatio quanti ea res erit* (asumidas, respectivamente, a través de estipulaciones pretorias o por *compromissum arbitral*), en caso de desobediencia y comprobación del daño en un juicio posterior, dirigido precisamente a demostrar si subsisten o no los presupuestos de tales interdictos, según resultan de su misma formulación edictal, sobre la base de la interpretación que le da la jurisprudencia romana. Como última instancia queda siempre la etapa resarcitoria cuando ya no haya remedio para prevenir o restablecer el daño ocasionado, correspondiendo la indemnización o al erario público si el daño se hizo a la comunidad (daño colectivo), como parecen reflejar algunas fuentes, o al demandante si el daño fue individual, es decir, cuando cada uno puede invocar el uso que él querría hacer y no puede del agua como cosa común, pero también parece significar en las fuentes que dentro del interés público puede, a su vez, existir un interés privado del demandante, con lo cual, en esos casos, la condena sería a su favor (de allí, los límites, es decir, de la posibilidad de actuar en juicio, pero solo si existe un interés individual, faltando así el directo reconocimiento al particular de actuar en nombre del interés público).

En dependencia de la tipología de las aguas, se daba la protección a través de los interdictos. El agua estival difiere algo del agua cotidiana. Se ha de saber que también difieren los interdictos, porque el que interpone interdicto respecto al agua cotidiana lo interpone así: “como condujiste el agua este año”; mas el que se refiere al agua estival lo interpone de esta forma: “como en el anterior estío”; y como en invierno no la usamos, no sin razón se debió referir no al presente estío, sino al anterior.

Los más peritos dijeron que el estío comenzaba en el equinoccio de la primavera y finiquitaba en el equinoccio de otoño; así, el estío y el invierno se separan por seis meses. El anterior estío se entiende por el cómputo de dos estaciones. Por esto, si el interdicto se interpusiera en el estío, comprende a veces un año y seis meses; lo que así acontece, si el agua hubiera sido conducida al principio del equinoccio de primavera, y el interdicto se interpusiera en el

19 ABELENDA, Virginia, “Extra-comercialidad, uso común...”, *cit.*, p. 2.

siguiente estío antes del equinoccio de otoño. Por consiguiente, si se interpusiera el interdicto en invierno, el negocio se extenderá también a un bienio.

Dice el Pretor: “daré el interdicto entre los herederos, los compradores, y los poseedores de los bienes”;²⁰ y se ha de saber que estas palabras se han de referir no solo al agua estival, sino también a la cotidiana, porque así como por las servidumbres de paso y de conducción se dan interdictos también a los sucesores y al comprador, así también creyó el Pretor que se debían dar estos en materia de aguas.

Se propuso por necesidad este interdicto, puesto que los anteriores interdictos corresponden a aquellos que conducen agua de un manantial, o porque hay servidumbre impuesta, o porque creen que la hay impuesta. Pareció muy justo que se le diera interdicto también al que conduce agua de un depósito; esto es, entendiéndose por depósito aquel receptáculo que recibe agua pública.

Y unas veces se les da a los predios y otras a las personas; el que se les da a los predios no se extingue fallecida la persona; el que se les da a las personas se pierde con las personas, y por esto no pasa ni a otro dueño de los predios ni al heredero, ni a otro cualquiera sucesor.

Debemos tener presente que en este interdicto termina toda la cuestión de la asignación, pues este interdicto no prepara la causa, como los anteriores interdictos, ni se refiere a la posesión temporal, sino que o tiene uno asignado el derecho para sí o no lo tiene, y acaba todo el interdicto.

Observamos en este derecho que también se puede conducir agua no para regar, sino para el ganado o para recreo. Pueden muchos sacar agua de un río, pero de suerte que no perjudiquen a los vecinos, o, si el río es agosto, tampoco al que se halla en la otra orilla.

Si condujeres agua de un río público, o el río se retirare, no puedes seguir al río, porque no se le impuso la servidumbre a aquel lugar, aunque este lugar sea mío. Pero si por aluvión²¹ se hubiere acercado paulatinamente a tu fundo, puedes seguirle, ya que todo el sitio del río sirve para la conducción. Pero si habiendo cambiado de cauce hubiere comenzado a correr alrededor, no puedes, porque el lugar intermedio no presta servidumbre, y se interrumpió la servidumbre.

El agua que nace en un arroyo se aprovecha tácitamente por el que la conduce. Se considera en calidad de constituido, con arreglo a

20 D. 28.10.12, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

21 El aluvión, como forma de adquirir la propiedad en el Derecho romano, no es más que el gradual crecimiento de las riberas de un río como consecuencia del depósito en las mismas de las materias que arrastran las aguas. Ese lento depósito puede aumentar en forma considerable los terrenos ribereños, y fue por eso que surgió la necesidad de determinar a quiénes pertenecían las nuevas tierras creadas en esa forma. El Derecho romano resolvió que son del dueño del predio ribereño al cual se hubiesen unido, quien iba adquiriendo la propiedad a medida que se producía el crecimiento del suelo. Para mayor información, *vid.* DÍHIGO, Ernesto, *Derecho romano*, cit., pp. 136 y 137.

derecho, el acueducto de cuyo origen no hay memoria. El que tiene derecho de agua cotidiana puede poner cañería en el arroyo, o hacer otra cosa, con tal que no le haga al dueño de peor condición el fundo, o el derecho de tomar agua a los que la tienen.

Constando que el agua se puede dividir no solamente por tiempo, sino también por medida, uno de ellos puede conducir al mismo tiempo agua cotidiana y el otro conducir agua estival, de suerte que en el estío se divida entre ellos el agua, y en el invierno la conduzca solo el que tenga el derecho de agua cotidiana.

Entre dos, que por la misma acequia conducían separadamente agua a ciertas horas, se convino usar el agua permutando entre sí las horas; se preguntó a los jurisconsultos²² si habiéndola conducido así más tiempo que el prefijado para las servidumbres, de modo que ninguno de los dos la hubiese usado en su propio tiempo, habrían perdido el derecho de usarla. Dijeron que no lo perdieron.

Al examinar el interdicto relativo al agua estival, y también a la cotidiana, estimábase que primeramente se habría de determinar cuál era el agua estival por la que se suele dar el propio interdicto en relación con el tiempo del anterior estío; esto es, si se llamara agua estival por el derecho de usar de ella solamente en el tiempo del estío, o por la intención y el propósito del que la conduce, porque tuviese el designio de conducirla en el estío o por la naturaleza de la misma agua, porque puede ser conducida solamente en el estío o por la utilidad de los lugares a que fuese conducida.

Así pues, parecería bien que el agua se denominase con propiedad por estos dos objetos, por su naturaleza y por la utilidad de los lugares a que es conducida, de suerte que ya si su naturaleza fuere que no se pueda conducir sino en estío, aunque también se deseara en el invierno, ya si la naturaleza de la misma permitiese que fuese conducida en todo tiempo del año, si la utilidad para la que es conducida exigiese para las personas su uso solamente en el estío, con razón se diría estiva.

Si se litigase respecto a las servidumbres de vía, paso o acueducto, se ha de prestar la caución de que mientras uno pruebe su derecho, no habrá él de impedir al que conduce, al que lleva agua, ni al que pasa. Pero si dijera que el adversario no tiene derecho para conducir, o para llevar agua, deberá dar caución, sin perjuicio de perder la servidumbre, de que él no usará hasta que se termine la cuestión.

Al que se le debe el paso del agua por un fundo le es lícito hacer en este la acequia donde quiera, con tal que no desnaturalice el acueducto.

Dice el Pretor: “Vedo que se haga violencia para que a uno no le sea lícito reparar y limpiar las acequias, galerías cubiertas, y las presas, para conducir agua, con tal que no conduzca de otro modo

22 D. 23.11.18, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

el agua que como de ti la condujo en el anterior estío, ni con violencia, ni clandestinamente, ni en precario”.²³

Es útilísimo este interdicto, porque si a uno no se le permitiera hacer reparaciones, será molestado de otro modo en el uso. Dice, pues, el Pretor: “acequia, galería cubierta”; “acequia” es un lugar deprimido a lo largo, por el que corre el agua, cuyo nombre latino *rivus* viene del griego *pstv* [correr²⁴].

Mas “galería cubierta” es un lugar desde el que se mira hacia abajo; de aquí que se llamaron espectáculos. Son “presas” las que se oponen a un canal para derivar y compeler agua de un río, ya sean de madera, ya de piedra, ya de otra cualquier materia buscada para contener y transmitir el agua.

Pero “canal” es un lugar deprimido al lado de un río, llamado en latín *tnclc*, porque se hace con incisión; porque se hace incisión o en la piedra o en la tierra, para que desde luego se pueda conducir agua de un río. Mas también se comprenden en este interdicto las fosas y los pozos.

Los más opinan que la palabra limpiar se refiere a la acequia que está integra; y es evidente que también se refiere a la que necesita reparación; porque las más de las veces necesitan limpia así como reparación.

Para conducir agua, con razón se añade esto: se le permita reparar y limpiar una acequia solamente al que esto lo hace para conducir el agua. Este interdicto le compete también al que no tiene derecho para conducir agua, si es que, o en el anterior estío, o en el mismo año, hubiere conducido agua, porque basta que no la haya conducido ni con violencia, ni clandestinamente, ni en precario.

Por consiguiente, aunque quiera conducir el agua por otro lugar, se le impedirá impunemente; pero también, si bajase la misma acequia, o la levantase, o la dilatase, o la extendiese, o cubriese la descubierta, o al contrario. Impunemente se le prohíbe a los demás; pero no se le haya de prohibir al que cubre la descubierta, o al contrario, a no ser que el adversario demuestre alguna mayor utilidad suya.

LABEÓN dice que de una acequia descubierta no se puede hacer otra cubierta de tierra, porque se le quitaría al dueño del suelo la comodidad de llevar a abreviar el ganado, o de sacar agua. A lo que Pomponio dice que a él no le parece bien, porque esto le correspondería al dueño más bien por ocasión que por derecho, a no ser que ello se hubiese contratado al principio al imponerse la servidumbre.²⁵

23 D. 23.21.12, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

24 D. 23.21.2, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

25 D. 23.22.2, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

Mas escribe SERVIO²⁶ que se conduce de otro modo el agua, que antes fue conducida por galería cubierta, si ahora fuese conducida por otra abierta; pero si uno hiciera alguna obra con la que mejor conserve el agua, o la contenga, no se le impide impunemente.

Escriben SERVIO y LABEÓN²⁷ que uno ha de ser oído, si quisiera hacer de fábrica la acequia, que en un principio fue de tierra, porque no contenía el agua. Pero tampoco se le ha de prohibir que haga después de tierra la acequia, que era de fábrica, o parte de la acequia.

Si el agua fuese conducida a un lago, y de allí fuera llevada por muchos acueductos, tendrá este interdicto útil el que quiera reparar el mismo lago. Este interdicto es pertinente para todas las acequias, ya se hallen establecidas en terreno público, ya en privado.

ARISTÓN²⁸ opina que también compete la acción útil para restablecer la cañería por la cual se hace salir el vapor en los baños de vapor; y se habrá de decir que por esta causa compete el interdicto útil.

Este interdicto se da a las mismas personas, y contra las mismas, a las que y contra las que se dan respecto al agua los interdictos que arriba se han enumerado. Si alguno le denuncia la obra nueva al que repara una acequia, se dijo muy bien que se podía menospreciar la denuncia de la obra nueva; porque vedando el Pretor que se le haga violencia, es absurdo que se le ponga impedimento mediante la denuncia de obra nueva. Y la verdad, se ha de decir, es que no es dudoso que con la acción real se puede reivindicar contra él que no tiene el derecho.

De ninguna manera se debe dudar que él debe dar acción por el daño que amenaza. Si alguno le prohibiera que aporte, o lleve las cosas necesarias para la reparación, opina Ofilio²⁹ que le compete este interdicto, lo que es verdad.

Respecto a la reparación de las acequias, se interpondrá el interdicto de modo que no se investigue si al actor le es lícito conducir el agua, porque no es tan necesaria la reparación de los caminos, como la de las acequias, puesto que no reparadas las acequias se privaría de todo el uso del agua, y los hombres morirían de sed. Y el agua no puede llegar, si no fuese reparada la acequia; mas no reparado un camino, se produciría dificultad solamente para pasar y conducir, cuya dificultad sería más leve en tiempo de estío.

Si entre ríos que conducen agua por la misma acequia hubiera contienda por el uso del agua, sosteniendo ambos que es suyo el uso, les compete a ambos doble interdicto. Por medio de este interdicto se le prohíbe a uno que haga en aquel fundo alguna cosa, cave,

26 D. 23.22.4, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del..., cit.*

27 *Ibidem.*

28 D. 23.22.6, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del..., cit.*

29 D. 23.21.10, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del..., cit.*

siembre, corte, pode, edifique, por lo que se ensucie, se vicie, se altere, o se deteriore el agua que él condujo.

Respecto a la reparación de las acequias, se interpondrá el interdicto de modo que no se investigue si al actor le es lícito conducir el agua; porque no es tan necesaria la reparación de los caminos, como la de las acequias, puesto que no reparadas las acequias se privaría de todo el uso del agua, y los hombres morirían de sed. Y, la verdad, el agua no puede llegar si no fuese reparada la acequia; mas no reparado un camino se produciría dificultad solamente para pasar y conducir, cuya dificultad sería más leve en tiempo de estío.

Se proponía este interdicto para aquel a quien se le prohíbe usar agua de una fuente; porque suele haber no solamente servidumbres para conducir agua, sino también para sacarla; y así como son distintas las servidumbres de acueducto y de sacar agua, así también se dan por separado los interdictos.

Este interdicto no compete en cuanto a la cisterna, porque la cisterna no tiene causa perpetua, ni agua viva; de lo cual aparece que en todos estos casos se ha de exigir que el agua sea viva; mas las cisternas se forman con el agua llovediza. Finalmente, consta que deja de tener lugar el interdicto si el lago, la piscina y el pozo no tuvieran agua viva.

Si a alguno le causare daño el agua llovediza, será desviada el agua mediante la acción para que se contenga el agua llovediza. Decimos agua llovediza la que cae del cielo, y aumenta con la lluvia, ya si esta agua del cielo perjudica por sí, ya si estuviera mezclada con otra.

Escribe NERACIO³⁰ que la obra que uno hizo para contener el agua, que al rebosar una laguna solía extenderse por su campo, será obligado a destruirla mediante la acción de agua llovediza, si aquella laguna creciera con el agua de lluvia, y esta agua, rechazada por aquella obra, perjudicara a los campos del vecino.

Pero dice MUCIO³¹ que también las fosas hechas para desecar los campos se hicieron para cultivar el fundo, pero que no deben hacerse para dirigir las aguas a otro punto, porque uno debe mejorar su campo de suerte que no haga peor el del vecino.

Mas cuidó el Pretor con estos interdictos de que se limpien y se recompongan las cloacas, cuyas cosas corresponden a un uno por ciento de salubridad y seguridad de las ciudades, porque las inmundicias de las cloacas, si estas no se reparan, amenazan con aire pestilente y con ruinas.

Se propuso este interdicto respecto a las cloacas privadas, pues las cloacas públicas merecen cuidado público. Es cloaca un lugar hueco por el cual corren ciertas inmundicias.

30 D. 43.3.2, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

31 D. 43.3.3, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

Este interdicto, que en primer lugar se propone, es prohibitorio; por el cual se le prohíbe al vecino hacer violencia para que no se limpie y se recomponga la cloaca.

En la denominación de cloaca se comprende así la tubería como la cañería. Mas como se considera que la recomposición y la limpia de las cloacas corresponde a la utilidad pública, pareció bien que no se debía añadir en el interdicto la cláusula: “que no usaste de ella ni violenta, ni clandestinamente, ni en precario”, a fin de que, aunque alguno hubiere tenido tal uso, no se le prohiba, sin embargo, si quiere recomponer o limpiar la cloaca.

El mismo Labeón dice que el que quiera hacer verter una cloaca privada en la pública ha de ser también amparado para que no se le haga violencia. Pero escribe Pomponio que si alguno quisiera hacer una cloaca tal, que tenga salida a cloaca pública, tampoco se le ha de impedir. Y este interdicto corresponde tanto para el próximo vecino como contra otros más lejanos, por cuyas casas corre la cloaca.³²

Por lo cual escribe Favio Mela que compete este interdicto para que vaya a la casa del vecino y rompa el pavimento para limpiar la cloaca; pero escribe Pomponio que se ha de temer que no incurra en este caso en la estipulación de daño que amenaza; pero no se incurre en esta estipulación si uno estuviera dispuesto a restaurar lo que había destruido por la necesidad de recomponer la cloaca.

Finiquitando, tal cual nos dice Alburquerque,³³ la grandeza romana se proyecta con grandes aciertos en el régimen jurídico de las aguas, donde puede apreciarse, asimismo, que los romanos pusieron mucho énfasis a la hora de organizar y conceptuar las mismas por considerarlas como una exigencia vital. Los romanos otorgaron a la protección del agua, sin lugar a duda, la mayor importancia, y establecieron un sistema de normas jurídico-administrativas que conducían a un efectivo aprovechamiento de las reservas hídricas, amparando, igualmente, tanto el uso común de los ríos como los diferentes aspectos que afectaban a la higiene y la salud. Del mismo modo, en tema de aguas la sensibilidad romana trasciende a las legislaciones actuales. El Derecho romano de las aguas ha estado y está presente en todos los estudios de aguas del Derecho occidental. El tronco común del que salen el actual Derecho francés, el anglosajón, el alemán y el español es el Derecho romano, y muy en concreto determinadas y específicas regulaciones de la Instituta de Justiniano y del Digesto.

32 D. 43.23.9, en GARCÍA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del...*, cit.

33 ALBURQUERQUE, Juan Miguel, “Publicidad de los ríos en Derecho romano. Perspectiva interdictal y criterios jurisprudenciales”, en Proyecto de investigación “Derecho Administrativo Romano”, dirigido por Antonio Fernández de Buján. Para mayor información, *vid.* https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3098/14248_7RJ008.pdf?sequence=1, consultado el 2 de mayo de 2016.

Breves notas en torno a la historia del Derecho de aguas en Cuba hasta mediados del siglo XIX

Santiago Antonio BAHAMONDE RODRÍGUEZ*

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular de Historia del Estado y el Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

1. Introducción

Decir que el agua es un componente esencial para la vida puede resultar la más obvia de las afirmaciones. En principio, está presente en un porcentaje importante del cuerpo de todos los seres vivos. Si a eso le añadimos su consumo en el sector doméstico y humano, su aprovechamiento en la agricultura y la industria, y su empleo como fuente de energía y vía de transporte barato a largas distancias, comprenderemos entonces por que las Naciones Unidas la consideran un derecho esencial de todo ser humano.¹ De hecho, los albores de la civilización humana han estado estrechamente ligados a la explotación de los recursos hídricos.²

Lamentablemente, pese a la importancia de garantizar el acceso de los seres humanos a la misma, hoy constituye un problema internacional de primer orden: “Más de 1.100 millones de personas no tienen acceso a agua potable y segura y más de 2.600 millones no tienen acceso a un saneamiento adecuado. El agua sucia y la ausencia de saneamiento es la segunda causa de mortandad infantil en el mundo (aproximadamente 1.800 niños mueren al año a causa de la diarrea); las enfermedades relacionadas con la falta de agua provocan la pérdida de 443 millones de días escolares; se cuentan por millones el número de mujeres y niñas que deben dedicar horas al día en ir en busca de agua, perpetuando y agravando las desigualdades de género”.³

De hecho, a lo largo de la historia este preciado líquido ha sido objeto de una importante atención por parte de los Estados, que lo han utilizado como arma política, regulado su uso y aprovechamiento y luchado por él, tanto en las cancillerías como en los organismos multilaterales, como mezclado con sangre en los campos de batalla.⁴

Por contraste, en Cuba, pese a su condición de insularidad que restringe severamente el acceso a las fuentes potables, la regulación de

1 “... la comunidad internacional ha tenido que cobrar conciencia de que el acceso al agua potable y al saneamiento debe encuadrarse en el marco de los derechos humanos. Ese acceso se menciona expresamente, por ejemplo, en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó su Observación general No. 15 sobre el derecho al agua, en la que este derecho se definió como el derecho de todos ‘a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico’”. *Derecho al Agua. Folleto Informativo No. 35*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, Suiza, 2011.

2 No por repetida deja de ser cierta la frase de los antiguos egipcios: Egipto es un don del Nilo.

3 Informe sobre Desarrollo Humano 2006 *Más allá de la escasez: Poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, p. 18, disponible en: <http://www.unesco.org/water/wwap/agua>, Resumen, p. 18.

4 No han sido infrecuentes las guerras por el agua. Sin remontarnos muy atrás en el pasado, podemos recordar que la guerra árabe-israelí de 1967 estuvo en parte motivada por el acceso a ese vital líquido.

los temas hídricos no ha resultado una prioridad significativa. Esto resulta especialmente apreciable en el periodo anterior a 1959.

Después del triunfo revolucionario, este panorama ha cambiado significativamente, al establecerse una política nacional para el uso del agua y un ente rector de la misma, el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, encargado de gestionar y administrar el vital líquido. Ello ha cristalizado en una copiosa producción normativa, cuyo estudio será objeto de análisis en esta obra colectiva.

No obstante los esfuerzos realizados por este órgano administrativo, no han sido acompañados, en el plano del Derecho,⁵ del necesario desarrollo legislativo y científico, que diera mayor visibilidad a los resultados de su gestión y favoreciera su ampliación normativa y académica, que, ante el contexto de los cambios medioambientales y en el modelo económico cubano que se avecina, pudiera resultar esencial en su ulterior perfeccionamiento.

Otro aspecto que no ha merecido atención de los estudiosos de estos temas es el referido a la historia del Derecho de aguas en Cuba. Ciertamente, este olvido no solo ha estado condicionado por el reciente desarrollo de esta disciplina en los lares patrios, sino también porque, de hecho, la aproximación al mismo resulta difícil ante la escasez y dispersión de las fuentes normativas y ante la prácticamente nula producción científica dedicada al tema.⁶ Sin duda, en este aspecto han incidido las condiciones físicas y climáticas de Cuba, así como la organización de la agricultura cubana, que han marcado una falta de interés en el tema.

Por ello, cualquier historiador del Derecho que trate de explorar estos ignotos aspectos del Derecho patrio deberá hacer acopio de paciencia y tesón, para una larga búsqueda en los archivos judiciales, en los protocolos notariales y en las actas capitulares de los ayuntamientos, que es donde probablemente se encuentren las fuentes más ricas sobre este tema.

En el presente artículo no pretendemos, ni por asomo, llegar tan lejos. Solo proponemos aquí algunas claves para entender el tracto

5 La normativa más reciente es el Decreto-Ley de aguas de 1993.

6 Este apenas aparece como un acápite en obras de Derecho administrativo como las de José María MORILLA, Antonio GOVÍN y Antonio LANCÍS. Es significativo que en el *Manual de Derecho agrario* de 1956, de Manuel DORTA DUQUE, apenas se hace mención a este tema, pese a su significativa importancia para el desarrollo agrícola. Pude consultarse en: MORILLA, José María, *Breve tratado de Derecho administrativo español general del reino y especial de la isla de Cuba*, Tipográfica de Don Vicente de Torres, Habana, 1847. GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho administrativo*, tomos I y II, Imprenta Avisador Comercial, Habana, 1903-1904; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho administrativo, Segundo curso*, primera parte y segunda parte, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1941; DORTA DUQUE, Manuel y DORTA DUQUE Y ORTIZ, Manuel, *Derecho agrario y proyecto de Código cubano de Reforma Agraria*, s.e., La Habana, 1956. Puede verse un resumen de las principales obras de Derecho administrativo cubano en: MATILLA CORREA, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho administrativo en Cuba*, Universidad Carlos III, Madrid, 2011, pp. 325 a 329.

histórico del Derecho de aguas en Cuba, a partir de sus principales documentos normativos. Con ello, solo queremos presentar una breve aproximación a sus orígenes, para que otros interesados en su estudio puedan aprovecharlo a la hora de profundizar en su historia. Es que, esencialmente, la historia de este derecho en nuestro país, se ha escrito a nivel local, y es allí donde han de buscarse sus fuentes fundamentales.

Antes de abordar el tema objeto de nuestra investigación, resulta necesario realizar dos breves acotaciones en cuanto al tiempo y al tema objeto de esta.

Con respecto a la primera, referente al marco temporal de la investigación, es necesario decir que una historia de quinientos años resulta difícil reducir a unas pocas páginas. Igualmente, es importante entender que el primer Derecho de aguas implantado en Cuba derivaba directamente de la legislación castellano-leonesa de la Edad Media; en consecuencia, habría que comenzar a escribirla a través de sus monumentos jurídicos medievales, para luego abordar las especificidades del Derecho indiano y su aplicación a Cuba.

Otro aspecto a tener presente es que la Ley de Aguas de 1849, hecha extensiva a Cuba, marcó una significativa transformación en este ámbito a ambos lados del Atlántico, al sustituir la antigua y dispersa legislación, por un nuevo instrumento jurídico codificado y moderno. Igualmente supuso el desarrollo de nuevos mecanismos de control por parte de los entes administrativos más centralizados, en lugar de los antiguos mecanismos locales de corte judicialista. En pocas palabras, supuso el paso del Derecho de aguas del antiguo régimen a uno moderno, cuya influencia todavía está presente entre nosotros.

Estos elementos llevan, necesariamente, a que debamos concluir nuestro estudio a mediados del siglo XIX, dejando a otros autores de esta misma obra el análisis de la etapa posterior.

En cuanto al tema en sí, se impone en primer lugar una delimitación conceptual. En la actualidad, este derecho atraviesa a todo el ordenamiento jurídico. Como ejemplo de ello, puede mencionarse su inclusión como derecho reconocido constitucionalmente,⁷ o por la vía de

7 Ver, por ejemplo, CAVALLI, Luis Alberto, *Derecho de aguas*, Departamento de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, 2007, pp. 14 a 22; TELLO MORENO, Luisa Fernanda, *El acceso al agua potable como un derecho humano*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2008; RABASA, Emilio y Carol ARRIAGA GARCÍA (coordinadores), *Agua: aspectos constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008; ISAZA CARDOSO, Germán Darío, "El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia", *Tesis en opción al grado de Magíster en Derecho Administrativo*, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2014, pp. 1 a 24; TURATTI, Luciana, "Direito a água: Uma ressignificação substancialmente democrática e solidária de sua governança", *Tesis de Doctorado*, Santa Cruz do Sul, Brasil, 2014, pp. 25 a 86.

los tratados o convenios internacionales.⁸ Igualmente, afecta a ramas tan disímiles del Derecho como el penal, el civil, el administrativo o el ambiental.⁹ Por ende, cualquier estudio del tema debería reconocer esta peculiaridad, si con ello se desea abarcar toda la complejidad del tema.

Un autor argentino, Luis ALBERTO CAVALLI, nos ofrece una aproximación a su definición al plantear: “El derecho de aguas es el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento social que, conforme a la justicia, regulan la relación de las personas con el agua, considerada esta en las diversas maneras en que se manifiesta en el ciclo hidrológico e integrada al medio ambiente”.¹⁰

Como podemos apreciar, se trata de una definición amplia, que incluye todo tipo de aguas, ya sea potables, marinas o residuales, y que abarca todas las posibles interacciones del hombre con este recurso natural. En consecuencia, un análisis del Derecho de aguas debe partir del estudio del agua en todas sus facetas.

Lamentablemente, un estudio de estas dimensiones escapa al análisis que pretendemos dar a esta breve síntesis. En ella sería necesario abordar temas relacionados con el Derecho internacional, al tratar los orígenes de las aguas territoriales, que comienza a plantearse en esta época, a raíz de los conflictos derivados de los pretendidos derechos exclusivos de España sobre América,¹¹ lo que de por sí ocuparía varios volúmenes. Igualmente resultaría difícil el abordaje de temas vinculados al Derecho mercantil y marítimo, de especial desarrollo en el comercio marítimo. Tampoco resultaría muy productivo el estudio de las aguas residuales, ya que no es hasta el siglo XVIII que comienzan a aparecer normativas al respecto, y

8 Ver, por ejemplo, CAVALLI, Luis Alberto, *Derecho de aguas*, *cit.*, pp. 14 a 22; TELLO MORENO, Luisa Fernanda, *El acceso al agua potable...*, *cit.*; RABASA, Emilio y Carol ARRIAGA GARCÍA (coordinadores), *Agua: aspectos constitucionales*, *cit.*; ALENCAR, Xavier, Yanko MARCIUI, Antonio EMBID IRUJO y Otacilio DOS SANTOS SILVEIRA NETO (coordinadores), *O Direito de Aguas no Brasil e na Espanha: Um estudo comparado*, Fundación Konrad Adenauer, Fortaleza, Brasil, 2008, p. 391 en adelante; NACIONES UNIDAS, *Derecho al agua. Folleto Informativo No. 35*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, Suiza, 2011; ISAZA CARDOSO, Germán Darío, “El Derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público...”, *cit.*, pp. 1 a 24; TURATTI, Luciana, *Direito a Agua...*, *cit.*, pp. 25 a 86; MANCISIDOR, Mikel y Carlos FERNÁNDEZ-JÁUREGUI (directores), *El derecho humano al agua: situación y retos de futuro*, Icaria Editorial, UNESCO, País Vasco, 2015.

9 CAVALLI, Luis Alberto. *Derecho de aguas*, *cit.*; TELLO MORENO, Luisa Fernanda. *El acceso al agua potable...*, *cit.*; RABASA, Emilio y Carol ARRIAGA GARCÍA (coordinadores), *Agua: aspectos constitucionales*, *cit.*; ALENCAR, Xavier, Yanko MARCIUI, Antonio EMBID IRUJO y Otacilio DOS SANTOS SILVEIRA NETO (coordinadores), *O Direito de Aguas...*, *cit.*; STAPPER BUITRAGO, Cristian, “La regulación de los servicios públicos domiciliarios: eficiencia, equidad, y protección de los derechos de los usuarios. Una visión desde el sector de los servicios de agua potable y saneamiento básico”, Comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico, Bogotá, Colombia, 2009; NACIONES UNIDAS, *Derecho al Agua...*, *cit.*; ISAZA CARDOSO, Germán Darío, “El Derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público...”, *cit.*; TURATTI, Luciana, *Direito a Agua...*, *cit.*

10 CAVALLI, Luís Alberto, *Derecho de aguas*, *cit.*, p. 7.

11 Debe recordarse aquí la célebre obra de Hugo GROCIO, *El mar libre*.

no es hasta la pasada centuria que se desarrolla plenamente una conciencia ambiental que busque la protección del vital líquido. Dado que nuestro objetivo pasa por develar la historia normativa interna que ha tenido el Derecho de aguas en Cuba, nos centraremos entonces en el uso del agua potable, con breves referencias a otras temáticas.

No obstante, para entender la evolución del Derecho de Aguas en Cuba, es necesario comprender primero su distribución en la isla. Es por ello que, para comenzar abordaremos las peculiaridades del agua en Cuba y su impacto en el desarrollo de la isla. Como ha planteado con acierto un autor chileno: “La existencia de un derecho de aguas, en que se ha centralizado la normativa jurídica que se vincula con este recurso, determina la necesidad de entregar algunas breves explicaciones sobre el agua, para comprender con mayor facilidad, a partir de sus aspectos físicos y naturales, las complicaciones y problemas que surgen de su utilización y aprovechamiento, y consecuentemente la razón de las normas que se han dictado”.¹²

2. Las aguas en Cuba: climatología e hidrografía

El agua está presente en la naturaleza en diferentes formas que cambian continuamente. Como ha expresado un autor chileno: “El agua es un elemento de la naturaleza que se haya en los tres estados físicos en que se puede encontrar la materia. En estado gaseoso se localiza tanto en la atmósfera como en la litosfera y se le conoce con el nombre de humedad o vapor de agua. En estado líquido se la encuentra en el subsuelo, o en la superficie, constituyendo ríos, lagos y mares. También se la puede ver en forma sólida en la atmósfera como nubes de cristales de hielo, en la litosfera como mantos de nieve o campos de hielo, e incluso sobre los océanos flotando como icebergs”.¹³ La transformación dinámica de un estado a otro es lo que los geógrafos denominan como el ciclo hidrológico, que ha sido definido como el conjunto de procesos que permiten la transferencia del agua de un reservorio a otro manteniendo constantes la distribución global y el volumen total de agua en el planeta.¹⁴

12 MANRÍQUEZ L., Gustavo, *Apuntes para un Curso de Derecho de aguas*, Escuela de Derecho Universidad de Chile, enero 2006, p. 3.

13 ERRÁZURIZ, Ana María y otros, *Manual de Geografía de Chile*, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, Chile, 1991, p. 87, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de aguas*, volumen I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1998, p. 241.

14 ERRÁZURIZ, Ana María y otros, *Manual... cit.*, p. 88, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de aguas, cit.*, p. 241.

No obstante, la mayor parte del agua líquida, y por ende, susceptible de ser utilizada por el hombre de forma inmediata, se encuentra en los mares, por lo que, por su elevada salinidad resulta ineficaz como agua potable: "La Tierra es el único planeta del sistema solar con agua superficial en estado líquido. Un 71 % de la superficie terrestre está cubierta de agua y un 97,5 % del total de agua existente en el planeta (1 435.105.000 km³) se encuentra en los mares como agua salada. Tan solo el 2,5 % (35.105.000 km³) del agua del mundo es agua dulce y de esta cantidad el 0,3 % se encuentra en lagos, reservorios y ríos, 31 % es agua subterránea que incluye la humedad del suelo, pantanos y permafrost y 68,7 % se encuentra en glaciares y nevados".¹⁵ En consecuencia, solo una pequeña cantidad de la misma resulta aprovechable.

Esta realidad resulta especialmente apreciable en el caso cubano, donde la naturaleza ha conjugado relativamente abundantes condiciones de lluvia con restricciones a la hora de su conservación y almacenamiento.

La situación insular de Cuba determina varios fenómenos interesantes. En primer lugar, su posición en latitudes subtropicales condiciona significativamente el clima y el régimen de lluvias. Al respecto, opina Antonio NÚÑEZ JIMÉNEZ: "Cuba se encuentra situada a más de 23 grados de latitud norte sobre el Ecuador, por lo que goza de un clima excepcionalmente favorable: subtropical en la mayor parte de su territorio".¹⁶ En consecuencia, el clima de Cuba es cálido y húmedo.¹⁷

Las estaciones climáticas aparecen marcadas como dos grandes periodos, diferenciados justamente por el régimen de precipitaciones. Así, para NÚÑEZ JIMÉNEZ: "En Cuba podemos identificar dos estaciones en la distribución de la lluvia: la seca y la lluviosa. La primera se extiende desde noviembre hasta abril, mientras que la lluviosa va desde mayo hasta octubre inclusive. El promedio de lluvia caída anualmente en Cuba es de 1 368 mm".¹⁸ En igual sentido, abunda Levi MARRERO: "En Cuba, al igual que en los restantes países tropicales, no están definidas perfectamente las cuatro estaciones

15 FERNÁNDEZ JÁUREGUI, Carlos y Alberto CRESPO MILLIET, "El agua, recurso único", en Mikel Mancisidor y Carlos Fernández-Jáuregui (directores), *El derecho humano al agua: situación y retos de futuro*, Icaria Editorial, UNESCO, País Vasco, 2015, p. 22.

16 NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Introducción a la Geografía de Cuba*, Instituto Cubano del Libro, La Habana, Cuba, 1969, p. 35.

17 Esta es la opinión de la mayoría de los autores consultados. Ver al respecto, MASSIP, Salvador y Sarah YSELGÚE DE MASSIP, *Introducción a la Geografía de Cuba*, Fiallo y Hermanos, La Habana, Cuba, 1942, pp. 183 a 207; MARRERO, Levi, *Geografía de Cuba*, Editorial Minerva, La Habana, Cuba, 1944, p. 66; RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Manuel, *Geografía*, Cultural S.A. La Habana, s.a., p. 51; NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Introducción...*, *cit.*, p. 36.

18 NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Introducción...*, *cit.*, p. 36.

de los países templados (primavera, verano, otoño e invierno). En Cuba solo hay dos verdaderas estaciones: la de seca, que abarca de diciembre a abril, y la de lluvia de mayo a noviembre”.¹⁹ Para este último autor, este fenómeno se debe a variables climáticas: “La existencia de las estaciones de Seca y de Lluvia se debe a las variaciones de temperatura. Desde abril comienza a intensificarse el calor en Cuba y este aumento del calor provoca un aumento de la evaporación en los mares próximos, ríos y lagunas. Las grandes masas de vapor de agua se condensan formando nubes, que saturan la atmósfera y provocan las abundantes lluvias del verano. A partir del mes de octubre, cuando comienza a disminuir el calor, disminuye también la evaporación de las aguas, y con ello sobreviene el periodo de sequía invernal”.²⁰

En consecuencia, Cuba recibe anualmente, dependiendo de las variables climáticas, una considerable cantidad de agua en un relativamente corto espacio de tiempo. De guiarnos por este criterio, la isla dispondría de abundantes aguas superficiales para su uso por el hombre. Lamentablemente, en una de las ironías de la naturaleza, esto no ocurre así.

Al ser una isla larga y estrecha, la extensión y caudal de los ríos cubanos resulta muy limitada, y otro tanto ocurre con las lagunas y otros depósitos de aguas estancadas. Al respecto, comenta Núñez Jiménez: “Los ríos de Cuba son, en términos generales, de corto curso y escaso caudal; esto es una consecuencia de la forma estrecha del país y de la situación de sus montañas de este a oeste, lo que hace que los ríos, a poca distancia de su nacimiento lleguen al mar”.²¹ En igual sentido se pronuncia Levi MARRERO al plantear: “La estructura de nuestra isla determina su configuración larga y estrecha que impide la existencia de ríos muy extensos”.²²

En consecuencia, aunque se dispone de más de doscientos ríos y centenares de arroyos, algunos de los cuales pierden total o parcialmente su caudal en época de seca, su aprovechamiento como vías de navegación o fuerza motriz resulta muy limitado.²³

Quizás el único que ha escapado a estas condicionantes ha sido el Cauto, que como río más largo de Cuba dispone de una extensión de 370 km de largo y de una cuenca de 8 800 kilómetros cuadrados,

19 MARRERO, Levi, *Geografía...*, cit., p. 67.

20 MARRERO, Levi, *Geografía...*, cit., p. 68.

21 NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Introducción...*, p. 31.

22 MARRERO, Levi, *Geografía...*, cit., p. 17.

23 Ver sobre el tema: MASSIP, Salvador y Sarah YSELGUÉ DE MASSIP, *Introducción a la Geografía...*, cit., pp. 183 a 207; MARRERO, Levi, *Geografía...*, cit., p. 66; RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Manuel, *Geografía*, cit., p. 46; NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Introducción...*, cit., p. 31.

y que corre en el eje este oeste, en lugar de en el norte sur, como la mayoría de los ríos cubanos.²⁴ Desde los albores de la historia de Cuba, el mismo constituyó una importante vía de acceso desde la costa sur al interior del país. A él debió su prosperidad Bayamo durante los primeros siglos coloniales,²⁵ y el progresivo aumento del tonelaje de los buques, junto con el cierre parcial de su desembocadura por los sedimentos, contribuyó a su decadencia.²⁶

Igualmente, las lagunas cubanas resultan pequeñas. Al respecto, comenta NÚÑEZ JIMÉNEZ: “Los lagos de agua dulce son muy pequeños. Tradicionalmente se ha considerado la laguna de Ariguanabo como la más extensa del país, pero ha ido disminuyendo de caudal y de extensión a medida que se fue talando la zona y se fue extrayendo agua de su cuenca para abastecimiento de industrias y ciudades”.²⁷

De hecho, la mayor parte del agua dulce presente en Cuba se acumula en el subsuelo,²⁸ pero su aprovechamiento durante los primeros siglos coloniales resultaba costoso y difícil.

En resumen, durante la mayor parte de la etapa colonial, el agua potable necesaria para el consumo humano, así como para la

24 *Ibidem*, p. 31.

25 Para más información, ver DE ARRATE, J. M. F., “Llave del Nuevo Mundo, antemural de las Indias Occidentales”, en J. Zaragoza (compilador), *Los tres primeros historiadores cubanos*, tomo I, Rafael Cowley y Andrés Pego Editores, La Habana, 1876; GUITERAS, P. J., *Historia de la isla de Cuba*, tomo I, 2da. edición, con correcciones inéditas, introducción de F. Ortiz, Editorial Cultural S.A., La Habana, 1927; GUERRA, Ramiro y otros, *Historia de la nación cubana*, tomos 1 y 2, Editorial Historia de la Nación cubana, La Habana, 1952; PÉREZ DE LA RIVA, F., *Origen y régimen de la propiedad territorial en Cuba*, Impr. del Siglo XX, La Habana, 1946; PORTUONDO DEL PRADO, F., *Historia de Cuba*, 6ta. edición, Editorial Minerva, La Habana, 1957; VALDÉS, Antonio José, *Historia de la isla de Cuba y en especial de La Habana*, Comisión Nacional Cubana de la UNESCO, La Habana, 1964; GUERRA, Ramiro, *Manual de...*, *cit.*; LE RIVEREND, Julio, *Historia de Cuba*, tomo I, Editorial Pueblo y Educación, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973; *Historia económica de Cuba*, 4ta. edición, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1974; *Problemas de la formación agraria de Cuba: siglos XVI y XVII*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1992; INSTITUTO DE HISTORIA DE CUBA, *Historia de Cuba: la colonia: evolución socioeconómica y formación nacional desde los orígenes hasta 1867*, Editora Política, La Habana, 1994; FRIEDLAENDER, H., *Historia económica de Cuba*, tomo I, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1994; FRANCO, José Luciano, *Apuntes para una historia de la legislación y administración colonial en Cuba 1511-1800*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 1985; LÓPEZ CIVEIRA, F., O. LOYOLA VEGA y A. SILVA LEÓN, *Cuba y su historia*, Editorial Félix Varela, La Habana, 1995; TORRES-CUEVAS, E. y O. LOYOLA VEGA, *Historia de Cuba 1492-1898: Formación y liberación de la nación*, 2da. edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2002.

26 Ver Anexo 2 de la obra de FONSECA GARCÍA, Ludín, *Bayamo. Oligarquía y poder. 1796 a 1812*, Ediciones Bayamo, Bayamo, 2012, p. 82.

27 NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Introducción...*, *cit.*, p. 41. Puede consultarse además: MASSIP, Salvador y Sarah YSELGUÉ de Massip, *Introducción a la Geografía...*, *cit.*, pp. 183 a 207; MARRERO, Levi, *Geografía...*, *cit.*, p. 20; RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Manuel, *Geografía*, *cit.*, p. 46. En la actualidad, el mayor lago de Cuba es la presa Zaza, creada artificialmente después del triunfo de la Revolución.

28 Ver al respecto, MASSIP, Salvador y Sarah YSELGUÉ de MASSIP, *Introducción a la Geografía...*, *cit.*, pp. 183 a 207; MARRERO, Levi, *Geografía...*, *cit.*, p. 66; RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Manuel, *Geografía*, *cit.*, p. 51; NÚÑEZ JIMÉNEZ, Antonio, *Introducción...*, *cit.*, p. 36.

industria, la agricultura y la ganadería, va a depender de los escasos ríos y lagos cubanos, y de las lluvias estacionales.

Esto, unido a fenómenos como la escasez de mano de obra y la facilidad para adquirir tierras, por parte de unos pocos potentados, llevó al desarrollo de una agricultura extensiva y al latifundio, primero ganadero y luego azucarero. Como consecuencia de este: “En Cuba hay muchas tierras sin cultivar y el precio promedio de la tierra es bajo, factores ambos que han desarrollado la tendencia al cultivo extensivo, es decir, a ir extendiendo los cultivos a nuevas tierras, en vez de regar, abonar y mejorar las tierras ya cultivadas”.²⁹ Esta frase, escrita a comienzos de la década de los cuarenta del pasado siglo, puede perfectamente aplicarse a la época colonial,³⁰ y va a explicar el escaso desarrollo de los sistemas de aprovechamiento de agua, limitados a unos pocos acueductos y otras obras de menor envergadura. Sencillamente, era más rentable poner a producir nuevas tierras que construir costosos sistemas de regadío, que a veces no se podía aprovechar por el carácter estacional de los ríos, o cavar pozos en la búsqueda de las aguas soterradas.

Ciertamente, uno de los elementos esenciales del Derecho de aguas es justamente regular su aprovechamiento por el hombre. Pero para ello resultan imprescindibles algunas infraestructuras que permitan su adecuada utilización. Durante los primeros siglos coloniales,³¹ Cuba careció de muchas de ellas, lo que restringió severamente el uso y aprovechamiento de las aguas disponibles. Esto explica el escaso desarrollo del Derecho de aguas en nuestros predios hasta el siglo XIX; igualmente explica su carácter fragmentario y disperso, así como la yuxtaposición entre la legislación real, de alcance teórico general, y la local.

29 MARRERO, Levi, *Geografía...*, cit., p. 98.

30 Para más información, ver DE ARRATE, J. M. F., “Llave del Nuevo Mundo...”, cit.; GUIERAS, P. J., *Historia de la isla de Cuba*, tomo I, cit.; GUERRA, Ramiro y otros, *Historia de la nación cubana*, tomos 1 y 2, cit.; PÉREZ DE LA RIVA, F., *Origen y régimen...*, cit.; PORTUONDO DEL PRADO, F., *Historia de Cuba*, cit.; VALDÉS, A. J., *Historia de la isla de Cuba...*, cit.; GUERRA, Ramiro, *Manual de...*, cit.; LE RIVEREND, Julio, *Historia de Cuba*, tomo I, cit.; *Historia económica de Cuba*, cit.; *Problemas de la formación...*, cit.; INSTITUTO DE HISTORIA DE CUBA, *Historia de Cuba: la colonia...*, cit.; FRIEDLAENDER, H., *Historia económica de Cuba*, tomo I, cit.; FRANCO, José Luciano, *Apuntes para una historia...*, cit.; LÓPEZ CIVEIRA, F., O. LOYOLA VEGA y A. SILVA LEÓN, *Cuba y su historia*, cit.; TORRES-CUEVAS, E. y O. LOYOLA VEGA, *Historia de Cuba 1492-1898...*, cit.

31 La única obra hidráulica de cierta trascendencia ejecutada en los primeros siglos coloniales fue la denominada Zanja Real, que permitía el abasto de agua desde el río Almendares hacia La Habana. Se trata en esencia de un acueducto rudimentario, de cuya conservación y vigilancia se encargó el Cabildo habanero, como veremos más adelante. En el resto del país el agua se extraía de pozos, se transportaba desde los ríos en gabarras o arrias de mulos, se sacaba directamente del cauce o se almacenaba en tinajas el agua de lluvia.

3. Orígenes remotos del Derecho de aguas: especial referencia al castellano-leonés

Las primeras expresiones del Derecho de aguas las encontramos entre los pueblos del Antiguo Oriente, que desarrollaron sus civilizaciones en torno a los grandes ríos.³² No se trataba solo de la proyección y construcción de las grandes obras necesarias para aprovechar las aguas de lluvia o fluviales, era necesario también conservarlas y repararlas, así como asignar prioridades en la distribución del líquido y resolver las disputas concernientes a su uso, y castigar las infracciones o negligencias en su aprovechamiento.

En principio, este derecho consideraba las aguas como fuente de uso común, asociadas a las prácticas religiosas establecidas en estas culturas.³³ Un ejemplo lo constituye la Ley 2 del Código de Hammurabi: “Si uno embrujó a otro, y no puede justificarse, el embrujado irá al río, se le arrojará; si el río lo ahoga, el que lo ha embrujado heredará su casa; si el río lo absuelve y lo devuelve sano, el brujo es condenado a muerte y el embrujado tomará su casa”.³⁴

No obstante, el control del sistema de riego, requería una administración y una supervisión estrecha por parte de funcionarios especializados.³⁵

Igualmente, en los primeros documentos jurídicos de la humanidad aparecen algunas normativas vinculadas con este tema. Así, en el Código de Hammurabi se establecían reglas de responsabilidad

32 SEIGNOBOS, Charles, *Historia Universal*, tomo I: *El Antiguo Oriente*, Editora Nacional, México, 1906; CASSON, Lionel, *Egipto Antiguo*, colección *Las grandes épocas de la humanidad*, Ediciones Culturales Internacionales, 1986; AA.VV., *Historia Universal. Prehistoria y primeras civilizaciones*, Editorial Clarín, Buenos Aires, s.a.; AA.VV., *Historia Universal. Asirios, persas y primeras culturas americanas*, Editorial Clarín, Buenos Aires, s.a.; COLECTIVO DE AUTORES, *Historia Universal: Antigua y Medieval*, Editorial Imagen Contemporánea, La Habana, 2004; AA.VV., *La historia cotidiana a orillas del Nilo*, traducción de Ramón Sala, Ediciones Folio, Barcelona, 2006; AA.VV., *Gran historia universal: El principio de la civilización*, Ediciones Folio, Barcelona, 2006; CONTENEAU, Georges, *La vida cotidiana en Babilonia y Asiria*, adaptación Gustavo du Buchet, Editorial Gente Nueva, La Habana, 2008.

33 SEIGNOBOS, Charles, *Historia Universal*, tomo I: *El Antiguo Oriente*, Editora Nacional, México, 1906; CASSON, Lionel, *Egipto Antiguo*, colección *Las grandes épocas de la humanidad*, Ediciones Culturales Internacionales, 1986; AA.VV., *Historia Universal. Prehistoria y primeras civilizaciones*, Editorial Clarín, Buenos Aires, s.a.; AA.VV., *Historia Universal. Asirios, persas y primeras culturas americanas*, Editorial Clarín, Buenos Aires, s.a.; COLECTIVO DE AUTORES, *Historia Universal: Antigua y Medieval*, Editorial Imagen Contemporánea, La Habana, 2004; AA.VV., *La historia cotidiana a orillas del Nilo*, traducción de Ramón Sala, Ediciones Folio, Barcelona, 2006; AA.VV., *Gran historia universal: El principio de la civilización*, Ediciones Folio, Barcelona, 2006; CONTENEAU, Georges, *La vida cotidiana...*, cit.

34 *Código de Hammurabi*, “Ley 2”, edición digital. Este tipo de Juicio de Dios aparece reiterado en varias ocasiones en este texto legal. Ver como ejemplo leyes 128, 132, entre otras.

35 SEIGNOBOS, Charles, *Historia Universal*, tomo I, cit.; CASSON, Lionel, *Egipto Antiguo*, cit.; AA.VV. *Historia Universal, Prehistoria...*, cit.; AA.VV., *Historia Universal. Asirios...*, cit.; COLECTIVO DE AUTORES, *Historia Universal...*, cit.; AA.VV., *La historia cotidiana...*, cit.; AA.VV., *Gran historia universal: El principio...*, cit.; CONTENEAU, Georges, *La vida cotidiana...*, cit.

por los daños producidos a las cosechas por deficiente reparación de canales o diques. Por ejemplo, la Ley 53 estableció: “Si uno, negligente en reforzar su dique, no ha fortificado su dique y se produce una brecha en él, y la zona se ha inundado se agua, este restituirá el trigo que ha destruido”.³⁶ También quedaba establecida la responsabilidad a la hora de excavar canales de riego, como lo expresa la Ley 55: “Si uno abrió zanja para regar, y luego ha sido negligente, si el campo limítrofe se inundó de agua y se llevó el trigo del vecino, le restituirá tanto trigo como poseía el vecino”.³⁷ Como puede apreciarse, se trataba de casos de negligencia en el cuidado y la conservación de las obras hidráulicas. Resulta igualmente evidente que los diques y canales aquí mencionados eran propiedad privada. Quedaría la duda de si el líquido que por ellos corría lo era también. No obstante, resulta significativo que no se castigue el robo de agua. Es probable que una parte del sistema de canales fuera público y el resto privado.

Lo que sí se castigaba era el robo de instrumentos de riego. Así, la Ley 259 estableció: “Si uno robó una rueda para regar en el campo, dará 5 siclos de plata al propietario del instrumento de riego”.³⁸ Esta norma se complementó con la Ley 260: “Si uno robó una rueda para regar el campo (*chadouf*) o un arado, pagará 3 siclos de plata”.³⁹ Por último, se castigaba severamente el daño intencional, como lo prueba la Ley 56: “Si uno abrió una vía de agua y si la plantación del campo vecino resultó inundada, reintegrará al vecino 10 Gur de trigo, por 10 Gan de superficie”.⁴⁰

Otro aspecto interesante era el referido a las disposiciones en caso de desastres naturales como inundaciones o sequías. Así, la Ley 45 dispuso que: “Si uno arrendo su campo a un labrador por una renta y ya recibió esa renta, si la tormenta inunda el campo y se lleva la cosecha, el daño es para el labrador”.⁴¹ Igualmente, en caso de no haberse pagado todavía el arrendamiento, la Ley 48 estableció: “Si uno se ha obligado por una obligación que produce intereses y la tormenta ha inundado su campo y llevado la cosecha o si faltó agua el trigo no se ha levantado sobre el campo, este año no dará trigo a su acreedor, empapará su tableta y no dará interés este año”.⁴²

36 *Código de Hammurabi*, “Ley 53”, edición digital. Agravado en este caso por la Ley 54 que estableció: “Si no puede restituir el trigo, se venderán su persona y su patrimonio por dinero, y las personas a las que el agua les llevó el trigo, se lo repartirán”.

37 *Código de Hammurabi*, “Ley 55”, edición digital.

38 *Código de Hammurabi*, “Ley 259”, edición digital.

39 *Código de Hammurabi*, “Ley 260”, edición digital. Debe entenderse que se trataba de instrumentos de riego de distinto tipo y, por ende, de distinto valor económico.

40 *Código de Hammurabi*, “Ley 56”, edición digital.

41 *Código de Hammurabi*, “Ley 45”, edición digital.

42 *Código de Hammurabi*, “Ley 48”, edición digital.

Por último, no podemos dejar de mencionar el uso de las vías fluviales con fines comerciales. De esta forma, la Ley 240 estableció normas para dirimir la responsabilidad en casos de accidente: “Si el buque del que sube la corriente, choca y hunde al buque del que baja con la corriente, el propietario del barco hundido, declarará ante dios todo lo que perdió en su buque, el barquero del buque que remontaba la corriente, que ha hundido el buque del que descendía la corriente, le pagará su buque y todos los bienes perdidos”.⁴³

Como podemos apreciar, se trató mayoritariamente de normas dedicadas a regular los efectos del mal uso de las infraestructuras hidráulicas existentes e indemnizar por los daños producidos a terceros. Ambas prácticas van a estar presentes en el Derecho posterior.

Sin embargo, para la cultura occidental, los verdaderos maestros del Derecho de aguas fueron los romanos. No solo legaron sus impresionantes obras hidráulicas, que constituyen hoy un espléndido recordatorio de sus habilidades ingenieras y pericia técnica, sino que también sentaron las bases de un Derecho sobre el tema, que influyó enormemente en la normativa posterior.

Es necesario tener presente, además, que constituyó el primer instrumento normativo con el que se regularon los asuntos de aguas en la península ibérica, y que su influjo permaneció vivo en la legislación castellana medieval, que sirvió de base al Derecho indiano.

La visión del Derecho romano sobre las aguas partía de considerarlas *res communi*, o sea, cosa común a todos los hombres, sobre las cuales no se podía ejercer dominio. En ellas se incluían, entre otras: “Las vías y caminos públicos; el foro; las basílicas y las plazas; los campos o solares públicos; los baños y teatros públicos; los lagos de aguas perennes; estanques de aguas intermitentes y canales; el campo de Marte; ríos y puertos; edificios públicos [...]”.⁴⁴ Como ha señalado un autor: “[...] el derecho romano concibió las aguas de los ríos y lagos como *res publicas in* –público uso (una especie de *res extra commercium*), como decir que eran ‘del pueblo’, para su libre uso, sin perjudicar a nadie”.⁴⁵ Esto ha llevado a algunos autores a afirmar que “[...] el agua, aunque se halle en una finca privada, no es objeto de propiedad; su consumo es común, sin perjuicio del *ius prohibendi* del propietario de la finca para impedir la entrada en ella sin su permiso”.⁴⁶ De ahí se ha llegado incluso a concluir que “No existía una repartición ‘estatal’ o ‘pública’ del agua, y la única limitación consistía en no dañar a los vecinos con un uso

43 *Código de Hammurabi*, “Ley 240”, edición digital.

44 ALBUQUERQUE SACRISTÁN, Juan Miguel, “Protección de bienes de dominio público: Experiencia administrativa romana”, en Antonio Fernández de Buján, *Derecho administrativo histórico*, cit., p. 28.

45 VERGARA BLANCO, Alejandro, *Las aguas como bien público no estatal y lo privado en el Derecho chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma*.

46 D’ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro, *Derecho privado romano*, 10ma. edición revisada, EUNSA S.A., Pamplona, España, 2004, p. 180.

excesivo, inundando sus suelos con derrames; de donde encontramos que los textos jurídicos romanos solo ofrecen una regulación del agua en los interdictos, pero no con el fin de establecer sistemas de asignación o de distribución, sino solo de precaver daños a terceros provocados por derrames. Esta es una muestra más del no estatismo de Roma, pues, como se sabe, en Roma no existió un 'Estado-Administración' como lo que conocemos hoy".⁴⁷ No obstante, esta regla al parecer admitió interpretaciones y llegó a establecerse una diferenciación entre ríos públicos y privados: "En general, la distinción de las aguas en públicas o privadas suele establecerse según la condición jurídica de los lugares por los que discurren; así, son públicos los cursos de aguas comprendidos en el *ager publicus*, en los municipios y las colonias, las fuentes que alimentan los acueductos públicos y, en general, las aguas de montaña. Aquel que viera limitado su derecho de uso de las aguas públicas por otro particular podía utilizar los interdictos especiales creados al respecto, que en general tienden a proteger la navegación, a regular las derivaciones y a prohibir las obras dañosas, así como la *actio iniuriarum*. No obstante, otras corrientes de agua podían tener carácter privado. Torrentes, ríos, lagos, arroyos, etc., eran susceptibles de ser objeto de dominio privado y en tal caso no había ningún límite al ejercicio de la propiedad o al goce del agua".⁴⁸ Igualmente, la tendencia va a ir asimilándolas a bienes de dominio público, sobre los que el Estado ejercía, cuanto menos, una especie de policía. Este último tema resulta especialmente interesante, pues puede ser la base de las doctrinas regalistas de la Edad Media.

Sin embargo, las fuentes legislativas parecen amparar la teoría del *ius communi*. Así, la Ley Primera, del Título I del Libro Segundo de las Institutas expresa: "Y por Derecho natural son en verdad comunes a todas estas cosas. El aire, el agua corriente y el mar, y, por lo mismo, las costas del mar. A ninguno, pues, se le prohíbe acercarse a las costas del mar, con tal de que, sin embargo, se aparte de las granjas, de los monumentos y de los edificios, porque no son como el mar, de derecho de gentes".⁴⁹ A ella se añadían, como complemento, otras disposiciones que tendían a reforzar este carácter y a definir sus límites. Por ejemplo, la Ley Segunda dispuso: "Mas todos los ríos y los puertos son públicos, y por tanto, es común a todos, el derecho a pescar en los puertos y en los ríos".⁵⁰ Por su parte, la Ley Cuarta extendía el derecho de uso a las riberas de los ríos, al

47 VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de aguas*, volumen II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 309.

48 CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago, *Las concesiones administrativas en el Derecho Romano*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 1996, p. 227.

49 Ley Primera, del Título I del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte: *Institutas, Digesto*, traducción de Idelfonso García del Corral, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, España.

50 Ley Segunda, del Título I del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, *cit.*

disponer: “También es de Derecho de Gentes el uso público de las riberas, como el del mismo río: y así, cualquiera es libre de atracar en ellas una nave, atar maromas a los árboles allí nacidos, y de poner en ellas cualquier carga, así como navegar en el mismo río. Más la propiedad de estas es de aquellos con cuyos predios colindan, por cuya causa también son de los mismos, los árboles en ella nacidos”.⁵¹ A esto se añadía la Ley Quinta al regular que “También es de Derecho de Gentes el uso público de las costas, como del mismo mar; y por ello cualquiera es libre de situar allí una cabaña en la que se abrigue, así como secar sus redes y sacarlas del mar”.⁵² Por último, la Ley Sexta declaraba de uso público determinados espacios de las ciudades: “Son de la universalidad y no de particulares, las que, por ejemplo, se hayan en las ciudades, como teatros, estadios y otras semejantes, y algunas otras, que son comunes a las ciudades”.⁵³ Entre ellas se encontraban, sin dudas, acueductos, baños públicos y fuentes para el abasto de agua. En la práctica, ello significaba que los individuos podían utilizar el recurso mientras su uso no dañara a terceros. Esto no quiere decir que, a nivel local, no se adoptasen medidas en este sentido, solo que estas no trascendieron a los grandes monumentos jurídicos del romanismo.

No obstante, el Estado y la Administración romana intervinieron en el Derecho de aguas a través de diversos mecanismos. El ejemplo más evidente es el de la construcción de grandes obras hidráulicas, que podía ser acometidas por el Estado o conceder su construcción a una sociedad de publicanos,⁵⁴ aunque lo más común es que, siguiendo la tradición derivada de la época republicana, fueran los magistrados locales quienes las financiaran, con poco o ningún cargo al erario público.

En caso de que la ejecución de la obra fuese concedida a una sociedad particular, se ejercía su control a través de diversas magistraturas. Como ha señalado una autora: “Si los órganos de poder arrendaban esta serie de actividades a particulares concretos, reunidos o no en sociedades –siempre en función del tipo específico de actividad–, el procedimiento no solamente resultaba mucho menos oneroso –el Estado evitaba la obligación de pagar a

51 Ley Cuarta, del Título I del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, *cit.*

52 Ley Quinta, del Título I del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, *cit.*

53 Ley Sexta, del Título I del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGEN, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte, *cit.*

54 De este modo, y al examinar las Fuentes extrajurídicas (en particular los discursos contra Verres de Cicerón) se deduce fácilmente que las *Societates publicanorum* no se limitaron a la recaudación de los *vectigalia*, sino que pueden incluirse entre sus actividades, la construcción de obras públicas y el abastecimiento de armas, alimentos y materias primas de primera necesidad a las ciudades e incluso a los ejércitos que (sobre todo en época republicana) se hallaban dispersos por Europa. PENDÓN MELÉNDEZ, Esther, “Trabajos públicos desempeñados por entidades privadas”, en Antonio Fernández de Buján, *Derecho administrativo histórico*, *cit.*, p. 307.

funcionarios que ejerciesen esta labor-, sino que además se correría un riesgo mucho menor, dado que habrían de prestarse determinadas garantías (de modo previo y a favor del Estado) para el posterior desarrollo de las actividades en el sector público. A estas dos circunstancias debemos añadir el hecho de que con las adjudicaciones de labores públicas, el Estado se desentendía del desempeño de labores cuanto menos de una complicada gestión, a cambio de lo cual obtendría los recursos económicos que se esperaban, de forma anticipada y sin excesivas complicaciones. Como contrapartida, los órganos estatales solamente tendrían de procurar la organización de subastas públicas en las que se adjudicasen la concesión de la gestión de las labores de carácter público que debían realizarse, al tiempo que llevar algunas actividades de vigilancia, que tendrían como inmediata consecuencia el control de la prontitud de los contribuyentes a la hora de realizar el pago, así como la rectitud de los arrendatarios en el desempeño de encargos públicos. En las subastas de contrata públicas la institución estatal se encontraba representada por el censor. Los censores, por tanto, no solamente intervendría de forma directa en la adjudicación de la concesión cuidando por el desarrollo y buen funcionamiento de la actividad pública a realizar, sino que además tendrían otra serie de facultades en este ámbito. En primer lugar, estas magistraturas, Tenían el deber de controlar que no se alargasen en exceso los plazos establecidos para la finalización de los servicios o, (en su caso), obras de forma que se encontraban legitimados para deliberar sobre el mandato de la realización o no del pago una vez concluidos los trabajos. Asimismo, los censores, en ocasiones, se veían obligados a ordenar nuevas construcciones, así como a organizar la conservación de los *loca publica*, tales como los templos, los caminos y los edificios públicos. En este último grupo de funciones podían verse auxiliados por los ediles. Una de las potestades más relevantes, consiste, sin duda, en el deber de los censores para juzgar y tomar decisiones coercitivas, en materia de conflictos entre Estado y publicanos. Poseían legitimidad, por lo tanto, para condenar a los publicanos al pago de determinadas multas, a ejecutar las cauciones prestadas por ellos, e incluso acceder a una nueva adjudicación. Las *leges censoriae*, o *leges locationis* constituían el soporte principal de la adjudicación de una contrata pública.⁵⁵ Ciertamente, este procedimiento era principalmente utilizado en materia tributaria o minera, pero no resultaba imposible hacerlo extensivo a obras hidráulicas. De hecho, existen evidencias que apoyan su extensión a usos en el litoral, que excedían el mero aprovechamiento y autorizaciones específicas en cuanto a aguas.⁵⁶

55 PENDÓN MELÉNDEZ, Esther, "Trabajos públicos desempeñados...", *cit.*, pp. 308 y 309. Puede consultarse también CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago, *Las concesiones administrativas...*, *cit.*,

56 Ver un pormenorizado estudio de este tema en CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago, *Las concesiones administrativas...*, *cit.*, pp. 201 a 224.

Esto se evidencia en las concesiones de uso del mar o el litoral con fines de aprovechamiento exclusivos, así como las autorizaciones para realizar derivaciones de los ríos o acueductos.

En el caso de las primeras, cualquier intento de uso exclusivo, más allá del mero disfrute reconocido a todos, requería autorización previa de la administración.⁵⁷

En cuanto a las segundas, su uso se encuentra bien documentado en los textos de la época. En principio, el Estado debía impedir que el uso abusivo del recurso perjudicara a terceros. De ahí la necesidad de velar por su correcto aprovechamiento e impedir los monopolios o abusos: “Entre los usos ilícitos o no permitidos en materia de aguas se encontraban de manera destacada las derivaciones de ríos o acueductos públicos. Aunque se trate de un hecho discutido, especialmente en el caso de los ríos, las noticias que han llegado hasta nosotros parecen coincidir en afirmar la necesidad de la concesión administrativa para todas las derivaciones de cualquier uso de agua pública. Algo, por otro lado, que debe considerarse como lógico y normal, pues siempre que los particulares quieren tener un uso exclusivo sobre una *res publicae* necesitan el permiso expreso de la autoridad.⁵⁸ Esto resulta evidente de diferentes fragmentos del Digesto. Para PAPIRIO JUSTO: “Los Emperadores Antonino y Vero Augustos, contestaron por rescripto, que convenía que el agua de un río público se dividiera a proporción de las posesiones para regar los campos, a no ser que alguien mostrare que por derecho propio se le había dado más. Asimismo respondieron por rescripto, que solamente se permitía que se condujese el agua, si se hiciera esto sin perjuicio de tercero”.⁵⁹ En consecuencia, no solo existía un régimen de autorizaciones para el uso del agua, sino que también un control de la administración sobre su uso por particulares.

Correspondía a los censores en la época republicana y al Príncipe, y en su defecto al *curator aquarum* otorgar estas autorizaciones de uso y velar por el cumplimiento de las mismas.⁶⁰ Este último cargo, creado por AUGUSTO, se convirtió, a nivel local, en lo más parecido a una administración de aguas que existió en Roma: “La función administrativa de los *curatores aquarum* era doble; por un lado, estaban investidos del poder de conceder agua a los particulares, y por otro, asumieron la dirección y vigilancia de numeroso personal

57 La necesidad de la concesión administrativa, para construir sobre el mar y sus litorales o para ejercitar la pesca de forma exclusiva, constituye una praxis en la administración romana. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago, *Las concesiones administrativas...*, cit., p. 204.

58 CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago, *Las concesiones administrativas...*, cit., p. 228.

59 Digesto, Libro VIII, Título III, Comentario 17. PAPIRIO JUSTO, De las constituciones, Libro I. KRIEGLER, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, primera parte, cit.

60 El régimen de estas concesiones es regulado principalmente en las obras de los emperadores, a través de rescriptos imperiales. La alusión al Príncipe en materia de aguas es casi constante, y este otorgaba las concesiones mediante instrucciones al órgano administrativo competente sobre las aguas. Si en el periodo republicano fueron los censores los encargados de autorizar las derivaciones de agua de los ríos públicos, pronto esta facultad fue absorbida completamente por el Príncipe, a pesar de haber creado Augusto el cargo de *curator aquarum* especialmente para estos efectos. CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago, *Las concesiones administrativas...*, cit., p. 231.

subalterno. Además, cumplían tareas técnicas, consistentes fundamentalmente en examinar, asistidos por sus ayudantes, los canales, el estanque principal, etc. Pero, a pesar de ser competentes por ley para conceder el agua, pronto el Príncipe atrajo para sí esa potestad siendo el máximo responsable en las autorizaciones y configurando en definitiva el régimen concesional".⁶¹

Por regla general, en todos los casos, antes mencionados, se exigía la correspondiente contraprestación, en forma del canon vectigal.

Ambos tipos de concesiones eran personalísimas y no concedían derechos dominicales sobre los bienes, así como podían revocarse en cualquier momento en caso de incumplimiento de las condiciones exigidas o por el abuso en su utilización.

Con respecto al Derecho privado, los romanos desarrollaron las servidumbres⁶² como mecanismo para regular las relaciones interpartes en torno al agua. En principio, el Derecho romano reconocía dos tipos de servidumbres: las rústicas y las urbanas.⁶³

Entre las primeras se reconocía la de acueducto como una de las fundamentales.⁶⁴ ULPIANO la definió como el Derecho a conducir agua por un fundo ajeno.⁶⁵ A partir de aquí, la doctrina trató de establecer reglas previniendo las diferentes situaciones que se podían presentar.⁶⁶ A ellas se añadían otras, como la de conducir ganado a abrevar.⁶⁷

Con respecto a las urbanas, vinculadas necesariamente a terreno edificado,⁶⁸ se reconoció la de vertimiento de aguas.⁶⁹ En principio,

61 CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago, *Las concesiones administrativas...*, cit., p. 236.

62 PETIT, Eugenio, *Tratado elemental de Derecho romano*, tomo I, 4ta. ed., traducción de S. Bloussón, Enrique Thedy y Mario Sanz, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1904; CROCK, A., *Curso de Derecho romano*, tomo I, Ediciones de la Universidad de Antioquia, Medellín, 1934; FERNÁNDEZ CAMUS, E., *Curso de Derecho romano: derechos reales*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, La Habana, 1939; VON MAYR, R., *Historia del Derecho romano*, tomo II, Editorial Labor, Barcelona, s.a.; DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E., *Apuntes de Derecho romano*, tomo I, Editorial Lex, La Habana, 1944; DECLÁCREUIL, J., *Roma y la organización del Derecho*, traducción al español de J. López Pérez, Editorial UTEHA, México, D.F., 1958; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., D. CARRERAS CUEVAS, R. M. YÁÑEZ, *Manual de Derecho romano*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980; BIALOTOSKY, S., *Panorama del Derecho romano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1985; DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E., *Derecho romano*, 2 tomos, 2da. edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006.

63 Ley Tercera, del Título II del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, cit.

64 Ley Primera, del Título III del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, cit.

65 Digesto, Libro VIII, Título III, Comentario 1, ULPIANO. Institutas, Libro II. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, cit.

66 Ver al respecto, el Digesto, Libro VIII, Título III. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, cit.

67 Ley Tercera, del Título III del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, cit. No obstante, hay diferencias en la doctrina.

68 Ley Segunda, del Título III del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, cit.

69 Ley Segunda, del Título III del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, cit.

las servidumbres eran voluntarias, y podían constituirse por acuerdos *inter vivos* o en sede testamentaria.⁷⁰ No obstante, en caso de necesidad, el pretor o magistrado las podía crear de manera forzosa, a través de interdictos.⁷¹ En todo caso, su permanencia dependía de la tolerancia oficial.⁷²

Como podemos apreciar, el Derecho romano, con independencia de su clasificación genérica de las aguas como *ius communi*, estableció para ellas dos regímenes jurídicos bien diferenciados: el público y el privado. En ambos, el Estado trataba de garantizar el acceso de los ciudadanos al recurso, reconocido como regla general, y al mismo tiempo obtener determinados beneficios fiscales.

La caída del Imperio Romano llevó a la crisis este complejo y elaborado Derecho de aguas. En su lugar, los monarcas visigodos crearon el Libro de los Jueces, que resultó un pálido reflejo de sus antecesores romanos.⁷³ En materia de aguas, este no resulta muy abundante en su desarrollo, sobre todo si lo comparamos con la antigua legislación romana. En principio, las temáticas de aguas aparecían reguladas esencialmente en el Libro VIII, Título IV.⁷⁴ Un dato significativo es que la mayoría de las normas vinculadas con el tema son penales.

70 Ley Quinta, del Título III del Libro Segundo de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, *cit.*

71 Título XV, del Libro Cuarto de las Institutas. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, *cit.*

72 ULPIANO, Institutas, Libro II: Ciertamente la tradición y la tolerancia de las servidumbres requerirá el cargo del pretor. Digesto, Libro VIII, Título III, Comentario 2. KRIEGL, HERMANN y OSSENBRUGUEN, *Cuerpo del Derecho civil romano*, primera parte, *cit.*

73 *Fuero Juzgo en latín y castellano*, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Ibarra, Impresor de Cámara de Su Majestad, Madrid, 1815.

74 *Fuero Juzgo en latín y castellano*, *cit.* Puede además consultarse su génesis histórica en JORDÁN DE ASSO, I., *Instituciones del Derecho civil de Castilla* [I. Jordán de Asso y del Río y M. de Manuel y Rodríguez], 6ta. edición, corregida notablemente y aumentada, Imprenta de la Real Compañía, Madrid, 1805 (contiene al final de cada título las diferencias que se observan con Aragón por disposición de sus Fueros.); MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los Reinos de León y Castilla, especialmente las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845; DE CÁRDENAS, F., *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, tomo I, Imprenta de J. Noguera, Madrid, 1873; ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Historia de España y de la civilización española*, tomo I, 2da. edición, corregida y aumentada, Herederos de Juan Gil, Barcelona, 1909; BALLESTEROS Y BERETTA, A., *Historia de España y su influencia en la historia universal*, tomo I, Salvat Editores S.A., Barcelona, 1922; BENEYTO PÉREZ, J., *Instituciones de Derecho histórico español*, volumen I, Librería Bosch, Barcelona, 1930; ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Manual de Historia de España*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1946; DOPSH, A., *Fundamentos económicos y sociales de la cultura europea: de César a Carlomagno*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1951; SOLDEVILA, F., *Historia de España*, tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1959; VICÉNS VIVES, J., *Historia económica de España*, tomo I, 5ta. edición, Editorial Vicéns Vives, Barcelona, 1967; VICÉNS VIVES, J., *Historia de España y de América*, tomo I, 2da. edición, Editorial Vicéns Vives, Barcelona, 1971; GARCÍA VOLTA, G., *El mundo perdido de los visigodos*, Editorial Bruguera S.A., Barcelona, 1977; VIGIL, M., *La edad antigua*, tomo I, Alianza Universidad, Madrid; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1979; GARCÍA MORENO, L. A., "Romanismo y germanismo. El despertar de los pueblos hispanos. Siglos IV-X", en M. Tuñón de Lara (director), *Historia de España*, tomo II, Editorial Labor, Barcelona, España, 1982; PÉREZ-PRENDES, J. M., *Curso de Historia del Derecho español*, volumen I, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1989; ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, 2da. edición, revisada, Solana e Hijos, Madrid, 1990; POSET, M., A. MORA, R. FERREROS, J. CORREA, P. GARCÍA TRABATS y J. PALAO, *Historia del Derecho*, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1992.

Quizás la norma más importante resulta la Ley XXIX, que dispuso: “Los grandes ríos por que vienen los salmones, o otro pescado de mar, o en que echan los ommes [sic] las redes, o por que vienen las barcas con algunas mercaderías, nengun [sic] omme non debe encerrar el río por toller la pro a todos los otros e facerla [sic] suya; mas puede facer seto hasta medio del río, allí o es el agua más fuerte e [sic] que la otra mitad finque libre, pora la pro de los ommes E si dambas [sic] partes del río oviere [sic] dos sennores [sic], non deven [sic] cercar todo el río fasca que diga cada uno que cerró la sua meatad [sic], mas el uno debe cerrar la sua meatad de suso [sic], y el otro la de yuso, e dexe [sic] por medio pasar el río. E si no oviere [sic] mas de un logar, que puedan ambos cerrar, de gisa [sic] lo cierran ambos que puedan pasar las barcas y las redes. E si el señor o el juez cebrantare [sic] el seto que fue fecho, así cuemo nos decimos de suso, peche diez sueldos a so señor del seto, e si otro omme libre lo cebrantare peche cinco sueldos al señor do seto, e reciba L azotes. E si algún siervo lo cebrantar, reciba C azotes”.⁷⁵

Esta norma presenta singulares aspectos, pues parece reconocer para las aguas un uso dual, público y privado a la vez. Como ha señalado un autor: “Este texto no permite, ni mucho menos, separar claramente las aguas públicas de las privadas, aunque de él sí se deduce que es libre: el uso de determinadas aguas corrientes: los grandes ríos navegables (‘por que vienen las barcas’) o aquellos cuyo caudal permite la pesca con red”.⁷⁶ Ciertamente, como señala este mismo autor, no hay una mención expresa el resto de los ríos,⁷⁷ pero es presumible, dada su propia redacción, que se reconociera la titularidad privada, o al menos su aprovechamiento con este carácter. De lo contrario, no tendría sentido la sanción por destruir instalaciones hechas en las corrientes y márgenes del río. Por lo menos en este último aspecto la concepción parece totalmente diferente al *ius communi* romano.

Esta normativa se complementó con otras disposiciones que tocaban temas puntuales en materia de aguas. Tenemos así, la obligación de cercar los campos labrados cerca de los vados de los ríos o por donde transita ganado,⁷⁸ el castigo por quebrantar molinos y pesquerías,⁷⁹ y el delito de hurto de agua.⁸⁰

75 Ley XXIX, Libro VIII, Título IV, *Fuero Juzgo en latín y castellano*, cit.

76 GEREZ KRAEMER, Gabriel, “Titularidad y aprovechamiento de las aguas continentales en la tradición jurídica españolas”, en Antonio Fernández de Buján, *Derecho administrativo histórico*, cit., p. 163.

77 No obstante, es evidente que la voluntad del legislador no es tanto la de separar unas aguas de otras - las públicas de las privadas-, cuanto el proteger determinados usos, entre los que destaca la navegación.⁷ Solo podemos concluir, entonces, que el uso de determinadas aguas era libre -característica esta propia de las cosas públicas-; pero no que eran públicos únicamente los ríos de gran caudal (nada nos dice, en efecto, el *Fuero Juzgo*, respecto del resto de las aguas. GEREZ KRAEMER, Gabriel, “Titularidad y aprovechamiento de las aguas...”, cit., pp. 163 y 164.

78 Ley XXVIII, Libro VIII, Título IV, *Fuero Juzgo en latín y castellano*, cit.

79 Ley XXX, Libro VIII, Título IV, *Fuero Juzgo en latín y castellano*, cit.

80 Ley XXXI, Libro VIII, Título IV, *Fuero Juzgo en latín y castellano*, cit.

Resulta significativo el alcance de esta normativa, que, pese a su inspiración romanística, recuerda al Código de Hammurabi. Es característica la ausencia de las servidumbres para regular las relaciones entre particulares y la parca normativa desde la visión *ius publicista* del agua.

No obstante, a lo largo de la Edad Media, el Derecho de aguas, como todo el Derecho español, se caracterizó por su tendencia a la dispersión jurídica y su apoyatura más en la costumbre y los fueros locales que en la norma escrita. De hecho, la mayor parte del trabajo normativo en este campo se realizaba a nivel local, aplicando costumbres asentadas desde tiempo inmemorial,⁸¹ que se podía utilizar incluso contra el derecho escrito.⁸²

Otra tendencia se va afirmando, el concepto del agua como regalía de la que puede disponer el soberano. En esencia, esta deriva tanto de la confusión entre lo público y lo privado de los últimos tiempos del Imperio Romano, y se refuerza con el advenimiento de los reinos germanos. Como ha comentado un autor: “Como una consecuencia del feudalismo, la monarquía adoptó desde su inicio un cariz patrimonial en que se confundían los bienes del patrimonio de los reyes como personas de lo que debía ser su patrimonio como jefe del Estado”.⁸³ Esta situación no cambia significativamente con el redescubrimiento del Derecho romano a partir del siglo XIII. Teóricamente, pasan a ser bienes del Estado, pero en la práctica, salvo para determinados actos,⁸⁴ el monarca dispone de ellos como propios. En este sentido, se llega al concepto de regalía, definido por autores de la época como todos aquellos derechos que los reyes se reservaban para sí.⁸⁵ Como un autor señaló, refiriéndose al Reino de Valencia: “[...] explicaba que por regalías debía entenderse todo aquello que estaba tenido a SM. a cierto censo, partición de frutos, o réditos pecuniarios o en feudo”, agregando el mismo que “según estos principios pudo el Rey Don Jaime declarar lo que entendía por regalías, mayormente cuando por el título [sic] de conquista adquirió el dominio del Reyno [sic], y pudo disponer de él a su voluntad reservándose los derechos que le parecieron como

81 Ley VI, Título II, Partida I. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, 2 tomos, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de Historia, Madrid, Imprenta Real, 1807.

82 MICELI, Paola. *Derecho consuetudinario y memoria. Práctica jurídica y costumbre en Castilla y León* (siglos XI-XIV), Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España, 2012, p. 186.

83 VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas II: Fuentes y principios del Derecho de Aguas español medieval y moderno*, Revista de Derecho de Minas y Aguas, volumen II, 1991, pp. 136 y 137.

84 Fuero y establecimiento hicieron antiguamente en España, que el señorío del rey no fuese departido ni enajenado. Ley V, Título XV, Partida II. *Las Siete Partidas...*, cit.

85 DE RIPOLL, Acacio Antonio, *Regaliarium tractatus. Barcinone. Ex praelo gabrielis Nogues, in Vico Santi dominici, Expensis Francisci Menescal, Mercatoris, D Bibliopoli y Gabriellis Nogues Typographi*, 1644, Capítulo 1, Nos. 1 a 3, p. 1, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas II...*, cit., p. 138.

propias regalías”.⁸⁶ Este mismo añade: “Las aguas siempre se han considerado regalía del Príncipe, que puede disponer de ellas a su arbitrio, y ningún otro sin Real Licencia”.⁸⁷

Con respecto al Derecho Real en Castilla, este resulta un proceso un poco más complejo, en especial en la materia que nos ocupa. Ciertamente la noción de regalías está presente desde 1138, cuando en el Ordenamiento de Nájera se estipuló que: “Todas las aguas, e pozos salados que son para facer [sic] sal, e todas las rentas dellas [sic], rinden al Rey, salvo las que dio el Rey por privilegio [sic], o las ganó alguno por tiempo en la manera que debía”.⁸⁸ No obstante, las Partidas no parecen concordar con la afirmación anterior, lo que resulta muy significativo. Así, la Ley XII del Título XXVIII, Partida Tercera estableció: “En cuáles cosas los emperadores e los reyes han señorío propiamente. Las rentas de los puertos, e de los portazgos que dan los mercaderes, por razón de las cosas que sacan del mar o de la tierra, e las rentas de las salinas e de las pesquerías e de las ferrerías e de los otros metales, e los pechos e los tributos que dan los hombres, son de los emperadores e de los reyes, e fuéronles otorgadas todas estas cosas para que hubiesen con qué se mantuviesen honradamente en sus despensas, e con que pudiesen amparar sus tierras e sus reinos. e guerrear contra los enemigos de la fe. e [sic] para que pudiesen excusar sus pueblos de hecharles [sic] muchos pechos o de hacerles otros agravios”.⁸⁹ Indudablemente, si todas las aguas fueran regalía de la Corona, esto no habría dejado de mencionarse aquí. Ciertamente, existía una tendencia en el Derecho castellano en este camino, como se puede apreciar en la normativa posterior, y que se convertirá en práctica común en el caso americano. No obstante, las diferencias entre Valencia, un reino relativamente pequeño, que dependía mayormente de una agricultura intensiva, basada en un eficaz sistema de regadío,⁹⁰ creado por los musulmanes, en un territorio de re-

86 BRANCHAT, Vicente, *Tratado de los derechos y regalías que corresponden al Real Patrimonio del Reyno de Valencia*, tomo I, No. 5, Imprenta de Joseph y Tomás, Valencia, España, 1781, p. 9, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas II...*, cit., pp. 138 y 139.

87 BRANCHAT, Vicente, *Tratado de los derechos y regalías...*, cit., p. 9, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas II...*, cit., pp. 138 y 139.

88 Ordenamiento de Nájera, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas II...*, cit., p. 139.

89 Ley XII del Título XXVIII, Partida Tercera.

90 ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Historia de España y de la civilización española*, tomos II y III, 2da. edición, corregida y aumentada, Herederos de Juan Gil, Barcelona, 1909; BALLESTEROS Y BERETTA, A., *Historia de España y su influencia en la historia universal*, tomos II, III y IV, Salvat Editores S.A, Barcelona, 1922; ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Manual de Historia de España*, cit.; SOLDEVILA, F., *Historia de España*, tomos II y III, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1959; VICÉNS VIVES, J., *Historia económica de España*, tomo II, 5ta. edición, Editorial Vicéns Vives, Barcelona, 1967; VICÉNS VIVES, J., *Historia de España y de América*, tomos II y III, 2da. edición, Editorial Vicéns Vives, Barcelona, 1971; GARCÍA DE CORTÁZAR, J. A., *La época medieval*, tomo II, Alianza Universidad, Madrid; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia...*, cit.; GARCÍA MORENO, L. A., “Romanismo y germanismo...”, cit.; PÉREZ-PRENDES, J. M., *Curso de Historia...*, volumen I, cit.; ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, cit.; POSET, M., A. MORA, R. FERREROS, J. CORREA, P. GARCÍA TRABATS y J. PALAO, *Historia del Derecho*, cit.

ciente reconquista y repoblamiento, donde el monarca podía fijar nuevas reglas de Derecho. Así se expresaba BRANCHAT: “En el Reyno [sic] de Valencia todas las aguas. así publicas [sic] como privadas, pertenecieron al Rey Don Jayme I por titulo de conquista, el cual en uso de su dominio agracia a los Prelados y Ricos-Hombres con las que nacían y pasaban por los términos de los pueblos de que les hizo donación, conservando en la Corona la regalía de los ríos y aguas publicas [sic], y las privadas de los términos realengos: y en todas ellas exercieron [sic] y han exercido [sic] siempre, así el Rey Conquistador como sus sucesores, una absoluta autoridad por SI, y por media de los Bailes generales”.⁹¹

En Castilla estas condiciones resultaban diferentes. Ciertamente era un reino más grande y poblado que el valenciano, con significativas diferencias geográficas y climáticas,⁹² que determinaban un distinto aprovechamiento del agua. Igualmente, su economía medieval, basada en la ganadería y en la agricultura de secano,⁹³ resultaba muy distinta de la valenciana, altamente dependiente del regadío; lo más significativo es que hay un sistema de derechos precedentes que el monarca debe respetar. Esto va a llevar a una serie de complejas distinciones que se van a emplear en las Partidas, utilizando el lenguaje justinianeo.

En principio las Partidas declaran comunes a todas las criaturas las aguas de lluvia y el mar y sus riberas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley IV, Título XXVIII, Partida Tercera: “Ley IV. Cuáles son o las cosas que pertenecen a todas las criaturas que viven en este mundo. Las cosas que comunalmente pertenecen a las criaturas que viven en este mundo son estas; el aire e las aguas de la lluvia, e el mar e su ribera. Pues cualesquier criatura que viva puede usar de cada una de estas cosas, según que le fuere menester. E [sic] por esto, todo hombre se puede a provechar de la mar e de su ribera, pescando o navegando, e haciendo todas las cosas que entendiere que a su pro son. Empero si en la ribera de la mar hallare casa u otro edificio cualquiera que sea de alguno, no lo debe derribar ni usar de él en ninguna manera sin otorgamiento del que lo hizo,

91 BRANCHAT, Vicente, *Tratado de los derechos y las regalías que corresponden al Real Patrimonio en el Reyno de Valencia*, 1784, edición fascicular, tomo 1, capítulo 6, No. 2, p. 296, Valencia, 1990, citado por GÉREZ KRAEMER, Gabriel, “Titularidad y aprovechamiento de las aguas...”, *cit.*, pp. 182 y 183.

92 BALLESTEROS Y BERETTA, A., *Historia de España y su influencia...*, tomo I, *cit.*; SOLDEVILA, F., *Historia de España*, tomo I, *cit.*; VICÉNS VIVES, J., *Historia económica de España*, tomo I, *cit.*; VICÉNS VIVES, J., *Historia de España y de América*, tomo I, *cit.*; GARCÍA VOLTA, G., *El mundo perdido...*, *cit.*; VIGIL, M., *La edad antigua*, tomo I, *cit.*

93 ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Historia de España y de la civilización española*, tomos II y III, *cit.*; BALLESTEROS Y BERETTA, A., *Historia de España y su influencia...*, tomos II, III y IV, *cit.*; ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Manual de Historia de España*, *cit.*; SOLDEVILA, F., *Historia de España*, tomos II y III, *cit.*; VICÉNS VIVES, J., *Historia económica de España*, tomo II, *cit.*; VICÉNS VIVES, J., *Historia de España y de América*, tomos II y III, *cit.*; GARCÍA DE CORTÁZAR, J. A., *La época medieval*, tomo II, *cit.*; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia...*, *cit.*; GARCÍA MORENO, L. A., “Romanismo y germanismo...”, *cit.*; PÉREZ-PRENDES, J. M., *Curso de Historia...*, volumen I, *cit.*; ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, *cit.*; POSET, M., A. MORA, R. FERREROS, J. CORREA, P. GARCÍA TRABATS y J. PALAO, *Historia del Derecho*, *cit.*

o cuyo fuere, como quiera que si lo derribase la mar u otro. o se cayese él, que podría quien quiera hacer de nuevo otro edificio en aquel mismo lugar”.⁹⁴ A continuación se fijan reglas para las edificaciones o la construcción de buques,⁹⁵ y la apropiación de metales preciosos o perlas en las riberas del mar.⁹⁶

Acto seguido, la Ley VII declaró que: “Los ríos e [sic] los puertos, e los caminos públicos pertenecen a todos los hombres comunalmente, en tal manera que también pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña como los que moran e viven en aquella tierra donde son. E como quiera que las riberas de los ríos son cuanto el señorío de aquellos cuyas son las heredades a que están ayuntados, con todo eso, todo hombre puede usar de ellas, ligando a los árboles que estén allí sus navíos e arreglando sus naves e sus velas en ellas, e poniendo allí sus mercadurías. E pueden los pescadores ahí poner sus pescados e venderlos, e arreglar allí sus redes, e usar en las riberas de todas las otras cosas semejantes de estas que pertenecen al arte e al menester por el que viven”.⁹⁷ En principio, esta regla, similar a la de JUSTINIANO, parece hablar de un uso común. No obstante, esta declaración esconde un planteamiento de carácter público, al estar reconocido el derecho a su aprovechamiento por todos y, por ende, estar implícita la tutela del Estado para garantizarlo. Empero, de ahí a reconocerla como una regalía hay un gran trecho.⁹⁸ Igualmente, ha existido un intenso debate en torno a qué ríos se podían considerar públicos, algo que las Partidas parecen decantar por todos. Sin embargo, se impuso el criterio de solo reconocer como tales a los navegables y permanentes, dejando los perennes como propiedad privada.⁹⁹ A continuación se establecen reglas para este uso, como la referente a la propiedad de las riberas¹⁰⁰ y a la obligación de no construir en ellas edificios que afecten la navegación fluvial.¹⁰¹

En segundo lugar, una serie de lugares en las poblaciones se declaran de uso común para todos los habitantes, entre ellos las fuentes, como lo ordena la Ley X: “Apartadamente son del común de cada

94 Ley IV del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

95 Ley V del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

96 Ley VI del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit. En este punto veremos que el Derecho de Indias resultó radicalmente diferente.

97 Ley VII del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

98 Este es el criterio de Alejandro VERGARA BLANCO en *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas II...*, cit.

99 Véase una útil referencia sobre el estado de la cuestión en GEREZ KRAEMER, Gabriel, *Titularidad y aprovechamiento de las aguas...*, cit.

100 Ley VIII del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

101 Ley IX del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

una ciudad o villa las fuentes e [sic] las plazas donde hacen las ferias e los mercados, e los lugares o se ayuntan a concejo, e los arenales en las riberas de los ríos, e los otros ejidos, e las carreras donde corren los caballos, e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes de estos que son establecidos e otorgados para pro comunal de cada ciudad o villa, o castillo u otro lugar. Pues todo hombre que fuere allí morador puede usar de todas estas cosas sobredichas, e son comunales a todos tanto a los pobres como a los ricos. Más los que fuesen moradores en otro lugar no pueden usar de ellos contra voluntad o defendimiento de los que morasen ahí".¹⁰² En consecuencia, el abasto de agua a las poblaciones era más que un problema de la Corona, un problema local, que competía resolver y defender con sus recursos al Consejo de cada villa.

Por último, se establecen mecanismos para eliminar controversias en cuanto a la posesión de tierras en las riberas de los ríos, o en caso de inundación.¹⁰³

De hecho, lo antes enumerado es más consistente con un mecanismo de policía que con normas destinadas a salvaguardar una regalía.

Un componente importante del Derecho de aguas son las relaciones entre particulares en cuanto a su disfrute y aprovechamiento. En este sentido, las Partidas continuaron la tradición del Derecho romano, al utilizar a las servidumbres como mecanismo de regulación, aunque aquí aparece mezclada con el usufructo.

En principio, siguiendo el ejemplo romano, las servidumbres se definen en la Ley I del Título XXI, como: "Propiamente dijeron los sabios que tal servidumbre como esta es dicho uso que hombre tiene en los edificios e en las heredades ajenas para servirle de ellas a pro de los suyos. E [sic] son dos maneras de servidumbres. La primera es aquella que ha una casa en otra, e a esta llaman en latín urbana. La segunda es la que ha una heredad en otra, e a esta dicen en latín rústica".¹⁰⁴ A continuación se definen los diferentes tipos de servidumbres reconocidos por el Derecho.¹⁰⁵

Quizás lo más interesante de este tema sea la regulación minuciosa del acceso al agua para labores agrícolas. En primer lugar, La Ley IV dispuso que: "Sírvanse las heredades las unas de las otras habiendo entradas e [sic] carreras por ellas según dijimos en las leyes antes de esta. E aún se sirven en otra manera, si como por acequias e

102 Ley X del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

103 Ver al respecto las Leyes XXVII a XXXIII del Título XXVIII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

104 Ley I del Título XXXI, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

105 Leyes II y III del Título XXXI, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

por los otros ciertos lugares, por donde pasan aguas para molinos o para regar huertos o las otras heredades, e por esto decimos que aquéllas que hubieren tal servidumbre en la heredad ajena que deben guardar e mantener el cauce u la acequia o la canal e el caño o el lugar por donde corriere el agua. de manera que no se pueda ensanchar ni alzar ni abajar ni hacer daños a aquel por cuya heredad pasare. E si fuere cauce por donde vaya agua a algún molino o acequia para regar huertos u otra heredad, débanle mantener e guardar con estancadas, no metiendo cantos que embarguen la heredad ajena. E si menor agua fuere, débanla traer por alcaduces de tierra o por caños de plomo bajo tierra, de manera que ellos se puedan aprovechar de el agua. E los otros por cuyas heredades entrare, no finquen perdidosos [sic] ni agraviados por labor que hagan nuevamente en aquellos lugares por donde corriere el agua o por mengua de ellos”.¹⁰⁶ A ello se añadían la posibilidad de llevar a abreviar ganados en finca ajena reconocida por la Ley VI: “Fuente o pozo siendo en heredamiento de alguno o estanque de agua que estuviese cerca de heredad de otros, si el dueño del agua les otorgare que puedan ahí beber ellos e [sic] sus labradores e sus bestias e sus ganados, por tal otorgamiento corno éste, débeles dar entrada e salida en el heredamiento donde es el agua, de manera que puedan llegar a ella cada que les fuere menester. Otrosí decimos que otorgando un hombre a otro para siempre, que metiese sus bueyes o sus bestias con que labrase su heredad en algún prado o dehesa por tal otorgamiento gana el otro servidumbre en aquel prado o en aquella dehesa, e puede usar de ella él e los otros que hubieren aquella heredad, porque le otorgó aquella postura. E aunque él viniese o enajenase aquel prado o aquella dehesa al otro a quien pasase, no les puede defender que no use de aquella servidumbre”.¹⁰⁷ A ello se añadía una regla para evitar la pérdida del derecho adquirido, al recibirlo varios sujetos establecida en la Ley V: “Ganada habiendo hombre la servidumbre de traer agua, para regar su heredamiento de fuente que naciese en heredad ajena, si después el dueño de la fuente quisiere otorgar a otro poder de aprovecharse de aquella agua, no lo puede hacer sin consentimiento de aquél a quien primero fue otorgada la servidumbre de ella, salvo si el agua fuere tanta que abonase al heredamiento de ambos”.¹⁰⁸

Un último detalle en la regulación del Derecho de aguas en las Partidas radicó en la posibilidad de exigir la paralización de una obra nueva, o la realización de la misma, en caso de que afecte el suministro del preciado líquido. En este sentido, el Título XXXII de la Partida Tercera¹⁰⁹ contiene algunas normas muy interesantes.

106 Ley IV del Título XXXI, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

107 Ley VI del Título XXXI, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

108 Ley V del Título XXXI, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

109 Título XXXII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

Así, se prohíbe solicitar la paralización de las obras de limpieza de caños, tragantes o acequias de viviendas, aunque molesten a los vecinos.¹¹⁰

No obstante, la normativa está centrada en los procedimientos correctos para la ejecución de obras de este tipo. Así, por ejemplo, la Ley XV dispuso las obligaciones que aquellos en cuya finca se estancase el agua que solía ser corriente: “Corriendo agua por heredad de muchos, aunque ninguno de ellos no hiciese labor porque la estancase. si el agua, por sí naturalmente lo hiciese, allegando fustes o cieno o piedras u otra cosa cualquiera poco a poco, de manera que destajase el agua e la sacase del lugar por donde solía correr. si por este destajamiento se sintiese algún vecino por agraviado o por perdidoso puede apremiar a aquél en cuya heredad hizo el estanco que haga de dos cosas: la una o que lo limpie o abra aquel lugar por donde solía correr el agua e hágala ir por donde solía, o que lo deje ir a hacer. E aquél cuya fuere la heredad, tenido es de hacer la una de estas dos cosas aunque no quiera. Pero si aquel lugar donde se destajase el agua fuere acequia que perteneciese a muchos, cada uno en la frontera de su heredamiento esta tenido de ir ayudar a enderezarla de manera que vaya el agua por donde solía e se pueda ayudar de ella”.¹¹¹

Igualmente, en la Ley XVII encontramos un caso donde se requiere autorización regia: “Molino habiendo algún hombre en que se hiciese harina o aceña para pisar paños si alguno quisiese hacer otro molino o acequia en aquella misma agua cerca de aquél, lo puede hacer en su heredad o en suelo que sea de término del rey con otorgamiento de él o de los del común del concejo cuyo es el lugar donde lo quisiese hacer. Pero debe esto ser hecho de manera que el corrimiento del agua no se embargue al otro más que la haya libremente según que era antes acostumbrado a correr. E haciéndolo de esta guisa no lo puede el otro defender ni embargar que no lo haga, aunque diga que él su molino valdría menos de renta por razón de esto que hiciesen nuevamente”.¹¹² Esta resulta en particular interesante, pues se trata de una orden expresa que debe emitir el monarca para autorizar la obra. No obstante, es posible que solo fuera aplicable cuando se construía en realengo. En este caso, sin dudas, el monarca fijaría las condiciones de la misma, como en el caso romano y obtendría una renta por ella. Sin embargo, en las tierras no incluidas en el realengo, la autorización parece recaer en los Consejos locales. Sin dudas, un estudio de la interpretación de este texto por los jueces reales pudiera dar lugar a una visión de las aguas como regalía del monarca.

110 Ley VI del Título XXXII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

111 Ley XV de del Título XXXII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

112 Ley XVII de del Título XXXII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

Otra norma del mismo tenor es la referida a la construcción de nuevas fuentes o pozos. Aquí la Ley XIX estableció que: “Fuente o pozo de agua habiendo algún hombre en su casa si algún su vecino quisiese hacer otro en la suya para haber agua e para aprovecharse de el [sic] lo puede hacer e [sic] no se lo puede el otro de vedar como quiera que mengue por esto el agua de la fuente o de el [sic] su pozo, salvo si este que lo quisiese hacer no lo hubiese menester. Más si se moviese maliciosamente por hacer malo engaño al otro, con intención de destajar o de menguar las venas por donde viene el agua a su pozo o a su fuente porque entonces bien lo podría vedar que no lo hiciese. E [sic] si lo hubiese hecho, podríanselo hacer derribar e [sic] cerrar porque dijeron los sabios que a las maldades de los hombres no las deben las leyes ni los reyes sufrir ni dar pasada, antes deben siempre ir contra ellas”.¹¹³ Es significativo que en este caso, muy parecido al hurto de aguas, se aplique solo como determinante la presencia del dolo, y no se valoren las consecuencias objetivas de la nueva obra.

Una última norma aparece destinada a reglar las reparaciones de edificios y caminos públicos. Así, la Ley XX estableció que: “Apostura e nobleza del reino es mantener los castillos e [sic] los muros de las villas e las otras fortalezas e las calzadas, e las fuentes e los caños de las villas, de manera que no se derriben ni se deshagan. E como quiera que el provecho que dé esto pertenezca a todos, es pro señaladamente pero la guarda e la vehemencia de estas labores pertenece al rey e, por esto debe ahí poner hombres señalados e entendidos en estas cosas e acuciosos, que hagan lealmente el reparamiento que fuere menester a las cosas que de suso [sic] dijimos. Otrosí decimos que debe dar a estos hombres lo que hubieren menester para cumplimiento de la labor. Pero si en las ciudades o en las villas han menester de hacer algunas de estas labores, si han rentas apartadas de común, deben ahí ser primeramente despenidas. E si no cumplieren o no fuese ahí alguna cosa comunal, entonces deben los moradores de aquel lugar pagar comunalmente cada uno por lo que hubiere, hasta que ayunten tanta cuantía de que se pueda cumplir la labor. E de esto no se pueden excusar caballeros, ni clérigos, ni viudas, ni huérfanos, ni ningún otro cualquiera por privilegio que tenga, porque después que la pro de estas labores pertenece comunalmente a todos, como guisado e derecho es que cada uno haga e ayuda que pudiere”.¹¹⁴ La norma resulta muy interesante, pues parece atribuir la dirección de estas obras públicas a agentes reales, a los que el Estado debía suministrar los fondos necesarios para ello. No obstante, se ordenaba utilizar en primera instancia recursos que debían asignar las poblaciones agraciadas.

113 Ley XIX del Título XXXII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

114 Ley XX del Título XXXII, Partida Tercera. *Las Siete Partidas...*, cit.

En la práctica, las siempre comprometidas finanzas reales resultaron remisas a la hora de asignar fondos, estableciéndose un tira y afloja entre la administración central y los entes locales, con vistas a sufragar los costes. No hay que decir que, durante mucho tiempo, las obras hidráulicas no fueron priorizadas.¹¹⁵

Como podemos apreciar, el tema del agua en las Partidas resulta un tanto confuso. En nuestra opinión, esto se debe a que se está produciendo la transición de la doctrina del *ius communis* del Derecho romano, donde las aguas eran públicas en tanto el Estado garantizaba su aprovechamiento por todos, ejerciendo una función de policía, a una visión regalista del asunto, amparada en nuevas interpretaciones que las incluían en el patrimonio del soberano.

Asimismo, resulta una norma incompleta y confusa en varios aspectos, como señaló oportunamente la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866: “La antigua legislación de Castilla es incompleta y oscura en esta parte... Las leyes de Partidas se limitan a declarar común el uso de los ríos y a prohibir que en los navegables se ejecute obra alguna que embarace la navegación, pero nada disponen acerca del dominio de los no navegables ni conceden derecho alguno a los ribereños para la derivación de las aguas, siendo por ello cuanto se refiere al dominio de estas uno de los puntos más oscuros e inciertos de la antigua legislación de Castilla”.¹¹⁶ Empero, sobre todo en materia privada, esta fue la base de la legislación de aguas vigente en Cuba.

Ciertamente, las tendencias regalistas continuaron, como se aprecia en las Ordenanzas Reales de Castilla, que dispusieron que: “Todas las veneras de plata, y de oro, y de plomo, y de otro qualquier metal de qualquier cosa que sean en nuestro Señorío Real pertenecen a nos. Por ende ninguno sea osado de las labrar, sin nuestra especial licencia, y mandado: y asimismo las fuentes y pilas y los pozos salados, que son para facer [sic] sal, nos pertenecen. Por ende mandamos, que recudan a nos con las rentas de todo ello; y que ninguno sea osado de se entremetar [sic] en ellas: salvo aquellos a quién los Reyes pasados, nuestros progenitores, ó nos les hubiésemos dado por privilegio, ó las hoviesen [sic] ganado por tiempo...”.¹¹⁷

115 Ejemplo de ello es el Canal Imperial de Aragón, que comenzó a construirse en el reinado de Carlos I, a principios del siglo XVI, y se terminó con el de los Borbones, en las primeras décadas del XVIII.

116 Ley de Aguas de 1866, en su Exposición de Motivos, citada por GEREZ KRAEMER, Gabriel, “Titularidad y aprovechamiento de las aguas continentales...”, *cit.*, p. 168.

117 Ordenanzas Reales de Castilla, citadas por VERGARA BLANCO, Alejandro, en *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas II...*, *cit.*, p. 151.

4. Los orígenes del Derecho de aguas en Cuba durante el siglo XVI

Los reinos americanos, incorporados a la Corona de Castilla a partir de 1492, y sucesivamente ensanchados durante los siglos XVI y XVII, presentaron, desde la óptica jurídica, problemáticas muy interesantes. En principio, al igual que en el reino de Valencia durante el siglo XIII, eran territorios nuevos, donde la monarquía no estaba obligada a respetar fueros y costumbres pre existentes. En consecuencia, las doctrinas regalistas, ampliamente desarrolladas en la metrópoli, encontraron un cauce abierto para su expansión en las colonias. En principio, “Desde los Reyes Católicos en adelante, la monarquía procuró crear en la tabula rasa que eran las Indias un sistema político, religioso y económico que correspondiera a su concepción absolutista del poder, lo que requería una abundante legislación”.¹¹⁸

Originalmente, los títulos otorgados por los diferentes ocupantes del Trono de San Pedro, desde mediados del siglo XV hasta comienzos del XVI, concedían a los monarcas no solo las tierras descubiertas o por descubrir, sino también el mar circundante. Así, la primera Bula Intercaetera de 1493 estableció como donación perpetua: “a vos y vuestros herederos los reyes de Castilla y León... todas y cada una de las tierras e islas ya citadas, así las desconocidas como las hasta ahora descubiertas por vuestros enviados y las que bajo el dominio de otros señores cristianos no estén constituidas en el tiempo presente”.¹¹⁹ A ello se añadía la excomuni3n para aquellos que osaran pasar sin licencia. Con ello, las regalías de la Corona no solo abarcaban las tierras y las aguas presentes en ellas, sino que también se hacía extensivo al mar, hasta entonces considerado, como vimos anteriormente, cosa com3n. Indudablemente, este novedoso enfoque presentaba algunos precedentes. Ya en el siglo XIII, el almirante aragon3s Roger DE LAURIA hab3a proclamado que ni los peces podr3an nadar en el Mediterráneo si no llevaban en su lomo estampadas las barras de Aragón. Igualmente, una Bula pontificia de 1481, al ratificar los Tratados de Alcazobas-Toledo, poniendo fin a la intervenci3n portuguesa en la guerra civil castellana, concedía a los monarcas Cat3licos derechos sobre el mar al oeste de las Canarias. No es extraño entonces que en las Capitulaciones de Santa Fe se exprese: “primeramente, que Vuestras Altezas, como señores que son de las dichas mares océanos, hacen desde ahora al dicho

118 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1994, p. 12.

119 *Ibidem*, p. 29.

don Cristóbal Colón su almirante, etcétera”.¹²⁰ Con ello, las regalías de la Corona se ampliaron hasta incluir el mar, considerado hasta entonces común, y en consecuencia *res nullus*.

Desde el punto de vista del Derecho, todas las tierras americanas “Son bienes de realengo, propiedad pública de la monarquía sobre la que ésta tiene un dominio primordial, radical, originario o eminente, de derecho público, sin matices civiles”.¹²¹ Como resultado de ello, el monarca se atribuye la máxima autoridad a la hora de repartir tierras y aguas. Como afirmó uno de los tratadistas del Derecho de Indias: “... fuera de las tierras, prados, pastos, montes i [sic] aguas, que por particular gracia i merced suya se hallasen concedidas a las ciudades, villas, o lugares de las mismas [sic] Indias, o a otras comunidades o personas particulares dellas [sic], todo lo demás, de este genero, i especialmente lo que estuviere por romper y cultivar, es i debe ser de su Real Corona i Dominio” [sic].¹²²

En consecuencia, el régimen de aguas en la América española y, por ende, en Cuba, va a ser desde el inicio de Derecho público. Como ha señalado un autor chileno: “Las aguas, desde siempre, en las Indias, fueron consideradas públicas”.¹²³ En igual sentido, se pronuncia Antonio DOUGNAC: “Las aguas de las Indias, por regla general, pertenecían a la categoría de bienes de realengo, pues habiendo sido adquirido el continente americano por donación pontificia ‘y otros justos títulos’, se seguía como consecuencia que la Corona hubiera sucedido enteramente en la soberanía que antiguamente habían tenido los señores indígenas. De la misma manera como se ha dicho respecto de las tierras, ello no significaba que el Estado ejerciera un dominio civil sino aquel dominio primordial o radical de que ya se ha hablado”.¹²⁴

No obstante, no coincidimos con la opinión de este último autor de que la Corona se limitó a ejercer un dominio eminente sobre ellas. Como veremos en el caso cubano, hay ejemplos claros de los entes estatales ejerciendo funciones de control y policía en cuanto al aprovechamiento de los recursos hídricos. En ello pudo incidir el inicial descontrol que hubo sobre el tema. En palabras de Juan DE SOLÓRZANO: “... aunque en los principios de los descubrimientos y poblaciones de las Provincias de las Indias, como eran tantas

120 PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973, p. 10 en adelante.

121 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 33.

122 DE SOLÓRZANO, Juan, *Política Indiana*, citado por OTS Y CAPDEQUI, José María, *El régimen de tierras en la América española durante el periodo colonial*, volumen XLIII, Editorial Montalvo, Publicaciones de la Universidad de Santo Domingo, Ciudad Trujillo, 1946, p. 27.

123 VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas III: Fuentes y principios del Derecho de Agua Indiano*, Revista Chilena de Derecho, volumen 19, No. 2 1992, p. 317.

124 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 417.

y en todas partes las tierras, montes, aguas y pastos, y tan pocos los españoles que pudiesen aprovecharse de sus frutos, intereses y granjerías, se tuvo en poco el derecho de esta Regaifa, y se permitió que los Gobernadores y los Cabildos de las Ciudades las pudiesen repartir y repartieren a su voluntad entre los vecinos que por bien tuviesen [...]”.¹²⁵

Sin embargo, desde un principio, quedó bien asentada la idea de que solo aquellos individuos expresamente autorizados por la Corona podían llevar adelante este reparto. Ya desde los comienzos de la conquista, se aprecia esta voluntad regia. Como ha señalado un autor: “Quien concedió aguas por primera vez en Indias fue Cristóbal Colón, con aquiescencia de los Reyes Católicos para que los pobladores pudiesen hacer sementeras y criar ganados. Posteriormente, las capitulaciones suscritas con los conquistadores daban a éstos autorización para repartir tierras, solares y aguas. Por real cédula de 20 de mayo de 1534 obtuvieron los virreyes y gobernadores la facultad de conceder mercedes de tierras, y su consecuencia inmediata, las aguas ‘con parecer de los cabildos de las ciudades o villas’”.¹²⁶ De esta forma, en la Merced otorgada a Hernán Cortés en 1529 se lee: “Merced, gracia y donación pura y perfecta, y no revocable, que es dicha entre vivos, para agora [sic] e para siempre jamás de las villas e pueblos [...] con sus fierras y aldeas y términos y vasallos [...] y rentas y oficios y pechos y derechos y montes y prados y pastos y aguas corrientes, estantes e manientes [sic], para que todo ello sea vuestro e de vuestros herederos y sucesores [...]”.¹²⁷

En este aspecto, las Leyes de Indias reiteran una y otra vez esta facultad concedida a los representantes del poder regio. Así, la Ley V, del Título XII, Libro Cuarto, dispuso que: “Habiéndose de repartir las tierras, aguas, abrevaderos, y pastos entre los que fueren a poblar, los Virreyes, o gobernadores, que de nos tuvieren facultad, hagan el repartimiento, con parecer de los Cabildos de las Ciudades, o Villas, teniendo consideración a que los Regidores sean preferidos, si no tuvieren tierras, y solares equivalentes; y a los Indios se les dexen [sic] sus tierras, heredades y pastos, de forma que no les falte lo necesario, y tengan todo el alivio y descanso posible para el sustento de sus casas y familias”.¹²⁸

A ello se añadieron otras normas jurídicas como la Ley XII, que expone: “Ordenamos que si se presentare petición pidiendo solares, o tierras en Ciudad, o Villa donde residiere Audiencia nuestra,

125 DE SOLÓRZANO, Juan, *Política Indiana*, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas III...*, cit., p. 322.

126 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 418.

127 DE SOLÓRZANO, Juan, *Política Indiana*, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas III...*, cit., p. 318.

128 Ley V, Título XII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias*, 3 tomos, 5a. edición, Boix Editor, Madrid, 1841.

se haga la presentación en el Cabildo, y habiéndose conferido, se nombren dos regidores Diputados que hagan saber al Virrey, o Presidente, lo que al Cabildo pareciere, y visto por el Virrey, o Presidente ó [sic] Diputados, se de [sic] el despacho firmado de todos en presencia del Escribano de Cabildo para que lo asiente en el libro del Cabildo; y si la petición fuere sobre repartimiento de aguas y tierras para ingenios, se presente ante el Virrey, o Presidente, y el la remita al Cabildo, que asimismo habiéndolo conferido, envíe a decir su parecer con un Regidor, para que visto por el Virrey, o Presidente, provea lo que convenga".¹²⁹

Un tema que ha suscitado debate en la doctrina es si las mercedes de aguas y tierras eran dos instrumentos jurídicos distintos. Esto tenía un significativo impacto jurídico, pues resultaba posible conceder mercedes de tierras sin el acceso al agua, o de aguas, sin las tierras colindantes. En este punto, las leyes parecen dar la razón a aquellos que, como DOUGNAC,¹³⁰ las consideran dos tipologías distintas. Otros autores, como el propio VERGARA BLANCO o GUILLERMO MARDAGANT,¹³¹ sostienen que en una merced de tierras se cedía igualmente el uso del agua. En nuestra opinión, ambos criterios no son excluyentes. Podía otorgarse una merced solo de aguas, para regadío, por ejemplo,¹³² mientras que en otros casos, al ceder la tierra, se cedía implícitamente el agua.

De lo que si no cabe dudas es de la existencia de un control sobre el tema, ejemplificado en la merced como acto administrativo, que confería al beneficiario derecho de uso y aprovechamiento de agua. Las mismas podían ser de diferentes categorías: *urbanas; de aguas de riego; de heridos de molinos o ingenios y de manantiales o jagüeyes*.¹³³

Las mismas generaban obligaciones. En primer lugar, de pagar tributo por ellas a la Real Hacienda;¹³⁴ en segundo lugar, en el caso de fincas rústicas, poblarlas y ponerlas a producir en el lapso perentorio de tres meses.¹³⁵

129 Ley XII, Título XII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

130 DOUGNAC, Antonio, *El régimen jurídico de las aguas*, citado por VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas III...*, cit., p. 324. Igual criterio se sostiene en DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 417.

131 VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas III...*, cit., p. 324.

132 Como ocurría en el caso del Perú. Ver al respecto: DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 418 y siguientes.

133 Como ocurría en el caso de Chile. Ver al respecto: DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 418.

134 Como puede verse en el ejemplo antes mencionado. Ver al respecto: DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 418.

135 Véase, al respecto, las leyes III y XI del Título XII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

Otra muestra del control estatal es la Ley XIII, que ordenaba a los Virreyes averiguar que tierras de regadío estaban ocupadas con ganado, que debía ser desalojado y sustituido por trigo¹³⁶.

En esta misma línea se inscriben los jueces de aguas, encargados de velar, en inicio, por el reparto de aguas a los indios.¹³⁷ En el resto de los conflictos intervenían, en primera instancia, las justicias locales, y en apelación a los funcionarios y las Audiencias.

Una segunda categoría de aguas recogida en las Leyes de Indias es la de aguas comunes. El basamento de esta clasificación resulta la Ley VII, del Título XVII, Libro Cuarto, que declara: “Los montes, pastos, y aguas de los lugares, y montes conferidos por mercedes, que estuvieren hechas, o hiciéremos de Señoríos en las Indias, deben ser comunes a los españoles como a los indios. Y así mandamos a los Virreyes, y Audiencias, que lo hagan guardar, y cumplir”.¹³⁸ A esto se le añade otra disposición normativa, la Ley V: “Nos hemos ordenado, que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias, y algunas personas sin título nuestro tienen ocupada muy grande parte de término, y tierras en que no consienten que ninguno ponga corral, ni bohío, ni traygan [sic] allí su ganado: Mandamos que el uso de todos los pastos, montes, y aguas de las Provincias de las Indias, sea común a todos los vecinos de ellas, que ahora son, y después fueron para que los puedan gozar libremente, y hacer junto a qualquier buhio [sic] sus cabañas, traer allí los ganados, juntos, o separados, como quisieren, sin embargo de cualquier ordenanzas, que si necesario es para en quanto [sic] a esto las revocamos, y damos por ningunas y de ningún valor y efecto. Y mandamos a todos los Concejos, Justicias y Regidores, que guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir lo contenido en esta ley, u qualquier persona que la estorbare, incurra en pena de cinco mil pesos de oro, que será executada [sic] en su persona y bienes para nuestra Cámara”.¹³⁹ En principio, esta norma, similar a la anterior de las Partidas, pone al historiador en una dificultad, que viene a ser, ¿son las aguas propiedad del rey, o bienes comunales? Aunque los autores han tratado de contestar el tema de diferentes maneras,¹⁴⁰ la situación no resulta fácil de dilucidar. Esencialmente, y para los usos expresamente recogidos en esta norma, se pudiera entender que el uso del agua es común, y por él deben velar los funcionarios reales. No obstante, la Corona se reserva el dominio eminente y la facultad de otorgar mercedes, para usos particulares del líquido, a individuos concretos. De todas formas, este uso

136 Ley XIII, Título XII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

137 *Ibidem*.

138 Ley VII, Título XVII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

139 Ley V, Título XVII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

140 Ver una útil referencia en VERGARA BLANCO, Alejandro, *Contribución a la Historia del Derecho de Aguas III...*, cit.

común no impedía que siguieran considerándose regalías y tratadas en consecuencia.

Un elemento adicional a tener presente en esta normativa es el referido a sus orígenes y al tratamiento de las aguas en las tierras de señorío. La Ley VII es anterior a la Ley V, antes mencionada; sin embargo, por el lenguaje utilizado da a entender la existencia de una normativa anterior, que otorga el uso común de montes y plantíos en las tierras realengas. En este sentido, hay una regulación de 1510,¹⁴¹ que lo concedía a los habitantes de La Española. Sin dudas, estas franquicias se hicieron extensivas al resto de las colonias, pero, ante las dudas y confusiones que permitían burlar la ley, se decidió refundir las anteriores normativas parciales en una general, que fue la que llegó a la legislación indiana.

Otro tema es el referente a la declaración de las aguas de señoríos como comunes. En la práctica medieval castellana, los señores feudales habían ostentado ciertos derechos sobre el agua, que les permitía prohibir el acceso a terceros, sin el pago de un tributo previo, lo que en el sistema feudal francés se denominaban banalités. La nueva normativa buscaba entonces limitar el poder económico y político de los señoríos feudales creados en América, como la concesión antes mencionada a Hernán CORTÉS. En esencia, se buscaba privarlos de una saneada fuente de ingresos y de la posibilidad de utilizar el acceso al agua como mecanismo de presión política.

Otro aspecto a tener en cuenta del Derecho de Indias es su sistema de fuentes. En esencia, la Recopilación debió ser la base del sistema indiano de aguas. No obstante su carácter esencialmente público, restringía severamente su uso en el campo de las relaciones entre particulares. En consecuencia, se hizo práctica habitual acudir a legislación castellana, lo que al final quedó recogido en la Ley II, Título I, Libro Segundo, al disponer: "Ordenamos y mandamos que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer en la presente Recopilación, o por Cédulas, Provisiones y Ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despachen, se guarden las leyes de nuestro Reyno [sic] de Castilla conforme a las Toro".¹⁴² Como señaló un historiador cubano: "Las leyes y costumbres [...] eran las mismas vigentes en España; y aun en los casos en que los reyes dictaron disposiciones especiales para las Indias, cuidaron tenerlas en cuenta".¹⁴³

Empero, hay que incluir aquí también la abundante normativa desarrollada a nivel local por las Audiencias y los funcionarios reales, así como las disposiciones de los Cabildos, y por último, los usos y

141 Ley VI, Título XVII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

142 Ley II, Título I, Libro Segundo, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

143 GUERRA, Ramiro, *Manual de Historia de Cuba*, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1973, p. 39.

costumbres locales. Como ha señalado un historiador del Derecho: “Pero también hay una legislación, muy abundante, producida en América, a la que actualmente se da el nombre de ley criolla. Todas las autoridades radicadas en Indias, cual más cual menos, tenían facultades legislativas. Hubo reales provisiones y autos acordados emanados de las Reales Audiencias; no menos importantes fueron las ordenanzas de virreyes y gobernadores; estos mismos solían dictar bandos, algunos de los cuales eran reiterados por sus sucesores perpetuándose; hasta en los corregimientos, sus autoridades máximas, llamados corregidores o alcaldes mayores (según la región de que se trate), dictaban bandos de sabroso color local. La vida urbana estaba dirigida particularmente por las ordenanzas de los cabildos que determinaban el trazado de calles y acequias, la limpieza de unas y otras, la utilización de las tierras de uso común (ejidos y dehesas), los precios máximos que se podían cobrar por alimentos, productos y servicios, etcétera”.¹⁴⁴ En especial, las decisiones de los gobernadores y de los cabildos van a tener especial relevancia en el desarrollo del Derecho de aguas en Cuba.

Un último tema va a estar vinculado con los usos indígenas. No solo la Recopilación declara aplicables sus tradiciones jurídicas,¹⁴⁵ sino que específicamente las reconoce en el caso de las aguas. En este sentido, la Ley XI, del Título XVII, Libro Cuarto, declaró: “Ordenamos y mandamos que la misma orden, que los indios tuvieron en división, y repartimiento de aguas, se guarde, y practique entre los españoles, entre quienes estuvieran repartidas y señaladas las tierras, y que para ello intervengan los mismos naturales, que antes lo tenían a su cargo [...]”.¹⁴⁶

Aquí tenemos los orígenes del Derecho de aguas vigente en Cuba durante buena parte del periodo estudiado. Resta por apreciar su aplicación al entorno insular.

Los primeros pasos del régimen jurídico de las aguas en Cuba los dio Diego VELÁZQUEZ, investido por la Corona del derecho de mercedar tierras y repartir indios.¹⁴⁷ Con ellas, debe entenderse el derecho a explotar las aguas, asunto de gran relevancia económica

144 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 13.

145 Ley IV, Título I, Libro Segundo, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

146 Ley XI, Título XVII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, cit.

147 DE ARRATE, J. M. F., “Llave del Nuevo Mundo...”, cit.; GUITERAS, P. J., *Historia de la isla de Cuba*, tomo I, cit.; GUERRA, Ramiro y otros, *Historia de la nación cubana*, tomos 1 y 2, cit.; PÉREZ DE LA RIVA, F., *Origen y régimen...*, cit.; PORTUONDO DEL PRADO, F., *Historia de Cuba*, cit.; VALDÉS, A. J., *Historia de la isla de Cuba...*, cit.; GUERRA, Ramiro, *Manual de...*, cit.; LE RIVEREND, Julio, *Historia de Cuba*, tomo I, cit.; *Historia económica de Cuba*, cit.; *Problemas de la formación...*, cit.; INSTITUTO DE HISTORIA DE CUBA, *Historia de Cuba: la colonia...*, cit.; HERNÁNDEZ MÁS, O., *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana, s.a.; FRIEDLAENDER, H., *Historia económica de Cuba*, tomo I, cit.; CARRERAS, Julio Ángel, *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1980; FRANCO, José Luciano, *Apuntes para una historia...*, cit.; LÓPEZ CIVEIRA, F., O. LOYOLA VEGA y A. SILVA LEÓN, *Cuba y su historia*, cit.; TORRES-CUEVAS, E. y O. LOYOLA VEGA, *Historia de Cuba 1492-1898...*, cit.; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005.

en los primeros tiempos de la colonización, ya que las mayores fuentes auríferas de la isla se encontraban en el lecho de los ríos. En cuanto a los lavaderos de oro, se produjo un debate doctrinal muy interesante.¹⁴⁸ Primeramente, las Partidas autorizaban apropiarse del oro hallado en la corriente de los ríos. Los reyes, a su vez, aplicaron la teoría de considerarlo una regalía más y lo sometieron a tributación.¹⁴⁹ Por su parte, los tratadistas del Derecho de Indias, como Juan DE SOLÓRZANO (“[...] mas común es que ellos i [sic] las minas o mineros de donde se sacan, se tengan por lo que llaman Regalías, que es como decir por bienes pertenecientes a los Reyes i [sic] Supremos Señores de las provincias donde se hallan, i [sic] por propios, i [sic] por incorporados por derecho, i [sic] por costumbre en su patrimonio” [sic]),¹⁵⁰ incluían también el oro lavado en las arenas de los ríos. En opinión de este tratadista, pertenecían al rey las minas de cualquier clase, las canteras, las caleras y los lavaderos de oro.¹⁵¹ No obstante, esta no era opinión unánime en la doctrina. Según el criterio de F. MARCOS y REBUSO el oro de los lavaderos es de quien lo encuentre, de acuerdo con el derecho de gentes y Las Partidas¹⁵² (es por ello que, desde el comienzo de la colonización, los poseedores de lavaderos de oro tributaban el quinto al Estado, como pago por la gracia de dejarlos sacar el precioso metal. Como puede apreciarse, no hubo acuerdo en la doctrina en este punto, aunque prevaleció la opinión de aquellos que defendían la postura regalista. En consecuencia, cabría preguntarse si para ello no era necesaria una concesión de aguas especial, ya que evidentemente se excedía el uso común reconocido. Sin embargo, a falta de fuentes documentales seguras, parece que la práctica más utilizada fue la de entregar ambas en el mismo acto jurídico, como integrantes de un todo. Esto parece haberse mantenido en épocas posteriores, cuando, a falta de funcionarios regios autorizados, los Cabillos asumieron la función de mercedar tierras.¹⁵³ A ello también

148 Para más información, ver la bibliografía referenciada en la nota anterior.

149 En este sentido, pueden consultarse la Real Cédula de 5 de febrero de 1504, que rebajó al quinto la tributación de los vecinos de La Española, aplicada con posterioridad a todo el mundo colonial; la Real Provisión de 9 de julio de 1520, que redujo al décimo la tarifa para el oro sacado de los ríos, y la Real Provisión de 15 de enero de 1529, que distingue entre el oro recogido por indios y negros a los fines de la tributación.

150 DE SOLÓRZANO, Juan, *Política Indiana*, Libro VI, Capítulo 1, citado por OTS Y CAPDEQUI, José María, en *Estudios de Historia del Derecho español en las Indias*, Editorial Minerva S.A., Bogotá, 1940, pp. 8 y 9.

151 OTS Y CAPDEQUI, José María, *Estudios de Historia del Derecho español en las Indias*, Editorial Minerva S.A., Bogotá, 1940, p. 10.

152 Véase OTS Y CAPDEQUI, José María, *Estudios de Historia...*, cit., pp. 8, 10, 53-62.

153 Ver al respecto, DE ARRATE, J. M. F., “Llave del Nuevo Mundo...”, cit.; GUITERAS, P. J., *Historia de la isla de Cuba*, tomo I, cit.; GUERRA, Ramiro y otros, *Historia de la nación cubana*, tomos 1 y 2, cit.; PÉREZ DE LA RIVA, F., *Origen y régimen...*, cit.; PORTUONDO DEL PRADO, F., *Historia de Cuba*, cit.; VALDÉS, A. J., *Historia de la isla de Cuba...*, cit.; GUERRA, Ramiro, *Manual de...*, cit.; LE RIVEREND, Julio, *Historia de Cuba*, tomo I, cit.; *Historia económica de Cuba*, cit.; *Problemas de la formación...*, cit.; INSTITUTO DE HISTORIA DE CUBA, *Historia de Cuba: la colonia...*, cit.; HERNÁNDEZ MÁS, O., *Historia del Estado y del Derecho...*, cit.; FRIEDLAENDER, H., *Historia económica de Cuba*, tomo I, cit.; CARRERAS, Julio Ángel, *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, cit.; FRANCO, José Luciano, *Apuntes para una historia...*, cit.; LÓPEZ CIVEIRA, F., O. LOYOLA VEGA y A. SILVA LEÓN, *Cuba y su historia*, cit.; TORRES-CUEVAS, E. y O. LOYOLA VEGA, *Historia de Cuba 1492-1898...*, cit.; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, cit.

contribuyó, a lo largo del siglo XVI, el establecimiento de una economía ganadera. Como ha señalado Julio LE RIVEREND, “Los sitios, en los hatos y corrales están vinculados a fuentes de aguas potables; manantiales, lagunas, ríos y arroyos, porque facilitan el abrevadero de las reses”.¹⁵⁴ Por ende, con la tierra deben cederse igualmente los derechos de aprovechamiento de aguas.

Esto queda confirmado parcialmente con la documentación de la época. Si vemos la primera mercedación que se conserva concedida por un Cabildo, podemos apreciar que el asiento de la misma estaría situado a lo largo de un arroyo,¹⁵⁵ como fuente primaria de agua para abrevar el ganado. Debería entenderse que entonces se cedían también ciertos derechos de aprovechamiento sobre el recurso. De todas formas, no hay una referencia clara en la misma a este hecho, por lo que el tema quedaba abierto al debate, como veremos más adelante.

Las Ordenanzas de Cáceres vinieron a consagrar esta ambigua realidad. Por sus artículos dedicados a las mercedaciones de tierras,¹⁵⁶ no hay mención a los derechos sobre el agua. Casi la única limitación reconocida es que la misma no sea en perjuicio de terceros o del bien público.¹⁵⁷

En la práctica, durante los dos primeros siglos coloniales no hubo forma de controlar el uso que hacían los particulares del agua. La ausencia de funcionarios regios en casi todas las villas cubanas y la complicidad de las autoridades locales con la oligarquía terrateniente hacían imposible dicho control. De hecho, como señala Julio LE RIVEREND,¹⁵⁸ la mayor parte de los litigios sobre aguas se ventilaban ante los alcaldes ordinarios y en los Cabildos de las villas; muy poco de estos temas debía llegar ante los gobernadores o las Audiencias.

Quizás una excepción en este punto sea el Auto del gobernador Juan DE SALAMANCA, de 1653.¹⁵⁹ En él aparecen varios elementos que resultan interesantes a la luz del Derecho de aguas.

La causa fundamental del mismo es una apelación de los vegueros de diversas zonas de Trinidad contra una decisión del Cabildo de la villa, que les prohíbe la siembra de tabaco. A los grandes hacen-

154 LE RIVEREND, Julio, *Historia económica de Cuba*, cit., p. 74.

155 PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, cit., pp. 94 y 95.

156 Véase artículos del 63 al 79 de las Ordenanzas de Cáceres, en PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, cit., pp. 118 a 120.

157 Véase artículo 65 de las Ordenanzas de Cáceres, en PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, cit., pp. 118 a 120.

158 LE RIVEREND, Julio, *Historia económica de Cuba*, cit., pp. 76 y 77.

159 CARRERAS, Julio Ángel (compilador), *Selección de Lecturas de Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Universidad de La Habana, Facultad de Derecho, La Habana, 1988, pp. 5 a 7.

dados les molestaba la presencia de los vegueros, por regla general hombres libres que ocupaban tierras sin cultivar en las márgenes de los ríos, y lo más importante, sin pagar beneficios a los mercedatarios de las mismas.¹⁶⁰ Por otra parte, a diferencia de otros cultivos, el tabaco demandaba agua para su cultivo, de ahí que los vegueros intentaran ocupar las riberas de los ríos, que resultaban vegas naturales.¹⁶¹

En primer lugar, llama la atención el bajo nivel jurídico de sus autores, no hay referencias expresas a ninguna norma jurídica concreta, solo vagas alusiones a ordenanzas reales o a las municipales de Cáceres. Tampoco aparece ninguna alusión a la legislación castellana complementaria. De hecho, el fallo va en contra de esta, al declarar de realengo las riberas de los ríos, contrario a lo establecido en la Ley VII del Título XXVIII, Partida Tercera,¹⁶² que hemos comentado anteriormente.

En esencia, los argumentos del representante regio para fallar a favor de los vegueros son más económicos y políticos que jurídicos; prima más la necesidad de garantizar las rentas de la Real Hacienda y el asegurar la protección frente a ataques externos¹⁶³ que los argumentos de Derecho como tal.

No obstante, hay en ellos tres alusiones jurídicas. La primera implicaba la titularidad de las mercedaciones concedidas, al sostener los colonos que poseían la plena propiedad. Por ello se recordaba a los beneficiarios de las mercedes la existencia, por parte de la Corona, de un dominio eminente: los cuales no son dueños de la propiedad, que lo tiene declarado Su Majestad, sino solo del uso, el cual no puede perjudicarla posesión de los dichos cuarenta años.¹⁶⁴ Sin dudas, esto aparece como reflejo de una tendencia a considerar que los bienes del monarca, es decir del Estado, no están sujetos a usucapión y pueden ser reivindicados por el mismo en cualquier momento, algo que hoy está perfectamente reconocido en la legislación.

En segundo lugar, hay una referencia a las Ordenanzas de Cáceres, al citarse el artículo 71,¹⁶⁵ que autorizaba a los Cabildos a conceder estancias para cultivo dentro de hatos y corrales entregados

160 Véase al respecto, ORTIZ, Fernando, *Contrapunteo cubano del tabaco y del azúcar*, Introducción de Boreslaw Marilowski, Universidad Central de Las Villas, Santa Clara, 1963; FRIEDLAENDER, H., *Historia económica de Cuba*, tomo I, *cit.*; LE RIVEREND, Julio, *Historia de Cuba*, tomo I, *cit.*; *Historia económica de Cuba*; *cit.*; *Problemas de la formación...*, *cit.*

161 Le Riverend, Julio: *Historia económica de Cuba*, *cit.*, p. 77.

162 Ley VII del Título XXVIII, Partida Tercera, *Las Siete Partidas...*, *cit.*

163 CARRERAS, Julio Ángel (compilador), *Selección de Lecturas...*, *cit.*, pp. 5-7.

164 *Ibidem*, p. 6.

165 Véase artículo 71 de las Ordenanzas de Cáceres, en PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, *cit.*, pp. 118 a 120.

previamente. Este artículo era invocado por los hacendados al argüir, con razón, que el tabaco no era un producto comestible, y que, de acuerdo con la letra del artículo, estas tierras se entregaban con el específico fin de cultivar alimentos.¹⁶⁶ Sin embargo, este argumento es soslayado por el funcionario regio, aduciendo razones de interés público.

Un tercer tema es el vinculado con el acceso al agua. Los dueños de los hatos sostenían que las vegas le impedían al ganado abrevar.¹⁶⁷ Sin dudas, en circunstancias normales, la solución al problema habría sido establecer servidumbres de paso, con corredores delimitados, a semejanza de los establecidos en Castilla por la Mesta. Empero, a ello se oponían dos detalles. El primero era que, en esta época, la mayor parte del ganado que poblaba estos hatos era cimarrón, es decir, salvaje, por lo que realmente no había control sobre los rebaños.¹⁶⁸ En segundo lugar, como han señalado varios autores, el objetivo de las presiones que se ejercían sobre los vegueros era poner el naciente cultivo comercial del tabaco bajo control de los hacendados, obligando a sus trabajadores a arrendarles tierras,¹⁶⁹ por lo tanto, no había realmente interés en utilizar remedios jurídicos para este problema.

Quizás con conocimiento de estas realidades fue que el gobernador decidió fallar a favor de los vegueros, y como medida de protección para los mismos declaró realengas las riberas de los ríos¹⁷⁰ al proclamar que podían sembrar libremente. Igualmente dispuso: “Y en las nuevas mercedes que se hicieren de cualquiera corrales o hatos se exprese y se declare que se les dé las dichas tierras sin perjuicio de poder abrir y labrar en ellas vegas de tabaco sin que se los pueda impedir por los poseedores aunque sea por título de venta o en otra forma que así conviene así conviene a la buena administración de justicia y conservación de dicha ciudad”.¹⁷¹

Un aspecto que sí se reguló fue el concerniente al abasto de agua a las poblaciones. En principio, el fomento del mismo corría a cargo de los Cabildos, pero las graves dificultades económicas que estos afrontaban¹⁷² obligaron a la Corona a intervenir.

166 LE RIVEREND, Julio, *Problemas de la formación...*, cit., pp. 131, 132 y 171.

167 LE RIVEREND, Julio, *Historia económica de Cuba*, cit., p. 77.

168 *Ibidem*, p. 75.

169 ORTIZ, Fernando, *Contrapunteo cubano...*, cit.; LE RIVEREND, Julio, *Historia económica de Cuba*, cit.; FRIEDLAENDER, H., *Historia económica de Cuba*, tomo I, cit.

170 LE RIVEREND, Julio, *Historia económica de Cuba*, cit., pp. 76 y 78

171 CARRERAS, Julio Ángel (compilador), *Selección de Lecturas...*, cit., p. 6.

172 Ver al respecto, BAHAMONDE RODRÍGUEZ, Santiago Antonio, “Centralización, descentralización y autonomía financiera en la Cuba colonial. Lecciones del pasado con valor para el presente”, en Lissette Pérez Hernández y Orestes Díaz Legón, *¿Qué municipio queremos? Respuestas para Cuba en clave de descentralización y desarrollo local*, Editorial UH, La Habana, 2015.

Sin dudas, la gran obra de la ingeniería hidráulica de los primeros siglos coloniales fue la Zanja Real, destinada a abastecer de agua a la entonces incipiente villa de La Habana. Su construcción se inició bajo el gobierno de Antonio DE CHAVES, al ser autorizado por Real Cédula de 16 de mayo de 1548¹⁷³ el derecho a establecer un impuesto, conocido como sisa de zanja, destinada a financiar las obras. Como puede apreciarse, el Cabildo habanero se encontraba en dificultades para financiar la obra, que en derecho le correspondía, por lo que hubo que solicitar, por parte del Gobernador, el establecimiento de un tributo para hacerlo.

En verdad, las obras avanzaron con exasperante lentitud. El tema vuelve a aparecer en las Ordenanzas de Cáceres. A ella hacen referencia dos artículos de forma directa y uno de manera indirecta. El primero es el 26, que manda: "Que en las obras que se hacen para traer el agua de la Chorrera y otras cualesquiera obras públicas, que el Cabildo nombre veedores y oficiales que anden en ellas, y se constituyan y concierten los salarios, y no otra persona alguna ni justicia, porque por experiencia se ha visto haber inconvenientes de no ser así".¹⁷⁴ Como puede apreciarse, existían controversias en cuanto al control de las obras, probablemente como resultado de los atrasos y la financiación a partir del impuesto de la sisa. En consecuencia, siguiendo la práctica castellana, el Cabildo reclamaba el control completo de esta, nombrando inspectores y acordando y pagando salarios. En relación con esta, encontramos las ordenanzas 41 y 42,¹⁷⁵ las cuales solicitan al monarca que le ceda a la villa la cuantía de las multas impuestas por infracción de las mismas y levantar un préstamo de cien ducados entre los vecinos para obras públicas.

En segundo lugar, tenemos el artículo 27, que resulta en una verdadera solicitud de merced de aguas a favor del consistorio habanero al solicitar: "Porque esta villa esta falta de propios, que del todo ningún real tiene de propios. Que cuando se traiga el agua de la Chorrera habiendo proveído fuentes en la plaza y lugares públicos y al muelle para la gente de mar. Que la demás agua remanente la puede vender y venda a algunos vecinos para sus casas por el camino para regar sus estancias por el precio que al Cabildo pareciere y concertare, el cual sea para propios, para el arca del Consejo".¹⁷⁶ Como podemos apreciar, se trata, quizás, del único documento que contiene una solicitud de una merced de agua

173 VALDÉS, A. J., *Historia de la Isla de Cuba...*, cit., p. 65.

174 Artículos 41 y 42 de las Ordenanzas de Cáceres, en PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, cit., p. 109.

175 Artículo 26 de las Ordenanzas de Cáceres, en PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, cit., p. 106.

176 Artículo 27 de las Ordenanzas de Cáceres, en PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, cit., p. 106.

que se conserva de esta época, curiosamente solicitada por una persona jurídica y no por una natural. Ciertamente las cosas habían cambiado desde las partidas, ya que, como vimos, si bien en estas correspondía al monarca la construcción de estas obras, tocaba a los entes locales su administración. Que el ente encargado de esta tarea tuviera que solicitar permiso para vender el agua más allá del abasto a la población, resultaba significativo, pues era expresión del control regio sobre el recurso. Igualmente, la misma se solicitaba para el abasto domiciliario de vecinos pudientes, como para regar las zonas de cultivo aledañas. Por tanto, se trata de una concesión genérica, que después el Cabildo debería desgajar en normas específicas cedidas a los particulares. Este sistema se prestaba para dificultades, ya que un Cabildo, ansioso de recursos económicos, podía explotarla en exceso, disminuyendo el caudal aportado al abasto público. Igualmente, la explotación agrícola y ganadera en sus márgenes contribuiría a ensuciar el agua destinada al consumo humano.

A partir de la terminación de las obras en 1592, el Cabildo habanero emprendió una guerra, perdida de antemano, para controlar el uso que se hacía del agua y de las concesiones por él otorgadas.¹⁷⁷

Una buena prueba de ello lo tenemos en la Ley XV, Título XVII, Libro IV, que prohibió el corte de maderas cerca de la Chorrera: “Prohibimos y defendemos que ninguna persona, de cualquier que sea, corte maderas de ningún género, dos leguas arriba de la presa del río de la Chorrera, que viene a La Habana, por una parte, y otra, y otra en el fondo del río, pena de pérdida de la madera, y más cien ducados, y no eche maderas, ni las traiga por la presa y zanja. Y mandamos, que saque las que traxere [sic], media legua de la presa río arriba, y los corte allí, por el daño que recibe la presa de las rozas y ramas que caen y vienen por el [sic], con la misma pena”.¹⁷⁸ No hay que decir que esta ley, como otras tantas, fue violada hasta la saciedad.

Como podemos notar, existía una significativa diferencia en cuanto a la teoría y la práctica del Derecho de aguas en Cuba. Desde la teoría, el monarca controla el agua como una regalía y nada puede hacerse sin su aprobación. En la práctica, en las condiciones de la isla, durante los siglos XVI y XVII, esto resultaba inviable. Fueron los órganos locales los que se hicieron cargo, concediendo tierras y aguas, dejando a la corona pocas opciones de ejercitar sus prerrogativas. Este panorama, como tendremos ocasión de ver, va a transformarse en los siglos posteriores.

177 Véanse las Actas capitulares del Cabildo en AYUNTAMIENTO DE LA HABANA, *Actas capitulares del Ayuntamiento de La Habana*, tomo III, Oficina del Historiador, La Habana, 1939.

178 Ley XV, Título XVII, Libro Cuarto, en *Recopilación de las Leyes...*, 3 tomos, *cit.*

5. La evolución posterior del Derecho de aguas en Cuba hasta mediados del siglo XIX

El advenimiento del siglo XVIII introdujo importantes cambios en las relaciones Estado-individuo en la isla. La autoridad real, nominal en muchos aspectos bajo la Casa de Austria, buscó fortalecer su posición e imponer un control efectivo del territorio a sus moradores. A ello confluyen el despotismo ilustrado y el racionalismo. Como ha señalado un autor: “El pensamiento que se ha llamado absolutismo ilustrado tendrá particular cabida en España donde los reyes, mediante el uso de la razón, avizorarán aquello que está defectuoso y, de arriba abajo, procederán a cambiarlo. La antorcha iluminadora de la razón se extenderá a muchos ámbitos: dar una fundamentación racional-absolutista del poder; organizar al Estado racionalmente centralizado; unificar jurídicamente a unos reinos que mantenían sus propias tradiciones en todas las esferas del derecho; controlar a la Iglesia; controlar la educación haciéndola pasar del escolasticismo a las nuevas experiencias cartesianas y gassendistas; mejorar el conocimiento de los territorios que componen el imperio para así saber cómo explotarlos racionalmente, etcétera”.¹⁷⁹ En consecuencia, el aparato estatal ha de organizarse sobre una nueva planta más efectiva, más burocrática y más centralizada. Lo mismo sucedió con el Derecho, se tiende a uniformar, suprimiendo los fueros locales e implantando en todo el reino la legislación castellana. Al respecto se ha dicho: “El Estado debe ser organizado racionalmente, eliminándose las trabas que limiten el ejercicio del absolutismo regio. Ha de acabarse con la repetición de funciones a distintos niveles. El monarca, gestor del bienestar popular, ha de poder llevar adelante, sin obstaculizaciones, los cambios que sean menester. Ha de impulsar el desarrollo económico, el adelanto educacional, la moralización del pueblo, la modernización de las estructuras. La maquinaria estatal debe ser efectiva: de ahí que el sistema favorito de gobierno de los Austria, el de los Consejos, lento y burocrático, sea mal visto por los Borbones, quienes preferirán gobernar a través de secretarios o ministros de Estado. Mediante la llamada vía reservada éstos transmitirán a las diversas autoridades, sin intermediarios, reales órdenes que materialicen el deseo real. Lo mismo han de hacer las autoridades indianas, sumidas en un centralismo cada vez más intenso. De los oficios, de raigambre medieval, en que el monarca encarga a alguno la gestión de algunas actividades judiciales, de fe pública, de recabar ingresos, de gobernar, etcétera, se pasa a un concepto de oficina, en que el ministro de Estado delega ciertos poderes en

179 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 190.

una entidad compuesta por funcionarios los que van respondiendo jerárquicamente hasta llegar al rey. La optimización del aparato estatal conlleva una igualación de derechos y así como, a raíz de la Guerra de Sucesión, se quitará a Aragón, Cataluña y Valencia sus fueros y costumbres uniformándolos con Castilla, la tendencia general llevará a considerar a los reinos indianos como provincias ultramarinas, debiendo gobernarse a uno y otro lado del Atlántico con una plantilla administrativa similar, si no igual, y con un derecho que ha de ser cada vez más único”.¹⁸⁰

Igualmente, el pensamiento iluminista mostró significativo interés en el desarrollo económico, en especial en el sector comercial y agrícola.¹⁸¹ En España, su expresión estuvo marcada por los esfuerzos por remover las trabas interpuestas al mismo, tanto en el orden jurídico o material. Dentro de ellos, el regadío desempeñaba un papel fundamental al ser considerada su ausencia una de las causas del atraso de la agricultura hispana. Como diría un autor de la época: “... la grande máquina de la Monarquía descansa, y se adelanta sobre la espalda robusta del labrador bien aplicado, y hasta la espalda del Soldado se afila en el arado corvo: los Reyes necesitan de su auxilio, y no pueden vivir los súbitos menos que a su sombra y bajo de su amparo”.¹⁸² La ilustración cubana hizo suyos estos postulados y buscó la transformación del régimen de propiedad de

180 *Ibidem*, pp. 191 y 192.

181 Para más información, ver SEMPERE Y GUARINOS, Juan, *Estudio de los vínculos y mayorazgos*. Estudio preliminar de Juan Rico Jiménez, 1ra. edición, 1805 (en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. www.cervantes-virtual.com); ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Historia de España y de la civilización española*, tomo III, *cit.*; ORTEGA Y RUBIO, J., *Historia de España*, tomo V, Librería Editorial de Bailly Bailliere e Hijos, Madrid, 1908; ALTAMIRA Y CREVEA, R., *Manual de Historia de España*, *cit.*; DE JOVELLANOS, Gaspar Melchor, “Informe sobre la Ley Agraria”, en *Obras Escogidas*, tomo I, edición, introducción y notas de Ángel del Río, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 1955; SARRAILH, Jean, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, traducción de Antonio Alatorre, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1957; SOLDEVILA, F., *Historia de España*, tomos V y VI, Ediciones Ariel, Barcelona, 1959; PUY MUÑOZ, Francisco, *El pensamiento tradicional en la España del siglo XVIII (1700-1769). Introducción para un estudio de las ideas político-jurídicas españolas de dicho período histórico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966; CHESTENET, Jacques, *Historia de España*, traducción de Elisa Vallés, Editorial Blume, Barcelona, 1967; VICÉNS VIVES, J., *Historia de España y de América*, tomo IV, 2da. edición, Editorial Vicéns Vives, Barcelona, 1971; CARR, Raymond, *España 1808 a 1939*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969; ERZOLA, Antonio, *La ideología liberal en la ilustración española*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970 (tomado de *Selección de Lecturas de Historia de España*, tomo I, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1981); TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El marco político de la desamortización en España*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972; HERR, R., *España y la Revolución del siglo XVIII*, Editorial Aguilar, Madrid, 1973.; ANES, G., “El Antiguo Régimen: los Borbones”, en M. Artola (director), *Historia de España*, tomo III, Ediciones Alfaguara S.A., Madrid, 1976; MESTRE, A., *Despotismo e ilustración en España*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1976; VILAR, Pierre, *Historia de España*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1976; POSET, Mariano; Adela MORA, REMEDIOS Ferreros, Jorge CORREA, Pilar GARCÍA TRABATS, Javier PALAO, *Historia del Derecho*, Artes Gráficas Soler, Valencia, España, s.a.; FERNÁNDEZ MUÑOZ, Áurea Matilde, *Breve historia de España*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 2008.

182 ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio. *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, p. 90.

la tierra y del comercio, liberalizándolo.¹⁸³ No obstante, aunque la propiedad de la tierra y su distribución estuvieron entre los temas debatidos, el agua no resultó prioridad en ellos. De hecho, en el célebre Discurso de FRANCISCO DE ARANGO Y PARREÑO esto no aparece como un problema a resolver.¹⁸⁴

A la puesta en práctica de estas doctrinas y las nuevas políticas centralizadoras contribuyeron el nuevo sistema de intendentes y la aplicación de la nueva ciencia de la policía desde finales del siglo XVIII.¹⁸⁵ Con respecto al sistema de intendentes, su establecimiento en América ocurrió por primera vez en La Habana en 1762, y este tenía amplias funciones en materias vinculadas al Derecho de aguas. En principio: “Del intendente se esperaba que fuera el factor del espíritu iluminista que circulaba por entonces, haciendo carne las premisas del absolutismo ilustrado: lograr la felicidad de los súbditos. Debía ser el promotor de la economía -disciplina que nace como tal en el siglo XVIII-; llevar a cabo obras públicas que

183 Para más información, ver DE ARRATE, J. M. F., “Llave del Nuevo Mundo...”, *cit.*; GUITERAS, P. J., *Historia de la isla de Cuba*, tomo I, *cit.*; GUERRA, Ramiro y otros, *Historia de la nación cubana*, tomos 1, 2 y 3, Editorial Historia de la Nación cubana, La Habana, 1952; PÉREZ DE LA RIVA, F., *Origen y régimen...*, *cit.*; PORTUONDO DEL PRADO, F., *Historia de Cuba*, *cit.*; VALDÉS, Antonio José, *Historia de la isla de Cuba...*, *cit.*; GUERRA, Ramiro, *Manual de...*, *cit.*; LE RIVEREND, Julio, *Historia de Cuba*, tomo I, *cit.*; *Historia económica de Cuba*, *cit.*; *Problemas de la formación...*, *cit.*; INSTITUTO DE HISTORIA DE CUBA, *Historia de Cuba: la colonia...*, *cit.*; HERNÁNDEZ MÁS, Orestes, *Historia del Estado y del Derecho...*, *cit.*; FRIEDLAENDER, H., *Historia económica de Cuba*, tomo I, *cit.*; CARRERAS, Julio Ángel, *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, *cit.*; FRANCO, José Luciano, *Apuntes para una historia...*, *cit.*; LÓPEZ CIVEIRA, F., O. LOYOLA VEGA y A. SILVA LEÓN, *Cuba y su historia*, *cit.*; ÁLVAREZ CUARTERO, I., *Memorias de la Ilustración: Las sociedades económicas de amigos del país en Cuba*, Real Sociedad Vascongada de Amigos del País, Madrid, 2000; TORRES-CUEVAS, E. y O. LOYOLA VEGA, *Historia de Cuba 1492-1898...*, *cit.*; GARCÍA RODRÍGUEZ, Mercedes, “Tiempo de Borbones e Ilustrados. Las reformas en la Cuba del setecientos”, en INSTITUTO DE HISTORIA DE CUBA, *Cuadernos de Historia 3*, Editora Política, La Habana, 2004; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, *cit.*

184 DE ARANGO Y PARREÑO, FRANCISCO, “Estado de la agricultura en La Habana y medios para fomentarla”, en Hortensia Pichardo, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, *cit.*, p 182 y siguientes. Esto resulta un lugar común. Véase, por ejemplo, el informe sobre el levantamiento del plano de la jurisdicción de Bayamo, donde se comenta: “la vista de unas llanuras, cortadas por un sinnúmero de ríos, y arroyos que descienden de la Sierra Maestra [...], las fertilizan y proporcionen excelentes abrevaderos [...]”, “Anexo 3”, en FONSECA GARCÍA, Ludín, *Bayamo. Oligarquía y poder 1796 a 1812*, Ediciones Bayamo, Bayamo, 2012, p. 86.

185 AA.VV., *Centenario de los iniciadores de la Ciencia jurídico administrativa española*, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1944; MESA SEGURA, Antonio, *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1946; MARTÍN DESCALZO, Antonio María, *Notas para una Historia del Derecho administrativo*, Editorial Imprenta y Librería Miñón, S.A., Valladolid, 1952; *El pensamiento administrativo de P. Sainz de Andino*. Introducción y notas de José María García Madaria, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1982; ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio, *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, *cit.*; SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Los fundamentos históricos del Derecho administrativo en Francia y Alemania*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, s.a.; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Técnicas remotas del Derecho administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2001; SANTAMARÍA DE PASTOR, Juan Alfonso, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX*, Editorial IUSTEL, Madrid, 2006; MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro, *Vivir en policía*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007; WEIDENFELD, Katia, *Histoire du Droit Administratif*, Editorial Económica, s.l., 2010; MATILLA CORREA, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho...*, *cit.*

produjeran la felicidad de los vasallos; promover la educación; hacer estudios sobre la provincia respectiva detectando las posibilidades de explotación que tuvieran en agricultura, minería, comercio, pesca, etcétera; y, lo que es quizá lo más importante, velar por el acrecentamiento de los ingresos públicos evitando gastos inútiles. Debían de velar, además, por el debido manejo de los fondos fiscales y de los propios y arbitrios de los ayuntamientos [...]”.¹⁸⁶ En Cuba tuvo su primera expresión a partir de 1763, con la creación de la Intendencia de Ejército y Hacienda.¹⁸⁷

En segundo lugar, la ciencia de la policía, definida como la fuente de normas administrativas del Antiguo Régimen que buscan el bienestar general.¹⁸⁸ Inicialmente asumido como tranquilidad y mantenimiento del orden, va a ir progresivamente expandiendo su alcance hasta abarcar todo lo que pueda contribuir a la felicidad de los súbditos.¹⁸⁹ Sin embargo, este sistema presentó importantes limitaciones. Como ha señalado un autor: “[...] los entes hospitalarios son las instituciones de beneficencia para los enfermos pobres, y no instituciones para atender a los enfermos, en general; los problemas de la agricultura son el ordenamiento del catastro y las obras públicas para regular las aguas, pero los campesinos quedan como estaban; la educación se debe difundir, pero la libertad de enseñanza es reprimida”.¹⁹⁰ Como ha señalado un autor cubano, era el gobierno para el pueblo, sin el pueblo.¹⁹¹

Prueba de ello fue la reacción del aparato estatal ante los disturbios derivados de una nueva medida fiscal de la Corona: el estanco del tabaco. Como sanción, las Reales Cédulas de 17 de marzo de 1714 y 12 de diciembre de 1720 modificaron el régimen

186 DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Manual de Historia...*, cit., p. 213.

187 Para más información, ver GUERRA, Ramiro y otros, *Historia de la nación cubana*, tomos 1, 2 y 3, cit.; PÉREZ DE LA RIVA, F., *Origen y régimen...*, cit.; PORTUONDO DEL PRADO, F., *Historia de Cuba*, cit.; Guerra, Ramiro, *Manual de...*, cit.; LE RIVEREND, Julio, *Historia de Cuba*, tomo I, cit.; INSTITUTO DE HISTORIA DE CUBA, *Historia de Cuba: la colonia...*, cit.; HERNÁNDEZ MÁS, Orestes, *Historia del Estado y del Derecho...*, cit.; CARRERAS, Julio Ángel, *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, cit.; FRANCO, José Luciano, *Apuntes para una historia...*, cit.; LÓPEZ CIVEIRA, F., O. LOYOLA VEGA y A. SILVA LEÓN, *Cuba y su historia*, cit.; ÁLVAREZ CUARTERO, I., *Memorias de la Ilustración...*, cit.; TORRES-CUEVAS, E. y O. LOYOLA VEGA, *Historia de Cuba 1492-1898...*, cit.; GARCÍA RODRÍGUEZ, Mercedes, “Tiempo de Borbones e Ilustrados...”, cit.; FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, cit.

188 MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro, *Vivir en policía*, cit., p. 150.

189 AA.VV., *Centenario de los iniciadores...*, cit.; MESA SEGURA, Antonio, *Labor administrativa de Javier de Burgos*, cit.; MARTÍN DESCALZO, Antonio María, *Notas para una Historia...*, cit.; *El pensamiento administrativo de P. Sainz de Andino*, cit.; ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio, *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, cit.; SORIANO GARCÍA, José Eugenio, *Los fundamentos históricos...*, cit.; VILLAR PALASÍ, José Luis, *Técnicas remotas...*, cit.; SANTAMARÍA DE PASTOR, Juan Alfonso, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español...*, cit.; MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro, *Vivir en policía*, cit.; WEIDENFELD, Katia, *Histoire du Droit Administratif*, cit.; MATILLA CORREA, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho...*, cit.

190 GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, volumen I, INAP, Madrid, 1991, p. 55.

191 FERNÁNDEZ BULTÉ, J., *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, cit., pp. 37 y 38.

de tierras.¹⁹² Para ello se nombró un funcionario encargado de ejecutar el proceso, hasta entonces controlado por los Cabildos. Para rematar la obra, se dictó la Real Cédula de 29 de noviembre de 1729 que establecía, con referente a una venta de tierras: “[...] y respecto que no tenéis facultad para conceder mercedes, tierras y solares y realizar las ventas y traspaso de ellas [...] y que esto me toca y pertenece privativamente para disponer semejante gracia y concesión, y en mi Real Nombre a los Subdelegados que se hallan nombrados en esa ciudad de la comisión de composición de tierras [...], ha parecido ordenaros y mandaros como lo ejecuto, que en adelante os abstengáis de conceder merced de tierras y solares de esa jurisdicción [...]”.¹⁹³ Esta disposición fue ratificada por la Real Cédula de 16 de febrero de 1739, que entre otras cosas expresaba como excusa: “[...] y habiéndose visto en los antecedentes de este asunto y lo expuesto por el fiscal, y considerando los graves perjuicios que pueden resultar de la permisión y facultad que habéis tenido por las ordenanzas municipales de esa Isla, no solo por las muchas mercedes de terreno que habéis hecho, dando lugar a nos halléis sin ejido, ni término donde paste el ganado que se lleva al matadero [...]”.¹⁹⁴

Evidentemente, si aceptamos la hipótesis antes expuesta, de que conjuntamente con las tierras se mercedaban aguas, que, como ya dijimos, es probable en el caso de Cuba, la medida de 1729 supuso que la monarquía retomaba el control de las entregas de agua.

Por su parte, la Factoría de Tabaco, tratando de proteger a los cosecheros de la hoja, defendió durante el siglo XIX la tesis de que las márgenes de los ríos no eran propiedad de los dueños del fundo colindante, como establecían las Partidas, sino que realengas, es decir, propiedad de la Corona.¹⁹⁵

No obstante, no parece que el control regio fuera mucho más allá de esto durante el siglo XVIII; de hecho, muchas de las mercedaciones realizadas por los Cabildos terminaron siendo convalidadas por medio de la composición.¹⁹⁶

Sin embargo, el regadío no fue una prioridad dentro de los planes para fomentar la agricultura cubana durante esta etapa. Con significativas cantidades de tierras todavía vírgenes, que permitían la

192 FRANCO, JOSÉ LUCIANO, *Apuntes para una historia...*, cit., pp. 240 y 241.

193 Real Cédula de 29 de noviembre de 1729, en FRANCO, JOSÉ LUCIANO, *Apuntes para una historia...*, cit., pp. 241 y 242.

194 Real Cédula de 16 de febrero de 1739, en FRANCO, JOSÉ LUCIANO, *Apuntes para una historia...*, cit., pp. 242 y 243.

195 LE RIVEREND, Julio, *Historia económica de Cuba*, cit., p. 138.

196 Ver al respecto, FRANCO, JOSÉ LUCIANO, *Apuntes para una historia...*, cit. y LE RIVEREND, Julio, *Problemas de la formación...*, cit.

trashumancia del ingenio,¹⁹⁷ y con aparentemente abundantes fuentes del vital líquido a mano, el agua era un recurso necesario para la fabricación y extracción del azúcar, pero no imprescindible; de ahí el poco interés que por este tema se expresó en esta etapa.

Las mayores preocupaciones en cuanto a la regulación jurídica del agua estuvieron centradas en su abasto a las poblaciones. En este sentido, los cabildos continuaron administrando este tema, reflejando una creciente preocupación por la calidad y cantidad de las aguas recibidas.¹⁹⁸ No obstante, el gobierno de la isla comenzó a intervenir en esta materia asumiendo obras que por una razón u otra no eran costeadas por las autoridades locales.¹⁹⁹

El advenimiento del régimen constitucional en España supuso el inicio de un proceso de significativas transformaciones en el Derecho de aguas, el cual tendría hondas repercusiones tanto para la metrópoli como para sus colonias.

La primera de ellas va a estar relacionada con su titularidad. El constitucionalismo español produjo en este tema un significativo cambio, al establecer la consideración de las aguas como bienes nacionales o de dominio público.

En principio, la denominación de bienes nacionales, que tuvo sus orígenes en la Revolución Francesa, resulta ambigua e imprecisa. En este sentido, la Constitución de 1791 la consagró, al referir que: “Los bienes destinados a los actos de culto y a cualquier servicio de utilidad pública pertenecen a la nación y están en todo momento a su disposición”.²⁰⁰ Como resultado, se reafirmó el proceso confiscatorio de los bienes del patrimonio real y del clero, iniciado anteriormente. Incluso se incluyó un acápite mediante el cual se aseguraban, por la Constitución, todas las ventas realizadas de acuerdo con la ley. Este debe entenderse como una garantía para quienes habían adquirido bienes nacionales. Con respecto a los bienes del monarca, estos dejaban de estar vinculados a su patrimonio particular o ser tratados como regalías para convertirse en propiedad de la nación, es decir, del Estado. Sin lugar a dudas, la medida no solo afectó a las propiedades particulares del monarca, incluyó también los bienes de la iglesia, y, con posterioridad a 1791, los de la nobleza emigrada. En buena medida, estos bienes nacionales estaban destinados a ser vendidos inmediatamente para sanear las arcas públicas. Los remanentes, incluidas las aguas, se convirtieron en la base del patrimonio estatal.²⁰¹

197 GARCÍA RODRÍGUEZ, Mercedes, *Entre haciendas y plantaciones. Orígenes de la manufactura azucarera en La Habana*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2007.

198 FRANCO, José Luciano, *Apuntes para una historia...*, cit., p. 321.

199 VALDÉS, Antonio José, *Historia de la Isla de Cuba...*, cit., pp. 209 a 214.

200 *Constitución francesa de 1791*, edición digital, p. 2.

201 Véanse también los artículos del 557 al 561 del Código Civil de los franceses, en SIREY, Jean, *Les codes annotés de Sirey contenant toute la jurisprudence des arrêts et la doctrine des auteurs*, quinta edición, volumen I, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Marechal et Billard, Paris, 1911.

En el caso español, el tema resulta aún más oscuro. En principio, la Constitución de 1812 declaró en su artículo 2 que: “La Nación española es libre e independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona”.²⁰² No obstante, esto no eliminó las regalías de la Corona, ni significó su transformación inmediata en dominio público. Sin embargo, la propia carta magna restringió severamente su dominio por el artículo 214 al disponer: “Pertencen al Rey todos los Palacios Reales que han disfrutado sus predecesores, y las Cortes señalarán los terrenos que tengan por conveniente reservar para el recreo de su persona”.²⁰³ Con esta norma, los bienes propios de la Corona quedaron reducidos a unas pocas fincas y palacios, transfiriéndose todos los demás a bienes públicos. Sobre estos, el artículo 172, ordinal séptimo, prohibió al monarca utilizarlos, al disponer: “No puede el Rey ceder ni enajenar los bienes nacionales sin consentimiento de las Cortes”;²⁰⁴ lo que complementaba al artículo 131, que dispuso en su ordinal dieciocho que las Cortes podían: “Disponer lo conveniente para la administración, conservación y enajenación de los bienes nacionales”.²⁰⁵

Por su parte, la Constitución de 1837 dispuso sobre este importante tema un solo artículo, el 74, que estableció: “Igual autorización se necesita para disponer de las propiedades del Estado y para tomar caudales a préstamo sobre el crédito de la Nación”.²⁰⁶ En el fondo, el mismo recogía lo ya dispuesto en 1812, que no se podían vender bienes públicos sin estar expresamente autorizados en una ley especial. Quizás la nota más significativa es el uso de las palabras *del Estado*, en lugar de nacionales. En igual sentido se pronunció la Constitución de 1845 en su artículo 77.²⁰⁷

En buena medida, el traspaso de estos bienes a dominio del Estado, casi siempre acompañado de su venta a particulares, fue obra de la legislación ordinaria. Las Cortes gaditanas iniciaron el camino con un proyecto de Ley Agraria para vender –en beneficio del erario– las tierras de la Corona y los bienes municipales.²⁰⁸ El proceso fue

202 Artículo 2 de la Constitución española de 1812, en *Constituciones españolas*, edición conjunta del Congreso de los Diputados y el *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 1986.

203 Artículo 214 de la Constitución española de 1812, en *Constituciones españolas*, edición conjunta del Congreso de los Diputados y el *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 1986.

204 Artículo 172, ordinal séptimo, de la Constitución española de 1812, en *Constituciones españolas*, edición conjunta del Congreso de los Diputados y el *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 1986.

205 Artículo 131, ordinal dieciocho, de la Constitución española de 1812, en *Constituciones españolas*, edición conjunta del Congreso de los Diputados y el *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 1986.

206 Artículo 74 de la Constitución española de 1837, en *Constituciones españolas*, edición conjunta del Congreso de los Diputados y el *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 1986.

207 Artículo 77 de la Constitución española de 1845, en *Constituciones españolas*, edición conjunta del Congreso de los Diputados y el *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, España, 1986.

208 Decreto de 4 de enero de 1813: “[...] determinando que los baldíos, realengos, y de propios de España y Ultramar se repartiesen y convirtiesen en propiedad particular, plena y acotada, con la prohibición expresa de que pasaran a manos muertas” (citado por SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho civil español*, tomo III - *Derechos reales*, segunda edición, reformada, corregida y aumentada, Establecimiento tipográfico de Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1899, p. 70).

interrumpido, en 1815, por el retorno del absolutismo, pero se reanudó cada vez que los liberales retornaron al poder. No obstante, después de muchos avances y retrocesos durante la primera mitad de la centuria, en 1855, la desamortización de Pascual Madoz vendió las tierras de realengo.²⁰⁹ Al respecto, comentó un autor español: “La Ley de 1855, manteniendo la desamortización eclesiástica antes iniciada, la amplió a una desamortización general de todas las propiedades y bienes amortizados, pertenecientes tanto al Estado como a los municipios”.²¹⁰

De todas formas, seguimos sin tener muy claro la significación de los términos de bienes nacionales o del Estado, y más importante todavía, si las aguas pertenecen a los mismos. Sobre este particular, la doctrina española resulta acorde. En este sentido, un destacado administrativista, Manuel COLMEIRO refería: “Llámense bienes públicos las cosas que pertenecen en plena propiedad a la nación, y en cuanto al uso a todas las gentes, así naturales como extranjeros. Los bienes públicos forman parte del territorio nacional que la sociedad conserva en el dominio común, porque no pueden dividirse, o divididos perderían su utilidad, o porque según su naturaleza no se prestan a la apropiación particular. El goce o disfrute en común los caracteriza, y a la administración toca dictar reglas para su aprovechamiento. Estos bienes no se hallan en el comercio general, ni pueden ser adquiridos por prescripción. Tampoco está en la potestad del Gobierno enajenarlos, porque son una propiedad nacional, ni es conforme a su naturaleza entrar en el dominio privado. En efecto, la propiedad particular excluye el uso público a que la ley los destina. La utilidad de todos exige esta comunidad negativa”.²¹¹

Para este autor, siguiendo la teoría ya expuesta en las Partidas, el mar y sus riberas son bienes de uso común, o de dominio público, donde el Estado debe hacer la misión de policía en función del interés común.²¹²

Con respecto a las aguas, la doctrina resulta, sin embargo, diferente a lo establecido en las normas históricas. Para el autor: “Pertenecen las aguas al dominio público o al privado. Son aguas públicas todas las corrientes sin artificio, es decir, las de los ríos, riachuelos, rieras, arroyos o cualesquiera otras corrientes naturales; las de las fuentes, pantanos, estanques, lagos o lagunas formadas en terrenos del estado o del común; las que no tienen dueño particular conocido, y las subterráneas siempre que para su iluminación se hayan de hacer

209 Ley del 1 de mayo de 1855. Véase al respecto: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El marco político...*, cit.

210 ESCUDERO, José Antonio, *Curso de historia del Derecho*, Fuentes e instituciones político administrativas, s.e., Madrid, 1995, p. 842.

211 COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho político y administrativo de España*, edición digital disponible en www.Cervantesvirtual.com consultado el 11 de octubre de 2016 a las 11.25 pm.

212 Ver Capítulo XXXVI en COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho político*, cit.

labores en terrenos del estado o del común, o no pertenezcan a nadie en particular. Las aguas públicas están destinadas al servicio de todas las gentes, y así pueden usar de ellas a su albedrío, con tal que no embarguen el común aprovechamiento. El dominio público de los ríos se extiende a su cauce y sus márgenes. También pertenecen al dominio público los álveos en terreno público de los arroyos por donde corren aguas manantiales; pero los de los demás arroyos pertenecen a los dueños de las heredades o terrenos que atraviesen”.²¹³ Como se puede apreciar, este autor reconoce la existencia de caudales públicos y privados, mientras que la doctrina anterior, derivada de las Partidas, las declaraba todas comunes, es decir, públicas. Igualmente resulta interesante la extensión del dominio público a las riberas de los ríos, siguiendo la práctica establecida en la monarquía absoluta, que modificó la doctrina de la legislación romana y medieval.

Como si esto no bastare, el propio autor reconoce la existencia de aguas privadas al plantear: “Son aguas privadas todas las contenidas dentro de ciertos límites y capaces de una ocupación constante; las vivas que nacen o se descubren en terrenos de dominio particular; las corrientes con artificio del hombre y las subterráneas sacadas a la superficie en terrenos del citado o del común con la autorización debida. Las aguas privadas pertenecen al orden civil, y todas las cuestiones que con motivo de su posesión, propiedad, servidumbres, etc. se susciten, se ventilan ante los tribunales de justicia”.²¹⁴

El régimen de administración y los poderes de los entes del Estado varían de una a otra. Así, el autor reconoce que: “Corresponde a la administración ordenar el régimen y policía de las aguas públicas y sus cauces naturales, así como velar sobre las privadas en cuanto puedan comprometer la salubridad general y la seguridad de las personas y las cosas; es decir, en cuanto guardan relación con los intereses colectivos que la administración tiene a su cargo”.²¹⁵

Para traspasar aguas públicas al dominio privado se requiere de un acto administrativo, la concesión, bajo ciertas condiciones²¹⁶ que debe conceder la administración pública con audiencia de los

213 Capítulo XXXVII en COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho político...*, cit.

214 *Ibidem*.

215 *Idem*.

216 “Para que las aguas públicas pasen al dominio privado se requiere una concesión individual o colectiva. El Gobierno es por regla general el árbitro y dispensador de dichas aguas, quien ordena su distribución y arregla su policía. Según este principio se necesita autorización administrativa para establecer cualquiera empresa que tenga por objeto o pueda hallarse en relación inmediata con la navegación de los ríos, su curso y régimen, con el uso y aprovechamiento de sus aguas y con la construcción de toda obra nueva en ellos. La autorización se concede o niega previa la instrucción de expediente a solicitud de parte, con audiencia de los interesados y consulta de la dirección de Obras públicas, dictando el ministro de Fomento la resolución definitiva”. Capítulo XXXVII, en COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho político...*, cit.

interesados.²¹⁷ Las concesiones podían ser revocadas si se incumplían las condiciones establecidas para su uso o no se cumplían determinadas formalidades administrativas, siempre por la misma autoridad que las había concedido.²¹⁸

Esta visión doctrinal de las aguas y sus problemáticas fue acogida por la doctrina administrativista española de la época y serviría de base a la primera legislación moderna de aguas de España.

En el caso cubano, la recepción del pensamiento constitucional resultó tardía. Ciertamente, en la isla estuvo vigente, por breves periodos, la Constitución de 1812,²¹⁹ así como el Estatuto Real de 1834, no obstante, esta sufría los avatares del constitucionalismo español del primer tercio de la centuria, con su alternativa entre liberalismo y absolutismo.²²⁰ Cuando el sistema tiende a estabilizarse, a partir de la Constitución de 1837, Cuba quedó excluida de sus beneficios. Como resultado, en la administración insular van a sobrevivir, durante mucho más tiempo, las prácticas autoritarias y fiscalizadoras del Antiguo Régimen, basadas en la ciencia de la policía, en lugar

217 “Son comunes: Que siempre se entienda otorgada la autorización sin perjuicio de tercero y salvo el derecho de propiedad. Que toda concesión de aguas públicas comprenda la de los terrenos que hayan de ocuparse para las obras, siendo baldíos, ora pertenezcan al estado, ora al común de vecinos. Que las aguas concedidas para un objeto, puedan aplicarse a otro distinto sin nueva autorización, bastando el permiso del gobernador de la provincia, si el nuevo aprovechamiento nos, exigiere mayor cantidad de agua, ni alterase su calidad y pureza, ni variase la altura de la presa, ni la dirección y el nivel de la corriente. Que se fije el caudal de agua, objeto de la concesión. Que se fije un plazo para la conclusión de las obras”. Capítulo XXXVII, en COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho político...*, cit.

218 “Las concesiones de aguas públicas caducan: Siempre que el concesionario no deposite en el término de 15 días el uno por ciento del importe total del presupuesto. Exceptúense los canales de riego cuyos concesionarios deben consignar el dos por ciento en el plazo de 40 días. Cuando no se concluyan las obras en el término señalado, a no haber el concesionario obtenido prórroga mediante justa causa. Si dejare de hacer uso del agua con el objeto para que fuera concedida por espacio de un año y un día continuos, a no intervenir fuerza mayor u otra causa excepcional que lo hubiese impedido. Si fuere temporal, acabado el tiempo. Si fuere provisional, al hacer la concesión definitiva. La misma autoridad de quien emana la concesión, es la competente para declarar la caducidad procediendo de oficio o a instancia de parte, previa audiencia del concesionario”. Capítulo XXXVII, en COLMEIRO, Manuel, *Elementos de Derecho político...*, cit.

219 Para este tema puede consultarse: MATILLA CORREA, Andry y MARCOS FRANCISCO MASSÓ GARROTE (coordinadores), *De Cádiz (1812) a La Habana (2012). Escritos con motivo del bicentenario de la Constitución española de 1812*, Ediciones ONBC, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de La Habana.

220 PI Y MARGALL, F., *Historia de España en el siglo XIX*, tomos 1-6, Montaner y Simón Editores, Barcelona, 1902; FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., *Orígenes del régimen constitucional en España*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1928; CARR, Raymond, *España: 1808-1939*, cit.; FONTANA, J., *La quiebra de la monarquía absoluta*, Editorial Ariel, Barcelona, 1974; TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia...*, cit.; ARTOLA, M., “La burguesía revolucionaria: 1808-1874”, en *Historia de España*, tomo V, Editorial Alfaguara, Madrid, 1981; MARTÍNEZ CUADRADO, M., “La burguesía conservadora 1874-1931”, en *Historia de España*, tomo VI, Editorial Alfaguara, Madrid, 1981; TORTILLA CASARES, G. y otros, “Revolución burguesa, oligarquía y constitucionalismo: 1834-1923”, en *Historia de España*, tomo VIII [M. Tuñón de Lara, director], Editorial Labor S.A., Barcelona, 1981; COLOMER VIADER, A., *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España*, Biblioteca Universitaria, Madrid, 1988; PÉREZ-PRENDES, J. M., *Curso de Historia...*, volumen I, cit.; ESCUDERO, J., *Curso de Historia del Derecho*, cit.; POSET, M.; A. MORA, R. FERREROS, J. CORREA, P. GARCÍA TRABATS y J. PALAO, *Historia del Derecho*, cit.; SOLÉ TURIS, J. y E. AJA, *Constituciones y períodos constituyentes en España: 1808-1936*, Siglo XXI Editores S.A., Madrid, 1997; NIETO, A., *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1996; FERNÁNDEZ MUÑOZ, Áurea Matilde, *Breve historia de España*, cit.

de las modernas técnicas de administración pública. Estas últimas se irán incorporando lentamente,²²¹ y además impregnadas de un fuerte contenido autoritario, que caracterizó el gobierno y la administración colonial española durante el siglo XIX.

El tema de las aguas no escapó a esta realidad, sufriendo, a todo lo largo de la primera mitad de la centuria, un proceso paulatino de transformación, que solo se completaría con la extensión a la isla de la legislación de aguas española. En el ínterin, fue objeto de reformas parciales, destinadas a adecuar la normativa a las nuevas condiciones o a fortalecer el papel de la administración central en las mismas.

Como un ejemplo del primer tipo, tenemos la Real Orden de 16 de julio de 1819,²²² que convirtió las antiguas mercedaciones de tierras en propiedad particular, con la posibilidad de disponer libremente de ellas. Ciertamente, la medida no dice nada de las aguas, por lo que se crearía una duda a dilucidar: ¿pasaban a propiedad privada las aguas dentro del fundo o subsistía la regalía regia sobre ellas? La respuesta habría que buscarla en los archivos judiciales de la época y en las decisiones de la administración estatal ante casos concretos. Es probable que las nuevas doctrinas comenzaran a incorporarse gradualmente.

Otra modificación interesante resulta la progresiva pérdida del control sobre las aguas como actividad esencial de los Ayuntamientos o Cabildos. Parte de sus funciones en este campo pasaron a órganos estatales de nueva creación, como la Junta de Fomento, a partir de 1835. Como bien ha señalado MATILLA CORREA: “A renglón seguido, partiendo de la premisa de que antiguamente los Cabildos eran las únicas corporaciones que entendían en todo lo concerniente al interés municipal y policía interior de las poblaciones, recordaba el paso de algunas de esas actividades a manos de entidades de carácter central que se habían creado como la Junta de Fomento de Agricultura y Comercio (construcción de caminos, puentes, muelles, y el impulso de la agricultura y el comercio), la Sociedad Económica y las Juntas Superiores de Sanidad y Beneficencia. Entidades esas que al asumir tales actividades ‘[...] han aliviado en gran parte las atenciones de los cuerpos municipales que no podría desempeñar todas las que demandan el cuidado y gobierno interior de las poblaciones, [...]’”. En el párrafo que continuaba, MORILLA proseguía refiriendo otras atribuciones o funciones de los Ayuntamientos, haciendo suyo lo escrito por ZAMORA, que reproducía textualmente, esta vez, entre otras, sobre policía municipal; sobre estadísticas, registros de nacimiento, defunción y matrimonios por clases; sobre manejo de propias y arbitrios; como órgano consultivo

221 Pueden consultarse algunas referencias al funcionamiento de la administración colonial cubana durante el siglo XIX en MATILLA CORREA, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho...*, cit.

222 PICHARDO, Hortensia, *Documentos para la Historia de Cuba*, tomo I, cit., pp. 280 a 286.

ante las solicitudes en este sentido de los gobernadores presidentes y otras autoridades y otros aspectos vinculados con esto.²²³ A ello hay que unir las dificultades económicas y financieras de las corporaciones locales cubanas, que restringían severamente su capacidad de obrar en este punto. No resulta extraño entonces que el Acueducto de Fernando VII, destinado a resolver el abasto de aguas a la capital, haya sido costeado por los fondos suministrados por la Intendencia de Hacienda.²²⁴

Otro aspecto que restringió sus facultades fue el fortalecimiento de la autoridad del Gobernador Capitán General. Al respecto, comentó José María MORILLA, en la primera obra cubana de Derecho administrativo: “Colígese de lo expuesto, que a estos gobernadores superiores competen las mismas atribuciones que a los demás jefes de provincia del Reino, bien que amoldándose su ejercicio al régimen especial de estos dominios, por lo cual determinan con consulta de sus asesores, que son de Real nombramiento, los expedientes gubernativos; en los cuales tiene lugar la apelación de par te legítima para ante la Audiencia respectiva, [...] debe observarse que estando bajo su autoridad la policía municipal en todas sus partes, la beneficencia, sanidad, e instrucción pública y demás dependencias de la administración civil, son presidentes natos del Ayuntamiento, de las juntas provinciales instituidas para cuidar de aquellos ramos, y de todas cuantas digan relación a la misma administración y tengan por objeto el bien del país”.²²⁵ Como puede apreciarse, la concesión de cualquier uso de las aguas quedaba en sus manos, como cabeza de la administración colonial.

Igualmente, debía velar por el abasto de agua a las poblaciones, su calidad y su protección, tarea que anteriormente correspondía a los Cabildos. Al respecto, el Bando de Gobernación y Policía elaborado en 1842²²⁶ estableció varias reglas minuciosas. Algunas están vinculadas a la disposición de las aguas residuales, como las contenidas en los artículos 111 y 112, referidas a la prohibición de verter aguas sucias en la vía pública y la construcción de sumideros en las edificaciones para tal efecto.²²⁷ Otros buscan proteger la calidad del agua potable, como la que prohíbe lavar o fregar en las fuentes

223 MATILLA CORREA, Andry, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho...*, cit., pp. 261 y 262.

224 Ver https://www.ecured.cu/Acueducto_Fernando_VII, consultado el día 14 de octubre de 2016 a las 12.30 p.m.

225 MORILLA, José María, *Tratado de Derecho administrativo español*, 2da. edición aumentada, con arreglo a las últimas disposiciones, Imprenta de la Viuda de Barcina y Comp., Habana, 1865, pp. 67 y 68.

226 *Bando de Gobernación y Policía de la Isla de Cuba expedido por el Excelentísimo Señor Don Gerónimo Valdés. Presidente, Gobernador y Capitán General*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1842.

227 Artículos 111 y 112 del *Bando de Gobernación y Policía de la Isla de Cuba expedido por el Excelentísimo Señor Don Gerónimo Valdés. Presidente, Gobernador y Capitán General*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1842.

públicas,²²⁸ la obligación de todos los pozos de tener brocal,²²⁹ o la prohibición de bañarse o abrevar animales en la Zanja Real.²³⁰

Esta facultad de velar por el abasto de agua a las poblaciones se extendió a sus subordinados, hasta lo más bajo de la escala, incluyendo a los capitanes de partido. Con respecto a ellos, la Instrucción formada para su funcionamiento en 1844²³¹ estableció: “Es un deber de los pedáneos, procurar que la población tenga las aguas necesarias para su consumo, y que se conserven siempre lo más limpias y puras que sea posible. Así, además de hacer cumplir lo dispuesto en el artículo 183 del Bando, cuidarán de aquellos partidos en que no resida Ayuntamiento, de hacer que se conduzca al pueblo la necesaria, de conservar la conducida si fuere bastante, y de impedir que se haga cosa alguna capaz de alterar su calidad o hacerla insalubre”.²³² Como se puede observar, fuera de los lugares de residencia del Ayuntamiento, correspondía al Capitán de Partido asumir sus funciones, aunque el territorio perteneciera al término municipal en cuestión.

Por último, las Ordenanzas Municipales de La Habana, elaboradas por el gobierno central en 1855²³³ para sustituir a las venerables y vetustas Ordenanzas de Cáceres, copiaron algunas de las reglas del Bando de 1842 e introdujeron algunas modificaciones o regulaciones nuevas.²³⁴

El resto del Derecho de aguas vigente en Cuba se mantuvo en los cauces tradicionales. Es significativo que el tema no merece comentarios

228 Artículo 123 del *Bando de Gobernación y Policía de la Isla de Cuba expedido por el Excelentísimo Señor Don Gerónimo Valdés. Presidente, Gobernador y Capitán General*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1842.

229 Artículo 153 del *Bando de Gobernación y Policía de la Isla de Cuba expedido por el Excelentísimo Señor Don Gerónimo Valdés. Presidente, Gobernador y Capitán General*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1842.

230 Artículo 89 del *Bando de Gobernación y Policía de la Isla de Cuba expedido por el Excelentísimo Señor Don Gerónimo Valdés. Presidente, Gobernador y Capitán General*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1842.

231 *Instrucción de Pedáneos*, anexa al *Bando de Gobernación y Policía de la Isla de Cuba expedido por el Excelentísimo Señor Don Gerónimo Valdés. Presidente, Gobernador y Capitán General*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1842.

232 Artículo 39 de la *Instrucción de Pedáneos*, anexa al *Bando de Gobernación y Policía de la Isla de Cuba expedido por el Excelentísimo Señor Don Gerónimo Valdés. Presidente, Gobernador y Capitán General*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1842.

233 GUTIÉRREZ DE LA CONCHA, José, *Ordenanzas Municipales de la Ciudad de La Habana*, Imprenta del Gobierno y Capitanía General, La Habana, 1855.

234 Véanse los artículos 82, 83 y 84 de las Ordenanzas Municipales de la Ciudad de La Habana, en GUTIÉRREZ DE LA CONCHA, José, *Ordenanzas Municipales...*, cit.

en la obra de José María MORILLA,²³⁵ fruto quizás de la escasa trascendencia que se le atribuía entonces, más allá del abasto a las poblaciones. Al igual que en la metrópoli, el grado de obsolescencia de algunas normas vigentes y su dispersión, tanto en materia civil como administrativa, hacían necesaria su reforma integral, que llegaría, en la segunda mitad del siglo, de la mano de dos monumentos del Derecho español, la Ley de Aguas y el Código Civil.

Conclusiones

Después de concluido el estudio, podemos arribar a varias conclusiones:

En primer lugar, el agua es un recurso esencial para la vida, de ahí que, a lo largo de la Historia, los Estados siempre han pretendido controlar su uso y disfrute por la sociedad, como se puede apreciar desde las primeras civilizaciones humanas.

En segundo lugar, Cuba presenta un régimen hídrico peculiar, caracterizado por la existencia de ríos cortos y de poco caudal, así como un régimen de lluvias abundante en verano y escaso en invierno.

Los antecedentes más remotos del Derecho de aguas en Cuba están vinculados al Derecho romano, que estableció un régimen público y privado sobre las aguas, el primero bajo control del Estado, controlado por un rudimentario sistema administrativo, y el segundo basado en las servidumbres.

El antecedente inmediato del Derecho de aguas en Cuba lo constituye la legislación medieval castellana, en especial las Partidas, cuya regulación del tema se inspiró en los antecedentes romanos, aunque introdujo importantes modificaciones inspiradas en la doctrina de las regalías. Este, al igual que el romano tardío, crea un sistema público privado, con el monarca como garante del aprovechamiento común de las aguas, siendo el único autorizado para disponer de ellas. En el plano *inter privatus*, las servidumbres continuaron siendo el instrumento idóneo para canalizar las controversias.

235 MORILLA, José María, *Tratado de Derecho administrativo español*, cit. No obstante, el tema se impartía como parte del contenido de la asignatura, como lo demuestra el programa de estudios. En este caso, era necesario utilizar la obra de COLMEIRO. Ver al respecto, "Lección 52" del *Programa de las materias correspondientes a la asignatura de Derecho Político y Administrativo español a cargo del Dr. José Domingo Guerrero*, Real Universidad de La Habana. Aunque no tiene fecha de imprenta, se puede fijar la misma entre los años 1857 y 1868, periodo durante el cual GUERRERO ocupó como titular la Cátedra, si bien desde 1860 un suplente impartía la mayoría de las clases.

El Derecho de Indias recogió estas doctrinas, exacerbándolas con el regalismo de finales del Medioevo, llegando a considerar el agua como propiedad particular del soberano, y a este último como el único que podía disponer libremente de ellas.

En tercer lugar, el Derecho de aguas implantado por los colonizadores españoles en Cuba, derivado del Derecho castellano y basado en el de Indias, estuvo marcado además por el desinterés oficial en el tema, salvo algunos tópicos particulares, como el abasto a las poblaciones, dejando a los órganos locales la tarea de fiscalizar su régimen y aplicar la mayoría de las normativas vigentes. Su desconocimiento, su inaplicabilidad y, en algunos casos, su franca vulneración, dieron lugar a los primeros intentos de crear un Derecho de aguas en Cuba, que todavía hoy resulta un mundo por descubrir.

En cuarto lugar, durante el siglo XVIII y la primera mitad del XIX, la tendencia regalista y hacia la centralización de la temática de aguas se consolidó, basada en la ciencia de la policía y luego en el incipiente Derecho administrativo. En consecuencia, los Cabildos perdieron facultades en este aspecto frente a los órganos centrales del Estado. Igualmente, se produjo, por parte de estos entes públicos, una amplia profusión normativa, que reforzó el sistema antes mencionado.

En quinto lugar, se implantó en España y se comenzó a delinear en Cuba un régimen público privado de las aguas, donde el Estado asumía el control de aquellas definidas como de interés público, dejando a los particulares aquellas que no entraban en esta categoría.

No obstante su relativamente escaso papel en la economía cubana, se hacía sentir la necesidad de una norma unificadora, que superara la dispersión existente y consagrara definitivamente el nuevo orden de cosas. Solo la elaboración de una Ley de Aguas y su eventual extensión a Cuba podían ofrecer una respuesta al respecto.

Aspectos generales del régimen jurídico de las aguas en Cuba*

Andry MATILLA CORREA**

*“Y allí, junto al brocal ennegrecido,
y el cubo roto y la inservible rueda,
comprendí que no cabe en el olvido
la ingratitud de un agua que se ha ido
ni el espanto de un pozo que se queda”*

*Del poema “El pozo seco”
José Ángel BUESA (1910-1982)*

* Un primer acercamiento a esta temática de nuestra parte, más reducido de lo que aquí aparece, pero que nos ha servido de base para este trabajo, puede encontrarse en: MATILLA CORREA, Andry, “La ordenación jurídica del agua en Cuba: algunos apuntes”, en Massimo Andreis (*a cura di*), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Collana del Dipartimento de Giurisprudenza, Università degli Studio di Bergamo, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 373 a 398; publicado también con el mismo nombre en CREPALDI, Gabriella (coordinadora), *Perfiles de la ordenación jurídica del agua en Italia, España y América Latina*, G. Giappichelli Editore, Editorial tirant lo blanch, Torino-Valencia, 2017, pp. 141 a 166.

** Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana), Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo de la Unión Nacional de Juristas de Cuba, Académico Titular de la Academia de Ciencias de Cuba.

1. Introducción

El agua es un elemento esencial para el desarrollo de la vida en nuestro planeta. Por miles de años ya esto se ha asumido y entendido de un modo tal, que al día de hoy huelga todo intento de ponderar esa importancia, por evidente y elemental.

Basta mirar atrás –con mayor o menor profundidad– en la historia del hombre, y tendremos sobradas evidencias de cómo el ser humano ha comprendido y asumido el valor del agua como recurso natural para su existencia individual y social. El agua misma, la que cae del cielo, la depositada o la que corre, de modo superficial o subterráneo, en sus espacios naturales, y las grandes obras ejecutadas por el hombre en función de su aprovechamiento, no son otra cosa que claras evidencias de su condición vital para determinar y moldear la vida en este planeta.

En tiempos como los que discurren, donde el hombre se enfrenta a serios retos sociales y ambientales, conectados seriamente, incluso, con su existencia como especie, las grandes cuestiones que afectan a la humanidad se han globalizado, y una de esas cuestiones ha sido la del agua.

Por lo tanto, mirar a este tema intentando desentrañar a plenitud todo lo que puede significar en su trascendencia, no es algo que pueda hacerse desde un ángulo limitado –cualquiera que sea el punto que señale esa limitación–, sino que debe hacerse desde una perspectiva que imbrique toda la anchura que implica. Y es que la cuestión del agua, así planteada, no es algo que toque, hoy, solo a una u otra comunidad políticamente organizada, sino que, como otras por su nivel de relevancia para la existencia humana, es también una cuestión global; que no deja de estar esencialmente conectada con las realidades que viven y las bases sobre las que se asientan nuestras comunidades políticamente organizadas.¹

En todo este universo de hechos e ideas, está fuera de toda duda que la arista de la ordenación jurídica del agua –claro está, en razón de su aprovechamiento– deviene, desde antiguo, arista importante; en tanto esa ordenación jurídica resulta condición necesaria para conducir el proceso de interacción de los seres humanos entre sí, y los grupos que en cuanto tal conformamos, en lo que al agua atañe.

¹ A modo de recordatorio, téngase en cuenta que el Informe de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), de 2006, titulado *Más allá de la escasez: poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, puso en evidencia, tal como indicaban ya los Informes del Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos (WWAP), que la crisis del agua no se debía principalmente a la escasez natural del agua como recurso, a una falta de recursos o capacidades técnicas, sino que radicaba en la pobreza y la desigualdad, es decir, en la política y en la gobernabilidad. Ver: Informe sobre Desarrollo Humano 2006, *Más allá de la escasez: poder, pobreza y la crisis mundial del agua*, Resumen, p. 7.

Uno de los puntos más altos, jurídicamente hablando, que demuestra la importancia que se le concede hoy al agua, en su condición vital, está en el hecho de haberse advertido la necesidad, en tiempo aún muy cercano,² de configurar el *derecho humano al agua y al saneamiento*,³ no solo como declaración que anuncia lo que quiere representar, sino como configuración técnico-jurídica que, desde esa configuración (derecho humano),⁴ ha de desplegar operatividad cualificada dentro del sistema jurídico.⁵

En definitiva, enarbolar hoy un *derecho humano al agua y al saneamiento*, no es sino reflejo de la intensidad y relevancia jurídicas que ha ido alcanzado la *cuestión del agua* para la humanidad.

Por su relación con un bien jurídicamente trascendente en la vida del hombre, cualquiera que haya sido la etapa histórica por la que esa vida haya transitado, la ordenación jurídica del agua ha cursado no pocos siglos de existencia, y ha discurrido por diversas fases: desde aquella con mayores particularismos –según la comunidad políticamente organizada de que se tratara– y que le tenía percibido, básicamente, en su dimensión como recurso natural en función, esencialmente, de las necesidades individuales del hombre;

2 Recordemos que ya se ha destacado que: “En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general No. 15 sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Aunque en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se menciona expresamente el derecho al agua, el Comité subrayó que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, al igual que los derechos a disponer de alimentación, de una vivienda y de vestido adecuados. El Comité también subrayó que el derecho al agua está indisolublemente asociado al derecho a la salud y a una vivienda y una alimentación adecuadas”. Ver *El derecho al agua*, Folleto No. 35, Serie Folletos informativos sobre los derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, Ginebra, 2011, p. 3.

3 Según se ha precisado, “Aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les exigen que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable”. Ver *El derecho al agua*, Folleto No. 35, *cit.*, p. 3.

4 Tal como se ha recogido, “En 2007, el ACNUDH, a petición del Consejo de Derechos Humanos, llevó a cabo un estudio sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento (A/HRC/6/3). En él, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos concluyó que había llegado el momento de considerar el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano”. Ver *El derecho al agua*, Folleto No. 35, *cit.*, p. 5.

5 El *derecho humano al agua* se conecta, como un correlato necesario, con el *derecho humano a la vida*, consagrado este último en diversos niveles de ordenación y alcance jurídicos, entre los que sobresalen, por ejemplo, a escala global: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (artículos 3 y 25.1); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (artículos 11 y 12.1); la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de 11 de diciembre de 1969 (artículo 1).

hasta un estadio como lo que actualmente se revela, donde su ordenación jurídica tiene mayores estándares de homogeneidad entre los diversos ordenamientos jurídicos, y donde se coloca al agua, en tanto bien jurídicamente trascendente, no solo como recurso para satisfacer necesidades de vida, primarias, y entendidas a una escala más individual, sino, también, como aspecto o cuestión que hace a los fundamentos de realización de la condición humana, en razón misma del carácter vital de dicho recurso.

De ahí que pueda afirmarse que ninguna comunidad humana, por muy escasa que en ella sea el agua, ha estado alejada de las necesidades y los problemas que plantea el aprovechamiento de este preciado líquido; y que esas necesidades y esos problemas se han visto reflejados en el marco jurídico de tales comunidades.

2. El Derecho de aguas

Desde antiguo, se ha prestado atención a ciertas necesidades de ordenación jurídica de las aguas, y los juristas han mostrado preocupación por el estudio de los temas relacionados con ellas, al punto tal que, de las cuestiones centradas en lo que se denominara en diversas latitudes “legislación de aguas”, se evoluciona hacia el alumbramiento, en los siglos XIX y XX, de un segmento del ordenamiento jurídico, así como de una rama del conocimiento dentro del Derecho, que se ha denominado *Derecho de aguas*.

El Derecho de aguas es el ámbito objetivo del Derecho donde quedan comprendidas todas las cuestiones jurídicas relativas a las aguas (“derecho integral de aguas”,⁶ en expresión del maestro argentino MARIENHOFF). Desde una perspectiva conceptual, puede decirse que el Derecho de aguas es el conjunto de principios y reglas jurídicas que ordenan la existencia, utilización, protección y conservación, la gestión en sentido general, del agua como recurso natural y como objeto de relaciones en el marco de la organización social.

Una voz autorizada como la de Dante CAPONERA indicaba que

“El Derecho de Aguas está compuesto por todas aquellas disposiciones que de un modo u otro gobiernan los diversos aspectos de la gestión de las aguas, tales como su conservación, uso y administración, el control de los efectos perjudiciales causados por ella, la contaminación, etcétera”.⁷

6 MARIENHOFF, Miguel Santiago, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo VI – Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, 3ra. edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 61.

7 CAPONERA, Dante, *Principios de Derecho y administración de aguas*, actualización de Marcella NANNI, traducción de Alejandro Vergara Blanco, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 127.

Entendido así, el Derecho de aguas es un ámbito objetivo complejo, en el que confluyen, atendiendo a su particular objeto como subsistema jurídico, aspectos del Derecho público y del Derecho privado, cuestiones que caen formalmente dentro de zonas pertenecientes a ramas del Derecho con vocación generalista como el constitucional, el administrativo, el civil, el penal, el ambiental, el internacional; e incluso con Derechos especiales como pueden ser el agrario, el de minas, el urbanístico, el del turismo, el sanitario, entre otros.

En consecuencia, salvo el propio Derecho de aguas, no hay hoy una disciplina jurídica que monopolice o retenga para sí, en exclusiva, la atención, el tratamiento o estudio de los tópicos jurídicos del agua, sino que estos pertenecen –según la cuestión en concreto– a varias ramas del Derecho; y solo integrando y viendo esos tópicos incardinados en ramas diversas desde la unidad que provee el objeto aguas, puede trascenderse del particularismo y la limitación, para tenerse una adecuada percepción en lo jurídico de ese fenómeno.

El Derecho de aguas convoca a muchos, y no lo ocupa en exclusiva uno dentro de los grandes segmentos de apropiación cognitiva de la realidad jurídica en que metodológicamente puede dividirse el Derecho, y ha venido a conformar él mismo un segmento de ese tipo con identidad propia, desde el plano objetivo, cuya importancia y valor no se discute ya actualmente.

3. Cuba, aguas y Derecho: un planteamiento inicial

Cuba, como archipiélago y en tanto isla mayor de ese archipiélago, debido a sus características físicas como territorio no se ha caracterizado geográficamente por tener grandes recursos hídricos en su interior, lo que ha planteado importantes retos para el país, en función de garantizar, de forma suficiente y sostenible, su aprovechamiento y protección como recurso indispensable para la vida nacional. Según se ha planteado con un cariz más actual:

“Hay algunos hechos que condicionan las actuaciones relacionadas con el desarrollo hidráulico cubano, con el suministro seguro de la cantidad y de la calidad de agua y con la gestión integrada de sus recursos hidráulicos. Entre ellos: 1) vulnerabilidad propia de nuestra condición de archipiélago. Somos un estado insular; 2) parteaguas central a todo lo largo de la Isla Principal que delimita la formación de numerosas y pequeñas cuencas, y predominio del carso en las formaciones acuíferas subterráneas; 3) dependencia de nuestros recursos de aguas con el comportamiento de las precipitaciones; 4) variabilidad climática, que se refleja de distintas formas, entre ellas, el cambio en el régimen de lluvias; 5) desarrollo

eminentemente agropecuario, de acuerdo con la estructura del uso del agua; 6) el cambio climático y las medidas de adaptación y mitigación”.⁸

La cuestión de la protección de este recurso natural, renovable, pero no infinito, así como la situación de su aprovechamiento, toma ribetes de innegable actualidad, por su conexión directa con las necesidades del desarrollo humano en general y el económico en particular, a tenor del momento que está viviendo el país desde inicios de este siglo XXI.

Los esfuerzos definitivos por impulsar de modo ascendente y sostenible el desarrollo hidráulico del país han tenido lugar bajo el signo y los auspicios del proceso revolucionario triunfante en 1959. Pero es en especial desde finales del primer lustro de vida de la Revolución cubana, que la combinación de la voluntad política, los esfuerzos prácticos y la conciencia de la necesidad, utilidad y urgencia, señalan un camino que hasta hoy revela lo acertado de sus objetivos y actuaciones que lo han materializado.

De acuerdo con lo que se señala en la *Política Nacional del Agua*,⁹ aprobada por el Consejo de Ministros en 2012:

“Cuba carece de abundantes recursos hídricos, siendo las precipitaciones su única fuente de formación, los cuerpos de aguas superficiales y subterráneas tienen vínculos, haciendo vulnerable este recurso. La escasez se manifiesta por la baja eficiencia de los sistemas y malas prácticas en su uso y su carácter vulnerable se expresa en la degradación de su calidad por la aparición y permanencia de focos contaminantes que hoy ascienden a más de 2100, de los cuales están identificados más de 1500 sistemas de tratamiento administrados por varios organismos con alta incidencia en vertimientos inadecuados a partir de su mal funcionamiento, siendo ésta una amenaza a la salud humana y ambiental.

“Existen en el país varias zonas, sobre todo urbanas, con elevados riesgos de inundación ante la ocurrencia de lluvias de mediana y elevada magnitud, esta amenaza se multiplica al estar ocupadas las áreas de drenaje por la actividad humana, incluido su lugar de residencia, además de las obstrucciones que permanecen en cauces y drenajes y la necesidad de nuevas obras para este fin.

“La infraestructura hidráulica edificada por la Revolución para asegurar la disponibilidad del agua, significa casi la totalidad de las

8 DORTICÓS DEL RÍO, Pedro Luis (compilación general), *Los recursos hidráulicos en Cuba: una visión estratégica*, Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, La Habana, 2012, p. 9; y GARCÍA FERNÁNDEZ, J. M. y CANTERO CORRALES, Luis, “Indicadores globales para el uso sostenible del agua: caso cubano”, *Revista Voluntad Hidráulica*, No. 100, 2008, Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, La Habana, p. 12 y ss.

9 Disponible en http://www.hidro.cu/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=34, consultada el 4 de octubre de 2015.

obras de este tipo que existen en el país, a través de estas se enfrentan los principales programas sociales, económicos y ambientales que desde el mismo inicio del periodo revolucionario fueron concebidos”.

En esa propia *Política Nacional del Agua*, más adelante, se acoge:

“El Índice de Disponibilidad de agua a partir de los Recursos Hídricos Potenciales, que depende de las precipitaciones y del número de habitantes, es alrededor de 3 400 m³ por habitante por año para todos los usos y se evalúa como bajo (entre 1 000 y 5 000 m³ por habitante por año), ocupando el lugar 105 en una lista de 182 países.

“Los Recursos Hídricos Aprovechables se evalúan en unos 24 mil millones de m³ anuales (alrededor del 70 % de los Potenciales), correspondiendo el 75 % a las aguas superficiales y el 25 % a las subterráneas. El Índice de Disponibilidad de agua a partir de estos recursos aprovechables asciende aproximadamente a 2130 m³ por habitante por año para todos los usos. Ambos valores del Índice respecto de los recursos hídricos potenciales y aprovechables, indican que en el Archipiélago cubano la lluvia que precipita es relativamente poca.

“En este contexto, el resultado del desarrollo de la Voluntad Hidráulica cambió la dependencia directa del desarrollo económico y social del país con respecto al comportamiento favorable o no de las precipitaciones, asegurando en lo fundamental las necesidades de agua para la economía, la sociedad y el medio ambiente a partir de la infraestructura hidráulica creada, permitiendo que los recursos Hidráulicos Disponibles se evalúen en 13 mil 667 millones de m³ (el 57 % de los recursos hídricos aprovechables) de los cuales 9 mil 200 millones de m³ son superficiales y el resto subterráneos.

“El Índice de Disponibilidad real de agua por habitante por año para todos los usos es de 1220 m³ (aproximadamente 3340 litros por habitante por día), valor favorable, que demuestra la voluntad realizada del país, al convertir en disponibles a través de costosas inversiones sus recursos hídricos aprovechables.

No obstante este Índice varía territorialmente, lo que demuestra potenciales no aprovechados [...]”.

La realidad del agua en nuestro país ha estado acompañada –no puede ser de otro modo– de un marco normativo que ha ido evolucionando con el paso del tiempo; no siempre en un sentido ascendente en calidad, pero sí buscando responder a las exigencias jurídicas que aquella realidad impone, y de la cual estas exigencias vienen a ser parte y condición necesaria para ordenarla y realizarla.

Si algo claro nos deja hoy el panorama que rodea al tema *aguas* dentro del universo del Derecho nacional, además de tener la

convicción de lo que nos queda por hacer en función de crear un marco jurídico ordenador mucho mejor concebido, ordenado y aplicado, es que, prácticamente, muy poco ha interesado al pensamiento jurídico nacional el estudio *in extenso* de esa temática; con todo y que siempre se ha tenido conciencia de la importancia objetiva que este sector tiene para la vida nacional (pública y privada) y, por ende, que es un sector jurídicamente relevante.

En el sentir de Mariano SÁNCHEZ ROCA, en un viejo texto sobre el tema:

“La legislación concerniente a Aguas es de las más importantes de la Administración Pública; primero, por lo indispensable de su uso para la vida del hombre, de los animales y de las plantas; luego, por lo íntimamente que está ligada su utilización o aprovechamiento al derecho de propiedad y, en último término, por su extraordinaria y amplia aplicación a la industria”.¹⁰

Ciertamente, muy poco se ha acercado la doctrina patria al estudio de las cuestiones jurídicas relativas al agua; y si el horizonte más general se salva de una suerte de “extrema indigencia” bibliográfica al respecto, es por la existencia, básicamente fechados en la época republicana prerrevolucionaria (1902-1958), de alguna monografía relacionada con una arista del tema¹¹ o donde se incluían, con cierto protagonismo, cuestiones relativas a este;¹² uno que otro artículo o breve publicación (por ejemplo, dictamen), también en función de un ángulo relacionado con este tópico;¹³ algún trabajo de orientación más normativista¹⁴

10 SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Legislación de aguas, puertos y pesca*, Editorial Lex, La Habana, 1942, p. 3.

11 LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, *Servicio Público de Acueducto*, Cultural S.A., La Habana, 1943.

12 MONTIEL, F. Félix, *Administración y “Self-goverment” (Una experiencia cubana)*, Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Comerciales, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 1954. Este fue un autor español radicado por un tiempo en Cuba, donde llegó a enseñar Derecho Internacional y Derecho Administrativo en las antiguas Escuelas de Derecho y de Ciencias Comerciales, de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, en la década de 1950.

13 V. gr., ver las voces relacionadas con el tema de aguas, contenidas en RODRÍGUEZ HERRERA, Enrique, *Enciclopedia Cubana Jurídico-Administrativa*, volumen I, A-ADU, Arellano y Compañía, Impresores, La Habana, 1933 (sólo llegó a publicarse ese tomo primero); CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *El tiempo de vigencia de la concesión del acueducto de Santiago de las Vegas. (Un acto administrativo jurídicamente inexistente)*, Informe, Imp. Montero, La Habana, 1944; CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *Dictamen sobre la situación legal del expediente de concesión de servicio de acueducto para la Ciudad de Colón*, La Habana, 1948; MONTIEL, F. Félix, “La tradición de los riegos y el moderno Derecho Administrativo. Principios del Derecho Hidráulico español. La Comunidad de Regantes de Güines, Cuba”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 8, octubre-diciembre, 1953, México D.F., p. 45 y ss.

14 Ver GOVÍN Y TORRES, Antonio, *Elementos de Derecho administrativo*, tomo II, Imprenta Avisador Comercial, Habana, 1904, p. 229 y ss.; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio, *Proyecto de Código Civil para Cuba*, Talleres Tipográficos de Carasa y Cía., S. de C., La Habana, 1940, p. 76 y ss.; MOSQUERA Y POZO, Gilberto, *Legislación sanitaria de Cuba*, Imp. Compañía Editora de Libros y Folletos, La Habana, 1940; SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Legislación de aguas...*, cit.; PÉREZ LOBO, Rafael, *Código Civil y Constitución*, Cultural S.A., La Habana, 1944; SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Leyes Civiles y su jurisprudencia*, volumen I, 2da. edición, Editorial Lex, La Habana, 1951, pp. 371 a 374 y 408 a 410; *Legislación Municipal y Provincial de Cuba*, volumen II, 3era. edición, Editorial Lex, La Habana, 1955, p. 743 y ss.

o jurisprudencial,¹⁵ que analítica; de “pinceladas” sobre un aspecto temático de los que puede comprender, insertadas en algún libro monográfico;¹⁶ de breves y limitados desarrollos –en alcance y prisma–, ubicados a lo interno de alguna obra monográfica o general de corte *iusadministrativo*,¹⁷ o de orientación *iusprivatista* en tanto –esto último– formando parte del programa docente de la materia Derechos reales o sobre bienes al hilo de la preceptiva del viejo Código Civil español vigente entre nosotros hasta fines de la década de 1980,¹⁸ o en comentarios del referido código,¹⁹ o como articulado formando parte de una propuesta de nuevo Código Civil cubano que sustituyera al de hechura española;²⁰ o algún otro escrito más de otra índole.²¹

Incluso, la pérdida de interés por el estudio de los tópicos relacionados con el agua como objeto de ordenación jurídica se hubo de acentuar luego del triunfo revolucionario, provocando que no tengamos, al día de hoy, propiamente, una doctrina patria establecida al respecto.

Por lo tanto, la realidad de las cosas nos advierte a los juristas cubanos que nos queda muchísimo –creemos que no exageramos si nos manejamos aquí en términos superlativos– por aprender todavía sobre el régimen jurídico de las aguas, y más aún, para comenzar a saldar la deuda de poder aportar, con acierto, al debate sobre dicho régimen jurídico.

15 Por ejemplo, NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Código Civil, Concordado con la Legislación y la Jurisprudencia del mismo desde el 20 de Abril de 1899 hasta el 24 de Diciembre de 1933*, tomo III, *Los bienes. Artículos 333 a 608*, Jesús Montero Editor, La Habana, 1935, pp. 285 a 315 y 465 a 487; MENÉNDEZ, Emilio, *Código Civil concordado con la legislación cubana y anotado con la jurisprudencia cubana y española más sobresaliente*, tomo I – *Artículos 1 al 1087*, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1959, pp. 373 a 380 y 445 a 450.

16 Valga mencionar: SEGURA CABRERA, Andrés, *La zona marítima terrestre, la propiedad privada, el dominio nacional y el uso público*, Casa Editora Librería “Cervantes”, Habana, 1925.

17 Ver NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado de Derecho administrativo*, con arreglo al Programa del Profesor de la Asignatura en la Universidad Nacional Dr. Enrique HERNÁNDEZ CARTAYA, tomo II, 13era. edición, Imprenta J. Hernández Lapido, Habana, 1926, p. 197 y ss.; LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho administrativo. La actividad administrativa y sus manifestaciones*, 3era. edición, Cultural, S.A., La Habana, 1952, p. 353 y ss.

18 En este orden de cosas, es necesario mencionar: DEL CUETO Y PAZOS, José Antolín, *Programa de Derecho civil (Segundo curso). De la propiedad y de las sucesiones*, Cátedra B, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, Imprenta Cervantes, La Habana, 1921, pp. 93 a 98; ARAMBURO Y MACHADO, Mariano, *Elementos de Derecho civil*, tomo II, Imp. Avisador Comercial, Habana, 1929, p. 130 y ss.; DÍAZ CRUZ Jr., Mario, *Propiedad y derechos reales*, Extracto de las conferencias del Doctor FÉLIX MARTÍNEZ GIRALT, Editorial Alfa, Habana, 1937, pp. 101 a 103; y TRIAY LEÓN, Andrés, *Derechos reales*, tomo II, 3era. edición, con nuevas notas del Prof. Dr. FÉLIX MARTÍNEZ GIRALT, Editorial Librería Martí, La Habana, 1951, pp. 37 a 44.

19 Por ejemplo, FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *Código Civil explicado*, tomo I, 2da. edición, Cultural, S.A., La Habana, 1944, pp. 385 a 390; MACHADO, José, *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Editorial Puga, Guanabacoa, 1950, pp. 262 a 232.

20 Valga mencionar: SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio, *Proyecto de Código Civil de Cuba*, Talleres Tipográficos de Carasa y Cía., S en C., La Habana, 1940, pp. 76 a 80.

21 V. gr., BERENGUER Y SED, Antonio, *Ponencia del Dr. Antonio Berenguer y Sed opuesta a la proposición de Ley de regadío y aprovechamiento de las aguas, presentada por el senador señor José B. Alemán*, Senado, Comisión de Códigos, Imprenta y Papelería de Rambla y Bouza, Habana, 1911.

4. Apuntes sobre pasado y presente de la ordenación normativa del agua en Cuba

Como el Derecho cubano todo –y como no podía ser de otra manera–, también el establecimiento y evolución del régimen jurídico moderno de las aguas en Cuba –si bien debe tenerse como un proceso único de desenvolvimiento y desarrollo que nos llega hasta hoy– ha surcado en su itinerario de vida varias etapas históricas, que resulta importante identificar y apreciar, a los fines de una adecuada comprensión de la construcción de ese régimen jurídico. Esas etapas se enmarcan ya en tres siglos diversos (XIX, XX y XXI), y están en franca conexión con el desarrollo político, social y jurídico de la nación cubana en estas centurias.

En lo que ha de entenderse también, para el caso concreto del régimen jurídico de las aguas en Cuba, que su desenvolvimiento y progreso ha estado condicionado y estrechamente conectado con elementos de fondo, como son: la voluntad política dominante en un periodo histórico concreto; el desarrollo socioeconómico por el que ha pasado el país durante los diversos tiempos históricos vividos; el aumento de las necesidades de la población en torno al acceso, abastecimiento y uso (para diversos fines) del agua, así como el acrecentamiento en los imperativos de garantía en la satisfacción de esas necesidades; los criterios que se imponen, en un momento histórico-concreto dado, para proyectar y articular la gestión de esas necesidades desde las estructuras del poder público; los imperativos, *in crescendo*, en torno a la protección del agua como recurso natural y la garantía de sus sostenibilidad; el progreso tecnológico; entre otros.

4.1. Etapa final del periodo colonial en Cuba: los primeros grandes hitos modernos del régimen jurídicos de agua en nuestro país

La historia jurídica de Cuba estuvo ligada en sus orígenes a España (a la corona castellana, realmente), en tanto esta última tomó posesión de la primera a partir del proceso de “descubrimiento” y conquista comenzado a inicios del siglo XVI. Hasta el 1 de enero de 1899, en que cesa la dominación colonial, Cuba fue territorio ultramarino español, y durante mucho tiempo, apoyándose en esa condición de provincia o territorio ultramarino, regulado por una legislación especial que, en no pocas cuestiones, le hizo tener derroteros jurídicos diversos a la Metrópoli europea. Por lo

tanto, las bases históricas, y con ello las modernas (siglo XIX), de nuestro sistema jurídico, hay que buscarlas en el universo jurídico de ese territorio del Viejo Continente, especialmente, pero con ciertas particularidades impuestas por el Derecho que la potencia colonial daba a lo que le quedaba de sus antiguas posesiones ultramarinas.

Este dato histórico es necesario enarbolarlo aquí, pues, como sucede con otros sectores de relevancia, el del agua en Cuba tiene sus bases jurídicas históricas en la legislación española decimonónica que se hizo extensiva a Cuba; sobre todo porque, entre nosotros, hubo de “reinar” por –muy– poco más de una centuria la española Ley de Aguas de 1879, a partir de 1891.

Sustrayéndonos de mencionar los más remotos antecedentes que hicieron parte del régimen jurídico de las aguas para nuestro país, hay que decir que los primeros grandes hitos modernos de dicho régimen en Cuba deben ubicarse en el Código Civil español de 1888 y en la Ley de Aguas española de 1879, ambas con vigencia finisecular decimonónica en lo que a nuestro territorio atañe. Realizamos aquí la enumeración de esos cuerpos legales de esta manera, pues en ese orden fue que entraron en vigencia para Cuba, a pesar de que la segunda llevaba una década de vigencia en España cuando allí se dio dicho cuerpo legal civil.

El Código Civil español de 1888 se hizo extensivo a Cuba y comenzó a regir en 1889. Al cesar la dominación española y abrirse la etapa de la primera intervención militar norteamericana en Cuba (1899-1902), por la Proclama del Gobernador Militar de Cuba de 1 de enero de 1899, se declaró que el Código Civil vigente mantenía su fuerza legal. Luego, por la Disposición Séptima de la Constitución cubana de 1901 (primera norma constitucional del país constituido ya en Estado) se respaldó la observancia de dicho cuerpo jurídico civil; el que, en definitiva, estuvo vigente por casi un siglo, cuando un nuevo Código Civil fue aprobado al calor de las nuevas circunstancias sociopolíticas de la ya consolidada revolución cubana.

Dentro de la sistemática del Código Civil de factura española dado a los cubanos, el tema aguas tenía un espacio propio. En lo fundamental, el articulado relativo a la cuestión de las aguas se ubicó dentro del Libro Segundo, *De los bienes de la propiedad y de sus modificaciones* (artículos 333 a 608), donde, además de lo que se establecía con carácter general en los artículos 338 a 345 (Título I, “De la clasificación de los bienes”, Capítulo III, “De los Bienes según las personas a que pertenecen”) sobre la distinción entre bienes de dominio público y bienes de propiedad privada²² y la regulación de

22 Por el artículo 338 se había regulado que los bienes eran de dominio público o de propiedad privada.

los que entraban en una²³ y otra categoría de bienes;²⁴ en el Título IV, “De las propiedades especiales” (artículos 407 a 429), se destinaba el Capítulo I a las aguas, con la denominación “De las aguas” (artículos 407 a 425).²⁵ Ese capítulo comprendió cinco secciones: la Sección Primera, “Del Dominio de las Aguas” (artículos 407 y 408); la Sección Segunda, “Del aprovechamiento de las aguas públicas” (artículos 409 a 411); la Sección Tercera, “Del aprovechamiento de las aguas de dominio privado” (artículos 412 a 416); la Sección Cuarta, “De las aguas subterráneas” (artículos 417 y 419); y la Sección Quinta, “Disposiciones Generales” (artículos 420 a 425). Además, dentro del propio Libro Segundo del Código Civil, se estableció, perteneciente al Título VII, “De las servidumbres”, y al interior de este, en el Capítulo II, “De las servidumbres legales”, una Sección Segunda denominada “De las servidumbres en materia de aguas” (artículos 552 a 563).

En una de las más relevantes prescripciones que se contenían en el Código Civil español sobre la cuestión de las aguas, el legislador ibérico, al seguir su lógica de distinción en bienes de dominio público y bienes de dominio privado (artículos 338 a 345) diferenció entre aguas de dominio público y aguas de dominio privado, y estableció al respecto como aguas de dominio público (artículo 407): 1º los ríos y sus cauces naturales; 2º las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces; 3º las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público; 4º los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos; 5º las aguas pluviales que discurran por barrancos o

23 En el artículo 339 se refrendaba que eran bienes de dominio público: 1º los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las rieras, playas, radas y otros análogos; 2º los que pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión. Por otro lado, en el artículo 344, primer párrafo de la norma civil apuntada, se acogía que eran bienes de uso público, en las provincias y los pueblos (municipios), los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias.

24 En cuanto a los bienes de propiedad privada, hay que ver que en el Código civil español se señalaba (artículo 340) que todos los demás bienes pertenecientes al Estado, en que no concurrían las circunstancias expresadas en el artículo 339, tendrían el carácter de propiedad privada. Asimismo, se acogía (artículo 341) que los bienes de dominio público, cuando dejaran de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasaban a formar parte de los bienes de propiedad del Estado. Para el caso de las provincias y pueblos (municipios), por el artículo 344, párrafo segundo, se establecía que todos los demás bienes que estos poseyeran, que no estuvieran incluidos en la referencia contenida en el primer párrafo de ese artículo 344, eran patrimoniales y se regirían por las disposiciones del Código Civil, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Finalmente, por el artículo 345 se regulaba que eran bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente.

25 Era ese el más extenso de los capítulos dedicados a lo que en ese Código Civil se llamaba las “propiedades especiales”, donde además se incluía la “De los minerales” (Capítulo II, artículos 426 y 427), y la Propiedad Industrial en el Capítulo III, “De la Propiedad Industrial” –que también abarcaba dos artículos: el 428 y el 429.

ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público; 6º las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos; 7º las aguas halladas en la zona de trabajo de Obras Públicas, aunque se ejecuten por concesionarios; 8º las aguas que nazcan continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salgan de dichos predios; 9º los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos.

A la luz del artículo 409 de esta norma civil que nos ocupa, se referendaba que el aprovechamiento de las aguas públicas se adquiriría por concesión administrativa o por prescripción de veinte años; los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos serían los que resultaban, en el primer caso, de los términos de la concesión, y en el segundo, del modo y forma en que se hubiera usado el agua.

Por su lado, en el artículo 408 se decía que eran aguas de dominio privado: 1º las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos; 2º los lagos y lagunas y sus álveos, formados por la naturaleza en dichos predios; 3º las aguas subterráneas que se hallen en estos; 4º las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos; 5º Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público. Asimismo, en el último párrafo de ese artículo 408 del Código Civil se acotaba que en toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serían considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que fueran destinadas las aguas; los dueños de los predios, por los cuales o por cuyos lindes pasara el acueducto, no podrían alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce o márgenes, o no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o dominio o que reclame.

En consonancia con ese artículo 408, en el 412 se destacaba que el dueño de un predio en que nace un manantial o arroyo, continuo o discontinuo, podía aprovechar sus aguas mientras discurrieran por él; pero las sobrantes entraban en la condición de públicas, y su aprovechamiento se regía por la Ley especial de Aguas (la española de 1879).

Planteadas así la ordenación al interior del Código Civil español –no se olvide que este código era hijo del pensamiento liberal burgués decimonónico–, el tratamiento jurídico que allí se le dio a las aguas estaba concebido dentro de una lógica de pensamiento civilista, que hacía a las mismas objeto de un “tipo especial de propiedad” dentro de la órbita jurídica de la propiedad que ese conjunto normativo definía (especialmente, véase el artículo 348), y que, en esencia, se ajustaba al perímetro del tráfico jurídico *interprivatos*.

Según recordaba un viejo autor español, radicado por un tiempo en Cuba:

“... La Ley española de 11 de mayo de 1888, que autorizó al Gobierno para publicar el Código Civil (concretamente, la Base X de esa Ley), y la idea tradicional de los límites entre el dominio público y el dominio privado, llevaban a considerar generalmente que en materia de aguas lo relativo a la ‘propiedad’ era incumbencia del Derecho Civil, mientras que ‘la relación de las aguas con el interés social’ pertenecía al Derecho Administrativo.

“Era dar por supuesto que *el aspecto administrativo* de la cuestión no podía alcanzar en ningún sentido a problemas tales como ‘el dominio y la naturaleza jurídica de las aguas’, sino limitarse a la *reglamentación* de los aprovechamientos y al *régimen de policía* de los mismos [...]”.²⁶

En consecuencia, no resulta fuera de lugar entender que el régimen jurídico de las aguas que esa norma civil amparaba –y en los marcos de ella– partía de encerrarlas en las miras limitadas de un contexto esencialmente individualista. Del que resultaba que las aguas –como bien jurídicamente relevante– eran vistas como un recurso u objeto de relaciones de propiedad; quedando así “estancada” su ordenación jurídica –desde la perspectiva de ese Código Civil– en una concepción principalmente patrimonialista, donde el eje central era el marco de atribución del dominio sobre las mismas, así como la determinación del contenido dominico y de su aprovechamiento.

Desde el contexto cubano, ya con medio siglo de vigencia aquí del Código Civil español, se dijo –en clara alusión a las aguas y a las minas– que el legislador español.

“... no debió ocuparse de estas propiedades especiales, ya que algunas de ellas carecen de los verdaderos caracteres del dominio, debiendo haberse encuadrado, por su objeto, en el derecho administrativo, de acuerdo con las leyes específicas que las regulan”.²⁷

En una cuerda cercana, y en razón de un panorama normativo como el que aludimos, se advirtió:

“... que ‘la relación de las aguas con el interés social’ no siempre puede reglarse *después* de haberse establecido los límites entre el dominio público y el dominio privado, como una materia jurídica que el Derecho Civil *le pasa* al Derecho Administrativo; pues al

26 MONTIEL, F. Félix, *Administración y “Self-goverment...”*; cit., pp. 62 y 63.

27 FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *Código Civil explicado*, tomo I, cit., pp. 386. Sobre este tema de la regulación por el Código Civil español de las propiedades especiales a las que el mismo se refirió, entre las que se incluyó la propiedad de las aguas, puede verse también lo que expresaron DÍAZ CRUZ JR., Mario, *Propiedad y Derechos reales*, cit., p. 100; y TRIAY LEÓN, Andrés, *Derechos reales*, tomo II, cit., pp. 37 y 38.

contrario, ‘el interés social’ de las aguas determina en no pocas de las leyes modernas que esas aguas sean consideradas –precisamente por hacer entrar ‘lo administrativo’ en la apreciación de ‘lo civil’ –como de propiedad pública”.²⁸

La Ley de Aguas de España, de 13 de junio de 1879, se hizo extensiva a Cuba por Real Decreto de 9 de enero de 1891, comunicándose por Real Orden de 13 de enero de 1891, y se publicó en la *Gaceta de La Habana*, en las gacetas de 26 de febrero al 3 de marzo de 1891.

La Ley de 1879 resultaba ser el cuerpo normativo que funcionaba para la España continental como la legislación especial en materia de aguas. Con vida previa a la aparición del Código Civil en la Península Ibérica, para Cuba la Ley de Aguas de 1879 resultó de vigencia posterior a la de dicha codificación.

La Ley de Aguas de 1879, que entró en vigor en Cuba en 1891, solo tuvo una pequeña variación en relación con el texto que regía en territorio continental español, en tanto la norma para Cuba no contenía 258 artículos como la original, sino 259, pues se le agregó un artículo que, por lo que dispuso, perdió aplicabilidad una vez cesado el dominio colonial español sobre nuestro país.²⁹

En sentido general, la sistemática de la Ley de Aguas española de 1879, que se aplicó a Cuba a partir de 1891, se estructuró de la manera siguiente:

- un Título I, “Del dominio de las aguas terrestres” (artículos 1 a 27), donde se encontraban el Capítulo I, “Del dominio de las aguas pluviales” (artículos 1 a 3); el Capítulo II, “Del dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes” (artículos 4 a 16); el Capítulo III, “Del dominio de las aguas muertas o estancadas” (artículo 17); el Capítulo IV, “Del dominio de las aguas subterráneas” (artículos 18 al 27);
- un Título II, “De los álveos o cauces de las aguas, de las riberas y márgenes, de las accesiones, de las obras de defensa y de la desecación de terrenos” (artículos 28 al 68), que comprendía el Capítulo V, “De los álveos o cauces, riberas, márgenes y accesiones” (artículos 28 al 51); el Capítulo VI, “De las obras de defensa contra las aguas públicas” (artículos 52 al 59), y el

28 MONTIEL, F. Félix, *Administración y “Self-government...”*, cit., p. 63.

29 El artículo 259 regulaba: “El Gobernador general de la isla podrá anticipar las concesiones de toda clase de obras y aprovechamientos que con arreglo a la presente ley competen al Ministerio de Ultramar como Delegado de éste, sin perjuicio y a reserva de la resolución definitiva que proceda si los interesados aceptan esta condición y siempre que no exista oposición o dualismo alguno entre las Corporaciones o funcionarios informantes; debiendo limitarse, en caso contrario, a cursar con su informe al Ministerio de Ultramar el expediente respectivo para la resolución correspondiente”.

Capítulo VII, “De la desecación de lagunas y terrenos pantanosos” (artículos 60 al 69);

- un Título III, “De las servidumbres en materia de aguas” (artículos 69 al 125), que incluía el Capítulo VIII, “De las servidumbres naturales” (artículos 69 al 74) y el Capítulo IX, “De las servidumbres legales” (artículos 75 al 125), con una Sección Primera, “De las servidumbres de acueducto” (artículos 75 al 101), una Sección Segunda, “De la servidumbre de estribo de presa y de parada o partidor” (artículos 102 al 106), una Sección Tercera “De la servidumbre de abrevadero y de saca de agua” (artículos 107 al 111), una Sección Cuarta, “De la servidumbre de camino de sirga y demás inherentes a los predios ribereños” (artículos 112 al 125);
- un Título IV, “De los aprovechamientos comunes de las aguas públicas” (artículos 126 al 225), que a su vez se integraba por el Capítulo X (artículos 126 al 146), con una Sección Primera, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para el servicio doméstico, agrícola y fabril” (artículos 126 al 128); una Sección Segunda, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para la pesca” (artículos 129 al 133), y una Sección Tercera, “Del aprovechamiento de las aguas para la navegación y la flotación” (artículos 134 al 146); este Título IV se integraba también por el Capítulo XI, “De los aprovechamientos especiales de las aguas públicas” (artículos 147 al 225), dividido en su interior en una Sección Primera, “De la concesión de aprovechamientos” (artículos 147 al 163); una Sección Segunda, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento de poblaciones” (artículos 164 al 171); una Sección Tercera, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para el abastecimiento de ferrocarriles” (artículos 172 al 175); una Sección Cuarta, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para riego” (artículos 176 al 204); una Sección Quinta, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para canales de navegación” (artículos 205 al 209); una Sección Sexta, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para barcas de paso, puentes y establecimientos industriales” (artículos 210 al 221) y una Sección Séptima, “Del aprovechamiento de las aguas públicas para viveros o criaderos de peces” (artículos 222 al 225);
- un Título V (artículos 226 al 256), que se organizó en un Capítulo XII, “De la policía de las aguas” (artículos 226 y 227); un Capítulo XIII, “De la comunidad de regantes y sus Sindicatos y de los Jurados de riego” (artículos 228 al 247), que contenía la Sección Primera, “De la comunidad de regantes y sindicatos” (artículos 228 al 241) y la Sección Segunda, “De los Jurados de riego” (artículos 242 al 247); un Capítulo XIV, “De las atribuciones de la Administración” (artículos 248 al 252) y un Capítu-

lo XV, “De la competencia de los Tribunales en materia de aguas” (artículos 253 al 256);

- y tres Disposiciones Finales (artículos 257 al 259).

La importancia del mencionado cuerpo normativo especial de 1879 sobre aguas ha sido puesta de relieve por la doctrina española.³⁰ De larga vida tanto en España como en Cuba (rigió entre nosotros por una centuria y poco más), se ha señalado por autorizada voz de aquella nación europea que:

“El reconocimiento del muy importante significado de la Ley de 1866-1879 es obligado asumirlo con todas sus consecuencias. Entre ellas, no es la menos significativa la de haber constituido un auténtico hito, proyectado, asumido y mantenido en no pocas legislaciones extranjeras. Es un dato que, en cualquier caso, conviene tener muy presente. También, el arraigo alcanzado entre nosotros por esa normativa, a lo que ha ayudado no poco el señalado carácter institucional de la ley [...]”.³¹

Entre nosotros, se dijo sobre dicho cuerpo legal que

“... evidentemente se trata de una Ley previsor. De fácil y clara interpretación y contentiva de incuestionables aciertos [...]”.³²

Con la entrada en vigor en Cuba de la Ley de Aguas de 1879 –en nuestro caso, a diferencia de España y como ya apuntamos, con posterioridad a la vigencia del Código Civil español– se dio la situación de tener dos cuerpos legales (los ya aludidos), que regulaban, con igual rango normativo, cuestiones esenciales sobre las aguas; aun cuando la de 1879 constituyera el cuerpo normativo especial al efecto (ley especial) y el Código Civil fuera en este sentido una norma de carácter general (ley general).

La conexión entre la Ley de Aguas de 1879 y el Código Civil de 1888 se calificó aquí como de “muy estrecha y directa”,³³ Illegándose a considerar que los

“... preceptos de la Ley de Aguas se encuentran robustecidos en cuanto a su vigencia y eficacia jurídica por el propio Código Civil [...]”.³⁴

30 Como se ha dicho: “... La perfección de la Ley de 1866-1879, ‘como es sabido, el monumento legal más prestigioso de toda nuestra legislación administrativa del siglo XIX’, que así la calificara E. García de Enterría, ha sido por todos reconocida [...]”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho de Aguas*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1997, p. 61.

31 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho de Aguas*, *cit.*, p. 62.

32 SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Legislación de aguas...*, *cit.*, p. 4.

33 *Ibidem*.

34 SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Legislación de aguas...*, *cit.*, p. 5.

En ese orden de ideas, para algún autor español, en relación con la Ley de Aguas de 1879:

“... la regulación mantenida del Código civil no era sino un fiel resumen conforme al mandato de la Base 10 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. La ley de aguas de 1879 y el Código civil constituían un todo único que no tenía sentido alguno escindir. Esa razón explica las remisiones generalísimas que el propio Código civil hace a la anterior ley de aguas (cfr. artículo 563 o, sobre todo, 425), o explica que en ciertas parte del Código civil a las que se remite la propia ley actual, como la accesión fluvial (art. 8) o las servidumbres (art. 46), la regulación existente sea de muy difícil inteligencia sin armonizarla con la regulación de la ley de 1879, de donde proviene de modo casi exclusivo”.³⁵

A pesar de haberse advertido ese lazo tan estrecho, tanto en España³⁶ como en Cuba³⁷ – donde se tomó nota de las observaciones realizadas en la primera– no dejó de avizorarse los problemas que hubo de traer el hecho de tener una norma especial (Ley de Aguas de 1879) y luego una general (Código Civil), con regulaciones relativas al mismo objeto.³⁸ Cuerpos normativos que respondieron en su redacción a inspiraciones diferentes, y que, en consecuencia, no eran coincidentes entre sí, en toda su línea, las disposiciones que ambos contenían en relación con el objeto a ordenar jurídicamente (aguas).

Como complemento de la Ley de Aguas operaban su Reglamento, puesto en vigor por Real Decreto de 13 de enero de 1891, y la Instrucción para tramitar los expedientes de aprovechamiento de aguas públicas en la Isla de Cuba, aprobada por Real Orden de 13 de enero de 1891 y publicada en la *Gaceta de La Habana* de 3 de marzo de 1891.

35 MOREU BALLONGA, José Luis, *Aguas públicas y aguas privadas*, Bosch Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1996, p. 370.

36 En observación de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “La regulación del Cc. de las aguas planteó dos cuestiones de inmediato. En primer lugar, la coexistencia de dos regulaciones sobre una misma materia, con los inconvenientes derivados de la dualidad de sistemas normativos en los supuestos de posible contradicción entre ellos. En segundo lugar, las relaciones entre ambos sistemas, el de la legislación especial y el del Cc.”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho de Aguas*, cit., p. 112.

37 Exponía Mariano SÁNCHEZ ROCA: “Ilustres jurisconsultos han encontrado poco acertado el sistema seguido en el Código Civil en cuanto a reproducir, añadir o suprimir en sus disposiciones las contenidas en la Ley Especial de Aguas, toda vez que ello exige la necesidad de consulta y la comparación de ambos textos para saber cuál ha de aplicarse, lo que podría dar origen a dudas.”. SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Legislación de aguas...*, cit., p. 6.

38 El profesor Andrés TRIAY LEÓN, al repasar las críticas que se habían vertido en su momento sobre la inclusión de la materia aguas dentro del Código Civil español, como objeto de propiedad especial, apuntaba: “El Código, según estos críticos, en lugar de señalar las bases sobre que descansan los conceptos de las propiedades especiales, se ha limitado a hacer simples referencias a las leyes particulares que las regulan, o a reproducir preceptos reglamentarios de ellas, resultando de aquí una dualidad de textos”. TRIAY LEÓN, Andrés, *Derechos reales*, tomo II, cit., p. 38.

Esa instrucción comprendió 28 artículos, y fue, en esencia, una norma jurídica de carácter procedimental para la tramitación de solicitudes para aprovechamiento (concesiones) de aguas públicas o saneamiento de terrenos pantanosos; aunque dicha instrucción se declaraba como no aplicable (artículo 28) a las obras de aprovechamiento de aguas para las que se solicite subvención o auxilio del Estado, las que debían regirse por los preceptos que se terminara por leyes o reglamentos especiales. Al igual que las normas antes mencionadas, esta instrucción tuvo una larga vigencia, con alguna que otra modificación, dentro del tráfico jurídico nacional.

4.2. La primera intervención militar de Estados Unidos en Cuba (1899-1902)

Durante el tiempo de la primera intervención militar norteamericana en nuestro país (1 de enero de 1899-mayo de 1902), además de la ratificación expresa de la vigencia del Código Civil español por la proclama del General John R. BROOKE al tomar posesión del Gobierno de Cuba, de 1 de enero de 1899, y el hecho de mantenerse también vigente la española Ley de Aguas de 1879 –aunque no por una declaración expresa al efecto como sí se hizo para el Código Civil y el Código Penal españoles por la aludida proclama–, no hubo grandes movimientos –ni cualitativa, ni cuantitativamente entendidos– a propósito del régimen jurídico de las aguas en nuestro país.

Sin embargo, tampoco es que este periodo pasara sin acontecimientos al respecto; y en el orden de cosas que nos motiva en estas líneas, es necesario destacar alguna disposición relacionada –especialmente– con la gestión de los servicios de abasto de agua, con todo y que realmente fue muy poca la nueva producción normativa que, en ese periodo de intervención extranjera, vino a incorporarse dentro del marco jurídico de ordenación de las aguas en nuestro país.

En concreto, es menester mencionar la Orden Militar No. 47 de 22 de febrero de 1902, que se dictó a los fines de ordenar el cobro de contribuciones por el uso del servicio de acueducto en la ciudad de La Habana (fines de protección de la recaudación fiscal y de organización del uso del servicio de acueductos), atendiendo a que propietarios de casas utilizaban el servicio de acueducto “de manera irregular e ilegal” y sin el pago por el correspondiente uso. Por lo que se pretendió regularizar el abasto de agua en La Habana a través del servicio de acueducto, buscando, por esa vía, regularizar el cobro de ese servicio, al disponer que dichos propietarios debían pedir, en un “plazo de 10 días a contar desde la fecha de la publicación de esta orden”, la “instalación de plumas de aguas en todas aquellas casas situadas en los barrios de la Ciudad, donde

existan en la actualidad cañerías maestras de agua”; de lo contrario, se impondría “una multa a todos los dueños de casas en las que no se haya instalado el agua o respecto a las cuales no se hayan presentado las solicitudes por escrito” para la instalación de las “plumas de agua”.

Igualmente, en esta Orden Militar No. 47 de 1902, se contenían prescripciones sobre “la cobranza de la contribución por plumas de aguas”, indicándose que “ni el Estado, ni Corporación o Asociación alguna, ni persona o personas algunas, estarán exentas del pago de la contribución de agua; solamente se exceptúan aquellos que posean plumas redimidas, en cuyo caso, deberán acreditar que han adquirido legalmente el derecho de usarlas por tiempo limitado”.³⁹

Una consecuencia que debe extraerse de lo dispuesto por la Orden Militar No. 47 de 1902, por el hecho de conminarse en ella a todo propietario de inmueble –so pena de ser multado por no cumplir el mandato– a la “instalación de plumas de aguas en todas aquellas casas situadas en los barrios de la Ciudad, donde existan en la actualidad cañerías maestras de agua”, es que con esa orden militar no solo se pretendió regularizar el servicio de acueducto en el perímetro habanero, sino que el mismo devenía obligatorio (servicio público obligatorio) para el caso de los (usuarios) propietarios de casas que se encontraban en la situación fáctica a la que aludía esa disposición normativa.

Dentro de las acciones para crear en nuestro país un sistema sanitario –uno de los frentes de actuación pública más visible durante la gestión administrativa del gobierno de la primera intervención norteamericana– se dictó la Orden Militar No. 159, de 17 de mayo de 1902, por la que se creaba la Junta Superior de Sanidad de la Isla de Cuba, como ente administrativo superior de los servicios sanitarios en nuestro territorio, que entre el conjunto de sus competencias, tuvo la de la supervisión general de todos los asuntos relacionados con la salud pública en toda Cuba (Sección 2, inciso a), y la de exigir el cumplimiento de todas las disposiciones de carácter sanitario respecto –entre otros– del abastecimiento de agua y las referentes a la adulteración de líquidos y bebidas (Sección 2, inciso e). Además, el Jefe de la Junta Superior de Sanidad, conforme con la legislación sanitaria vigente, podía practicar o hacer que se practicaran inspecciones periódicas –entre otros– al “servicio de agua, a los baños públicos, pozos, aljibes” (Sección 3, inciso i); así como, a solicitud de la Junta de Sanidad de cualquier ayuntamiento del país, el Jefe de la Junta Superior de Sanidad habría de expresar su opinión so-

39 Por la Orden Militar No. 74, de 13 de marzo de 1902, se prorrogó el plazo que se estableció en la Orden Militar No. 47 de 1902, sobre la presentación al Alcalde de la ciudad de La Habana de las solicitudes por escrito pidiendo la instalación de plumas de aguas en todas aquellas casas situadas en los barrios de la ciudad, donde existían entonces cañerías maestras de agua; disponiéndose además la improrrogabilidad del nuevo plazo establecido por esta nueva Orden Militar No. 74.

bre los planes que fueran ventajosos para –entre otros– el servicio municipal de agua, desagües, cloacas (Sección 3, inciso j). De igual modo, por esta Orden Militar No. 159 se creaban las Juntas Locales de Sanidad, que dirigían la parte administrativa de los asuntos sanitarios del ayuntamiento (Sección 4, inciso a) y tendría a su cargo la supervisión general de la sanidad pública en todo el distrito del ayuntamiento (Sección 4, inciso c); sus competencias eran, dentro de su demarcación territorial, iguales a las de la Junta Superior de Sanidad, pero bajo la inspección y gobierno de esta última, sin atribuciones en el Servicio de Cuarentena Marina (Sección 4, inciso d).

No queremos cerrar este acápite sin mencionar una medida comercial interesante que involucraba a las aguas, la que se dio en las postrimerías del gobierno de intervención norteamericano con la Orden Militar No. 171, de 17 de mayo de 1902. Por esta, se liberalizaba, con cierto condicionamiento de garantía comercial, la venta comercial de agua mineral natural; venta que, hasta ese momento, era privilegio exclusivo de los establecimientos farmacéuticos.⁴⁰

4.3. La etapa republicana prerrevolucionaria (1902-1958)

Dando el siglo XX sus primerísimos pasos, se produce finalmente el surgimiento de Cuba como Estado (1902), bajo el amparo de la Constitución liberal de 1901. En esta norma superior, y para el nuevo orden de cosas político-jurídico superior que establecía, se dispuso, por la Séptima de sus Disposiciones Transitorias, que

“Todas las leyes, decretos, reglamentos, órdenes y demás disposiciones que estuvieran en vigor al promulgarse esta Constitución, continuarán observándose en cuanto no se opongan a ella, mientras no fueren legalmente derogadas o modificadas”.

Es en virtud de esa disposición transitoria constitucional, y por el hecho de ser normas que habían conservado su vigencia al momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1901, que tanto el Código Civil español como la también ibérica Ley de Aguas de 1879⁴¹ – junto a otras normas vigentes que traían causa de la

40 En el apartado I de la Orden Militar No. 171, de 17 de 1902, se indicaba: “La venta de *aguas minerales naturales*, que hasta ahora ha estado exclusivamente reservada a los Establecimientos de Farmacia se declara libre para lo sucesivo, desde la publicación de la presente Orden; pudiendo expendirse, por lo tanto, en cualquier otro Establecimiento de Comercio, siempre que los envases que contengan dichas aguas estén provistos de la correspondiente marca o sello de garantía que acredite su legítima procedencia, bajo las penas que la legislación vigente señala a los falsificadores”.

41 Ya en el primer cuarto del siglo XX, algún autor cubano llamó la atención sobre lo “impropio” de la denominación de “Ley de Aguas” para el cuerpo normativo de factura española que regía entre nosotros, en tanto entendía que ese nombre no “[...] no da un verdadero sentido de su contenido. Debía denominarse Ley de Ríos o Ley de Aguas Terrestres”. Ver NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Tratado...*, cit., p. 197.

época colonial o del periodo interventor norteamericano– mantuvieron su operatividad normativa y continuaron como nervios centrales del entramado normativo que, para ese tiempo y para décadas posteriores, conformaba el marco jurídico ordenador de las aguas en nuestro país.

A lo largo de las primeras seis décadas del siglo XX, fueron apareciendo nuevas normas jurídicas que –referidas directa o eventualmente a la cuestión del agua– pasaron a formar parte del régimen jurídico positivo de las aguas en nuestro país. Esas nuevas aportaciones normativas, que vieron la luz durante la época republicana pre-revolucionaria, tuvieron que ver –en menor medida– con el aprovechamiento de las aguas públicas y –sobre todo– con la organización institucional de la gestión del agua, con la realización o el manejo de la infraestructura para su gestión, o la organización y extensión de servicios de acueducto o abasto de ella a las poblaciones.

Interesante es ver, dentro de esas primeras seis décadas del siglo XX, cómo el periodo de actividad jurídica más intensa en torno a los servicios de aguas se da entre 1925 y 1943; periodo de tiempo este donde se produce la etapa final de cierre definitivo del ciclo del Estado liberal entre nosotros (Constitución de 1901) y concreta el paso hacia, y el entronizamiento de, un Estado de corte interventor (Constitución de 1940), en el que se puede apreciar cómo paulatinamente se va extendiendo la aparición y el desenvolvimiento de los servicios de acueductos en nuestro país, por diferentes lugares, con todo y los serios problemas de acceso y gestión de esos servicios, que no eran sino reflejo, en ese plano, de la situación socioeconómica entonces imperante.

Entre las normas de importancia relacionadas con el régimen jurídico de las aguas en Cuba, es necesario mencionar varias, sin ánimo de agotarlas todas en esta mención. Seguiremos, en este recordatorio, un criterio cronológico.

En primer lugar, hay que considerar las Ordenanzas Sanitarias contenidas en el Decreto No. 11 de 3 de enero de 1906, un primer ejercicio republicano para organizar las Juntas Locales de Sanidad y para establecer, entre otras cuestiones, prescripciones sanitarias sobre el abasto de agua.

Como un cuerpo normativo de trascendencia, debe tenerse a la relevante Ley Orgánica de los Municipios de 1908 (Decreto No. 568 de 19 de mayo de 1909), obra de la Comisión Consultiva que desarrolló sus actividades en el Gobierno de la segunda intervención estadounidense, al disponer por el artículo 126, apartados 19 y 28, competencias municipales, respectivamente, a propósito de la instalación de tuberías de agua y para la fijación de tarifas (potestad tarifaria) por el uso del agua –entre otros servicios que allí se enumeran.

Previamente, en el artículo 124 (primer párrafo) de esa ley orgánica municipal se había dispuesto que el Poder Central atendería en la Capital de la República (La Habana), al saneamiento y policía de seguridad y de orden público y cuanto se relacione con el embellecimiento, higiene y progreso, en general; iniciando y realizando las obras públicas que estimara conveniente, y estableciendo los servicios que creyera necesarios, sin relevar por ello al Ayuntamiento de sus obligaciones propias. En el segundo párrafo de ese propio artículo 124 se establecía que en aquellas obras y servicios tendría el Ejecutivo Nacional la dirección y administración, mientras no las deje voluntariamente, y acordaría con el Ayuntamiento la proporción en que debía este contribuir en tales gastos. Con este artículo 124,⁴² las competencias allí señaladas y relacionadas con el Ayuntamiento de la capital no resultaban entonces competencias municipales, sino competencias centrales, al sustraerse en ese caso particular del ámbito municipal (Municipio) para incardinarlas en el marco competencial del Estado como entidad central.

La situación creada a raíz de ese artículo 124 motivó unas interesantes reflexiones de un autor, a finales del primer cuarto del siglo XX, al hilo de un comentario del articulado de la Ley Orgánica de los Municipios de 1908, que trasunta un claro sentir, a tenor de la realidad que en ese entonces presentaba el servicio de abastecimiento de agua en La Habana. Este autor, Rogelio BARATA Y GODOY –quien fuera Jefe de la sección de examen de cuentas provinciales y municipales de la intervención general de la República– apostillaba que, a su juicio, lo dispuesto en ese artículo 124 no impedía

“... que el Ayuntamiento atienda al mejoramiento de esos servicios –BARATA Y GODOY se refería a los que en la capital estaban a cargo del poder central– en relación a las cantidades que anualmente le extrae a los contribuyentes, sobre todo en cuanto al alumbrado y al servicio de agua.

“El Estado cobra solamente por el servicio de agua lo relacionado con la instalación, reparaciones, etc., (enorme sangría que diariamente se da al propietario) pues hasta se le cobra el desgaste del carro que conduce los materiales. Pero, dejando esto a un lado y volviendo al ingreso que percibe el Municipio por medio del Banco, a cuyo cargo está la recaudación; tenemos que en las Cajas Municipales ingresan anualmente más de \$600,000 por ese concepto, que como un ‘Maná’ es esperado trimestralmente para aplicarlo a todo, menos a mejoras y extensión del servicio de agua. Si de esas sumas, en los diez últimos años se hubiera aplicado siquiera la mitad de este objeto, La Habana tendría un caudal de agua abundante y buena. Nada de esto se hace ni parece haber trazas

42 Por la Ley de 27 de noviembre de 1909 se adicionó un párrafo al artículo 124, donde se fijaba la proporción en la que habrá de cooperar el Estado en la atención del servicio de policía, de seguridad y orden público en la capital.

de que se haga por el Ayuntamiento; pero bien pudiera el Ejecutivo Nacional al amparo de este artículo y del Decreto No. 943 de 19 de Octubre de 1912, disponer que el Ayuntamiento retuviera en depósito a medida que lo recaudara, por lo menos el 50 % de esos ingresos, con el fin de aplicarlos única y exclusivamente a mejoras del servicio de aguas”.⁴³

Otro momento debe tenerse con la importante Ley Orgánica del Poder Ejecutivo de 1909 (Decreto No. 78 de 12 de enero 1909), obra también de la Comisión Consultiva. En esa ley –en su texto original– se disponía la creación de una Secretaría de Obras Públicas (artículos 208 al 242, correspondientes al Capítulo V, del Título III “Jurisdicción y organización interior de las Secretarías de Despacho”). Y se señalaba (artículo 209) que el Secretario de Obras Públicas tendría a su cargo los asuntos referidos a: obras del Estado que requirieran la intervención de ingenieros, incluyendo las carreteras y sus accesorios; mejoras en los ríos y puertos; canales; ferrocarriles; medición de tierras y aguas; asuntos relacionados con la reclamación, drenaje e irrigación de los terrenos y el uso de aguas, de acuerdo con la ley de la materia; obras de ingeniería municipal; construcción y conservación de los auxilios a la navegación; y construcciones civiles y militares. El propio artículo 209 agregaba que el Secretario de Obras Públicas también tendría a su cargo los asuntos relativos a las concesiones de obra de utilidad pública, que hubieran de ejecutarse por particulares y compañías, con excepción de las que, conforme a las leyes, fueran de la (entonces) Comisión de Ferrocarriles, o estuvieran encomendadas a alguna otra Secretaría del Despacho, o a las provincias ayuntamientos. Igualmente (artículo 209), el Secretario de Obras Públicas tenía a su cargo los asuntos relacionados con las obras de uso particular que ocuparan en todo en parte el dominio público; y de todo lo que se relacione con las concesiones otorgadas en relación con las leyes de aguas y puertos.

La Secretaría de Obras Públicas se organizó inicialmente (artículo 216) en dos oficinas, una de las cuales era la Oficina Central de Obras Públicas, situada en La Habana, y comprendía todas las de la administración central. Dentro de la estructura de esa Oficina Central de Obras Públicas, que se dividía en 9 negociados (artículo 217), estaba el Negociado de Mejoras en Ríos y Puertos, que, bajo la dirección de un Ingeniero Jefe de Primera Clase, en general, se ocupaba de los asuntos relativos a la preparación y ejecución de proyectos para toda clase de mejoras en ríos y puertos, incluyendo construcción y reparaciones, y a las concesiones del dominio público para uso público o particular, en ríos, puertos y playas de la

43 BARATA Y GODOY, Rogelio, *Ley Orgánica de los Municipios adicionada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y comentada*, Imprenta y papelería de Rambla, Bouza y Ca., Habana, 1925, p. 88.

República (artículo 219). También se creó el Negociado de Suministro de Aguas, Cloacas e Ingeniería Municipal, que, igualmente a cargo de un Ingeniero Jefe de Primera Clase, se ocupaba de los asuntos relacionados con el uso de aguas, de acuerdo con la ley de la materia; la desecación, drenaje e irrigación de terrenos; la preparación y ejecución de obras de abasto de agua, cloacas e ingeniería fuera de las ciudades y pueblos, adscritas al Ingeniero Jefe de La Habana; además, le correspondía los asuntos relacionados con las concesiones sujetas a la alta inspección de la Secretaría de Obras Públicas, relativas al agua, o ingeniería municipal, que no estuvieran bajo la autoridad del Ingeniero Jefe de La Habana (artículo 220).

En 1925, el Decreto No. 1735 de 12 de agosto introdujo una reorganización en el Negociado de Aguas, Cloacas e Ingeniería Municipal de la Secretaría de Obras Públicas, y tenía a su cargo, por esta modificación competencial –entre otros aspectos–, todo lo que se relacionaba con el abastecimiento de agua prestado por los acueductos administrados por el Estado, y con la construcción, el mejoramiento, la reparación y la conservación de los alcantarillados. De igual forma, el Decreto No. 1566 de 21 de octubre de 1931 vino a aclarar y limitar el alcance del Decreto No. 1735 de 1925 en cuanto a las competencias del Negociado de Aguas, Cloacas e Ingeniería Municipal de la Secretaría de Obras Públicas; y dispuso que las Administraciones de los acueductos de Jaruco y Güines quedaran adscritas a la Jefatura de Obras Públicas del Distrito Provincial de La Habana.

Por otro lado, volviendo a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, al Negociado de Servicios Sanitarios de La Habana, perteneciente a la Dirección de Sanidad de la entonces Secretaría de Sanidad y Beneficencia, se le asignó, dentro de los asuntos que atendía, que eran dentro del Término Municipal de La Habana, la aprobación de los planos para la instalación de plumas de agua, cloacas y alcantarillas (artículo 301).

La Ley de 4 de julio de 1911 –en lo que aquí nos interesa– vino a establecer que los servicios de abastecimiento de agua, cuyas obras habían sido construidas con fondos del Estado, las Provincias o los Municipios, fueran gestionados por administración (gestión directa), prohibiendo su arrendamiento, contratación o concesión a particulares o compañías (gestión indirecta).

Por Decreto No. 378 de 17 de mayo 1911 se creó la Junta Nacional de Pesca, como dependencia de la Secretaría de Agricultura, Comercio y Trabajo, a la que se le asignó entre sus competencias

(artículo Tercero) “todo lo referente a la inmediata explotación de las aguas jurisdiccionales de la República”; así como (artículo cuarto) se ocuparía “de hacer un reglamento interior, de velar por el cumplimiento de las prescripciones vigentes sobre la pesca, recopilándolas, ordenándolas y publicándolas en debida forma; de organizar la estadística anual, de preparar un Museo Nacional de Pesca, en el cual estarán permanentemente expuestas nuestras especies útiles y dañinas, y los diferentes utensilios y artes de pesca, y por último, de hacer cuanto convenga a la conservación y aumento de nuestra riqueza pesquera”.

El 19 de octubre de 1912 se adoptó el Decreto No. 943, contentivo del Reglamento para el Abasto de Agua a la Ciudad de La Habana, que años más tarde sería modificado por el Decreto No. 1969 de 9 de agosto de 1935. En este reglamento de 1912 (artículo 1) se declaraba que el servicio de agua (acuoducto) era obligatorio para toda finca urbana, por cuyo frente pasaba la cañería maestra de la red de distribución.

Con fecha 13 de mayo de 1913, se emitió el Decreto No. 519, que contenía el Reglamento de baños y aguas minero-medicinales, modificado luego por el Decreto No. 260 de 1 de marzo de 1927. En el artículo 4, primer párrafo, de ese reglamento, quedaba refrendado que ningún establecimiento de baños y aguas minero-medicinales podía ser dedicado al servicio público, sin que el Secretario de Sanidad y Beneficencia declarara de utilidad pública las aguas y concediera la correspondiente autorización y apertura. Esa declaración de utilidad se otorgaba si las aguas merecían ser consideradas como minero-medicinales; y la autorización cuando el que la solicitara justificara sus derechos para utilizarlas y, además, el establecimiento debía reunir las condiciones y medios necesarios para asegurar la conveniente y científica aplicación de las aguas minero-medicinales, así como los requisitos sanitarios que señalara la Dirección de Sanidad (artículo 4, segundo párrafo).

Con el Decreto No. 530 de 13 de mayo de 1913, se establecieron las Ordenanzas Sanitarias para el régimen de los Municipios de la República y el Reglamento para Instalaciones sanitarias, al cual debían ajustarse los plomeros y maestros instaladores.

Por el Decreto No. 674, de 6 de julio de 1914 –durante la gestión presidencial de Mario GARCÍA MENOCA–, vieron la luz nuevas *Ordenanzas Sanitarias para el régimen de los Municipios de la República* y el *Reglamento para Instalaciones Sanitarias*. En ellas, en su Capítulo I, “Abastecimiento de agua” (artículos 1 al 8)⁴⁴ –principalmente, pero no en exclusiva– se incluyeron disposiciones

44 Por el Decreto Presidencial No. 1128 de 25 de mayo de 1938, se adicionaron unos párrafos al artículo 3 de las Ordenanzas Sanitarias de 1914.

sobre la calidad de las aguas y para el servicio de abasto de estas últimas; esencialmente perfiladas, en primer orden, a la garantía sanitaria, pero también significaban exigencias a observar que debían elevar los estándares cuantitativos y cualitativos del agua que se suministraba a la población para el consumo humano individual y social, buscando mejorar, en lo que al consumo de agua se refería, la calidad de vida de las poblaciones cubanas.

Por el artículo 1 de ese capítulo primero de las ordenanzas sanitarias de 1914 se regulaba que

“La provisión de agua para la población será adecuada, tanto a lo que respecta a su cantidad como a sus cualidades bio-químicas, ya sea obtenida de acueductos, manantiales, ríos, pozos, aljibes, cubas o cualquier otra clase de depósitos naturales o artificiales; y se dispondrán las medidas que sean necesarias para conservar la pureza y salubridad del agua destinada a bebidas y a todos los usos domésticos”.

De esa forma, y a través de parte del articulado de las *Ordenanzas Sanitarias* de 1914, se prescribieron ciertas exigencias objetivas y criterios de calidad, no solo sobre las condiciones que debía reunir el recurso –agua– que se suministraba, sino también sobre la infraestructura que habría de servir a la gestión de su abasto y comercialización, y a su almacenamiento y uso por parte de la población.

Por el Decreto No. 1440 de 6 de octubre de 1922 se dictó el *Reglamento para Embotellado y Expendio de Aguas y Refrescos*, un instrumento jurídico que vino a llenar un vacío normativo en función de regular el embotellado y expendio de aguas y refrescos, cuyo articulado comprendía disposiciones sobre la clasificación de las aguas a tales efectos industriales, sobre su procedencia, y otras cuestiones sobre el proceso industrial de embotellado de tales líquidos y sobre su expendio; todo ello en función de garantías de salud pública y comerciales. En 1941, por Decreto No. 1274 de 7 de mayo, se emitió un nuevo reglamento para el embotellado y expendio de aguas y refrescos, que derogó al de 1922.

El Decreto No. 752 de 24 de mayo de 1923, instrumentó el *Reglamento General de Pesca*, primer cuerpo normativo, hasta ese momento, que ordenó jurídicamente la pesca en nuestro país con un carácter general y sistémico.

El Decreto No. 852 de 15 de mayo de 1925 introdujo una modificación en el artículo 23 (consistente en un aspecto procedimental), en la finisecular *Instrucción para tramitar los expedientes de aprovechamiento de aguas públicas*, aprobada en 1891.

Por el Decreto No. 260 de 1 de marzo de 1927, se dictó un nuevo *Reglamento de Baños y Aguas Minero-Medicinales*, que derogaba el Reglamento anterior, el Decreto No. 529 de 13 de mayo de 1913.

El Decreto No. 1162 de 4 de agosto de 1927, entre otras cuestiones competenciales y de organización, fijó en su artículo Primero que todo servicio relativo al abastecimiento y servicio de agua, tanto en lo que afectara al uso privado como al público, estaría a cargo exclusivamente de la Secretaría de Obras Públicas y por delegación de ella, con las facultades que esta se sirviera de asignarles, de los Ingenieros Jefes Locales de Distrito. Lo dispuesto en ese Decreto No. 1162 motivó una aclaración de este por la vía del Decreto No. 425 de 24 de marzo de 1928.

Un paso importante en la regulación y organización de los servicios de suministro de agua se dio con el Decreto No. 459, de 25 de marzo de 1929, que comprendía el reglamento del servicio de abastecimiento de aguas a comunidades rurales que carecían de acueducto. Esta fue una de las principales normas que, durante la etapa republicana prerrevolucionaria, integraron el entramado normativo que organizaba y regulaba el suministro de agua a la población y, en su caso, fue la norma administrativa principal para este tema en las comunidades rurales que carecían de acueducto y obtenían el suministro de agua a domicilio precedente de la venta de la misma obtenida de pozos. Para dictarse este reglamento se alegaron (primer Por Cuanto) razones de garantías insuficientes para la salud pública y necesidades de prevención a tales efectos, frente al hecho cierto de que no podía suprimirse esa forma de suministro de agua a esas comunidades, por constituir, en ocasiones, el único medio para que sus habitantes obtuvieran el preciado líquido para su consumo (véase los dos Por Cuanto del Decreto No. 459 de 1929).

La Resolución de 21 de abril de 1933, del Secretario de Sanidad y Beneficencia, se refirió a la garantía del servicio de agua por parte de los Jefes Locales de Sanidad, en los locales comprendidos en los territorios en que debían aplicarse las Ordenanzas Sanitarias.

En 1934 se dio, por el Decreto No. 66 de 3 de enero de 1934, una muy importante norma administrativa dentro de la etapa prerrevolucionaria, para la regulación del servicio de abastecimiento de agua en el país, contenido del *Reglamento de Abastecimiento de Agua*, aplicable (artículo 1) a todos los acueductos que existían en la República o los que en lo sucesivo de establecieran, así como a cualquier servicio de abastecimiento de agua. Este *Reglamento de Abastecimiento de Agua* constituyó también una de las normas más relevantes sobre la gestión del agua que vio la luz en el periodo que nos ocupa. Para el tiempo en que apareció este decreto, el llamado “Gobierno de los Cien Días”, con la presidencia de Ramón GRAU SAN MARTÍN, estaba viviendo sus últimos momentos; y dicho reglamento se colocó en la línea de la serie de medidas de orden social y de corte intervencionista que ese gobierno dictó, respondiendo a la necesidad de ir superando de una vez al Estado de orientación liberal que la –ya abandonada– Constitución de 1901 había certificado.

Este reglamento sobre acueductos del país fue importante por diversas razones. Por un lado, era la primera norma que, hasta ese momento, entraba a regular las cuestiones administrativas más generales relacionadas con el suministro de agua a través de los acueductos, sistema este que se iba extendiendo por diversas localidades, principalmente urbanas, pero que, para ese tiempo, aún no tenía una regulación general de carácter administrativo, más allá de los particularismos de cada acueducto operante y del establecimiento de parámetros sanitarios o de salud pública. De ese modo, se convertía en la norma jurídico-administrativa que habría de funcionar con carácter general para todos los acueductos del país que ya existían o que se establecieran, así como para cualquier servicio de abastecimiento de agua (artículo 1). En ese orden de cosas, era la primera de su tipo que apareció en nuestro ordenamiento positivo y venía a llenar un vacío normativo en relación con la realidad que regulaba jurídicamente. Y junto con el Reglamento del servicio de abastecimiento de aguas a comunidades rurales que carecían de acueducto, de 1929, este *Reglamento de Abastecimiento de Agua*, de 1934, pasaba a operar como una de las piezas normativas centrales del (imperfecto) marco de regulaciones administrativas sobre el abasto de agua (por acueductos o de otra forma, en zonas urbanas o rurales) que en ese época se configuró, aportándose a través de él un primer cuadro al respecto dentro de nuestra realidad jurídica perteneciente a la etapa republicana prerrevolucionaria.

Por otro lado, y desde la perspectiva de su contenido, el *Reglamento de Abastecimiento de Agua*, de 1934, merece destacarse porque en él se reconoció por primera vez en una norma jurídica, para el caso cubano, que “el suministro de agua en las poblaciones constituye un servicio público de primera necesidad” (primer Por Cuanto); lo que en la nomenclatura técnico-jurídica más actual significa un *servicio público esencial*.

También, el Decreto No. 66 de 3 de enero de 1934 adoptaba una definición funcional de acueducto (se partía desde la perspectiva de la actividad), que según el artículo 2 era “todo servicio continuo de abastecimiento de agua suministrado por tubería”; por lo que esa es la primera vez que, en el plano de la normativa jurídica y para el caso cubano, se definía el *acueducto*.

A través de ese cuerpo normativo de 1934, y sobre la base de las entidades que administraban y dirigían los acueductos, se dividían estos en: oficiales, que eran los que pertenecían al Estado, a la Provincia o al Municipio; y no oficiales, que eran los que pertenecían a entidades particulares y los concedidos para su explotación por el Estado, la Provincia o el Municipio (artículo 2). Igualmente, se establecía una distinción entre acueductos de uso obligatorio y de uso voluntario (artículo 4), así como los requisitos y procedimientos para declarar a un acueducto de uso obligatorio o de uso voluntario.

Visto desde la distancia que señala el tiempo transcurrido hasta hoy, y la evolución de las cuestiones jurídico-administrativas relativas a los servicios públicos, y en concreto al del abastecimiento de agua, no puede menos que entenderse que el *Reglamento de Abastecimiento de Agua*, de 1934, fue una norma imperfecta e insuficiente, reflejo de un primer momento evolutivo al respecto, e hija de las circunstancias de entonces, con las limitaciones de miras que le acompañaban; lo que se expresaba tanto en las razones que se esgrimían para su aparición, contenidas en la motivación del Decreto No. 66 (véanse los “Por cuanto” de ese instrumento jurídico), como en los contenidos que quedaron comprendidos en su articulado.

Sin embargo, más allá de sus imperfecciones e insuficiencias como norma jurídica, es necesario tener al *Reglamento de Abastecimiento de Agua*, de 1934, como un paso relevante en nuestro país, en el desarrollo del marco jurídico ordenador de los servicios públicos, así como del agua, y especialmente de su uso y gestión por la vía de la prestación del servicio público de abastecimiento mediante acueductos.

Por el Decreto-Ley No. 531 de 29 de septiembre de 1934, se creó la Comisión Nacional de Servicios Públicos (según el artículo I compuesta por el Secretario de Comunicaciones – que la presidía–, el de Comercio y el de Trabajo), un ente descentralizado funcional al que se le encomendó (artículo I) la dirección de los servicios públicos nacionales, en sus relaciones con el Estado, con el público y entre las Empresas o Compañías que los explotaban, con excepción de los de ferrocarriles y los de comunicaciones eléctricas.

En una movida para la mejor dirección y vigilancia de los servicios públicos en el país, entre los que expresamente se mencionaba el de acueductos (quinto Por Cuanto), por el Decreto-Ley No. 745 de 1936, se creó el Consejo Central de Servicios Públicos (anexo a la Secretaría de Comunicaciones, luego Ministerio de Comunicaciones), una entidad descentralizada a la que se le atribuía –en lo que aquí nos interesa– como competencias, entre otras: la alta inspección y vigilancia de los servicios de acueductos (artículo VII, inciso g), la vigilancia y resolución de la aplicación de las tarifas establecidas para agua según el marco jurídico correspondiente (artículo VII, inciso h) y la imposición de sanciones en que incurrían los servicios públicos de aguas (artículo VII, inciso i).

En 1936, por Decreto-Ley No. 704 de 28 de mayo, vio la luz la Ley de Pesca, la cual sería complementada luego por el Decreto No. 1502 de 15 de mayo de 1937, Reglas y licencias para la pesca fluvial, y por el Decreto No. 973, de 8 de mayo de 1939, Reglamento general de pesca. Estas normas constituyeron un hito importante en la organización y regulación de la actividad pesquera en Cuba (tanto marítima como en aguas terrestres), al punto tal que Mariano SÁNCHEZ ROCA, al repasar esa normativa señaló:

“... de la pesca puede afirmarse que hasta que se promulgó el Decreto-Ley 704 de 28 de Mayo de 1936 (Gac. del 31) y su Reglamento, Decreto 973 de 8 de Mayo de 1939 (Gac. del 16) no ha existido en Cuba una verdadera legislación orgánica en cuanto a esa rama de la economía nacional”.⁴⁵

Interesante en cuanto al Decreto-Ley No. 704 de 1936, es la declaración contenida en su artículo 2, que resultaba explícita por sí misma:

“Se declaran propiedad del Estado, de dominio común y uso público, todas las especies de peces, crustáceos, moluscos, comprendiendo ostras perleras o madre-perlas, espongiarios, corales, mamíferos y reptiles acuáticos, plantas marinas y todas las demás especies que comprenden la flora y la fauna marítima y fluvial. Podrán ser pescadas, extraídas, aprovechadas y comerciarse libremente con ellas, por todos los residentes habituales de la República, con sujeción a las restricciones de este Decreto-Ley, del Reglamento para su ejecución y de las demás Resoluciones que de dicten; sin que se pueda conceder monopolios, subastas, contratos de arrendamiento de ninguna clase, para pescar en las aguas del mar, ríos, bahías, puertos, ensenadas, abras, albuferas, lagunas, canales, cayos e islas adyacentes, etc., o en parte de ellas, a ninguna persona natural o jurídica, que entrañe privilegios atentatorios al derecho pro comunal”.

Por el Decreto Presidencial No. 368, de 23 de enero de 1937, se dispuso la creación en cada población de la República donde funcionaran acueductos a cargo del Estado, una Junta Consultiva encargada de recomendar las mejoras, investigar y fiscalizar la contabilidad. Todo ello con el objetivo declarado (primer Por Cuanto) de prestar “con la mayor eficiencia el importante servicio que les está encomendado”. Esta medida, más allá de su concreción y efectos prácticos reales, indicaba una interesante puerta para la participación en la gestión pública de los acueductos, orientada a la mejora de esa gestión por la vía de respaldar su eficacia y su eficiencia.

El Decreto No. 1128, de 25 de mayo de 1938, introdujo una modificación en las Ordenanzas Sanitarias vigentes, al ampliar su artículo 3, en lo tocante a la construcción de cisternas y aljibes que servían para el abastecimiento de aguas de las casas.

Una de las notas más altas dentro del conjunto normativo regulador de las aguas en Cuba, durante la época prerrevolucionaria, vino de la mano del artículo 88, párrafo segundo, de la Constitución de 1940. Fue esa Constitución una de las más avanzadas para su tiempo, en la que se superaba definitivamente el Estado liberal que la norma constitucional de 1901 había consagrado entre nosotros, para dar lugar, luego de los pasos que al respecto se dieron en la convulsa década de 1930, a un Estado de corte intervencionista.

45 SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Legislación de aguas...*, cit., p. 311.

En concreto, en el artículo 88 se dispuso:

“El subsuelo pertenece al Estado, que podrá hacer concesiones para su explotación, conforme a lo que establezca la Ley. La propiedad minera concedida y no explotada dentro del término que fije la Ley será declarada nula y reintegrada al Estado.

“La tierra, los bosques y las concesiones para explotación del subsuelo, utilización de aguas, medios de transporte y toda otra empresa de servicio público, habrán de ser explotados de manera que propendan al bienestar social”.

En ese artículo, en relación con las aguas, no se produce una declaración de demanialidad de estas, ni siquiera una determinación de que ellas pertenecerían en titularidad al Estado, como sí ocurrió con el subsuelo. Por lo que la nueva Constitución de 1940 no alteró la base del régimen jurídico de las aguas en nuestro país a favor del principio de demanialidad de ellas (titularidad del Estado y como objeto del dominio público); y se dejaba incólume la posibilidad de que estas fueran tanto objeto del dominio público, como del dominio privado, según ya se preveía en los finiseculares y vigentes Código Civil y Ley de Aguas.

Sin embargo, el dato y aporte esencial que implicó la Constitución de 1940 para el régimen jurídico de las aguas –y para otros sectores– se ubicaba en el segundo párrafo de ese artículo 88, en tanto se consagraba el principio de que las concesiones de utilización de aguas y las empresas de servicios públicos –genéricamente así planteado, y en lo que al tema que tratamos interesa, se comprendían aquellas actividades que se sustentaban en el aprovechamiento de las aguas como base objetiva de las prestaciones que suministraban– “habrán de ser explotados de manera que propendan al bienestar social”.

La existencia de esta regulación en ese contexto puede leerse como un resultado o consecuencia de entender que el fin público devenía fin preeminente dentro de la explotación del dominio público o la realización de actividades públicas, y en la necesidad de dejar expresamente señalado eso en el más alto nivel jurídico, en pos de su realización consecuente y coherente. Igualmente, su aparición en el texto Constitucional de 1940 se puede explicar por las circunstancias históricas que determinaron la elaboración de esa norma, y por el paso definitivo que estaba dando el Estado cubano de una orientación liberal, a una de corte intervencionista, reforzando los matices públicos en lo que directa o indirectamente tuviera que ver con la gestión y satisfacción de los intereses generales.

En definitiva, una disposición de ese tipo no había tenido lugar en los textos constitucionales anteriores (en especial el de 1901, que es el más relevante cuerpo constitucional de los que precedieron a

este de 1940) y representaba un giro significativo para el sentido y contenido del régimen jurídico de los aprovechamientos de aguas en nuestro país.

De tal suerte, se constituía así un principio de rango constitucional, que si bien no puede decirse que afectaba a la explotación de todas las aguas (públicas o privadas), sino que solo afectaba a la explotación de las aguas públicas, en tanto estas eran las que podían ser objeto de aprovechamiento por concesión,⁴⁶ y a los servicios públicos relacionados con el agua – en lo que aquí nos interesa, repetimos–, iba a irradiar a la explotación de un sector mayoritario de estas aguas.

Con la regulación expresa contenida en el párrafo segundo del artículo 88 constitucional de 1940, se señala, con rango jurídico superior y, por ende, preeminente sobre otros no consagrados en el magno texto, el fin de “propender al bienestar social” (fin público) que debía observarse en toda explotación de aguas por concesión y en las empresas de servicio público, reforzándose el mandato de atenderse a dicho fin, el cual también se cualificaba en aquellos supuestos, en relación con otros a los que pudiera servir la concesión como medio jurídico. Lo que no solo significaba un límite para esos aprovechamientos y empresas de servicio público, sino, además, un vector informante esencial de la ordenación jurídica de dichas utilidades y servicios, y de su práctica o ejecución.

De igual forma, debe verse que con el artículo 88 de la Constitución de 1940, en lo que atañe a su segundo párrafo, se proporcionó una movida de avance cualitativo para el régimen jurídico de explotación por concesión de las aguas, pues al disponer que las concesiones de aguas “habrían de propender al bienestar social”, se daba un paso más allá del viejo principio liberal de que las concesiones de dominio público debían hacerse sin perjuicio de tercero; principio que, para el caso de las concesiones de agua, fue expresamente recogido por la legislación al respecto en sus principales cuerpos normativos del siglo XIX.⁴⁷ Ahora no solo se reconocía y se mandaba por ley que las concesiones de aprovechamiento de agua debían “hacerse sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos particulares”, sino que se reconocía y mandaba

46 El artículo 409 del Código Civil refrendaba que el aprovechamiento de las aguas públicas se adquiría por: 1º concesión administrativa; y 2º por prescripción de veinte años. El artículo 147 de la Ley de Aguas vigente en Cuba señalaba: “Es necesaria autorización para el aprovechamiento de aguas públicas especialmente destinadas a empresas de interés público o privado, salvo los casos expresados en los artículos 60, 174, 176, 177 y 184 de la presente ley”.

47 En el artículo 410 del Código Civil se indicaba: “Toda concesión de aprovechamiento de aguas se entiende sin perjuicio de tercero”. De su lado el artículo 150 de la Ley de Aguas vigente en Cuba regulaba: “Toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas se entenderá hecha sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos particulares; respecto a la duración de estas concesiones se determinará en cada caso, según las prescripciones de la presente Ley”.

constitucionalmente que esas concesiones debían propender al bienestar social (fin público), por lo que este último, en virtud del texto constitucional de 1940, es un principio con una garantía jurídica formalmente superior al primero. Con ello, además, se daba un mayor acercamiento a la idea esencial de que tanto las concesiones (en este caso de utilización de aguas) como las empresas de servicio público –cualquiera que esta sean– no son sino, ante todo, medios de proveer a la gestión indirecta o directa –en lo que fuera– del interés público y a su satisfacción o consecución.

La entrada en vigor de la Constitución de 1940 supuso cambios institucionales de relevancia, y para la organización administrativa central del país –entre otras– la aparición de los ministerios en sustitución de la antiguas secretarías que traían causa de la Constitución de 1901 –y aún antes. En la competencia de algunos de esos ministerios quedaron comprendidas –como venía ocurriendo con algunas de las secretarías– cuestiones relativas a la materia de aguas, atendiendo al alcance objetivo del ramo en cuestión (por ejemplo: el Ministerio de Obras Públicas, el Ministerio de Agricultura, Ministerio de Salubridad y Asistencia Social).⁴⁸

Adscrito al entonces Ministerio de Salubridad y Asistencia Social, por el Decreto No. 851 de 14 de marzo de 1945 se creó el Instituto Nacional de Hidrología y Climatología Médicas, organismo especializado (entidad descentralizada) en estudios de las condiciones hidrológicas y climatológicas del país, a efectos del desarrollo económico y mejoramiento sanitario. Con el Decreto No. 1998 de 10 de julio de 1945 sobrevendrían algunas modificaciones al régimen orgánico de dicho instituto. Y en 1946, por el Decreto No. 245, de febrero de ese año, se emite el reglamento del Instituto Nacional de Hidrología y Climatología Médicas.

Los finales de la década de 1940 y el decenio siguiente (1950) van a significar un contexto temporal en el que se darán nuevas piezas normativas referentes, en especial, al servicio de acueductos. Resalta en ello el interés de eliminar cierta dispersión al efecto, completar y complementar mejor el cuadro jurídico ordenador, así como atemperar a las nuevas realidades de entonces la gestión administrativa de un segmento cada vez más importante como dicho servicio. Por otra parte, en ese espacio de tiempo se han de producir las últimas actuaciones que, en materia de aguas y de servicios a tenor de ella, verá la Cuba prerrevolucionaria, pues en 1959 daría comienzo una nueva época histórica para el país.

De ese momento hay que llamar la atención sobre el Decreto No. 1789 de 7 de mayo de 1948, que contenía el *Reglamento para la Administración de los Acueductos de la República a cargo del Estado y procedimiento para el cobro de atrasos*. El objetivo de esta

48 Capital en este sentido es que se vea LANCIS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Legislación Orgánica del Poder Ejecutivo*, Editorial Lex, La Habana, 1947.

normativa era eliminar la dispersión, fragmentación e insuficiencia en las regulaciones que al respecto venían operando a propósito de los acueductos a cargo del Estado, así como actualizar dicha normativa en lo que traía causa de momentos anteriores; y constituirse en el cuerpo reglamentario general por el que habría de regirse tales acueductos. Este Reglamento fue, quizás, desde la perspectiva administrativa y en relación con el servicio de acueducto o “servicio de agua”, uno de los últimos grandes pasos ordenadores del servicio aludido en la etapa prerrevolucionaria.

Ese *Reglamento...* de 1948 conoció de algunas modificaciones posteriores. Tales cambios en sus disposiciones sobrevinieron por instrumentos reglamentarios como: el Decreto No. 897 de 12 de marzo de 1950; el Decreto No. 5033 de 12 de noviembre de 1951; el Decreto No. 2693 de 25 de agosto de 1955; y el Decreto No. 290 de 2 de febrero de 1956.

Otro paso relevante dentro del marco administrativo ordenador de los servicios de acueductos, se produjo por el Decreto No. 1887 de 9 de mayo de 1952, por el que se emitió el *Reglamento para la operación y servicio de acueductos construidos por la Comisión de Fomento Nacional*. La justificación de este nuevo reglamento vino por el hecho de que esa Comisión (como entidad administrativa descentralizada) había promovido “la construcción de cierto número de acueductos destinados a dotar del servicio a poblaciones favorecidas con ellos” (primer Por Cuanto), y se entendió entonces que:

“La administración y operación de dichos acueductos deben quedar reservadas a la Comisión de Fomento Nacional, en su carácter de Agencia Oficial del Estado Cubano, y a quien por otra parte le corresponde también, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, a la conservación y mantenimiento de dichas importantes obras” (segundo Por Cuanto).

A tenor de ello, entonces, y frente a las características diversas que adquirieron esos acueductos de la Comisión de Fomento Nacional, en contraste con otros a cargo del Estado, se hizo aconsejable crear un reglamento especial para los primeros, quedando excluidos del alcance ordenador del *Reglamento...* de 1948, que se dictó para aquellos a cargo del Estado. Este *Reglamento para la operación y servicio de acueductos construidos por la Comisión de Fomento Nacional* vino a incorporar una distinción de tratamiento normativo en relación con los acueductos y el servicio de acueductos, según el ente público que los tuviera a cargo (Estado o Comisión de Fomento Nacional). En ello se reconoce una diversidad objetiva que –según se dijo en su momento– no era conveniente asumir, a efectos de regulación jurídica, como realidades homogéneas.

En 1953, por la Ley-Decreto No. 1212, se toma una importante medida con fines económicos, relacionada con el aprovechamiento de las aguas. En razón de ello, por el artículo 1 de esa Ley-Decreto:

“Se declaraba de utilidad pública e interés nacional el aprovechamiento de las aguas de dominio público existentes en el territorio nacional para fines de producción de energía eléctrica y fuerza motriz, regadío y servicio de agua potable, así como las obras, construcciones e instalaciones que sea necesario o conveniente realizar para tales fines”.

Y, acto seguido, por el artículo 2, se otorgaba al Banco de Fomento Agrícola e Industrial de Cuba (BANFAIC) la concesión para el aprovechamiento exclusivo (concesión exclusiva) y a perpetuidad (concesión perpetua) de las aguas de los ríos Hanabanilla, Guanayara, Negro, Jibacoa, Pretiles y Boquerones, para los fines que ese propio artículo describía.

La Ley-Decreto No. 1212 de 1953 fue modificada en sus Disposiciones Transitorias, en tanto por la Ley-Decreto No. 1793 de 18 de noviembre de 1954 se le adicionaron nuevas cuestiones.

Por la Ley-Decreto No. 1525 de 8 de julio de 1954 se otorgó también una concesión, esta vez a la entidad “Hidroeléctrica de Oriente S.A.”, para el aprovechamiento de las aguas, de utilidad pública e interés general, según estaban declaradas en el artículo 1 de la Ley-Decreto No. 1212, de 26 de noviembre de 1953, del río “Toa” o “Toar” y sus afluentes mayores y menores, en la provincia de Oriente, sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos por terceras personas o entidades, en virtud de anteriores concesiones vigentes para los fines que fijaba ese artículo 1 de la Ley-Decreto No. 1525.

Como una de las últimas medidas –si no la última– relacionadas con el abasto de agua ante el advenimiento de la Revolución cubana en 1959, puede contarse el Acuerdo-Ley No. 39 de 8 de julio de 1958. Como uno de los fundamentos de esa norma, se alegaba (último Por Cuanto) la necesidad de facilitar a determinados organismos descentralizados el cobro de cuotas, tasas, precio de instalaciones, repartimientos y recargos, que debían abonarse por los usuarios de dichos servicios, a efectos de hacer más eficiente su prestación y más económica su administración, con el consiguiente beneficio de los intereses públicos, mejora de las condiciones de salubridad de las poblaciones y fomento de la riqueza nacional. Y en razón de los fundamentos alegados, se dispuso (artículo 1), entre otros aspectos de índole procedimental y ejecutiva de créditos, que:

“Todo propietario de finca urbana por cuyo frente pase tubería de la Red de Distribución de un Acueducto o de un Alcantarillado operado por el Estado, las Provincias, los Municipios o por cualquiera de los Organismos Autónomos a que se refiere el Artículo 118 de la Constitución estará obligado a solicitar de la Administración del Acueducto o del Servicio de Alcantarillado las instalaciones de las acometidas correspondientes, como elemental

medida de protección sanitaria para los centros de población que posean tan importantes servicios públicos”.

De todo lo dicho hasta aquí en este epígrafe (junto a otras disposiciones que no hemos enlistado, por no ser necesario a los efectos de este trabajo), puede colegirse que esta etapa de la historia de Cuba fue una etapa que destaca por una importante actividad normativa –sobre todo reglamentaria– en materia de aguas, salvando el núcleo esencial que representaban la vigencia de la Ley de Aguas española como norma jurídica especial al efecto y los preceptos del también español Código Civil. En este tiempo destaca la regulación de cuestiones relacionadas con las aguas en el marco de disposiciones sanitarias, con una visión de esas desde el lado específico que impone la salubridad; así como la ordenación y reordenación de las regulaciones en materia de servicio de abasto de aguas, su declaración como “servicio público” y su proyección hacia un sistema de gestión, donde resalta esta última por organismos públicos, en concurrencia con entidades privadas. Hay allí una advertencia sobre la importancia del abastecimiento de aguas como servicio esencial y obligatorio, una preocupación por la publicación y gestión pública (en diferentes niveles) de los servicios de abasto de aguas. Sin embargo, faltaban aún condiciones objetivas y subjetivas y un marco de garantías para proyectar el acceso universal y la calidad en el servicio.

Por otro lado, en este periodo que comentamos no se había ganado conciencia aún sobre la dimensión ambiental del agua como recurso renovable pero agotable –el contexto social tampoco lo propiciaba, en tanto eso será obra de décadas posteriores–; y en las disposiciones adoptadas esa dimensión no emergía con una identidad, tal cual surgirá en Cuba a fines del siglo XX.

4.4. La etapa revolucionaria (a partir de 1959)

El triunfo de la Revolución cubana en 1959 y su posterior evolución representaron un cambio sustancial, en todos los órdenes, para la vida del país. En todo este movimiento de transformaciones sociales, políticas, jurídicas y hasta culturales, no quedó fuera el tema de la organización y gestión de las aguas, atendiendo a la situación heredada del periodo político precedente y a las nuevas necesidades de desarrollo económico y humano signadas por el influjo revolucionario, tal como se empezaron a manifestar en los primeros momentos de la década de 1960.

En los primeros años del Gobierno Revolucionario provisional, en pleno tiempo de transformaciones sociopolíticas luego del triunfo de 1959, y adoptado el rumbo socialista por el país, se aportarán otros “movimientos” de relevancia para el desarrollo del régimen jurídico de las aguas en Cuba.

Por la prolongación en el tiempo hasta hoy del proceso revolucionario cubano (prácticamente seis décadas), por la profundidad de los cambios sociopolíticos que para la vida de Cuba ha representado este proceso, y en concreto –en lo que aquí nos interesa– el interés que desde inicios de la década de 1960 se le otorgó a la cuestión “hidráulica” por parte del propio Gobierno Revolucionario, puede decirse que estos últimos sesenta años han sido una etapa decisiva que ha transformado en gran medida el “panorama hidráulico” en nuestro país, en relación con el que existía antes de 1959, sobre todo en materia de acceso y uso del agua, de infraestructura hidráulica y de servicios de suministros de agua; con todo y que la situación que ha acompañado al país en tantos años no ha sido siempre la más favorable y que hasta el día de hoy aún queda mucho por hacer para llegar a una realidad de plenitud al respecto.

Por otro lado, no debe perderse de vista que el enrumbamiento del país por la senda del socialismo, inicialmente con el aliento de un modelo como aquel que discurrió en Europa oriental con la extinta URSS a la cabeza, marcó un importante sendero sociopolítico y económico, que a la postre implicaría la eliminación del sector privado de la dinámica económica fundamental del país, y, con ello, de la gestión de los servicios públicos; pasando a un modelo económico esencialmente estatizado y donde no se concibió la colaboración privada en espacios de la actividad administrativa de trascendencia económica, como la construcción de obras o infraestructura públicas y la prestación de servicios públicos.

Como podrá colegirse, esas nuevas realidades impactaron en el modo de entender y concebir la organización y gestión de las aguas, especialmente en los servicios de abastecimiento de aguas, donde en la década de 1960 se pasó de un panorama anterior, marcado por la concurrencia en él de los sectores público y privado, a uno donde esa concurrencia desapareció y el Estado se convirtió en su único agente organizador y prestatario. Se produjo entonces no solo un proceso de publicación de la gestión de tales servicios, sino que esa publicación se llevó hasta la estatización de dicha gestión, convirtiéndose entonces en un servicio estatal, gestionado directamente por el Estado.

Esa realidad primaria, prácticamente, en todo lo que restó del siglo XX, hasta que en las postrimerías de esa centuria –y ante las duras realidades económicas que nos dejaba la década de 1990, que afectaron también el plano de la existencia y prestación de los servicios públicos– se abrió paso, en determinado territorio de importancia, a la gestión mixta (por empresa mixta) y, por esa vía, a la actividad del capital extranjero en el servicio de abastecimiento de aguas. En concreto, nos referimos aquí al Acuerdo No. 3596 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, de 6 de diciembre de 1999, por el que se otorgó a la empresa mixta Aguas de La Ha-

bana S.A. una concesión administrativa exclusiva, para gestionar los servicios de agua, alcantarillado, saneamiento y drenaje pluvial y otros servicios vinculados a esta actividad, así como el desarrollo y mejora de las infraestructuras y las redes en Ciudad de La Habana. Esa concesión implicó la ruptura de un modelo más extremo de gestión directa por parte del Estado cubano del servicio de acueducto y alcantarillado, hacia otro donde comenzó a verse cierta participación (que no llega a ser concurrencia plenamente o propiamente) de capital extranjero, bajo formas asociativas con el Estado cubano (empresas mixtas), al amparo de la normativa finisecular sobre inversión extranjera (Ley No. 77, “Ley de la Inversión Extranjera”, de 5 de septiembre de 1995) que se implementó en el país.

4.4.1. La etapa de la provisionalidad revolucionaria (1959-1976)

Por lo pronto, cabe recordar que la Ley Fundamental de 1959, norma jurídica superior que, con sus diversas adiciones y modificaciones, vino a regir la larga etapa de provisionalidad (1959-1976) en la que entró el país luego del advenimiento de la Revolución cubana, no significó un cambio sustancial sobre la regulación de las aguas, en relación con la Constitución de 1940, dejando intacto el artículo 88 que traía causa de esta última norma constitucional y al que le dedicamos una mención en el acápite anterior. Como es conocido, la Ley Fundamental de 1959 mantuvo vigente una parte importante del articulado de la Constitución de 1940, con modificaciones y cambios sustanciales en otra parte de sus preceptos; los que se introdujeron ante las necesidades políticas de este otro momento histórico que ahora se abría y a los fines de actuación del Gobierno Revolucionario y convirtieron a la Ley Fundamental de 1959 en un texto normativo diferente a su antecesora.

De la primerísima época revolucionaria, la gran novedad en el ordenamiento positivo en relación con las aguas se dio por la Ley No. 168 de 20 de marzo de 1959, con la que se creó la “Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados”. Además de motivos de “mejoría de las condiciones de salubridad e higiene de las localidades y el bienestar de sus habitantes” (primer Por Cuanto), en dicha ley de esgrimieron como argumentos para su dictado, entre otros, “las deficiencias que presentaban los servicios de acueductos y alcantarillados en el país” (cuarto Por Cuanto) y la “pésima administración, las condiciones provocadas por la ínfima potencialidad económica de las empresas concesionarias, y las carencias de recursos técnicos adecuados” como “causas más frecuentes de la ineficacia de la casi totalidad de los servicios de Acueducto y Alcantarillados” (quinto Por Cuanto). Asimismo, se partió de la premisa (octavo Por Cuanto) de que:

“El Gobierno considera que sólo con una organización nacional de magnitud adecuada y razonable es posible dar el servicio especializado que realmente requiere todo acueducto y alcantarillado en la Nación; lograr la más eficiente operación; poder disponer de un equipo de construcción y laboratorio especializados; así como lograr establecer una supervisión técnica y administrativa óptima y uniformes con posibilidades de experimentación, investigación e intercambio técnico nacional e internacional”.

Por tales razones, y por otras esgrimidas en los numerosos Por Cuanto de la Ley No. 168 de 20 de marzo de 1959, al tener además como telón de fondo el claro interés del Gobierno Revolucionario de comenzar a marcar la diferencia en materia de servicios de acueducto y alcantarillado, en contraste con lo que otrora aconteció, ese cuerpo legal creó una entidad técnicamente especializada, descentralizada (“corporación oficial, con carácter autónomo y personalidad jurídica propia”, según el artículo primero), denominada “Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados”, regida por un Consejo de Dirección de cinco miembros (tres debían ser ingenieros civiles y uno de ellos abogado en ejercicio que sería su secretario), designados por el Consejo de Ministros con la aprobación del Presidente de la República (artículo tercero). Uno de los ingenieros civiles integrantes del Consejo sería el director de la Comisión, pero el Ministro de Obras Públicas sería el “Presidente nato del Consejo y ejercería dicha Presidencia si concurriera a la sesiones del mismo” (artículo tercero).

A pesar de ser un organismo técnico descentralizado, la “Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados” operó como un mecanismo para centralizar en ella un cúmulo de competencias decisorias y de gestión sobre un importante segmento de los servicios de acueducto y alcantarillados (esencialmente los de construcción estatal o “paraestatal” y los que el Estado gestionaba directamente). Como figuraba en la propia ley, esa comisión de creaba para “la administración, operación y mantenimiento de todos los acueductos y alcantarillados que se hayan construido por el Estado o por los Organismos Paraestatales”, así como los servicios de los acueductos y alcantarillados que en ese momento estaban operados y administrados por el Estado; pudiendo asumir los que estuvieran a cargo de otra entidad pública o privada (artículo primero).⁴⁹ Entre sus competencias, se le atribuyó, además, la “alta inspección y vigilancia de las empre-

49 La Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados asumió, también, todas las facultades necesarias para resolver cualquier conflicto que surgiera como consecuencia de la aplicación de esa Ley No. 168, en los servicios de acueductos y alcantarillados en los que tuvieran interés o intervención los Municipios o cualquier otra persona natural o jurídica (artículo primero). Junto a todo eso, a dicha comisión se le asignaron todas las facultades que ejercía el Ministerio de Salubridad y el Consejo Central de Servicios Públicos, en virtud de lo dispuesto en la entonces vigente legislación sanitaria y en el Decreto-Ley 745, de 3 de abril de 1936 (artículo segundo).

sas privadas dedicadas a la prestación de estos servicios” (artículo quinto, inciso c).

A la “Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados” se le otorgó también por la Ley No. 168 de 1959 la concesión por cincuenta años para la construcción de todo tipo de acueductos y alcantarillados en el territorio nacional, en lo que no quedaba fuera la realización de obras e instalaciones de carácter general que se demandara por el ejercicio de los derechos y obligaciones inherentes a la misma (artículo octavo).

Con la Ley No. 441 de 7 de julio de 1959, se reorganizó el Ministerio de Obras Públicas, donde se determinó que existirían tres subsecretarías, una de ellas denominada “Subsecretaría Técnica de Proyectos” (artículo 9), en la cual una de sus direcciones adscritas, la de “Ingeniería” (artículo 18), tendría en específico un “Departamento de Aguas, Ríos y Costas” con las competencias asignadas por ese cuerpo legal (artículo 20).

Mediante la Ley No. 605 de 16 de octubre de 1959, se facilitaron las funciones de la “Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados”, al asignársele y transferírsele, colocándolas bajo su dependencia directa, “todas las propiedades –inmuebles y bienes muebles– de los acueductos y alcantarillados que por su Ley creadora pasen a su operación, administración y mantenimiento” (tercer Por Cuanto).

Unos meses después, frente a la situación de vacancia de los cargos del Consejo de Dirección de la “Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados”, y la no previsión normativa de tal situación, se decidió, por la Ley No. 807 de 20 de mayo de 1960, transferir al Ministro de Obras Públicas, en tanto “Presidente nato” del mencionado consejo, las competencias de ese Consejo de Dirección mientras se estuvieran vacantes sus cargos.

En materia de organización administrativa en relación con el “giro de aguas”, el país entraría en otro momento importante a partir de la segunda mitad de 1962.

En efecto, orientado ya de lleno el país por la senda del socialismo, se hizo necesario comenzar a revertir la situación en materia “hidráulica” (en la terminología política de entonces⁵⁰), tomando como motivos la realidad material de la misma, una sequía que afectó el país en los inicios de la década de 1960, el imperativo de organizar mejor la actuación pública en materia

50 Ver CASTRO RUZ, Fidel, “Discurso pronunciado por el Comandante Fidel Castro Ruz, Primer Secretario del Partido Unido de la Revolución Socialista y Primer Ministro del Gobierno Revolucionario, en el acto conmemorativo del primer aniversario de la fundación del Instituto Cubano de Recursos Hidráulicos (ICRH)”, en el Salón de Embajadores del Hotel Habana Libre, el 10 de agosto de 1963 (versiones taquigráficas – Consejo de Estado), disponible en <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1963/esp/f100863e.html>

“hidráulica”, y la importancia de ese sector para el desarrollo agrícola, industrial, y social en general. Despertaba así en el Gobierno Revolucionario una “conciencia hidráulica”, que se reconocía que antes no existía,⁵¹ y se desemboca en una “voluntad hidráulica”,⁵² un concepto síntesis planteado por el entonces Primer Ministro Fidel CASTRO RUZ, en el que se resumía la voluntad política de desarrollar adecuadamente la cuestión “hidráulica” en el país, en función del desarrollo económico y del mejoramiento de las condiciones de vida de la población. Esa idea de “voluntad hidráulica” ha sido la idea central que ha impulsado hasta hoy –por supuesto, transitando por varios momentos de materialización–, como concepto operativo, el desarrollo infraestructural, económico y social con respecto a las aguas en el país.

Es en ese ambiente de inicio que se dicta la Ley No. 1049 de 9 de agosto de 1962, por la que se creó el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos “como organismo autónomo bajo la superior dirección del Consejo de Ministros”.

La creación de ese instituto se justificó en aquel momento (primer Por Cuanto) por el requerimiento del “aprovechamiento óptimo de los recursos hidráulicos de la Nación”; por la exigencia de “una permanente labor de investigación, así como de uso y control de las aguas, y primordialmente, la elaboración y ejecución de proyectos y la formulación y realización de planes” (segundo Por Cuanto); y por la realización, de las tareas a asignar, “a plenitud, utilizando todos los correspondientes recursos humanos, materiales y técnicos de la Nación, así como los que provengan de la cooperación de países amigos” (tercer Por Cuanto).

Este Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos cobró vida a partir de un criterio de descentralización funcional, como un organismo descentralizado tutelado administrativamente (“superior dirección”) por el Consejo de Ministros (artículo 1), pero para centralizar en sí, como organismo de carácter nacional, las principales com-

51 *Idem.* En un discurso posterior, el propio Fidel CASTRO RUZ señalaba que fue necesario que “[...] los revolucionarios, comprendiésemos la importancia del agua para que se le prestara la atención debida [...]”. “Discurso pronunciado por el Comandante Fidel Castro Ruz, Primer Ministro del Gobierno Revolucionario y Primer Secretario del Partido Unido de la Revolución Socialista y de Cuba, en la conmemoración del II aniversario de la creación del Instituto Cubano de Recursos Hidráulicos”, en el Salón de Embajadores del Hotel Habana Libre, el 9 de agosto de 1964 (versiones taquigráficas – Consejo de Estado), disponible en <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1964/esp/f090864e.html>. Ver también “Discurso pronunciado por el Comandante Fidel Castro Ruz, Primer Secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba y Primer Ministro del Gobierno Revolucionario, con motivo de la fusión del Instituto de Recursos Hidráulicos y Desarrollo Agropecuario del País (DAP)”, en el Hotel Habana Libre, el 26 de mayo de 1969 (versiones taquigráficas – Consejo de Estado), disponible en <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1969/esp/f260569e.html>

52 Ver CASTRO RUZ, Fidel, “Discurso...”, el 10 de agosto de 1963, *cit.*; “Discurso...”, el 9 de agosto de 1964, *cit.*; y “Discurso...”, el 26 de mayo de 1969, *cit.*

petencias en materia “hidráulica”.⁵³ De tal suerte, se convertía en el primer ente administrativo que se creaba específicamente para regir la Administración Hidráulica en toda Cuba, y como pieza esencial de dicha Administración. Algo similar, con ese carácter de autonomía, centralizador de competencias específicas y exclusivas en materia hidráulica, y con alcance nacional, no se había dado antes en el panorama administrativo nacional.

De este primer Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos se ha dicho que:

“... desempeñó un papel de primer orden en el ambicioso Programa de Desarrollo Económico y Social que se trazó desde un inicio, pues las construcciones hidráulicas iban encaminadas a garantizar la disponibilidad de agua requerida, a pesar de las irregularidades del régimen de precipitaciones, así como a propiciar la protección de la vida y de los recursos materiales, ante el arribo de los eventos meteorológicos, tan comunes en las zonas tropicales”.⁵⁴

Para 1963, por Ley No. 1109 de 23 de mayo, se produce una transformación en el antiguo Ministerio de Obras Públicas, el que pasaría a llamarse ahora Ministerio de la Construcción, teniendo a su cargo, como competencia fundamental (artículo 2):

“... el planeamiento, proyección y ejecución de las obras de construcción que se le encomienden por el Gobierno Revolucionario así como el desarrollo, mejoramiento y mantenimiento de los servicios públicos vinculados a dichas obras que estén operados por el Ministerio y, a ese fin, asegurará la existencia de recursos para la ejecución de las obras que se contemplen en los planes económicos nacionales mediante la operación y el incremento de las fábricas de materiales destinados a la construcción, que tenga actualmente a su cargo o que en el futuro se le asignen”.

En lo que nos interesa en este trabajo, la Ley No. 1109 de 23 de mayo de 1963 resultó trascendente, especialmente porque por su artículo 7 se disolvieron –junto a otro organismo– la “Comisión

53 Además de las competencias asignadas al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos por el artículo 2 de la Ley No. 1049 de 1962, se estableció (artículo 6) que las reflejadas en ese primer artículo que estuvieran atribuidas o ejecutadas por otros entes o estructuras del sector público, serían transferidas a dicho instituto, conviniendo el traslado hacia él, además, de los “departamentos, unidades o empresas” que aquellos entes o estructuras tuvieran para el desempeño de las competencias transferidas, así como el personal técnico o administrativo correspondiente y los equipos, bienes de toda clase y derechos necesarios para ese desenvolvimiento competencial. Asimismo, por el artículo 9 se estableció que el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos habría de asumir todas las funciones que estaban atribuidas a otras autoridades o funcionarios por la, entonces, vigente Ley de Aguas (la finisecular decimonónica de hechura española), incluso las que tenían relación con las decisiones y acuerdos de las Comunidades de Regantes, sus Sindicatos y los Jurados de Riego, así como por cualquier otra disposición legal o reglamentaria.

54 GARCÍA BLANCO, Rolando, “La Hidráulica en Cuba: experiencias y resultados (1959-2005)”, p. 4, disponible en www.actaf.co.cu/index.php?option=com_mtree&task=att_download&link_id=40&cf_id=24

Nacional de Acueductos y Alcantarillados" (CONACA), creada por la Ley No. 168 de 1959 –comisión entonces que resultó de corta vida–, y la Primera Central Hidroeléctrica de Cuba (PRICHEC), constituida al cobijo de la Decreto-Ley No. 1212 de 1953. Las funciones de esas dos entidades extinguidas pasaron al Ministerio de Construcción, por el propio artículo 7, segundo párrafo. Se producía así una centralización en relación con las competencias que venía desempeñando la CONACA, como organismo descentralizado, y la actividad que desarrolla la PRICHEC.

Como medida para protección y el uso racional de las aguas subterráneas, evitar acciones que condujeran al agotamiento acuífero y controlar y ordenar entonces las perforaciones de pozos, en el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos se adoptó la Resolución No. 135 de 5 de junio de 1963, por la que se prohibió en todos los niveles de profundidad, tanto en fincas rústicas como urbanas, las perforaciones con fines de aprovechamiento hidráulico o de vertimiento de aguas, y se estableció como requisito obligatorio, para poder realizar la perforación, la previa autorización de dicho instituto.

Con la Ley No. 1137, de 27 de diciembre de 1963, se creó el Instituto Nacional de la Pesca, como "organismo central" para regir la actividad pesquera en el país, dentro de la que, por supuesto, quedó comprendida la que se realizaba en aguas interiores o terrestres (ríos y lagunas) del país, en tanto modalidad para su aprovechamiento.

Otro paso relevante en las medidas de configuración del espacio administrativo relacionado con los servicios de agua, partió de la premisa de "evitar duplicidad de servicios" en relación con la actividad de suministro de aguas y de la "racionalización que en todas las ramas administrativas del Estado" se estaban dando por esa época. De ahí que se entendió que debían corresponder al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos las antiguas competencias de la ya extinta "Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados" (CONACA), asumidas luego por el Ministerio de la Construcción (segundo Por Cuanto).

En consecuencia, la Ley No. 1139 de 11 de enero de 1964 dispuso (artículo 1) transferir hacia el mencionado Instituto "todas las funciones, archivos, documentos, equipos, bienes, derechos, acciones y numerario" de la otrora "Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados" (CONACA) que se encontraban asignadas al Ministerio de la Construcción. También se fijó (artículo 2) el paso al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos de las "funciones que tengan vinculación necesaria con los servicios de Acueductos y Alcantarillados" que en ese momento eran desempeñadas por otros organismos.

Con la Ley No. 1139 de 1964, por un lado, se refuerza el criterio de colocar, por un lado, en un organismo técnicamente especiali-

zado, en este caso de carácter “autónomo” (el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos), las competencias en los asuntos de servicios de suministro de aguas y de obras hidráulicas y, por el otro, de concentrar en él dichas competencias a partir de un criterio centralizador. De tal suerte, se fortalecía el modelo al efecto, que con esto ya se indicaba marcado por la estatización y por la centralización de las competencias proyectadas un único ente, aun cuando este tuviera carácter funcionalmente descentralizado o, si se quiere, “autónomo”.

En 1967, con fecha 27 de abril, se emitió la Ley No. 1204, que crea el Instituto Nacional de Desarrollo y Aprovechamiento Forestales, como un organismo central que, entre sus competencias, era quien debía (artículo 2, inciso b) elaborar y ejecutar los planes de deforestación y reforestación de aquellas áreas que sean forestales por su propia naturaleza y de aquellas en las que resultara necesario fomentar masas boscosas y arbolado con fines de producción y de conservación de suelos, cuentas hidrográficas, cultivos y pastizales.

Por la Ley No. 1227, de 29 de septiembre de 1969, se creó el Instituto Cubano de Hidrografía, “como organismo central” (artículo 1) para asumir (artículo 2) “las tareas y planes propios del servicio hidrográfico nacional”.

El “primer” Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (como ya dijimos, creado por la Ley No. 104 de 1962) no tuvo una larga vida, pues en mayo de 1969 se procede a su fusión con una nueva institución estatal de carácter central: el DAP, Desarrollo Agropecuario del País,⁵⁵ con la que se buscaba un mejor aprovechamiento de los recursos disponibles.⁵⁶

En el DAP se crearon dos dependencias especializadas: el Grupo Hidráulico Nacional y el Grupo de Hidrología Urbanística. El primero para la dirección técnica del programa de desarrollo hidráulico, con las funciones siguientes: desarrollo de investigaciones y proyectos de obras hidráulicas; realización de investigaciones sistemáticas (observaciones del ciclo hidrológico); supervisión de las construcciones que ejecutaban las brigadas del DAP; y organización de la explotación de las obras hidráulicas. Por otro lado, el Grupo de Hidrología Urbanística tuvo la dirección de la actividad de acueducto y alcantarillado, en la cual debía: desarrollar investigaciones y proyectos de sistemas de acueducto, alcantarillado y drenaje pluvial; supervisar las construcciones de estos sistemas que ejecutan las brigadas del DAP; y ejecutar la operación y mantenimiento de dichos sistemas.

55 Ante la imposibilidad, a pesar de múltiples esfuerzos de todo tipo, de localizar la norma jurídica que amparó esa decisión, hemos reconstruido las referencias a esta a partir de la fragmentada y dispersa información que reunimos al efecto por diferentes vías, en tanto no nos resulta posible sustraernos a su importancia.

56 Ver lo que reseñaba GARCÍA BLANCO, Rolando, en “La Hidráulica en Cuba...”, *cit.*, pp. 5 y 6.

Como puede verse, en sede de organización administrativa de la gestión de las aguas, con la extinción del “primer” Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos y la creación del DAP (Desarrollo Agropecuario del País), se mantiene un criterio de centralización en relación con las competencias en materia de obras y servicios hidráulicos y de la gestión de la actividad administrativa de las aguas bajo esa forma de obras y servicios. Sin embargo, se pierde la presencia de un organismo administrativo especializado en exclusiva, como lo era aquel “primer” Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, en la competencia de tales actividades relacionadas con la gestión de las aguas; estas pasan a coexistir en el ámbito de competencia material de otro organismo (ahora el DAP, Desarrollo Agropecuario del País), que a pesar de ser la entidad principal competente para dicha gestión de las aguas, no estaba especializado solo en esa gestión, sino que, dentro de su objeto funcional, compartía competencias administrativas en relación con actividades de otra índole.

Junto a lo narrado hasta aquí, hay que decir también que en esta etapa de provisionalidad, y a partir del giro de la Revolución cubana hacia el modelo socialista que se fue implementando desde inicios de la década de 1960, de donde resultará un proceso de estatización y concentración en el Estado de la titularidad y las competencias de gestión sobre actividades económicas y de interés público (servicio estatal), y donde se eliminará la propiedad privada como factor del tráfico económico nacional y la posibilidad de participación del sector privado en la titularidad o gestión de actividades económicas de interés general, surge como otro aspecto a considerar la eliminación (que no se produce de una vez, sino en un proceso gradual, ascendente y por varias vías⁵⁷) de la figura de los concesionarios de obras, servicios y bienes públicos, dentro del panorama jurídico-administrativo nacional en general y, en consecuencia, de la actividad hidráulica y las aguas en particular.

Como se señalaba en una publicación oficial de finales de la etapa del Gobierno Provisional:

“... la naturaleza de nuestro régimen económico-social no permite el otorgamiento de concesiones administrativas para al ejecución de obras públicas”.⁵⁸

Se llegaba así, en ese periodo, a la eliminación de la gestión indirecta o de la ejecución por particulares de obras o servicios y la explotación de las aguas a partir de esas formas (obras o servicios);

57 Ver lo que explicamos en MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Centro de Estudios de Administración Pública, Universidad de La Habana, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, p. 27 y ss.

58 Ver la nota al artículo 334 del Código Civil, que aparece en *Código Civil de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889 y vigente desde el día 5 de noviembre del mismo año*, concordado y anotado hasta el 8 de marzo de 1975, Publicación Oficial del Ministerio de Justicia, Editorial Orbe, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1975, p. 42.

marcándose una fase de construcción de las bases de un modelo en torno a la actividad de las aguas, que, como venimos diciendo, estará marcado por signos como la estatización y centralización de la titularidad (de la actividad y de las aguas como bien) y la gestión directa en interés general de las aguas.

4.4.2. Etapa que va desde la entrada en vigor de la Constitución de 1976 a la reforma constitucional de 1992

Con la Constitución de 1976, que finalmente vino a concluir la provisionalidad revolucionaria y a institucionalizar, a partir de las experiencias implementadas durante ese periodo de provisionalidad, al Estado socialista, se produce otro importante hito en el desarrollo del régimen jurídico de las aguas en Cuba.

Esa norma constitucional estuvo marcada –entre otros matices– por la fuerte influencia del constitucionalismo del antiguo campo socialista liderado por la extinta URSS; y en ella, en ocasiones, en la redacción de su articulado se refleja la importación de un lenguaje y de un andamiaje técnico-jurídico que, en esas ocasiones, puede señalarse como más cercano a las construcciones político-jurídicas de aquel espacio socialista europeo oriental, que a la tradición constitucional cubana que había precedido a esta nueva etapa constitucional y que, en lo que tenía de carácter burgués, el nuevo ejercicio de norma superior pretendía desmarcarse.

Para el régimen jurídico de las aguas importa referir tanto al artículo 10, inciso a, en atención a que se dispuso el ejercicio de la soberanía por parte del Estado sobre, entre otros espacios y recursos, las aguas interiores;⁵⁹ como al artículo 27, que aportó una perspectiva de protección ambiental sobre ellas como recurso.

Este último artículo 27 reviste importancia, además, pues hay una mención directa en él a las aguas:

“Artículo 27: Para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza. Incumbe a los órganos

59 Artículo 10: “El Estado socialista cubano ejerce su soberanía:

- a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de Pinos, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores, el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre los mismos se extiende;
- b) sobre los recursos naturales y vivos del lecho y subsuelo marinos, y los existentes en las aguas suprayacentes inmediatas a las costas fuera del mar territorial en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional.

“La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía sobre cualquier porción del territorio nacional”.

Hay que aclarar que por la modificación de la Constitución introducida en 1978, en este artículo se sustituyó el nombre de Isla de Pinos por el de Isla de la Juventud.

competentes y además a cada ciudadano velar porque sean mantenidas limpias las aguas y la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna”.

Como es conocido, con el artículo 27 de la Constitución de 1976, por vez primera en el marco constitucional cubano se introducía la referencia normativa explícita a la cuestión ambiental; cuestión esa que tocaba y dimensionaba, entonces, todo lo atinente a la ordenación y protección del ambiente. En ese artículo se estableció el mandato de protección de la naturaleza por parte del “Estado y la sociedad” y, en concreto, para nuestro ámbito de estudio, no solo la competencia de los órganos estatales, sino también el deber de los ciudadanos, de “velar porque sean mantenidas limpias las aguas”. Todo ello con el fin de asegurar el “bienestar de los ciudadanos”. En esa enumeración contenida en el artículo 27, las aguas se convertían –a efectos de nuestra Constitución de 1976– en uno de los elementos a proteger expresamente dentro de la naturaleza, si bien con una regulación con letra limitada en tanto la acción se refería a “velar por el mantenimiento de la limpieza de las aguas”, cuando su regulación y protección ambiental, al menos en el alcance del trazado constitucional, ha de ir mucho más allá de eso; así como que la actuación de las estructuras públicas y los ciudadanos en relación con ellas, en el contexto de un marco constitucional, también debe trascender el perímetro limitado de la “vigilancia del mantenimiento de su limpieza”.

Sin embargo, en nuestra opinión, la principal novedad, en atención al régimen jurídico de las aguas dentro del articulado de la Constitución de 1976, vino a radicar en su artículo 15, el cual regulaba:

“La propiedad estatal socialista, que es la propiedad de todo el pueblo, se establece irreversiblemente sobre las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos; sobre el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona de su soberanía, los bosques, las aguas, las vías de comunicación; sobre los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como sobre las granjas del pueblo, fábricas, empresas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomento o adquiera”.

Por este artículo 15, con una – creemos nosotros – imprecisa técnica jurídica, se establece el principio de que las aguas son de propiedad (dominio o titularidad) del Estado (*propiedad estatal socialista*). De tal suerte, con esa redacción se hizo una reserva de titularidad de las aguas (de todas) a favor del Estado, con lo cual

estas no podían ser ya de propiedad privada –propiedad esta última que, en sentido general, no era así reconocida en ese texto constitucional de 1976– o de propiedad individual.

Lo así dispuesto en el artículo 15 constitucional impactaba directamente, de manera modificatoria, en las regulaciones de –los entonces aún vigentes entre nosotros– Ley de Aguas de 1879 y Código Civil español, pues venía a inaplicar la vieja distinción que en esos cuerpos legales se hacía entre aguas de dominio público y aguas de dominio privado. Con ello desaparecía, en consecuencia, en el contexto jurídico-positivo cubano, la posibilidad de que las aguas pudieran ser objeto del dominio privado, en tanto todas pasaban ahora a ser parte de la “propiedad estatal socialista de todo el pueblo”, que se consagraba al mayor nivel jurídico dentro de nuestro ordenamiento positivo.

A pesar de que en la Constitución de 1976 no se precisaba dentro de esa “propiedad estatal socialista de todo el pueblo”, que se recogía en el citado artículo 15, si las aguas, con independencia de que su titular fuera el Estado, quedaban bajo un régimen de propiedad de Derecho Público o de un régimen patrimonial regido por el Derecho Civil –realmente, en el Derecho cubano de los bienes del Estado socialista o de la propiedad estatal socialista este tipo de disquisición no ha tenido lugar con visibilidad–, creemos nosotros, por la realidad sociopolítica de las cosas que hasta hoy se han tenido, que debe verse allí, además, la declaración que ampara entender que las aguas en Cuba se someten a un régimen de Derecho público; esto es, la declaración de que las aguas pertenecen al dominio público o principio de demanialidad de las aguas en nuestro país. Fue con la Constitución de 1976, y a través de ese artículo 15, que se elevó en nuestro país a rango constitucional la determinación de que las aguas fueran propiedad del Estado y, con ello (si bien no con toda la precisión exigible), una orientación hacia su carácter público.

Junto al principio de estatalidad de la propiedad o titularidad sobre las aguas, tal como lo fijaba el artículo 15 constitucional, hay que ubicar otro principio para la gestión de estas, que se derivaba –no directamente, pero sí indirectamente– del artículo 17 de la Constitución de 1976, pues en él se determinaba que para para la administración de la propiedad socialista de todo el pueblo (y las aguas eran declaradas previamente como parte de esa propiedad), el Estado organizaba empresas y otras entidades económicas.⁶⁰

60 El artículo 17 de la Constitución de 1976 regulaba: “Para la administración de la propiedad socialista de todo el pueblo, el Estado organiza empresas y otras entidades económicas.

“La estructura, atribuciones y funciones de las empresas y entidades económicas estatales de producción y servicios y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley”.

De esa redacción, extraemos nosotros el principio de la realización y gestión directa, por parte del Estado cubano, de las obras y los servicios relacionados con aguas, a partir de las figuras organizativas de su intervención directa que ese artículo 17 señalaba. De ese modo, constitucionalmente, quedaba excluida la posibilidad de la gestión indirecta por sujetos privados (recuérdese que no se reconocía la propiedad privada en Cuba bajo ese signo constitucional de 1976) de las obras y servicios de agua.

Para nosotros, esos dos principios: estatalidad de la titularidad o propiedad de las aguas y su gestión directa por parte del Estado y las entidades organizadas que este creara, han de ser los dos principios esenciales que van a determinar y señalar el régimen jurídico en la organización y gestión de las aguas en Cuba, bajo el signo original del texto constitucional de 1976.

La Constitución de 1976, en torno a la materia de aguas, no hizo sino fijar, y consagrar finalmente, los pilares del modelo de organización y gestión de las aguas, para la nueva etapa que con dicha norma jurídica suprema se abría. Ese modelo –resultado también del modelo más general de organización y funcionamiento del Estado que se adoptó– venía construyéndose, claro está, desde la etapa anterior a la vigencia de la Constitución socialista y reunía como rasgos el de la estatización y centralización de la organización y gestión de las aguas.

En resumidas cuentas, importa retener que la Constitución socialista de 1976 determinó el surgimiento de un nuevo marco constitucional para las aguas en nuestro país. Con lo cual, fue necesario, *a posteriori*, generar las adecuaciones correspondientes en el orden positivo infraconstitucional. Unas adecuaciones que no siempre llegaron con celeridad ni necesariamente significaron un salto de calidad en relación con la norma predecesora que venía a sustituirse. Pero, aun así, resultaban necesarias e intentaban atemperar –con mejor vocación que las operadas en periodos históricos ya superados– el orden positivo vigente en torno a las aguas, al sentido socialista, estatista y centralizador que subyacía en la base del sistema al efecto.

Como parte de las transformaciones que fue imponiendo la vigencia de la Constitución de 1976, ese propio año, con fecha 30 de noviembre, se dictó la Ley No. 1323, “Ley de Organización de la Administración Central del Estado”. Como su nombre lo indicaba, dicha norma vino a reorganizar la Administración Central del Estado en su totalidad y consagró (artículo 22) tres grandes categorías de organismos de esa Administración Central, subordinados al Consejo de Ministros: a) Comité Estatal (cuando tenía a su cargo, generalmente la dirección funcional y rectora de cuestiones que afectaban a todas las actividades y a todos los organismos e instituciones del

Estado); b) Ministerio (cuando tenía a su cargo la dirección y administración de una o varias ramas o subramas de la economía, o de actividades políticas, económicas, culturales, educacionales, científicas, sociales, de seguridad o defensa); y c) Instituto (cuando se trataba de un organismo de la Administración Central del Estado cuyo jefe no formaba parte del Consejo de Ministros).

De esa nueva organización, en relación más directa con la cuestión de las aguas, se establecieron como organismos de la Administración Central del Estado (artículo 23) el Ministerio de la Construcción, el Ministerio de la Industria Pesquera y el Instituto Cubano de Hidrografía. Se declararon extinguidos (por la Disposición Final Primera), entre otros, el organismo Desarrollo Agropecuario del País (DAP) y el Instituto Nacional de la Pesca. Así como se decidió (Disposición Final Primera) que las “atribuciones y funciones legalmente asignadas” al Desarrollo Agropecuario del País (DAP) se transfirieran al Ministerio de la Construcción; y las del Instituto Nacional de la Pesca al Ministerio de la Industria Pesquera.

En la Ley No. 1323 de 1976 (además de las transferencias apuntadas) se le encargó al Ministerio de la Construcción (artículo 69), entre otras competencias, la planificación y el control de los recursos hidrológicos e hidráulicos del país; para lo cual debía dirigir la realización de las investigaciones aplicadas y la elaboración de los proyectos para construcción (inciso a); también dirigir la ejecución de obras de ingeniería y de arquitectura y el montaje industrial (inciso b); y (inciso c) realizar estudios y evaluaciones técnico-económicos para la ejecución del planeamiento hidráulico del país, elaborando las propuestas para su desarrollo y priorización; asimismo, elaborar y proponer las medidas tendientes a la preservación de la contaminación de los recursos hidrológicos, controlando su aplicación.

El Ministerio de la Industria Pesquera se encargó de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política en cuanto a la rama de la industria pesquera (artículo 79). Entre lo que quedaba comprendido (inciso c): fomentar la explotación del aprovechamiento óptimo de los recursos de nuestros mares, ríos, presas y lagunas.

Finalmente, al Instituto Cubano de Hidrografía se le encargaba como organismo (artículo 89), por la Ley No. 1323 de 1976, la dirección, ejecución y control de la aplicación de la política en cuanto a los trabajos hidrográficos a escala nacional en función del interés del país.

Como puede verse, desde el punto de vista de la organización administrativa, las principales competencias en materia de aguas se dispersaban centralizadamente en varios organismos. En el caso del Ministerio de la Construcción, y a diferencia de otros como el de la Industria Pesquera y el Instituto Cubano de Hidrografía, era un organismo con alcance diverso desde el punto de vista de

su competencia material, donde las cuestiones relacionadas con obras hidráulicas y servicios de acueductos y alcantarillados eran una arista de esa competencia material.

En consonancia con lo anterior, en enero de 1977 se creó el Instituto de Hidroeconomía, como parte del Ministerio de la Construcción, el cual tuvo entonces la labor de ejecución y el control de la aplicación de la política estatal referida a la planificación y control de los recursos hidráulicos, así como la dirección del sistema de acueductos y alcantarillados del país, cuya ejecución quedó a cargo de los gobiernos locales. Entre las competencias del Instituto de Hidroeconomía podemos mencionar: proyectar y controlar el Plan de Uso del Agua; ejercer la función de inversionista de las obras hidráulicas acometidas por las empresas del Ministerio de la Construcción; realizar investigaciones y proyectos de obras hidráulicas, acueductos y alcantarillados; llevar a cabo la explotación de las obras hidráulicas; ejecutar la mayor parte de la perforación de pozos; efectuar las investigaciones sistemáticas (observación del ciclo hidrológico) y el control de la calidad de las aguas; así como ejercer la rectoría de la actividad de acueducto y alcantarillado.

En 1980, por el Decreto-Ley No. 31 de 10 de enero de ese año, se produce una reforma en la Administración Central del Estado, orientada hacia la reducción de organismos, modificándose, por esa vía, la Ley No. 1323 de 1976. Pero de ella no deriva variación para el panorama de la organización administrativa en relación con las aguas, tal cual se daba hasta ese momento.

Un nuevo paso dentro del entramado normativo cubano relacionado con el régimen jurídico del agua estuvo en la Ley No. 33, "Ley de Protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales", de 10 de enero de 1981. Esta fue la primera ley especial para la protección del medio ambiente que se dictó en nuestro país, lo cual marca un hito importante en este sentido y fortalece la dimensión ambiental dentro de nuestro ordenamiento jurídico; buscando además una compatibilización de esa protección, con el uso de los recursos nacionales en función del desarrollo social y económico del Estado cubano, en función del desarrollo sostenible y "el mejoramiento de las condiciones de vida de las presentes y futuras generaciones" (quinto Por Cuanto).

Según el primer artículo de la Ley No. 33 de 1981, esta norma jurídica vino a establecer

"... los principios básicos para la conservación, protección, mejoramiento y transformación del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, conforme con la política integral de desarrollo del país, con el fin de aprovechar óptimamente el potencial productivo nacional".

Como uno de los objetos de protección medioambiental y de utilización racional como recurso natural, se declaró expresamente a “las aguas terrestres” (artículo 3). Por lo tanto, es dable entender que la Ley No. 33 pasó a ser uno de los componentes fundamentales del marco jurídico ordenador de las aguas en Cuba, no solo agregando una pieza más, sino como incorporación que venía a fortalecer el aspecto de protección ambiental en dicho marco y a diversificar y complejizar algo más el panorama normativo al respecto. Por esa ley de 1981, al quedar comprendida las aguas terrestres en su objeto de regulación, se cualificaba su protección como elemento integrante del medio ambiente, y se señalaba su utilización sobre la base del principio de “racionalidad de su uso o de uso racional”. Y se colocaba tanto en cabeza del Estado como de la sociedad y el individuo (artículo 4) la responsabilidad de la protección ambiental y del uso racional de los recursos naturales; así como la “obligación de mantenerlos en forma óptima”.

A lo interno de la Ley No. 33, “Ley de Protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales”, varios de los preceptos se refirieron directamente al régimen jurídico de las aguas, donde el bloque esencial se ubicaba en la Sección Primera, “De las aguas terrestres”, del Capítulo II, denominado “De las esferas específicas de protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales” (artículos 22 al 38). En concreto, en el artículo 22 se recogía que a los efectos de ese cuerpo legal, se entendía

“... por aguas terrestres tanto las superficiales como las subterráneas, que incluyen las cuencas correspondientes, así como las termales y minero-medicinales, las que conjuntamente con los recursos naturales que contiene son propiedad del pueblo”.

Con esto último, la Ley No. 33 reflejaba, pero también respaldaba, lo que ya el artículo 15 de la Constitución de 1976 había dispuesto sobre el carácter de “propiedad estatal socialista de todo el pueblo” de las aguas.

En esa propia cuerda argumental debe anotarse que el artículo 23 de la Ley No. 33 amparaba que las aguas terrestres constituirían los recursos hídricos del país en su carácter de riqueza nacional y su utilización tenía que ser regulada para su mejor aprovechamiento y conservación. Contenido ese que se relacionaba con el artículo 24 de la propia norma jurídica de 1981, en tanto por este se establecía que el aprovechamiento de los recursos hídricos respondía al principio fundamental de su uso racional y planificado, de acuerdo con las regulaciones que al efecto dictara el Consejo de Ministros; lo cual debía combinarse con el principio de “atención integral de carácter obligatorio” que la Ley No. 33 establecía en el artículo 5 para “el medio ambiente y lo recursos naturales”, en

cuanto se declararon allí como “patrimonio común de la sociedad y de interés fundamental de la nación”.

Otras disposiciones se contenían en la Sección Primera del Capítulo II de la mencionada Ley No. 33, siempre desde la perspectiva de la protección ambiental y de la ordenación de su aprovechamiento y desde la del uso racional como recurso. Para concluir estableciendo en el artículo 38 que

“Las aguas que corren por cauces naturales, canales, acequias y otros conductos al descubierto, pueden ser utilizadas con fines domésticos, sin perjuicio de las regulaciones dictadas para la salud pública y seguridad nacional. El uso de estas aguas para otros fines requiere la previa autorización del organismo competente”.

Claro está, el tema aguas dentro de la letra de la Ley No. 3 de 1981, “Ley de Protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales”, trascendía el perímetro limitado de la Sección Primera del Capítulo II; y en otros capítulos, como el III, “De la organización de la protección del medio ambiente y uso racional de los recursos naturales”, y el IV, “De la infracción de las normas y disposiciones sobre protección del medio ambiente y uso racional de los recursos naturales”, quedaban comprendidas disposiciones que también se relacionaban directamente con él.

Por el Decreto-Ley No. 54, “Disposiciones sanitarias básicas”, de 23 de abril de 1982, aparece en el Derecho positivo cubano una nueva norma jurídica que pasó a tener el carácter de principal para el ordenamiento sanitario en el territorio nacional. Esta norma es importante en relación con el tema que nos ocupa en este trabajo, pues dentro de su Título III, “Del saneamiento del ambiente”, se incluían tres capítulos relacionados específicamente con las aguas, los acueductos y el sistema de alcantarillados: Capítulo IV, “De las aguas”, Capítulo V, “De los acueductos” y Capítulo VI, “De los sistemas de alcantarillados”.

Las disposiciones contenidas en ese Decreto-Ley No. 54, como su nombre lo indica, vinieron determinadas por un objetivo “sanitario”, al establecer competencias y exigencias en orden de la prevención y control de enfermedades, de la contaminación de las aguas, del manejo de las mismas, de su suministro para el abasto de comunidades⁶¹ y del vertido de aguas residuales a través del sistema de alcantarillados.⁶²

61 De acuerdo con el artículo 35 del Decreto-Ley No. 54: “A los efectos de este Decreto-Ley, se considera acueducto la obra que mediante instalaciones y procedimientos que aseguren una adecuada calidad sanitaria, de acuerdo con las normas establecidas, tenga por objeto captar, potabilizar, almacenar, conducir, Distribuir y abastecer de agua a comunidades. cualquiera que sea su población”.

62 En el artículo 41 del Decreto-Ley No. 54 se establecía: “A los efectos de este Decreto-Ley se considera alcantarillado a todo sistema destinado a recolectar, conducir, tratar y disponer finalmente, las aguas residuales provenientes de núcleos de población, industrias e instalaciones agropecuarias”.

En 1983 se produce una nueva organización de la Administración Central del Estado, esta vez por el Decreto-Ley No. 67, “De Organización de la Administración Central del Estado”, de 19 de abril. Esta norma regulaba que era el Ministerio de la Construcción el encargado de “dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en cuanto a la planificación y el control de los recursos hidrológicos e hidráulicos del país” (artículo 68, párrafo primero). Además, por su Disposición Final Primera, se declaraba extinto como Organismo de la Administración del Estado al Instituto Cubano de Hidrografía (cuya presencia en el organigrama administrativo central cubano databa de la Ley No. 1227, de 29 de septiembre de 1969); y las atribuciones y funciones que estaban legalmente asignadas a este organismo, así como las obligaciones o derechos de toda índole que había contraído o adquirido se transfirieron al Ministerio de las Fuerzas Armadas (Disposición Final Primera del Decreto-Ley No. 67).

El 13 de julio de 1983 se promulga la Ley No. 41, “Ley de la Salud Pública”, la cual es relevante para lo que tratamos, en tanto en su artículo 65 se establecía la competencia del Ministerio de Salud para dictar medidas relacionadas con el control sanitario del ambiente referidas a la prevención y el control, entre otros segmentos, de las aguas, de los acueductos y al agua por ellos suministrada, de los proyectos de obras (por supuesto, donde se incluyen las obras hidráulicas).

Para la segunda mitad de la década de 1980 ya se había puesto de manifiesto la necesidad de reimpulsar en el país el “panorama hidráulico” y de aprovechamiento de las aguas, frente a la situación que venía presentado la infraestructura hidráulica, impulsada en la década de 1960 y los inicios de la de 1970, pero cuya atención había decaído en los lustros siguientes.

Como dejó constancia en aquel momento el entonces Presidente de los Consejos de Estado y de Ministros, Fidel CASTRO:

“Estamos recuperando la voluntad hidráulica que años atrás se había perdido, porque habíamos caído en el vicio de hacer presas que empezaban hoy para terminarlas en 20 años [...]. Se está enderezando todo eso, viendo la construcción como un proceso de producción continua. Se harán las presas grandes en dos años, en tres años, como se hicieron en un tiempo, con sistemas de riego; se construirán presas medianas, micropresas. Buscaremos recursos para extender por el país lo que estamos haciendo en Viñales y otros lugares, lo que estamos haciendo en Pinar del Río, que ya recuperó esa voluntad hidráulica; se trabaja por recuperarla en las provincias orientales, y creo que en dos o tres años más estará plenamente restablecida la voluntad hidráulica, con sus recursos, con los criterios correctos, para que no quede un solo arroyo, una sola

posibilidad de riego que no la aprovechemos. En estos años secos se comprende todavía mucho mejor la necesidad de utilizar esos recursos hidráulicos. Esperamos que dondequiera que haya una posibilidad de ese tipo en el país, la utilicemos”.⁶³

Muy poco tiempo después de haber señalado lo anterior, el mismo FIDEL expresaba:

“Podimos apreciar que, desgraciadamente, la voluntad hidráulica que un día impulsó la construcción de decenas y decenas de presas y cientos de micropresas en todo el país, al extremo de que la capacidad de embalse de agua desde el triunfo de la Revolución hasta hoy creció en 142 veces [...] no es suficiente y que tiene que elaborarse toda una estrategia no solo del desarrollo total de los recursos hidráulicos, sino también de utilización óptima del agua.

[...]

“Por eso, uno de los esfuerzos en que está enfrascado el país en este momento –y forma parte del proceso de rectificación– es la recuperación de la voluntad hidráulica, es decir, volver a crear aquel tremendo impulso que teníamos, en este terreno y, si es posible, aún mayor y más eficiente. Debe tenerse en cuenta que las presas más fáciles se hicieron antes, aquellas que con menos movimiento de tierra daban más agua; van quedando los embalses y los trabajos más difíciles, pero debemos hacerlos sin vacilación y, repito, no solo creando nuevas fuentes, sino administrando con mucha mayor eficiencia el agua en los servicios, en la industria, en la población y en la propia agricultura, donde muchas veces se desperdicia el agua por sistemas ineficientes de regadío o de mal trabajo. Es algo que renace en todo el país hoy: la voluntad hidráulica”.⁶⁴

De la comprensión y necesidad de reimpulsar el panorama administrativo nacional sobre las aguas y su infraestructura en Cuba, y de la conciencia sobre la insuficiencia del aparato administrativo existente hasta ese momento (en esencia, el Instituto de Hidroeconomía adscrito al Ministerio de la Construcción), surge el Decreto-Ley No. 114, de 6 de junio de 1989, por el que se crea un nuevo Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH) como Organismo de la Administración Central del Estado.

63 CASTRO RUZ, Fidel, “Discurso pronunciado por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, Primer Secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba y Presidente del Consejo de Estado y de Ministros, en el acto clausura del VII Congreso de la ANAP, efectuado en el Teatro Karl Marx, el 17 de mayo de 1987, ‘Año 29 de la Revolución’”, versiones taquigráficas – Consejo de Estado, disponible en <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1987/esp/f170587e.html>

64 CASTRO RUZ, Fidel, “Discurso pronunciado por el Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, Primer Secretario del Comité Central del Partido Comunista de Cuba y Presidente del Consejo de Estado y de Ministros, en el acto central por el XXXIV aniversario del asalto al cuartel Moncada, celebrado en la Plaza de Artemisa, el 26 de julio de 1987, ‘Año 29 de la Revolución’”, versiones taquigráficas – Consejo de Estado, disponible en <http://www.cuba.cu/gobierno/discursos/1987/esp/f260787e.html>

A este “segundo” Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos en la historia administrativa de las aguas en Cuba luego del triunfo de la Revolución se le encargaba como competencias (artículo 1):

“... dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en cuanto a las actividades de planificación y control de los recursos hídricos del país, y a ese fin tiene, además de las comunes expresadas en el Artículo 52 del Decreto-Ley 67, de 19 de abril de 1983, las atribuciones y funciones principales siguientes:

- a) proteger las aguas terrestres, las cuencas, los cauces naturales, las obras e instalaciones hidráulicas;
- b) proteger los objetivos económicos y sociales y el medio ambiente natural, de los efectos nocivos que pudieran causar las aguas terrestres;
- c) realizar la prospección, el planeamiento y la administración de los recursos hidráulicos, y ejercer la rectoría ramal sobre los proyectos y las inversiones de las obras hidráulicas que se ejecuten en el país;
- ch) realizar la prospección, el planeamiento y la proyección de las obras hidroenergéticas;
- d) dirigir la ejecución y controlar las actividades del Servicio Hidrológico Nacional;
- e) ejercer la rectoría de la actividad de acueductos, alcantarillados y drenaje pluvial de los órganos locales del Poder Popular”.

Con la creación de este nuevo INRH, se daba un giro en el aparato central administrativo del Estado cubano hacia un organismo especializado para la dirección ejecución y control de la actividad relativa a los recursos hídricos del país. No solo como señal de la importancia que esta cuestión adquiriría para la vida del país, sino como la consecuencia necesaria para un mejor manejo administrativo de dichos asuntos. De ese modo, en el plano institucional de la actividad administrativa sobre las aguas y su infraestructura se volvía a gravitar en torno a un organismo administrativo central, competente única y propiamente sobre la dirección y el control de los recursos hídricos país.

Justo es referir aquí a la Ley No. 59 de 1987, Código Civil de la República de Cuba, que vino a sustituir al viejo Código Civil español, que hasta ese momento había conservado su fuerza jurídica –con las múltiples modificaciones introducidas, especialmente luego del triunfo de la Revolución cubana. En su base más general, en el tema de la propiedad, este nuevo Código siguió la línea previamente enunciada por el texto constitucional de 1976. Específicamente, para la cuestión jurídica del agua, la Ley No. 59 no siguió la línea

de su predecesor –como ya era de esperar por lo que venía aconteciendo entre nosotros a propósito de su régimen jurídico– y no incluyó referencias específicas a este tema como objeto de propiedad, sino que la mención al agua quedó reservada, esencialmente, para lo que se reguló sobre limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad, Libro II, Título II, Capítulo IV. De igual forma (y como no podía ser de otro modo), en la Disposición Final Primera del Código Civil se dispuso que “se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas” (entre otras) a “los servicios de suministros de agua”.

Ese panorama que vino a mostrar el Código Civil de la República de Cuba nos sugiere algunas lecturas, pero, básicamente, esa situación de no incluirse, ni de modo breve, en este nuevo código, tal cual lo hizo anteriormente su antecesor –el Código Civil español–, aspectos generales y esenciales sobre el régimen jurídico de las aguas, nos hace pensar en que en la atmósfera a la que respondía el legislador cubano de entonces se respiraba la idea de la poca idoneidad del Código Civil como pieza reguladora dentro de ese régimen, en tanto las aguas ya habían sido declaradas por la Constitución de 1976 como propiedad estatal y, por ende, como objeto de tal propiedad no encajaba bien dentro del tráfico jurídico patrimonial “entre personas situadas en plano de igualdad, al objeto de satisfacer necesidades materiales y espirituales”, tal cual se indicaba en el artículo 1 de dicho Código Civil cubano, al definir el ámbito objetivo de las relaciones que este cuerpo jurídico entraba a regular; con todo y que el artículo 136 del Código Civil cubano es similar en su letra al 15 de la Constitución cubana.

Para cerrar esta etapa de evolución de la normativa jurídica sobre aguas en Cuba, debemos mencionar tres normas de carácter administrativo dictadas por el presidente del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

La primera es la Resolución No. 55, de 12 de abril de 1990, que en esencia regulaba la ejecución de perforaciones con fines de aprovechamiento hidráulico o de vertimiento de aguas residuales, así como para determinar el nivel de este organismo facultado para autorizarlo.

La segunda es la Resolución No. 114, de 4 de septiembre de 1990, que disponía sobre la determinación de las entidades facultadas para realizar los proyectos de las obras hidráulicas e hidroenergéticas, así como para definir el nivel del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos que será encargado de la correspondiente aprobación.

La tercera es la Resolución No. 12, de 9 de abril de 1991, con el objetivo de regular las autorizaciones para la utilización del agua embalsamada como fuente de abastecimiento a la población y a la industria.

4.4.3. Etapa que va la reforma constitucional de 1992 hasta la actualidad y sobre el marco normativo actual de ordenación jurídica del agua en Cuba

El periodo que se abre para Cuba con la década de 1990 resulta realmente importante desde el Derecho en muchos sentidos, por las realidades y transformaciones que marcaron al país, en un contexto externo e interno diverso al de la etapa anterior, donde ya no existe la comunidad de países socialistas de Europa Oriental y donde fue en ascenso una crisis económica que obligó a replantear varios aspectos del orden jurídico nacional, en función de solventar las nuevas circunstancias que se manifestaban.

Para el Derecho de aguas cubano, fue también esta una etapa de cambios importantes, de adecuaciones e incorporaciones en el orden positivo al efecto; y dentro de esta etapa, que extendemos hasta el momento que redactamos estas líneas (2016), se han sentado nuevas bases de regulación de las aguas en nuestro país, cuyas piezas normativas principales constituyen hoy el marco jurídico de ordenación de las mismas en nuestro país.

En primer lugar, debemos mencionar a la Constitución de 1976, que, luego de la puntual modificación que se le introdujo en 1978, se sometió en 1992 a una importante reforma (la más sustancial de las que ha tenido hasta el momento); y que es el texto constitucional que rige hoy, con el añadido también de las modificaciones que en 2002 se le incorporaron.

En lo que nos interesa sobre el Derecho de aguas, fue la reforma constitucional de 1992 –consecuencia de la transformación del contexto internacional y nacional que impactó la realidad cubana– la que vino a introducir algunos elementos nuevos en el texto jurídico superior, en relación con la letra original de 1976.

Por lo pronto, en el magno texto jurídico cubano en relación con las aguas, son de interés el artículo 11, en lo atinente a la declaración del marco objetivo de ejercicio de la soberanía del Estado cubano;⁶⁵ y el artículo 27, en el que se renovó (1992) su redacción para quedar planteado de esta manera:

“El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico

65 Artículo 11: “El Estado ejerce su soberanía:

a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre éstos se extiende;

b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;

c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional. “La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial. Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier otro Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera”.

y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.

“Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza”.

En ese artículo 27, además de la protección del “medio ambiente y los recursos naturales del país” que se coloca en cabeza del Estado, se perfila su conexión con el “desarrollo económico y social sostenible”, lo que marca un sentido claro en materia de acción sobre el medio ambiente y aprovechamiento o explotación de los recursos naturales (donde el agua es uno de ellos). Igualmente, se establece como un deber para los ciudadanos la contribución a la protección –entre otros elementos– de las aguas. Lo que, conectado con la competencia de protección al “medio ambiente y los recursos naturales del país” que allí se le fija al Estado, señala una dinámica tuitiva o protectora que se establece en dos direcciones: la de la acción del Estado y la de los ciudadanos.

Trascendente para el régimen jurídico de las aguas en Cuba resulta la modificación que la reforma de 1992 le introdujo al artículo 15, pues, en relación con su letra original, ahora queda eliminado de él, por un lado, el carácter “irreversible” con que se declaraba la “propiedad estatal socialista” sobre los bienes que se enumeraban en ese texto y, por otro lado, en él se abrió la posibilidad de transmisión –excepcional– de la propiedad de esos bienes a otras personas y a la explotación de esos bienes por sujetos distintos a su titular.

Así las cosas, el artículo 15 constitucional regula ahora:

“Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

- a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o cooperativas integradas por éstos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación;
- b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera.

“Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, so-

ciales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

“En cuanto a la trasmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la ley”.

Además de ese artículo, debe contarse para la adecuada comprensión del análisis que realizamos, que el artículo 17, párrafo primero, de la Constitución, luego de 1992, fija que:

“El Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley”.

Asimismo, debe verse que el artículo 23 constitucional, primer párrafo, pasa a reconocer “la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley”. Con ese reconocimiento, se consagra constitucionalmente la posibilidad de asociación con fines económicos del Estado con el capital –básicamente– extranjero (tal como demostró la práctica seguida y la legislación ordinaria al respecto), y se respalda a ese nivel jurídico la posibilidad, a través de formas de asociación con el sector público cubano, de participación de capital privado en la gestión de actividades económicas en nuestro país.

Del marco constitucional vigente, en relación con la cuestión de las aguas, podemos sacar, entonces, algunas rápidas ideas que se constituyen en nervios esenciales de todo el andamiaje jurídico nacional en torno a ellas.

Por un lado, está la declaración de estas como *propiedad estatal* (artículo 15),⁶⁶ determinación de la titularidad pública sobre las mismas. De lo que debe desgajarse además –vemos nosotros, a

66 El artículo 136 del Código Civil cubano destaca, en el mismo sentido que la Constitución, que son de propiedad estatal: a) Las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos, el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona económica de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación; b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomente o adquiera. Además, en el Decreto-Ley No. 227, “Del Patrimonio estatal”, de 8 de enero de 2002, se regula (artículo 1) que el patrimonio estatal es el conjunto de bienes y derechos sujetos al régimen de propiedad estatal socialista de todo el pueblo y los adquiridos, construidos o creados por el Estado; también forman parte del patrimonio estatal los bienes y derechos que no son propiedad de alguna otra persona. Asimismo, en ese Decreto-Ley No. 227 se refrenda (artículo 2) que los bienes que integran el patrimonio estatal son a) de uso público, los que por su naturaleza o fines se permite el libre acceso y disfrute de todas las personas en el territorio nacional; b) de servicio público, los que por su naturaleza o destino sirven al desempeño de las funciones del Estado; además, son bienes del patrimonio estatal los asignados a la defensa nacional y a la seguridad y el orden público, con independencia de su naturaleza, los que están sujetos a un régimen especial según lo dispuesto en la legislación vigente. En las disposiciones complementarias a este Decreto-Ley se establecerá el régimen de los bienes que se relacionan en los incisos a) y b) del apartado anterior.

partir del contexto real que nos envuelve en Cuba– la sujeción de las aguas a un régimen jurídico de Derecho público; teniéndose entonces la declaración de demanialidad de las aguas (aun cuando desde el punto teórico-práctico faltan mayores y mejores esclarecimientos al respecto, por las connotaciones que eso trae y porque realmente un pensamiento de ese tipo –al menos desde la perspectiva técnico-jurídica– no parece haber estado en la base de la redacción actual del artículo en comentario). Como se conoce, esta declaración de *propiedad estatal* opera como un título de intervención del Estado (de la Administración Pública), sobre tales bienes y, en consecuencia, sobre las aguas; estas últimas quedan sustraídas de la posibilidad de constituir objeto de propiedad privada –aun cuando esta propiedad, tal cual está redactada la Constitución, no se reconoce formal y expresamente en el texto constitucional– y del comercio *iusprivado*.

Junto a ese principio de titularidad estatal de las aguas en Cuba –a tenor del cual nosotros pretendemos ver en el marco constitucional vigente el principio de demanialidad de las mismas (con todo y que no resulta reflejado de modo expreso allí, ni está en la base de la construcción original de ese texto jurídico superior, pero que al día de hoy deriva como necesario para el mejor ordenamiento del régimen jurídico que nos ocupa)–, otra derivación que debe extraerse del magno texto jurídico cubano, en relación con las aguas (artículos 1,⁶⁷ 15 y 27), es que tanto su protección como recurso como su utilización debe realizarse en función del desarrollo económico y social del país, sobre la exigencia de sostenibilidad y para el mejoramiento de la vida individual y social de los cubanos; potenciándose (artículo 27) el papel protector del Estado y el deber de los ciudadanos de contribuir a la protección del medio ambiente, frente a la arista –no así establecida constitucionalmente– del derecho de todos a un medio ambiente sano. No hay, tampoco, un reflejo directo del derecho al agua como derecho fundamental en nuestro texto constitucional. Necesario es recalcar, al hilo del texto constitucional, que la protección de las aguas y su aprovechamiento debe hacerse siempre con un claro fin público (social) o de utilidad pública (social), en lo que esto pueda significar desde su indeterminación como concepto.

Finalmente, la Constitución –remitiendo a lo que al respecto se regule en la legislación ordinaria– habilita la posibilidad de otorgar derechos de aprovechamiento sobre las aguas (siempre en función del sentido que en el párrafo anterior destacamos) a sujetos distintos de su titular. Con esto, a la altura de la reforma constitucional de 1992, se dio paso –anteriormente cerrado– a la posibilidad de

67 Artículo 1: “Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana”.

otorgar concesiones para la explotación de los recursos hídricos o de prestación de servicios públicos,⁶⁸ con participación de la inversión extranjera.

Con lo anterior, se traza un cambio en el panorama al efecto, en tanto antes de 1992, constitucionalmente, se perfiló un modelo que, básicamente, solo amparaba la posibilidad de gestión directa por parte del Estado y el aparato creado por él (artículo 17), en relación con la realización de obras hidráulicas, la prestación de servicios públicos y el aprovechamiento de las aguas. Mientras que ahora, a la luz de la actual preceptiva constitucional, aun cuando se mantiene la declaración de que las aguas son de propiedad estatal y su forma de gestión y aprovechamiento es, fundamentalmente, directa a través de entidades del Estado o entidades por él creadas (artículo 17),⁶⁹ hay un modelo en el que se quiebra la exclusividad de la gestión estatal directa en el sector que nos ocupa y se da cabida a la posible participación de la gestión indirecta en ese sector, a través de sujetos no estatales (básicamente extranjeros), e incluso el capital privado, en las actividades económicas (obras, servicios, aprovechamiento con fines económicos), según se puede derivar del artículo 15, último párrafo, en relación con el artículo 23, ambos de la vigente Constitución.

Por lo tanto, de un modelo de intervención, básicamente, del sector público cubano en las obras y servicios en materia de aguas en Cuba, a la luz de la letra del texto constitucional de 1976, se pasa, con la reforma de 1992, a admitir un modelo de intervención donde puede haber participación o intervención, previo título habilitante, de otro sector que no es el público cubano (incluso el privado, esencialmente el extranjero) en la gestión de esas obras y servicios, quebrado así un planteamiento absoluto de monopolio público en dicha gestión, según se perfiló en la versión primigenia de la Constitución cubana que entró en vigor en 1976.

Poco tiempo después de reformado el texto constitucional en 1992, y como parte de la adecuación del orden jurídico-positivo cubano a nivel infraconstitucional, en función de la realidad que estaba viviendo el país, se dictó la que constituye actualmente la principal norma jurídica especial en materia de aguas en Cuba: el Decreto-Ley No. 138, "De las Aguas Terrestres", de 1 de julio de 1993.

68 Sobre esto, puede ser de utilidad nuestra obra: *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*, Centro de Estudios de Administración Pública, Universidad de La Habana, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, 195 pp.

69 Se ha sostenido enfáticamente, en fecha reciente, que: "Las inversiones en infraestructura son financiadas por el presupuesto del Estado. Consecuentemente, **toda la infraestructura hidráulica e hidrosanitaria del país es propiedad estatal**". DORTICÓS DEL RÍO, Pedro Luis (compilación general), *Los recursos hidráulicos en Cuba...*, cit., p. 35 (el destaque en negritas viene del original).

Este decreto-ley vino a concluir el largo ciclo vital de la vetusta Ley de Aguas española, vigente entre nosotros desde 1891, y que había transitado, en poco más de un ciclo, por condiciones histórico-políticas y sociales bien diferentes. Y no solo vino a concluir ese ciclo vital, sino que vino a ocupar el lugar de ella como norma jurídica principal que regula la cuestión de las aguas en Cuba. Sin embargo, desde su acabado normativo, se evidencia que el Decreto-Ley No. 138 no fue una norma jurídica con la calidad de su antecesora de factura europea.

El Decreto-Ley No. 138 se dictó con el objetivo (artículo 1) de desarrollar los principios básicos establecidos en el artículo 27 de la Constitución de la República (que cuando nace esta norma era ya la Constitución de 1976, reformada en 1992) y la Ley de Protección del Medio y del Uso Racional de los Recursos Naturales (derogada en 1997 por la Ley No. 81 de Medio Ambiente) en relación con las aguas terrestres, tanto superficiales como subterráneas, así como de regular, sobre la base de esos principios: a) las peculiaridades relativas al aprovechamiento, la explotación, la conservación, el saneamiento, y el uso racional de este recurso natural; b) la protección de las fuentes, cauces naturales, obras e instalaciones hidráulicas del país; c) la protección de las actividades económicas y sociales y del medio ambiente natural contra los efectos nocivos que pudieran causar las aguas terrestres; d) las actividades relacionadas con el riego y el drenaje agrícola, así como con los sistemas de acueducto, alcantarillado y drenaje pluvial; y d) la cuantificación, el planteamiento y la administración de los recursos hídricos.

En buena técnica, y ateniéndonos a que ese artículo 1 del Decreto-Ley No. 138, no solo venía a desarrollar lo establecido en el artículo 27 de la Constitución cubana, esa declaración contenida en el precepto mencionado peca de limitada, en tanto el articulado de aquel decreto-ley contiene ciertos desarrollos que resultan derivación de los artículos 15 y 17 de la Constitución, a propósito de lo que ellos involucran para las aguas.

En resumidas cuentas, el Decreto-Ley No. 138, “De las Aguas Terrestres”, comprende 48 artículos –frente a 258⁷⁰ que efectivamente contenía la Ley de Aguas de 1879–, seis Disposiciones Especiales, cuatro Disposiciones Transitorias y dos Disposiciones Finales. Está dividido en cuatro capítulos: el Capítulo I, “Disposiciones Generales” (artículos 1 a 3); el Capítulo II, “Del aprovechamiento y el uso racional de las aguas terrestres” (artículos 4 a 14), que contiene a su vez dos secciones, la Sección Primera, “De las Normas de Aplicación General” (artículos 4 a 8), y Sección Segunda, “De los Mecanismos Económicos para Estimular y Promover el uso Eficiente de las Aguas Terrestres” (artículos 9

70 Recuérdese que entre nosotros, el artículo 259 perdió virtualidad.

a 14); el Capítulo III, “De la preservación y saneamiento de las aguas terrestres y de la protección de las fuentes, cursos naturales de aguas, obras e instalaciones hidráulicas” (artículos 15 a 30); el Capítulo IV, “Del estudio, la planificación y la administración de los recursos hídricos, las instalaciones y las obras hidráulicas” (artículos 31 a 48), contentivo de dos secciones, la Sección Primera, “Del estudio y planificación” (artículos 31 a 37), la Sección Segunda, “De la Administración de los Recursos Hídricos” (artículos 38 a 48).

El alcance del Decreto-Ley No. 138 se extiende a lo que denomina (artículo 1) como “aguas terrestres”, que abarcan, por definición de esa norma en su artículo primero, tanto las “aguas superficiales” como las “aguas subterráneas”.

En este Decreto-Ley No. 138 (artículo 2) se refrendaba que el ya creado (Decreto-Ley No. 114) INRH como organismo rector de las aguas terrestres, dirigiría y controlaría las actividades relacionadas con este recurso natural indicadas en el artículo 1 de dicho decreto-ley y su reglamento, y en todo caso, de acuerdo con los principios básicos establecidos por el artículo 27 de la Constitución de la República y la Ley de Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales (léase, a los efectos actuales, y como veremos más adelante la Ley del Medio Ambiente).

Entre los aspectos a destacar de la letra del Decreto-Ley No. 138, está su artículo 38, en el que se dispone que:

“La administración de los recursos hídricos tendrá por objetivo satisfacer las necesidades de agua de las actividades económicas y sociales de acuerdo con el plan, conjugando dicho objetivo con las características de las fuentes, de modo que se asegure tanto el aprovechamiento racional como la conservación de estos recursos”.

Así como, en relación con el precepto anteriormente mencionado, el artículo 45, que dispone:

“A fin de garantizar cuanto se refiera a la administración de los recursos hídricos, las instalaciones y las obras hidráulicas, Recursos Hidráulicos, sobre la base de los principios establecidos en la Ley de Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales, estará obligado a:

- a) administrar, dentro del marco de los planes de asignación aprobados, los recursos de aguas superficiales y subterráneas, así como regular y controlar su explotación;
- b) controlar el uso y la eficiencia en el aprovechamiento de todas las aguas terrestres, incluidas las residuales y salobres;

- c) responsabilizarse con la ejecución y el control del cumplimiento, una vez aprobados, de los planes de asignaciones de agua a que se refiere el inciso c) del artículo 34;
- ch) realizar, y según el caso proponer al organismo competente, los ajustes operativos del plan de asignaciones de agua que se requieran en virtud del comportamiento real de las disponibilidades de ésta durante la ejecución de dicho plan, de acuerdo con lo que al respecto determine el Reglamento de este Decreto-Ley;
- d) regular y controlar la explotación de las obras e instalaciones hidráulicas que no administra;
- e) administrar, operar y mantener las obras hidráulicas de captación, conducción y distribución de aguas terrestres fundamentales, así como las obras de protección contra inundaciones y para la recarga artificial de las cuencas subterráneas, con lo que al respecto tenga establecido;
- f) ejercer la rectoría de la actividad de acueducto, alcantarillado y drenaje pluvial”.

Justo es reconocer que hasta hoy no se ha dictado el reglamento del Decreto-Ley de aguas, con todo y que su Disposición Final Primera mandaba al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos a que sometiera a la aprobación del Consejo de Ministros el proyecto de Reglamento de este Decreto-Ley en el término de noventa días, contados a partir de su publicación en *Gaceta Oficial de la República*. Lo que ha derivado en que, desde el punto de vista de los contenidos de regulación, haya un marco imperfecto de ordenación jurídica del agua en nuestro país, en tanto se ha producido aquí una omisión normativa (reglamentaria) y el incumplimiento de un mandato legal –aunque dicha imperfección no solo está dada por la falta de este reglamento.

Siguiendo en la cuerda de las disposiciones jurídicas relativas específicamente a la Administración Hidráulica, hay que ver que el Decreto-Ley No. 147, “De reorganización de los organismos de la Administración Central del Estado”, de 21 de abril de 1994, confirmó (artículo 18) al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH) como parte de la Administración Central del Estado, y como titular de las “atribuciones y funciones que le están legalmente asignadas” (artículo 17). En una disposición cuya validez resulta controvertible, el Acuerdo No. 3954, de 26 de marzo de 2001, del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, dispuso que el INRH era el “responsable de dirigir, ejecutar y controlar la política del Estado y el Gobierno en cuanto a las actividades de los recursos hidráulicos del país”.

Con independencia de la importancia que a todas luces mostraba el INRH, en 2007 se dictó el Decreto-Ley No. 245, de 20 de abril, por el que se dispuso el cese de dicho instituto como Organismo de la Administración Central del Estado, y se adscribió al Ministerio de la Construcción; volviéndose con esta medida a un panorama, en cierto perfil esencial, similar al que teníamos antes de la creación del INRH en 1989, donde no había un organismo especializado al efecto dentro del organigrama de la Administración Central del Estado.

Sin embargo, esa medida estuvo vigente poco menos de un lustro, pues en 2011 se emite el Decreto-Ley No. 280, “Del restablecimiento de la condición de Organismo de la Administración Central del Estado al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos”, de 6 de enero del mencionado año, por el que el INRH readquiere dicha condición, como lo deja claro el nombre de la referida norma (artículo 1), otorgándole la competencia “de dirigir, ejecutar y controlar la política del Estado y el Gobierno en cuanto a las actividades de recursos hidráulicos”. Esta reconversión del INRH se justificó (segundo Por Cuanto del Decreto-Ley No. 280) en su momento, porque

“La reanimación que en los últimos años ha experimentado nuestro país en los recursos hidráulicos, a partir de la reparación, rehabilitación y ejecución de redes y obras hidráulicas de considerable envergadura, demanda el fortalecimiento y jerarquización de esa actividad. Para lograr tales propósitos se hace necesario restablecer la condición de organismo de la Administración Central del Estado al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, el que se encargará de dirigir, ejecutar y controlar la política del Estado y el Gobierno en esa materia”.

Con independencia de los cambios en la posición institucional señalados, el INRH hoy es parte de la Administración Central del Estado y como el organismo administrativo rector en materia de aguas en nuestro país. A pesar de ello, no es el único organismo administrativo con competencias en materia de aguas, sino que otros ministerios comportan competencias en este sentido, con todo y que el INRH es la entidad rectora en relación con las aguas en Cuba.

Importante en el iter evolutivo de la legislación sobre aguas en Cuba, resultó la Ley No. 77, “Ley de la Inversión Extranjera”, de 6 de septiembre de 1995, en tanto al establecer el marco legal ordinario de dicha inversión en nuestro país, y en consonancia con el sentido de la preceptiva constitucional ya aludida, confirmó (artículo 10) al “sector de las aguas” como posible segmento de inversión extranjera (siguiendo el artículo 12, en la forma –según tuviera lugar– de empresa mixta, de contrato de asociación económica

internacional o de empresa de capital totalmente extranjero), al autorizar a esta última “en todos los sectores”, con las excepciones que el décimo artículo acogió.⁷¹

Un lugar propio como elemento normativo dentro del primer nivel de ordenación jurídica de las aguas en Cuba lo ocupa la vigente Ley No. 81, “Del Medio Ambiente”, de 11 de julio de 1997, que en su momento constituyó la nueva norma en materia de protección ambiental que, entre otras, vino a derogar a la anterior, la Ley No. 33 “De protección del medio ambiente y del uso racional de los recursos naturales”, de 10 de enero de 1981, y al Decreto-Ley No. 118, de “Estructura, Organización y Funcionamiento del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y su Órgano Rector”, de 18 de enero de 1990; y tuvo como objetivo principal (artículo 1):

“... establecer los principios que rigen la política ambiental y las normas básicas para regular la gestión ambiental del Estado y las acciones de los ciudadanos y la sociedad en general, a fin de proteger el medio ambiente y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible del país”.

Como elemento integrante del ambiente, las aguas han quedado comprendidas dentro del alcance objetivo de lo que la Ley No. 81 vino a disponer, dedicándosele incluso, en su sistemática, un capítulo, el IV, “Aguas y Ecosistemas” (artículo 92 al 98), dentro del Título Sexto, “Esferas específicas de protección del medio ambiente”, en el que específicamente se señalaban ciertas prescripciones en función de la protección de las aguas como recurso y elemento ambiental.

Necesario es decir que en consonancia con lo que venía disponiéndose desde normas anteriores, la Ley No. 81 ha considerado a sus efectos entender por “aguas terrestres tanto las superficiales como las subterráneas” (artículo 94).

No está de más recordar que en los artículos 92 y 93 de esa norma de contenido ambiental se dispone:

“Artículo 92.- La gestión del agua y de los ecosistemas acuáticos se realizará de acuerdo con las disposiciones siguientes:

71 Según se ha reseñado: “Con el propósito esencial de incorporar tecnologías de punta en la gestión de los servicios de acueducto y alcantarillado, desde 1994, operan dos modalidades de contratos: el contrato de Asociación Económica Internacional, para el servicio de acueducto y alcantarillado en el polo turístico de Varadero, Empresa Acueductos y Alcantarillado de Varadero y la Sociedad Concesionaria para la Gestión y Fomento de los Servicios de Acueducto, Alcantarillado, Saneamiento y Drenaje Pluvial, S.A., que atiende estos servicios en 8 municipios de La Habana, a los efectos comerciales Aguas de La Habana, ambos con el Grupo Aguas de Barcelona, con resultados económicos favorables y beneficios sociales importantes”. DORTICÓS DEL RÍO, Pedro Luis (compilación general), *Los recursos hidráulicos en Cuba...*, cit., p. 38.

- a) Es obligación de todas las personas naturales y jurídicas la protección y conservación de las aguas y de los ecosistemas acuáticos en condiciones que permitan atender de forma óptima a la diversidad de usos requeridos para satisfacer las necesidades humanas y mantener una equilibrada interrelación con los demás recursos naturales.
- b) La gestión de todos los recursos naturales contenidos en los ecosistemas acuáticos respetará su equilibrio y el de los ecosistemas con los que esté relacionado.
- c) Para asegurar un adecuado desarrollo del ciclo hidrológico y de los elementos que intervienen en él, se prestará especial atención a los suelos, áreas boscosas, formaciones geológicas y capacidad de recarga de los acuíferos”.

“Artículo 93.- Para proteger al agua de la contaminación, las autoridades competentes se regirán por los siguientes principios:

- a) En la clasificación de los usos del agua será siempre prioritario asegurar las condiciones de calidad y cantidad requeridas para el consumo humano.
- b) Todas las descargas en los cursos de agua y en las bahías, aguas costeras, lacustres, represadas, subterráneas, o de cualquier otro tipo, de sustancias susceptibles de provocar contaminación, de afectar otros usos previstos o previsibles o de alterar el equilibrio de los ecosistemas, deberán ser objeto de tratamiento adecuado.
- c) Se promoverá la reutilización de las aguas residuales de conformidad con las normas establecidas a ese fin.
- d) Se promoverá el establecimiento de tecnologías para el tratamiento eficiente de las aguas que reduzcan al mínimo la contaminación y favorezcan su reutilización”.

De igual forma, en tanto implicará después una implementación normativa al efecto en otra disposición jurídica con fuerza, tenida como equiparada a la ley, la Ley No. 81 contiene, también como parte de su Título Sexto, “Esferas específicas de protección del medio ambiente”, dentro del Capítulo V, “Ecosistemas terrestres”, la Sección Segunda, “Cuencas Hidrográficas”, con dos artículos (110 y 111), donde se regula:

“Artículo 110.- La gestión ambiental en las cuencas hidrográficas se realizará de conformidad con la legislación vigente y se basará en un manejo integral que asegure que las actividades económicas y sociales se efectúen a partir de una adecuada protección y uso racional de los recursos naturales y el medio ambiente”.

“Artículo 111.- Corresponde al Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas, en coordinación con los órganos y organismos correspondientes, realizar las acciones que permitan integrar y armonizar con los principios y objetivos de la presente Ley, la actividad de todas las personas naturales o jurídicas que intervienen en una cuenca dada”.

Por otro lado, debe apuntarse que en el Título XIII, “Otras disposiciones relativas a la protección de la salud y la calidad de vida respecto a factores ambientales adversos”, en el Capítulo II, “Servicios Públicos esenciales”, se predetermina (artículo 148) que el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, en coordinación con los Órganos Locales, dirigirá y coordinará las acciones relativas a los servicios de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Una mención especial merece también el Acuerdo No. 3139, del Comité Ejecutivo de Ministros, de 8 de abril de 1997, por el que se creó el Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas, al cual se le asignó la condición de máximo órgano coordinador en materia de ordenamiento y manejo de cuencas hidrográficas en el territorio nacional.⁷² En razón de esto se ha dicho que

“... el año 1997 se considera la fecha de inicio del Proyecto Nacional de Gestión Integradas de Cuencas Hidrográficas en Cuba.”

La creación del Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas inició un nuevo estilo de trabajo que permitió fortalecer y variar, en casos necesarios, los conceptos del manejo integrado de cuencas. El concepto de ‘cuenca hidrográfica’ se conceptualizó con un mayor alcance, al definirse éstas como la ‘unidad básica de manejo ambiental’.⁷³

La evolución de la normativa jurídica sobre Cuencas Hidrográficas en Cuba ha conocido otro momento posterior, con el Decreto No. 280, “Sobre las Comisiones del Plan Turquino, del Sistema de Reforestación y el Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas”, de 19 de marzo de 2007. En él, además de otras cuestiones de carácter organizativo,⁷⁴ se estableció el marco esencial de competencias del Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas (artículo 6) y la creación de los Consejos de Cuencas Específicos en cuencas y en cuencas compartidas entre provincias (artículo 7).

72 Este acuerdo se ha calificado de “instrumento jurídico relevante, por su significado para el manejo y protección de los recursos hidráulicos en Cuba”. DORTICÓS DEL RÍO, Pedro Luis (compilación general), *Los recursos hidráulicos en Cuba...*, cit., p. 33.

73 GUTIÉRREZ DÍAZ, Joaquín, “Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas en Cuba”, p. 2, Centro de Información, Gestión y Educación Ambiental (CIGEA), versión digital sin otros datos.

74 Según DORTICÓS DEL RÍO, este Decreto No. 280 “institucionaliza el Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas”. DORTICÓS DEL RÍO, Pedro Luis (compilación general), *Los recursos hidráulicos en Cuba...*, cit., p. 33.

Además de las ya mencionadas, dentro del bloque de regulaciones especiales sobre el agua en Cuba, que hacen parte de su régimen jurídico positivo, se ubican otras normas de importancia, como son: el Decreto No. 199, “Contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulico”, de 10 de abril de 1995; el Decreto No. 211, “Contravenciones de las regulaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado”, de 9 de agosto de 1996, y toda una pléyade de resoluciones del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH) sobre cuestiones de aguas y de servicios públicos de acueducto y alcantarillados.

Asimismo, dentro de las disposiciones legales, y normativas en general, que también tienen que ver con la ordenación jurídica de las aguas en Cuba, deben contarse otras relativas a la protección ambiental, a la ordenación de algún recurso natural, o de alguna actividad. Así tenemos, entre otras: la Ley No. 85, “Ley Forestal”, de 21 de julio de 1998; el Decreto-Ley No. 164, “Reglamento de Pesca”, de 28 de mayo de 1996; el Decreto-Ley No. 201, “Del Sistema Nacional de Áreas Protegidas”, de 23 de diciembre de 1999; la Ley No. 115, “De la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre”, de 6 de julio de 2013 y el Decreto No. 317, “Reglamento de la Ley de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre”, de 2 de octubre de 2013.

La vigente “Ley de la Inversión Extranjera”, la No. 118 de 9 de marzo de 2014, sustituyó a la finisecular Ley No. 77 como la principal norma jurídica en ese sentido, manteniéndose, en consonancia con la línea establecida por su predecesora, la autorización (artículo 11, apartado 1) de esa inversión “en todos los sectores, con excepción de los servicios de salud y educación a la población y de las instituciones armadas, salvo en sus sistemas empresariales”, en las modalidades –según opere– de empresa mixta, de contrato de asociación económica internacional o de empresa de capital totalmente extranjero (artículo 13). Por lo tanto, las obras hidráulicas, los servicios y los aprovechamientos de aguas quedan comprendidos en el marco objetivo permitido a la inversión extranjera; significando, entonces, que su gestión no es reserva exclusiva del Estado y de las entidades públicas cubanas.

Por supuesto, los “avatares” del orden jurídico-positivo sobre aguas y de la Administración Hidráulica cubanos, no se resumen solo en los datos que acabamos de advertir de manera sintetizada, apurada e imperfecta, pues la diversidad y complejidad, al menos en piezas normativas, de dicho ordenamiento positivo va más allá de lo expresamente aquí reseñado. Incluso, es de advertir que esa diversidad y complejidad de la que hablamos en torno al ordenamiento jurídico del agua se vio reforzada en Cuba a partir de la década de 1990.

Contar bien esos avatares excede por mucho los objetivos que nos hemos trazado en este trabajo, así como el espacio con el que

contamos, o lo que es igual, es un volumen jurídico-normativo sobre aguas demasiado grande para el cauce limitado por –y con– el que aquí discurrimos.

Con independencia de ellos, los apuntes trazados pueden ser un punto de referencia útil para conocer los pilares normativos básicos sobre los que ha transcurrido y transcurre hoy el régimen jurídico de las aguas en nuestro país.

5. Breve precisión sobre el marco actual de ordenación jurídica del agua en Cuba

De las referencias a las normas jurídicas que hemos realizado en el último acápite, puede sacarse en claro que, actualmente, el marco jurídico ordenador de las aguas en Cuba está integrado por una diversidad de disposiciones normativas, en rango y alcance, que, como ya habíamos adelantado, hacen de ese marco un entramado complejo y diverso.

En ese marco, tanto por el contenido como por el alcance objetivo y de ordenación normativa (no por el tipo normativo), podemos distinguir tres niveles, integrado cada uno por variadas normas.

Un primer nivel, el más general, está dado por las normas que colocan fundamentos normativos generales a partir de los cuales se desarrolla el régimen jurídico propio de las aguas –conteniendo ellas mismas disposiciones que forman parte de ese régimen. En ese nivel podemos ubicar a la vigente Constitución cubana (como es dable entender, en el plano más alto y fundamental) y a la Ley No. 81, “Del Medio Ambiente”.

Un segundo nivel, el de más particularidad, está constituido por las normas especiales que regulan específicamente cuestiones relativas al agua y su aprovechamiento, es el caso del Decreto-Ley No. 138, “De las Aguas Terrestres”, en tanto principal norma especial sobre aguas en Cuba; así como otras disposiciones de carácter o fuerza legal y reglamentarias a propósito de ese objeto de regulación normativa.

Y un tercer nivel, más eventual, que está integrado por aquellas normativas dentro de las cuales se incluyen –aunque no en exclusiva– o se pueden desgajar aspectos del régimen jurídico del agua, como es el caso de la Ley No. 85, “Ley Forestal”, de 21 de julio de 1998; el Decreto-Ley No. 164, “Reglamento de Pesca”, de 28 de mayo de 1996; el Decreto-Ley No. 201, “Del Sistema Nacional de Áreas Protegidas”, de 23 de diciembre de 1999; la Ley No. 115, “De la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre”, de 6 de julio de 2013 y el Decreto No. 317, “Reglamento de la Ley de la Navegación

Marítima, Fluvial y Lacustre”, de 2 de octubre de 2013; y hasta la Ley No. 118, “Ley de la Inversión Extranjera”, de 9 de marzo de 2014.

Tal como dijimos en un momento anterior, el régimen jurídico del agua en Cuba se destaca por comprender una serie de normas positivas, diversas en rango y en alcance objetivo. Lo que, sin dudas, genera no poca complejidad al tiempo del entendimiento y aplicación de dicho régimen, el cual, en lo que específicamente corresponde al agua como objeto de regulación, denota aún varias zonas necesitadas de regulación o de mejor regulación, a los efectos de proveer un régimen jurídico más efectivo y eficiente, que propicie una mejor protección y un mejor aprovechamiento de las aguas como recurso, así como de las actividades vitales que le tienen como centro.

6. A modo de epílogo: unas reflexiones sobre el marco actual de ordenación jurídica del agua en Cuba

Todo el panorama –tanto el histórico como el presente–, tan veloz e imperfectamente descrito, en relación con el marco jurídico ordenador del agua en Cuba, nos sugiere unas ideas finales, en especial colocándonos en la perspectiva del mañana del panorama sociojurídico de nuestro país.

Desde hace unos años, se ha impulsado por las autoridades políticas cubanas un proceso de transformaciones; como orientación o momento, oficialmente se ha calificado como “de actualización del modelo económico y social”. De nuestro lado, y en interpretación personal, hemos insistido que lo que ese movimiento ha venido encerrando, más allá de denominaciones oficiales, es, en esencia, una reforma –instrumental– del sector público, que busca readecuar realidades y medios para un mejor cumplimiento de las finalidades públicas; así como también un reordenamiento de ciertos presupuestos de existencia e interacción de los sectores público y privado. Este proceso de transformaciones parece anunciar también una futura reforma constitucional, como punto necesario.

En toda esta realidad que vive el país, la cuestión jurídica del agua no ha quedado a un lado, en tanto se hace necesario proveer mejores claves de Derecho para su protección como recurso, para la mayor ordenación de su aprovechamiento, así como para la mejora de la infraestructura y de los servicios públicos que con ella tienen que ver, en función de mayores y mejores estándares de desarrollo y de realización sociales e individuales. Todo ello se refuerza si tenemos en cuenta la presencia en ese sector de la inversión extranjera desde la década de 1990.

En este sentido, hay que recordar que, en diciembre de 2012, por el Acuerdo No. 7212, el Consejo de Ministros aprobó la *Política Nacional del Agua*, la que ha de servir de proyección y de base a las posteriores acciones que han de implementarse para el perfeccionamiento de este sector. Es este acuerdo el vector que señala el derrotero y las bases, en un futuro muy próximo, sobre las que se asentará la transformación del régimen jurídico ordenador de las aguas en Cuba, al menos en su marco jurídico ordinario fundamental.

En dicha *Política*... se comienza diciendo:

“Dando respuesta al proceso de implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución y especialmente los referidos a los Recursos Hidráulicos (300 al 303), se presenta la propuesta de LA POLÍTICA NACIONAL DEL AGUA, en lo adelante LA POLÍTICA, la cual constituye la vía para alcanzar la visión que se propone el país para el desarrollo del sector hídrico, a la vez que resulta una contribución a la actualización del modelo económico cubano. [...].

“Fueron utilizados para la elaboración de la Política, documentos y estrategias en las que se viene trabajando y que plantean soluciones a los problemas de manejo y uso del agua en Cuba:

- Plan Estratégico de reducción de pérdidas en los sistemas de acueducto.
- Programa de reparación de presas y mejora de eficiencia en la conducción en canales magistrales.
- Plan de medidas de adaptación del recurso agua al impacto del Cambio Climático.
- Estrategia Ambiental Nacional.
- Estrategia Nacional de Educación Ambiental.
- Programa Nacional de lucha contra la Contaminación.
- Programa de Consumo y Producción Sostenibles y Eficiencia en el uso de los Recursos 2010-2015.
- Programas de proyección estratégica de los principales Organismos involucrados (INRH, MINAG, AZCUBA, MINTUR, SIME, CITMA, MINSAP, IPF, MINBAS, MINAL).

Para la realización de este documento fueron consultadas con enfoque metodológico, las políticas nacionales de aguas de varios países entre las que se destacan las de México, Argentina, España, Sudáfrica, El Salvador, Chile y Brasil”.

Enmarcado también en este proceso de reforma del sector público en nuestro país, y hoy sobre la base de los aspectos generales trazados por la *Política Nacional del Agua*, se encuentra en fase de

elaboración una propuesta de anteproyecto de nueva norma jurídica especial sobre aguas (se ha anunciado con forma de ley), que ha de venir a sustituir al vigente Decreto-Ley No. 138, “De las Aguas Terrestres”; en tanto ha quedado claro la insuficiencia del marco jurídico ordenador esencial del agua hoy en Cuba para alcanzar las finalidades de satisfacción de necesidades sociales.

Sin embargo, en todo esto es imperioso tener a la vista las propias necesidades que el desenvolvimiento y la evolución de la vida cubana han ido dejando al descubierto, no solo a partir de la realidad en torno al agua, sino también de la realidad jurídica que ha de ordenar la adecuada realización de dicha vida; además de que debemos colocarnos en la perspectiva de las exigencias y estándares internacionales en tema de aguas, en lo que nos propicie superar y mejorar lo hasta ahora alcanzado.

Partiendo de ello, desde nuestro punto de vista, algunos aspectos deben considerarse para la mejor ordenación del régimen jurídico de las aguas en Cuba, y que, como tal, pudieran ser tomados en cuenta en todo este proceso de readecuación del marco positivo al respecto.

Lo primero es la necesidad de acoger el *derecho al agua* como un *derecho fundamental* y, en consecuencia, ubicarlo en el texto constitucional –a tenor de su anunciada reforma–, proveyéndole además de las garantías que se desgajan de su condición *fundamental* como derecho. Recuérdense que durante la 108ª sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con fecha de 28 de julio de 2010, este órgano internacional se pronunció, a través de la Resolución A/RES/64/292, por el reconocimiento expreso y oficial del derecho humano al agua y al saneamiento, posicionando que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos.

Otro aspecto que creemos debe también partir desde la propia letra de la Constitución (y no solo en la de una ley ordinaria) tiene que ver con la clarificación del carácter demanial (dominio público) de las aguas en Cuba. Somos partidarios de entender a las aguas como parte del dominio público, tanto por las condiciones geográficas y políticas de nuestro país como porque esa técnica jurídica es la que permitirá una mejor garantía –claro está, bien aplicada y realizada en la práctica– de que dicho recurso se coloque en función de las necesidades colectivas, pero que también pueda proyectarse en razón de la realización individual.

Es imperioso igualmente tener una nueva ley especial en materia de aguas, más previsoras, más abarcadoras, menos omisas que el actual Decreto-Ley No. 138, más cuidada técnicamente desde el punto de vista del Derecho; y que lleve a su letra lo que realmente importa y debe ir en una norma legal de ese carácter, dejando a la normativa administrativa solo lo que estrictamente es necesario que se regule

por vía reglamentaria. Hacemos esta observación frente a la tendencia actual generalizada que hemos vislumbrado en el legislador cubano, a no aprovechar la ley como instrumento jurídico en todo lo que esta significa, y a contribuir al “escape” de contenidos que deben figurar en las leyes, a favor de la normativa reglamentaria (especialmente de los reglamentos de los Organismos de la Administración Central del Estado), con la disfuncionalidad (principalmente) jurídica (pero no solo en ese orden) que un escape de ese tipo ha de significar.

Pensamos –más allá de la relación ley y decreto-ley que trasunta el ordenamiento jurídico cubano– que la norma especial cubana en materia de aguas debe revestir el carácter de ley –y no de decreto-ley–, por la evidente importancia que estas tienen para la vida nacional y la situación que les rodea a partir de las características geográficas de Cuba. Todo lo cual amerita darle, de derecho y de hecho, el mayor rango normativo ordinario posible.

Siguiendo esta cuerda argumental, es necesario, por un lado, dotar a la futura ley de aguas de su reglamento, también abarcador y preciso, bien cuidado jurídicamente, que permita desarrollar en lo administrativo las cuestiones que es necesario proyectar como complemento de la ley, y que, por las características de esos contenidos, no es necesario que aparezcan en el cuerpo de dicha norma legal. Por otro lado, la presencia de ese reglamento ha de ayudar a eliminar la dispersión normativa y la fragmentación que acompaña a las disposiciones complementarias de la norma especial sobre aguas.

Finalmente, no puede dejar de advertirse, frente al futuro panorama social, económico y jurídico de los cubanos, que, por las características mismas que rodean a las aguas como recurso, en toda ordenación jurídica de las mismas –con todo lo que esa ordenación implica– debe tenerse siempre las miras puestas en el fin social como vector director de esa ordenación y que deben proveerse todos los resortes jurídicos que sean posibles para proteger ese fin; en lo que la ciudadanía no ha de ser un actor ajeno, sino el principal.

Claro está, en lo que escribimos hasta aquí no se agotan, ni por mucho, los retos que tiene la ordenación del régimen jurídico de las aguas en Cuba. Pero, esas claves generales –creemos nosotros– deben tributar a un mejor, y más consecuente, despliegue jurídico, para dotarle de la calidad que dicho régimen requiere. En definitiva, hoy se hace necesario dotar al “universo de las aguas” en nuestro país de un régimen jurídico que efectivamente propicie y garantice su ordenación y su utilización en función de las necesidades humanas (en las diversas escalas en que se presentan), desde exigencias de acceso, calidad, racionalidad y sostenibilidad, que hagan que el comportamiento humano en relación con ellas esté en línea coherente y consecuente con el carácter vital del agua para la vida en este planeta.

El derecho humano al agua*

Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ**

* Una versión del presente trabajo fue publicada con el título "El agua como derecho humano. Reflexiones a partir de Río + 20", en *Revista de Derecho Ambiental*, No. 32, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre-diciembre de 2012, pp. 193-208. Al cabo de unos años, se actualizaron y revisaron algunos aspectos.

** Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana), Vicedirector Científico del Instituto de Geografía Tropical, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

1. En el origen de cualquier reflexión

A

ntes que cualquier reflexión sobre las más diversas realidades, se encuentra la vida. A ella hay que mirar para dirigir correctamente el pensamiento, sobre todo el destinado de alguna manera a intentar resolver uno de los problemas a los que se enfrenta la humanidad en este siglo XXI. No por gusto la Declaración “El futuro que queremos”, aprobada en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro del 20 al 22 de junio de 2012 –la última de las celebradas hasta el momento más allá de las Conferencias de Partes (COP) de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático–, reconoce que el agua es un elemento básico del desarrollo sostenible, vinculada como está a varios de los desafíos fundamentales del presente y del futuro.

El acceso al agua es indispensable para una vida digna y para la realización de cualquier derecho, como son el derecho a la vida, a una vivienda adecuada, a la alimentación y a la salud, no por última menos importante. Sin embargo, esos derechos, empezando por la propia vida humana, están siendo amenazados, pues casi 900 millones de personas en el mundo carecen de acceso al agua potable segura, mientras que para casi 2 500 millones, no es posible disponer de servicios de saneamiento, lo que representa el 40 % de la población mundial en cifras ofrecidas por la UNICEF y la Organización Mundial de la Salud.¹ Ello, sin tomar en cuenta que estas cifras crecerían de forma escalofriante, si se consideran las dificultades para costear el acceso al agua, o el número de personas que sufren deficiencias en la recepción de ese servicio básico.

Las afectaciones que provoca esta situación a nivel internacional se hacen sentir sobre todo en los estándares de salud. Diez mil personas mueren cada día por enfermedades prevenibles, debido a la falta de acceso al agua segura y el saneamiento deficiente, de los cuales la mitad son niños menores de cinco años. Estos efectos sobre la infancia no se limitan a su salud, pues se pierden cientos de millones de días escolares debido a las enfermedades provocadas por la poca calidad del agua y la falta de saneamiento básico.

Las consecuencias de las carencias de estos servicios se traducen también en pérdidas económicas. Un estudio considera que por cada dólar gastado en saneamiento, se ahorran nueve por disminución de costes y aumento de la productividad en el trabajo. La inversión que se realice en asegurar este derecho se traduce posteriormente en beneficios tangibles de orden patrimonial, por lo que no se trata de escoger, como en otros casos, entre la protección del

¹ Vid., AA.VV., *Resultado de la reunión de expertos internacionales sobre el derecho humano al agua – París, 7 y 8 de julio de 2009*, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, 2009, p. 1.

ambiente y el crecimiento económico. No habrá verdadero desarrollo sin una adecuada política de protección a los recursos hídricos.

No puede argüirse que en la base misma de esta problemática esté la escasez del agua potable en el planeta Tierra. Si bien puede constatarse la escasez del recurso, en tanto que solo el 2,5 % del agua presente en el planeta es dulce y por tanto, aprovechable directamente en la agricultura y para los usos domésticos e industriales, los conflictos se dan por la carencia de redes de distribución, de extracción de las aguas subterráneas o de colección de la lluvia, la inequitativa distribución de las fuentes y, por supuesto, la contaminación. Hay agua suficiente en el mundo para satisfacer las necesidades personales y domésticas de todos, solo que está desigualmente distribuida.²

En una perspectiva planetaria, pues, la llamada crisis del agua tiene tres dimensiones fundamentales. Por una parte, la escasez del recurso, que se acentúa al intensificarse la demanda siendo un recurso finito, sobre todo debido al crecimiento de la población en la forma en que lo hizo en el pasado siglo XX. Esa escasez resulta reforzada muchas veces por factores humanos como el cambio climático, que produce aumentos alarmantes de temperatura y cambios en los patrones de lluvia, el crecimiento desmesurado de la urbanización, e incluso por los efectos a largo plazo de los trasvases realizados precisamente para mitigar la situación de las regiones de mayor sequía.

Otra dimensión de la crisis lo constituye la contaminación; sus fuentes principales están en el vertimiento de aguas sin tratamiento alguno, en la actividad agrícola, así como en el vertimiento de sustancias químicas. Precisamente las inadecuadas condiciones sanitarias son la causa primera de la contaminación, y de enfermedades como el cólera, el dengue o la fiebre tifoidea. Además, las sustancias vertidas en los lechos de los cauces de agua, no solo afectan a estos, sino a los acuíferos. Estas sustancias pueden tener origen antrópico, como en el caso de la actividad minera, altamente contaminante, pero otras veces la contaminación puede deberse a fenómenos como la intrusión salina, como consecuencia del aumento del nivel del mar.

No pueden obviarse los conflictos sobre el uso del agua, pues usos potenciales como el doméstico pueden entrar en contradicción con otros como el industrial, agrícola, de navegación, recreativo, etc. Asimismo, pueden aparecer conflictos entre el uso del agua y el uso de la tierra, como en el caso de la deforestación, que puede incrementar las posibilidades de crecidas con efectos devastadores para la población ribereña.

2 AA.VV., *Manual on the Right to Water and Sanitation*, Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE), American Association for the Advancement of Science (AAAS), Swiss Agency for Development and Cooperation (SDC) and United Nations Human Settlements Programme (UN-HABITAT), Geneva, 2007, p. 2.

2. Sobre las aguas en Cuba

La Estrategia Ambiental Nacional 2011-2015 definió la carencia de agua como uno de los grandes problemas ambientales que enfrenta el país, a pesar de los esfuerzos realizados para garantizar su suministro a toda la población. Las capacidades de embalse de agua pasaron de 48 millones de m³ a 8 774 millones de m³, según datos de la Oficina Nacional de Estadísticas e Información.³ La población con cobertura de agua potable y saneamiento alcanza el 94,5 %, con un 97,7 % en las áreas urbanas, y un 84,7 % en las áreas rurales. No obstante, este desarrollo ha permitido alcanzar un promedio en la disponibilidad de agua por habitante de 1 220 m³, lo que sitúa al país en una situación de estrés hídrico, según los parámetros internacionalmente aceptados.

Esta situación se agrava por factores de orden natural y humano. Entre los primeros hay que situar la sequía prolongada y el cambio del régimen estacional, mientras que entre los factores antrópicos no puede dejar de mencionarse la sobreexplotación, la contaminación, y la pérdida en las redes de distribución, que puede alcanzar hasta el 60 % de los volúmenes de agua entregados en determinadas zonas. A ello se suma la escasa cobertura boscosa, la inadecuada planificación, el uso de tecnologías inadecuadas, poco reuso y reciclaje, así como una insuficiente cultura del ahorro del recurso.

La Estrategia Ambiental Nacional 2011-2015 prestó especial atención a la aplicación de medidas para la adaptación a los impactos que el cambio climático provoca en los recursos hídricos. No obstante, se diseñaron objetivos específicos más amplios, entre los cuales se encuentran:

“... contribuir a garantizar que el balance de agua constituya el instrumento de planificación mediante el cual se mida la eficiencia en el consumo estatal y privado, respecto a la disponibilidad del recurso (Lineamiento 300).

- b) En consonancia con el Lineamiento 300, estimular el diseño de mecanismos económicos para compulsar el ahorro de agua, aplicable tanto al sector estatal como al privado; así como la actualización de las normas de consumo de agua vigentes y de las medidas de control requeridas.
- c) En correspondencia con el Lineamiento 301, contribuir al desarrollo del programa hidráulico con inversiones de largo alcance para enfrentar mucho más eficazmente los problemas de

³ DIRECCIÓN DE INDUSTRIAS Y MEDIO AMBIENTE, ONEI, *Panorama Ambiental. Cuba 2011*, Oficina Nacional de Estadística e Información, La Habana, 2012, p. 17.

la sequía y del uso racional del agua en todo el país, elevando la proporción del área agrícola bajo riego.

- d) Se priorizará y ampliará el programa de rehabilitación de redes, acueductos y alcantarillados hasta la vivienda, según lo planificado, con el objetivo de elevar la calidad del agua, disminuir las pérdidas, incrementar su reciclaje y reducir consecuentemente el consumo energético (Lineamiento 302).
- e) En atención a propiciar una cultura para el uso racional del agua, estudiar el reordenamiento de las tarifas del servicio, incluyendo el alcantarillado, con el objetivo de la disminución gradual del subsidio, así como reducir paulatinamente el derroche en su uso. Regular de manera obligatoria la medición del gasto y el cobro a los clientes estatales y privados (Lineamiento 303).
- f) Fortalecer las medidas de adaptación al cambio climático en la gestión de los recursos hídricos”.

La nota distintiva en relación con documentos programáticos anteriores estriba en la aplicación de las medidas para la adaptación a los impactos del cambio climático, entre los cuales se subrayan la tendencia al deterioro de la calidad del agua por incremento de la actividad biológica y la disminución de la estabilidad del cloro, al elevarse su temperatura; la desactivación de fuentes de abasto por intrusión marina, dificultades e interferencias en la descarga de líneas de alcantarillado y drenaje donde el mar es su cuerpo receptor y se prevén incrementos en su nivel, así como la inundación de estaciones de bombeo, conductoras y sistemas de distribución de agua en zonas bajas.

Otra novedad, como quedó en evidencia, es la adaptación de la estrategia ambiental del país, en cuanto a los recursos hídricos, a los *Lineamientos de la política económica y social del Partido y Revolución*, documento que guía los esfuerzos de actualización del modelo económico cubano, emprendido desde el año 2011. El documento aprobado en aquel año, en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en el capítulo relativo a la política para las construcciones, viviendas y los recursos hidráulicos, se introducen cuatro lineamientos bajo el título “Recursos hidráulicos”, que establecen como objetivos el balance de agua como instrumento de planificación y medición de la eficiencia en el consumo de agua en el sector estatal y privado (lineamiento 300, hoy 236 de la actualización del documento);⁴ la continuación de las inversiones a largo plazo como parte del programa hidráulico, que permita

4 Actualización de los *Lineamientos de la política económica y social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021* aprobados en el 7mo Congreso del Partido en abril de 2016 y por la Asamblea Nacional del Poder Popular en julio de 2016, disponible en www.granma.cu/file/pdf/gaceta/01Folleto.Lineamientos-4.pdf consultado el 25 de febrero de 2017.

enfrentar eficazmente la sequía (lineamiento 301, hoy 237); la prioridad para el programa de rehabilitación de redes, acueductos y alcantarillados hasta la vivienda, elevando la calidad del agua, disminuyendo las pérdidas e incrementando su reciclaje (302, hoy lineamientos 238 y 239).

Hoy se añaden otros, como la garantía del acceso sistemático del abasto de agua a la población, de acuerdo con las posibilidades de la economía, con la potabilidad y calidad requeridas (lineamiento 240, vigente); el perfeccionamiento de la gestión integrada del agua en la cuenca hidrográfica como unidad de gestión territorial, con prioridad en las estrategias preventivas para la reducción de la generación de residuales y emisiones en la fuente de origen (lineamiento 241); y la modernización de la red de monitoreo del ciclo hidrológico y la calidad del agua que contribuya al fortalecimiento del sistema de alerta temprana (lineamiento 242).

Se concibe también la aplicación de instrumentos económicos, que contribuyan a la eliminación del derroche de ese preciado recurso, disminuyendo los precios subsidiados de forma gradual, disponiéndose la aplicación obligatoria de sistemas de medición del gasto para entes estatales y privados. Se abren con estas directrices nuevos horizontes para una mejor gestión del agua, pero es necesario transitar desde el diseño de las políticas públicas hasta las modificaciones legislativas necesarias, incluyendo la formulación expresa del derecho al agua, como derecho humano.

3. Aproximaciones al derecho al agua en el Derecho internacional

La existencia del derecho humano al agua, con identidad propia, y con un contenido bien definido, no tiene una larga historia, como otros que podemos incluir en esa categoría. Su aparición se produce de forma casi imperceptible, en instrumentos internacionales que aparentemente nada tenían que ver con la gestión de los recursos hídricos.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer (CEDAW, 1979) establece una agenda sobre esta temática y menciona de forma explícita tanto al agua como al saneamiento. El artículo 14.2 de la Convención estipula que los "... Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios [...]". De forma específica, este instrumento contiene en el inciso

h) la obligación de asegurarle "... gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios de saneamiento, la electricidad y el abastecimiento de agua, los transportes y las comunicaciones".

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, establece la obligación de los Estados Parte de proporcionar a estos la atención primaria a la salud, mediante la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos y adecuados, así como de agua salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos que la contaminación de este recurso acarrearía (artículo 24.2.c). Por su parte, el inciso e) del mismo cuerpo legal busca que "[...] todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes; tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos", por lo que se han de tomar las medidas pertinentes que aseguren la higiene y el saneamiento ambiental, lo que supone el suministro de agua en la cantidad y con la calidad requeridas.

En diciembre de 2006, se adoptó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellos y para sus familias, lo que implica atribuirles la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, adoptando las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de este derecho, mencionando entre ellas: "Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad" (artículo 28.2 a).

Pero este acercamiento también se realiza desde instrumentos internacionales ambientales, muchos de ellos encuadrados dentro de la categoría del *soft law*. Tradicionalmente, son denominados así aquellos instrumentos con un contenido normativo flexible, con una intensidad atenuada, que se expresan en compromisos matizados, disminuidos a voluntad de los sujetos. En ellos se prefieren las obligaciones de informar, consultar, controlar, negociar, sobre las de hacer o no hacer.⁵ No se toman en cuenta aquí, por razones de espacio, los instrumentos regionales en esta materia.

Aun en los marcos de la gestión de los recursos hídricos en su visión tradicional, la declaración producida por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano, de Estocolmo, 1972,

5 FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Ángel, "El Derecho ambiental internacional en el mundo contemporáneo", en Eulalia Viamontes Guilbeaux (coordinadora), *Derecho ambiental cubano*, 2da. edición actualizada y aumentada, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, pp. 117-119.

reconoce en su preámbulo que la capacidad del hombre de transformar lo que le rodea, puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio, como los niveles peligrosos de contaminación del agua ya presentes en aquel momento (n. 3). Una directriz para la explotación de todos los recursos naturales, entre ellos el agua, es incluida en el principio 2, que dispone que los mismos “[...] deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga”. Ello es reafirmado en el principio 6 que recoge la lucha contra la contaminación, en sus múltiples variantes.

De la lectura del agua en clave de derecho es posible afirmar que comienza con el “Plan de Acción” de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata, Argentina, en marzo de 1977, que reconoció por vez primera el agua como un derecho humano, y declaraba que “[...] todos los pueblos, cualquiera que sea su nivel de desarrollo o condiciones económicas y sociales, tienen derecho al acceso a agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”.

En el decisivo año 1992, en la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, de Dublín, celebrada como reunión preparatoria de la Cumbre de Río, se dispone en su principio 4 el reconocimiento explícito del derecho humano al agua, porque “[...] es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible”.⁶

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Conferencia de Río, de junio de 1992, aprobó la denominada Agenda 21 o Programa Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cuyo Capítulo 18 apunta que el derecho al agua incluye tres elementos: acceso, cantidad y calidad, incluyendo no solo “[...] un objetivo general a cierto acceso adecuado a agua de buena calidad, y mantenerlo, para toda la población de este planeta [...]”, sino que estatuye que todas “[...] las personas, cualquiera que sea su estado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen derecho al agua potable, en la cantidad y con la calidad equivalente a sus necesidades humanas básicas”.⁷

A partir de este momento, las referencias al derecho al agua, simplemente, o al agua y al saneamiento, como a veces es recogido, aparece de modo más frecuente en las resoluciones y declaraciones de reuniones y organismos internacionales. La Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (1994) aprobó un Plan de Acción que reconoce expresamente el derecho a un nivel de vida adecuado, incluidos el agua y el saneamiento. En el mismo sentido, en diciembre de 1999, la Asamblea

6 *Aqua, Journal of Water SRT*, vol. 41, No. 3, p. 129.

7 *Vid.*, SCANLON, John, ANGELA CASSAR and NOEMI NEMES, *Water as a human right?*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 51, IUCN The World Conservation Union, Gland – Cambridge, 2004, p. 7.

General de Naciones Unidas adoptó la Resolución A/Res/54/175 sobre el derecho al desarrollo, cuyo artículo 12 reconoce el papel que desempeña “[...] en la total realización del derecho al desarrollo, el derecho a la alimentación y a un agua pura [...]”, que son “[...] derechos humanos fundamentales y su promoción constituye un imperativo moral tanto para los gobiernos nacionales como para la comunidad internacional”.⁸

Otra de las grandes cumbres de la historia reciente, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Johannesburgo, 2002, incluye en su Declaración Política una llamada de atención sobre la “[...] universalidad de la dignidad humana y estamos resueltos, no solo mediante la adopción de decisiones sobre objetivos y calendarios sino también mediante asociaciones de colaboración, a aumentar rápidamente el acceso a los servicios básicos, como el suministro de agua potable, el saneamiento, una vivienda adecuada, la energía, la atención a la salud, la seguridad alimentaria y la protección de la biodiversidad”.

Hay un buen número de pronunciamientos, en el marco del sistema de Naciones Unidas, sobre la existencia de ese derecho humano, en años más recientes. En la 108ª sesión plenaria de la Asamblea General de 28 de julio de 2010, este órgano se pronunció en la Resolución A/RES/64/292, por el reconocimiento expreso y oficial del derecho humano al agua y al saneamiento, y asumió que el agua potable pura y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución insta a los Estados y a las organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a apoyar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países en vías de desarrollo, a suministrar unos servicios de agua potable y saneamiento seguros, limpios, accesibles y asequibles para todos.⁹

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos, en su Decisión 2/104 de 2006, “[...] solicita a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, teniendo en cuenta las opiniones de los Estados y otros interesados, efectúe, dentro de los límites de los recursos existentes, un estudio detallado sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento, que imponen los instrumentos internacionales de derechos humanos, que incluya conclusiones y recomendaciones pertinentes al respecto, para su presentación al Consejo antes de su sexto periodo de sesiones”.¹⁰ Dicho informe se presentó por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para

8 Puede consultarse el texto en: www.un.org/depts/dhl/resguide/r54.htm.

9 www.ohchr.org/EN/Issues/WaterAndSanitation/SRWater/Pages/Resolutions.aspx, consultado en 30 de septiembre de 2012.

10 www.ohchr.org/english/issues/water/docs/HRC_decision2-104_sp.pdf, consultado en 30 de septiembre de 2012.

los Derechos Humanos en agosto de 2007, y concluye que era el momento de considerar el acceso al agua potable saludable y al saneamiento como un derecho humano, definido como el derecho a un acceso equitativo y no discriminatorio a una cantidad suficiente de agua potable saludable para el uso personal y doméstico, que garantice la conservación de la vida y la salud.

Mediante Resoluciones de ese mismo órgano, de marzo de 2008 (Resolución 7/22) y octubre de 2009 (Resolución 12/8) se nombra, por un periodo de 3 años, a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento, y se recibe su primer informe anual, respectivamente. Seguidamente, el Consejo afirma en la Resolución A/HRC/RES/15/9 que el derecho al agua y al saneamiento es parte del actual Derecho Internacional y confirma que este derecho es legalmente vinculante para los Estados. También exhorta a los Estados a desarrollar herramientas y mecanismos apropiados para alcanzar, progresivamente, el completo cumplimiento de las obligaciones relacionadas con este derecho, incluidas aquellas zonas actualmente sin servicio o con un servicio insuficiente.

En abril de 2011, el Consejo de Derechos Humanos prorrogó el mandato de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento, por un periodo de tres años, para promover el respeto internacional a ese derecho y prestando especial atención a soluciones prácticas que sigan los criterios de disponibilidad, calidad, accesibilidad física, asequibilidad y aceptabilidad.¹¹ En ese propio año, pero en fecha 28 de septiembre, adoptó la Resolución A/HRC/RES/18/1, por la que se “[...] acoge con beneplácito el reconocimiento del derecho humano al agua potable y el saneamiento por la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos, y la afirmación, por este último, de que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana [...]” y, entre otros aspectos, recomienda a los Estados que vigilen y analicen periódicamente la realización del derecho al agua potable y el saneamiento con arreglo a los criterios de disponibilidad, calidad, aceptabilidad, accesibilidad, y asequibilidad (números 1 y 7).

Es teniendo en cuenta estos antecedentes, algunos más remotos, otros más próximos, que pueden comprenderse los párrafos que siguen, dedicados al preciso significado del derecho humano al agua; primero desde una definición negativa, a partir de lo que no es. Luego, con una visión positiva, intentando precisas sus elementos distintivos.

11 Resolución A/HRC/RES/16/2, consultada el 30 de septiembre de 2012 en www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4dc1084e2.

4. Lo que no significa el derecho al agua

Afirmar la existencia de un derecho humano al agua puede dar lugar a malentendidos. Antes de clarificar, pues, las facultades que integran este derecho humano, sería bueno excluir aquellas que de modo universal se entiende que no lo integran. Con ello se gana en claridad para quien solo quiere hacer un acercamiento superficial a este derecho.

El derecho humano al agua no faculta a los sujetos a obtener agua de modo libre y gratuito. Aunque a primera vista pueda parecer una idea atrayente, no pasa de ser una utopía, cuya aplicación literal traería resultados verdaderamente perversos. Si el acceso al agua fuera libre, aquellas personas de mayor poder adquisitivo podrían apropiarse de las cantidades imprescindibles para satisfacer las necesidades básicas de las grandes mayorías. El agua, por tanto, debe estar accesible a todos, pero los destinatarios de este servicio deben contribuir financieramente, o de cualquier otro modo, y en proporción a sus capacidades.¹²

Así y todo, nadie debe verse privado del acceso al agua por no tener capacidad de pago, por lo que, en determinadas circunstancias, el acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento puede ser gratuito si la persona o la familia no pueden pagar, sin que ellos desatiendan obligaciones más esenciales. Constituye, por tanto, un deber para los Estados que se satisfagan al menos las cantidades mínimas de agua indispensables.¹³

Tampoco implica el derecho al agua un uso ilimitado de este recurso, como si se pudiese obtener las cantidades suficientes para satisfacer sus necesidades y, aún más allá, cualquier tipo de deseos. Concebido así, no es posible distinguir entonces entre las verdaderas necesidades y las “falsas necesidades” que crea artificialmente el mercado. No pueden valorarse de igual modo el agua necesaria para la construcción de un campo de golf, que la que puede usar una comunidad rural para el cumplimiento de las funciones domésticas. Aún más, el uso que se le dé al agua no solo debe tener como horizonte las necesidades de las generaciones presentes, sino que necesariamente han de tenerse en cuenta los intereses de las generaciones futuras, que se convierten de esa manera en verdaderos sujetos de derecho.

Otra idea que parece incorrecta es que el derecho al agua y saneamiento implica automáticamente que los servicios sanitarios tengan que estar ubicados en el interior de los hogares, como es lo usual en el sector urbano. Por el contrario, el agua y los medios

12 AA.VV., *Manual on the Right to Water...*, p. 14.

13 AA.VV., *El derecho al agua*, Folleto informativo No. 35, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas – ONUHABITAT – Organización Mundial de la Salud, Geneva, 2011, p. 12.

de higienización necesitan estar dentro o en la inmediata vecindad de la casa, y puede comprender los medios alternativos como los pozos y las letrinas. El derecho al agua no implica entonces las condiciones sanitarias requeridas para las urbanizaciones modernas, pues en la determinación de la modalidad concreta a utilizar deben ser considerados factores económicos, técnicos y hasta la misma conveniencia desde el punto de vista ambiental.

Una cuestión que debe ser matizada es el alcance territorial del derecho al agua. Tal como ha sido reconocido, los ciudadanos de un Estado no tienen la facultad de satisfacer sus necesidades básicas con agua procedente de cursos de agua de otro Estado. Si bien ello es cierto, el Derecho consuetudinario ha reconocido siempre que los derechos sobre esos cursos de agua han de ser compartidos, siempre de modo razonable, y prioritariamente para satisfacer las necesidades vitales. Ese es el principio que reconoce el artículo 5.1 de la Convención sobre el Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos a la Navegación, de 1997, que impone el deber de usar los cursos de agua, desde sus respectivos territorios de manera equitativa y razonable. Por su parte, el artículo 10.2, del mismo cuerpo legal, dispone que ante el conflicto de usos, la solución debe tener en cuenta especialmente la satisfacción de las necesidades humanas vitales.¹⁴

Es incierto también que un Estado viole sus obligaciones internacionales si todos y cada uno de sus ciudadanos no tienen acceso al agua y a los servicios sanitarios. Este no es el sentido de los instrumentos internacionales antes reseñados, sino que los Estados deben tomar todas las medidas a su alcance a los fines de realizar acciones que conduzcan a materializar progresivamente este derecho. Pero ello no se debe leer como la legitimación de la inactividad del Estado en este sentido. Existe una obligación de desplegar toda la actividad posible para la consecución de ese derecho para todos y, por tanto, su incumplimiento podría generar para el Estado responsabilidad; incluso podría afirmarse que incurre en la denominada inconstitucionalidad por omisión, al tratarse de un derecho humano de la misma jerarquía que el resto.

Podría pensarse también que el derecho al agua abarca todos los usos, pero no es así. El agua es indispensable para la vida, pero igualmente es necesaria para la agricultura, la industria, la generación de ingresos. A pesar de ello, el derecho al agua abarca solo los usos personales y domésticos, es decir, su consumo para beber, higiene personal y doméstica, lo que incluye el lavado de ropa, así como la preparación de alimentos.¹⁵

Este derecho no comprende el agua necesaria para la agricultura o el pastoreo, o para el mantenimiento de los sistemas ecoló-

14 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *Selected Text of Legal Instruments in International Environmental Law*, Transnational Publishers, Ardsley, U.S.A., 2005, pp. 383-390.

15 AA.VV., *El derecho al agua*, cit., pp. 12 y 13.

gicos. El acceso al agua para la agricultura puede tener, a pesar de ello, una protección particular, sobre todo en relación con los pequeños propietarios, al incidir en el disfrute al derecho a una alimentación adecuada. Teniendo en cuenta la interdependencia y la indivisibilidad de todos los derechos humanos, puede decirse que el derecho al agua asigna prioridad al uso de agua para la agricultura y el pastoreo cuando, en situaciones excepcionales, ello sea necesario para prevenir el hambre.

5. Del contenido inherente al derecho al agua

Todo derecho tiene un contenido determinado, que no es otro que las facultades que lo integran, en la medida en que estas puedan ser individualizadas, las posibilidades de actuar del sujeto que ampara una norma jurídica determinada son mayores.¹⁶ Una aproximación al contenido del derecho al agua puede partir del análisis de la Observación General No. 15, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo define como el derecho de todas las personas a “[...] disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (n. 2).

Como se ve, se relacionan una serie de aspectos que configuran de modo adecuado el derecho al agua, precisando su contenido. No es el derecho a cualquier agua, de cualquier calidad, ni en cualquier cantidad, sino la referida a las necesidades básicas humanas. El primero de los elementos apuntados es el de la accesibilidad del agua. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpreta la accesibilidad como que el agua que se suministra a cada persona debe ser accesible desde el punto de vista físico y económico, así como no discriminada, para que permita la satisfacción de las necesidades personales y domésticas.¹⁷

La doctrina relaciona cuatro dimensiones relacionadas con aspectos de la accesibilidad del agua. En primer lugar, el agua debe ser accesible físicamente, debe estar al alcance desde el punto de vista espacial, para todos los sectores de la población. Ya en otro lugar¹⁸ se puso de manifiesto que cuando las fuentes de agua se encuentran en lugares demasiado distantes, hay mayores posibilidades de deserción escolar, al perder los niños días enteros de clases y, en el caso de las mujeres, se afirma que estas corren mayor riesgo de ser atacadas desde el punto de vista sexual.

16 Para profundizar sobre la teoría de los derechos subjetivos, véase: FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, *Teoría del Estado y del Derecho*, tomo II – *Teoría del Derecho*, 2da. edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2009, pp. 140-148.

17 SALMAN, Salman M. A. and Siobhán McINERNEY-LANKFORD, *The Human Right to Water – Legal and Policy Dimensions*, The World Bank, Washington D.C., 2004, p. 55.

18 Véase el epígrafe 1 del presente trabajo.

Se habla igualmente de accesibilidad económica, lo que significa que los costos y las cargas asociadas al aprovisionamiento de agua deben estar al alcance de las personas, sobre todo de las menos favorecidas económicamente. En la práctica, muchas veces el suministro de agua está en manos de compañías privadas, pero es deber del Estado, en cualquier caso, asegurarse que la población de menores ingresos, o que vive en pobreza extrema tenga acceso a un mínimo vital de agua, con precios diferenciados, subsidiados, o totalmente gratis. Por ejemplo, en Port-de-Paix (Haití), los entrevistados en una encuesta por hogares señalaron que cuando el agua es demasiado cara, sacan agua de ríos contaminados para cubrir sus necesidades domésticas (31,1 %), o renuncian a bañarse (22,2 %) o a cocinar (26,7 %).¹⁹

El acceso al agua debe ser no discriminatorio, lo que quiere decir que debe proveerse incluso a los sectores más vulnerables y marginalizados de la población. Siguiendo a la Orientación General No. 15, puede afirmarse que es obligación de los Estados que no exista discriminación en la prestación de los servicios relacionados con el agua, en igualdad de condiciones tanto la mujer como el hombre.²⁰

Por último, y no de menor importancia, como manifestación de la accesibilidad del agua, está la necesidad de establecer procedimientos para hacer efectivo el derecho humano al agua. Cualquier violación de las clásicas facultades procedimentales, como son el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia, constituiría una amenaza para la existencia misma del derecho. Habría que incluir acá el derecho de las personas a estar informados en cuanto a parámetros del agua relacionados con la salud humana, la proposición de políticas, planes, programas o proyectos que puedan afectar los cursos de agua o amenazar el ambiente o sus vidas. Debería promoverse la transparencia en la gestión de los recursos hídricos, el monitoreo de la actuación de las autoridades, así como la consulta pública de los aspectos más esenciales de su actuación. Igualmente, deben concebirse procedimientos administrativos y judiciales para que la ciudadanía pueda impugnar las decisiones de la administración y reclamar por los daños que haya podido sufrir.²¹ Es este quizás uno de los retos más importantes del Derecho de aguas y de la implementación del derecho humano al agua en particular, pues esta legislación sectorial está muy por debajo de los requerimientos concebidos en otras áreas para el derecho a un medio ambiente sano.

El segundo de los elementos que han de caracterizar el derecho al agua, es la calidad. No importa que se garantice a las personas una cantidad suficiente de agua si la misma no posee las condiciones físicas y químicas requeridas para el tipo de consumo al

19 AA.VV., *El derecho al agua, cit.*, p. 11.

20 www.rlc.fao.org/frente/pdf/og15.pdf, consultado en 30 de septiembre de 2012.

21 SCANLON, John, Angela CASSAR and Noemi NEMES, *Water as...*, *cit.*, p. 31.

que se le destinará. El agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables. Las *Directrices para la calidad del agua potable* de la Organización Mundial de la Salud (OMS) imponen a los Estados la obligación de desarrollar los estándares y normas técnicas nacionales que aseguren la salubridad del agua, a través de la eliminación o reducción a la mínima concentración de elementos que son conocidos como perjudiciales a la salud o al ambiente.²²

Además, el acceso al agua debe ser en una cantidad que al menos permita la satisfacción de las necesidades básicas humanas. Este mínimo vital es aquel suficiente para las actividades de beber, bañarse, limpiar, cocinar, así como el acceso a los servicios sanitarios. Se excluyen de este concepto el uso industrial y para la producción de alimentos, que requieren altas cantidades de agua. Esas cantidades, en última instancia, solo pueden ser satisfechas una vez que están aseguradas las necesidades personales y domésticas.

Ese mínimo vital ha sido distribuido de diferentes formas. Solo coloco aquí la posición de GLEICK, para el cual el requerimiento básico de agua para las necesidades domésticas es de 50 litros por persona cada día, que se distribuyen en 5 litros para beber, 20 litros para higiene y sanidad, 15 para el baño y 10 para cocinar.²³ La desigual distribución se pone de manifiesto precisamente en este dato, pues mientras que en Mozambique o Tanzania el promedio de consumo de agua diaria *per capita* es de entre 9 y 10 litros, en Europa occidental el consumo es de 200 litros, y en Estados Unidos de 500 litros.²⁴

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha puesto de relieve otras dimensiones del derecho humano al agua, que no pueden soslayarse, aunque sea en un breve espacio. El agua, además de recurso natural y bien económico, debe ser tenida en cuenta como un bien cultural. Debe atenderse al reconocimiento de las diversas dimensiones socioculturales de la relación de las personas con el agua, como las relativas a la identidad, la herencia cultural y el sentido de pertenencia.²⁵ La protección de un curso de agua no solo debe tener en cuenta su importancia económica o los bienes y servicios ambientales que ofrece, sino el significado que tiene para la comunidad que vive de esa fuente, a la que ha ligado quizás el sentido mismo de su existencia. No son pocas las civilizaciones que han nacido a los márgenes de grandes ríos y reservan al agua un papel fundamental en su vida política y cultural.

22 *Guidelines for drinking-water quality*, vol. I – *Recommendations*, 2nd edition, WHO, Geneva, 1993, pp. 2-4.

23 GLEICK, Peter H., "Basic Water Requirements for Human Activities: Meeting basic needs", in *Water International*, number 21, 1996, pp. 88 y 89.

24 *Ibidem*.

25 AA.VV., *Resultado de la reunión de expertos...*, cit., p. 4.

6. Algunas notas conclusivas

No sería oportuno concluir sin antes hacer aunque sea una breve referencia a los retos que tiene por delante la legislación cubana sobre aguas, en cuanto al reconocimiento del derecho humano al agua. Se trata de un cuerpo normativo, en el que se incluyen disposiciones de diferente rango, pero que tiene como columna fundamental el Decreto-Ley No. 138, de 1ro. de julio de 1993, de las aguas terrestres.

Puede decirse que el Decreto-Ley parte de un enfoque economicista, a pesar de la preocupación que demuestran algunos preceptos por la preservación de los cursos de aguas (artículo 1, b y artículo 32). Y subordinado a ese fin, es que se proyectan los diversos mecanismos de planificación, como los mecanismos económicos, el sistema de autorizaciones que otorga el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos para la disposición final de residuales líquidos y otras actividades que requieran de un permiso para poder ser realizadas.

La visión de ese texto normativo es consecuente con la versión original de la Constitución de la República de 1976, que contempla solo el deber de proteger los recursos naturales y no el derecho al medio ambiente, o alguno de sus elementos tan esenciales como el agua. Se establecen así obligaciones para distintos tipos de usuarios (artículos 4 y 23). No hay un reconocimiento expreso al derecho al agua.

La gestión de los recursos hídricos se diseña de forma vertical, al regularse las funciones y atribuciones del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos y de otros Organismos de la Administración Central del Estado en esta materia, con escasa presencia de normas que prevean la participación activa de la población en la toma de decisiones relativas al agua, o mecanismos legales específicos para hacer valer este derecho humano, lo que resulta comprensible dada la época en que esta disposición fue promulgada.

Se impone, por tanto, un rediseño de la normativa vigente en materia de aguas, que reconozca de forma explícita el derecho al agua como derecho humano, con todas sus implicaciones, y aquellas facultades que hacen su ejercicio factible por los sujetos. El esfuerzo hecho en la última mitad del siglo XX por garantizar este derecho debe acompañarse de la correspondiente tarea de adecuar el Derecho vigente a las exigencias del Derecho internacional y el pleno desarrollo de la dignidad humana, último fin de todo el ordenamiento jurídico. Y este reconocimiento no puede ser simplemente formal, sino que se han de establecer las consecuencias jurídicas de su vulneración, así como los correspondientes procedimientos legales para hacerlo efectivo. Solo de esa forma podrá cumplirse cabalmente el sueño que indica el objetivo 6 de desarrollo sostenible, propuesto por Naciones Unidas, de garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.

Una aproximación a los planteamientos generales sobre la tutela constitucional de las aguas terrestres en Cuba

Gricelda Yamilet SANTALÓ DÍAZ*

Gilberto CÁNEPA RODRÍGUEZ**

* Máster en Ciencias Jurídicas, Profesora Auxiliar de Derecho Civil del departamento de Derecho de la Universidad de Camagüey.

** Máster en Ciencias Jurídicas, Profesor Auxiliar de Derecho Civil del departamento de Derecho de la Universidad de Camagüey.

Introducción

En la actualidad, la natural escasez e irregularidad de los recursos hídricos amenaza el estado de las masas de aguas superficiales, subterráneas y de los ecosistemas vinculados a la sostenibilidad de los múltiples usos, lo que provoca problemas sociales y ambientales que urge enfrentar.¹

A nivel planetario, se estima que alrededor de 780 millones de personas carecen de acceso a agua potable, según los expertos, para 2050 la demanda global de agua podría superar en un 44 % los recursos disponibles anuales.

El agravamiento de los problemas de carestía del recurso está dado por un fortísimo incremento de las demandas, con grave déficit de dotación de aguas potables, situación crónica que se vuelve alarmante a causa de la sequía que empiezan a padecer muchos países, con particular incidencia para los abastecimientos a las poblaciones y las actividades agrícolas, así como la pérdida generalizada de la calidad de los recursos disponibles, ríos, capas freáticas, a causa de la contaminación proveniente de los vertidos urbanos e industriales sin depuración y el empleo masivo de fertilizantes químicos en la agricultura.

Desorden hidrológico llevar a pensar en causas, todavía pocos conocidas, ligadas a los fenómenos de variación climática por el calentamiento de la atmósfera.

Un uso más eficiente y sostenible del agua que permita mejores condiciones de vida y mayor rendimiento socioeconómico es una máxima que podría ser aplicada a nivel mundial, regional, nacional y hasta local, de acuerdo con la magnitud y la solución de uno de los más graves problemas globales que gravitan hoy sobre la humanidad: **la escasez de agua**.

En Cuba, la voluntad política del Estado está encaminada a la protección de este sensible recurso natural, por lo que al respecto se han emitido diversas normativas con el objetivo de lograr un uso racional del agua en armonía con el medio ambiente. Sin embargo,

1 El agua es un recurso natural renovable, pero finito, limitado y frágil; aún existen incomprendiones e insuficiente conocimiento sobre su necesidad de protección. No existe discurso social o político y, en muchas ocasiones hasta jurídico, que tomando como eje de reflexión el agua, deje de enfatizar acerca de la íntima relación entre agua y vida. Escasez del recurso natural, sustento de biodiversidad, interdependencia entre agua y ordenación del territorio son expresiones, entre tantas, que van acompañadas, sin embargo, de un ordenamiento jurídico en el que se parte de la gratuidad del recurso natural como una de sus partes sustanciales.

ante el deterioro de la situación hídrica del país,² la doctrina jurídica no se ha pronunciado con suficientes argumentos en favor de reformas que tengan como contenido los sustentos orgánicos administrativos del tratamiento del agua como objeto de dominio público, cimentando las bases jurídicas que deben inspirarlas, ya que las modificaciones parciales no han logrado solucionar estas cuestiones, por lo que el divorcio entre la norma y la realidad se agranda.

Se precisa, por una parte, de la perfección de los instrumentos legales que lo regulen, y por otra, de la creación de una legislación más uniforme en cuanto al uso y aprovechamiento de este bien inmueble de naturaleza especial.

No obstante, no nos consta que se haya realizado en la doctrina patria una investigación que tenga como objeto el tratamiento del agua desde una perspectiva jurídica, que afronte los problemas relacionados con los presupuestos esenciales que deben sustentar, teóricamente, el régimen jurídico del agua como objeto de dominio público en Cuba.

Tal y como ha expresado el profesor Andry MATILLA CORREA:³ “y si el horizonte más general se salva de una suerte de “extrema indigencia” bibliográfica al respecto, es por la existencia, básicamente, fechados en la época republicana prerrevolucionaria (1902-1958), de alguna monografía relacionada con una arista del tema:⁴ uno que otro artículo o breve publicación (por ejemplo, dictamen), también en función de un ángulo relacionado con este tópico;⁵ algún trabajo de orientación más normativista⁶ o jurisprudencial que analítica;⁷ [...] de breves y limitados –en alcance y prisma– desarrollos ubicados a lo interno de alguna obra general de corte

2 Teniendo en cuenta que en Cuba el agua como recurso potencial maneja casi 40 000 millones de metros cúbicos, de los cuales hoy son aprovechables cerca de unos 24 000 millones y están disponibles alrededor de 13 000 millones, el Estado trabaja por perfeccionar su infraestructura hidráulica.

3 MATILLA CORREA, Andry, “La ordenación jurídica del agua en Cuba: algunos apuntes”, en Massimo Andreis (*a cura di*), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Collana del Dipartimento de Giurisprudenza, Università degli Studio di Bergamo, G. Giappichelli Editore, Torino, 2015, pp. 373 a 398.

4 LAZCANO Y MAZÓN, Andrés María, *Servicio público de acueducto*, Cultural S.A., La Habana. 1943.

5 *Vgr.*, CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *El tiempo de vigencia de la concesión del acueducto de Santiago de las Vegas. (Un acto administrativo jurídicamente inexistente)*, Informe, Imp. Montero, La Habana, 1944; CARMONA Y ROMAY, Adriano G., *Dictamen sobre la situación legal del expediente de concesión de servicio de Acueducto en para la Ciudad de Colón*, La Habana, 1948.

6 Ver SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Legislación de aguas...*, *cit.*; *Leyes Civiles...*, volumen I, *cit.*, pp. 371 a 374 y 408 a 410.

7 NÚÑEZ Y NÚÑEZ, Eduardo Rafael, *Código Civil, Concordado con la Legislación y la Jurisprudencia...*, tomo III, *cit.*, pp. 285 a 315 y 465 a 487; MENÉNDEZ, Emilio, *Código Civil concordado con la legislación cubana y anotado con la jurisprudencia cubana y española más sobresaliente*, tomo I –*Artículos 1 al 1087*, Editorial Librería Selecta, La Habana, 1959, pp. 373 a 380 y 445 a 450.

iusadministrativo;⁸ o de orientación *iusprivatista* en tanto –esto último– formando parte del programa docente de la materia Derechos reales o sobre bienes, al hilo de la preceptiva del viejo Código Civil español vigente entre nosotros hasta fines de la década de 1980,⁹ o en comentarios del referido código;¹⁰ o como articulado formando parte de una propuesta de nuevo Código Civil cubano que sustituyera al de hechura española [...].¹¹

“Incluso, la pérdida de interés por el estudio de los tópicos relacionados el agua como objeto de ordenación jurídica se hubo de acen- tuar luego del triunfo revolucionario, provocando que no tengamos, al día de hoy, propiamente, una doctrina patria al respecto”.¹²

La relación entre recursos naturales, tutela ambiental y dominio público constitucionaliza un nuevo valor, cuya primera virtud es la de inspirar la transformación de una realidad socialmente considerada insatisfactoria. El cambio y el planteamiento global en esta disciplina lo constituye el reconocimiento del valor ecológico de este bien de naturaleza especial, su papel en el medio natural y su relación con la calidad de vida a partir del reconocimiento de los mecanismos naturales que rigen el ciclo hidrológico y la funcionalidad del agua en los ecosistemas, lo que requiere de un título causal de intervención que posibilita el máximo control sobre las conductas de los particulares.

Por lo tanto, el estudio de temas relacionados con la protección jurídica del agua resulta inevitable, improrrogable, y obligado además para todos los actores de nuestra sociedad. En ese sentido, es preciso tener en cuenta que en Cuba no existe una ley de aguas¹³ y

8 La obra a tomar en cuenta en relación con ello es: LANCÍS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho administrativo. La actividad administrativa...*, cit., p. 353 y ss.

9 En este orden de cosas, es necesario mencionar: DEL CUETO Y PAZOS, José Antolín, *Programa de Derecho Civil (Segundo curso). De la propiedad y de las sucesiones*, Cátedra B, Facultad de Derecho, Universidad Nacional, Imprenta Cervantes, La Habana, 1921, pp. 93 a 98; DÍAZ CRUZ Jr., Mario, *Propiedad y derechos reales*, Extracto de las conferencias del Doctor Félix MARTÍNEZ GIRALT, Editorial Alfa, Habana, 1937, pp. 101 a 103; y TRIAY LEÓN, Andrés, *Derechos reales*, tomo II, 3era. edición, con nuevas notas del Prof. Dr. Félix MARTÍNEZ GIRALT, Editorial Librería Martí, La Habana, 1951, pp. 37 a 44.

10 Por ejemplo: FERNÁNDEZ CAMUS, Emilio, *Código Civil explicado*, tomo I, 2da. edición, Cultural, S.A., La Habana, 1944, pp. 385 a 390; MACHADO, José, *Comentarios...*, tomo I, cit., pp. 262 a 232.

11 Valga mencionar: SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio, *Proyecto de Código Civil...*, cit., pp. 76 a 80.

12 Entre los muy pocos trabajos, puede ver, por ejemplo: YERO CHAO, Higinia; Imilcy Diletys ROBERTS GRIÑÁN y Niovis ZAMORA RIVERA, “La contaminación de las aguas: su regulación jurídica”, en AA.VV., *Memorias. IV Conferencia científica sobre el Derecho*, 6-8 de octubre de 1997, Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, con el coauspicio de la Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos, Mayagüez, Puerto Rico, Editorial Barco de Papel, Mayagüez, Puerto Rico, 1997; CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, “El agua como derecho humano. Reflexiones a partir de Río + 20”, en *Revista de Derecho Ambiental*, No. 32, octubre-diciembre de 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 193-208.

13 Sin embargo, en el Derecho comparado, esto no es una novedad, ya muchos países, entre ellos varios latinoamericanos, cuentan con leyes de aguas. Podemos mencionar, entre otros: México, Argentina, Venezuela, Chile, Colombia, a Italia, España, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Inglaterra, Alemania, Perú e Israel.

la necesidad de que el país se dote de esta normativa viene dada en lo fundamental por:

- Las insuficiencias que rigen en nuestro ordenamiento sobre la regulación jurídica del uso del agua, dadas en lo fundamental por la creciente dispersión legislativa sobre la temática de la regulación y control del agua.
- El limitado alcance del D/L 138/93 del INRH, por lo que es imprescindible promulgar una Ley de las Aguas Terrestres, acompañada de su Reglamento.
- Las normas jurídicas y técnicas que rigen su gestión se han mantenido inamovibles durante más de una década.
- La necesidad de articular y compatibilizar los indudables aciertos de la legislación precedente, que contemple las tradicionales instituciones para la regulación de los derechos de las personas en los contenidos de la legislación promulgada más reciente o que se encuentre en estudio con el objetivo que se logre una utilización racional y protección adecuada del recurso.
- La necesidad de adecuación de los instrumentos normativos a las realidades emergentes del país.

Es oportuno destacar que ya desde el año 1993, al aprobarse el PNMA y desarrollo, en el que se dedica el Capítulo V a la preservación y uso racional del recurso agua, entre las acciones que se propone para lograr los objetivos que se persiguen en tal sentido se encuentra: revisar y perfeccionar el marco legal reglamentario establecido y en estudio, que permita un uso eficiente, así como una mayor protección del recurso agua.

Dando respuesta al proceso de implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución y especialmente los referidos a los Recursos Hidráulicos (300 al 303), se presenta la propuesta de **la Política nacional del agua política**, la cual constituye la vía para alcanzar la visión que se propone el país para el desarrollo del sector hídrico.

Sobre la base de los aspectos generales trazados por la Política nacional del agua, se encuentra en fase de preelaboración una propuesta de anteproyecto de nueva norma especial sobre aguas, que ha de venir a sustituir al vigente Decreto-Ley No. 138, “De las Aguas Terrestres”; en tanto ha quedado claro la insuficiencia del marco jurídico ordenador del agua hoy en Cuba, para alcanzar las finalidades de satisfacción de necesidades sociales.¹⁴

14 MATILLA CORREA, Andry, “La ordenación jurídica del agua en Cuba...”, *cit.*, pp. 373 a 398.

1. Las aguas terrestres como objeto de dominio público desde la perspectiva constitucional en Cuba

1.1. Las aguas terrestres como objeto de dominio público. Consideraciones teóricas

La definición del dominio público es una cuestión esencial, una noción clave del Derecho administrativo. El dominio supone y significa, en principio, un tratamiento jurídico especial del dominio de la Administración, vinculado directamente a la satisfacción de los intereses públicos. Como es conocido, el concepto de dominio público es obra de la doctrina francesa,¹⁵ que ha prestado una notable atención al régimen jurídico de los bienes públicos en general y del dominio público en particular.

El dominio público es un concepto variado y muy discutido, que es usado por el Derecho para reflejar determinadas categorías que por su relevancia y finalidad están sometidos a un especial régimen de utilización y protección, a fin de garantizar su destino esencial de uso o servicio público, lo que demuestra que no puede ser examinado desde un solo ángulo, tal vez por eso es que las legislaciones no han dado una definición de este y su análisis está basado esencialmente en la doctrina y la jurisprudencia.

Por lo tanto, este recurso agotable requiere en la actualidad de una regulación minuciosa y de una sola calificación, que es la de bien de dominio público, lograda con la tendencia publicadora, trascendiendo la demanialización del agua para velar por su utilización racional y proteger el medio ambiente, lo que contribuye al disfrute de una naturaleza de calidad y a la ordenación de un recurso tan escaso y vital.

15 La historia francesa ha ido configurando el concepto de "dominio público". El monarca no era propietario de estos bienes, sino que solamente tenía el poder de guardarlos, sin poder disponer de ellos. Con el triunfo de la Revolución, el dominio de la Corona pasa a ser de titularidad de la nación francesa, y desaparece la característica de la inalienabilidad, dejando de existir, desde aquel importante momento histórico, las diferencias entre dominio público y dominio privado de la Nación. PROUDHON es el primer gran sistematizador de la doctrina al proponer, en 1833, en su *Traité du domaine public (ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public)*, Dijon, Lagier, 1833, distinguir entre los bienes de la Nación dos conjuntos: el dominio público, que debido a su utilidad para el público debían ser protegidos por las reglas de la inalienabilidad y de la imprescriptibilidad y los demás, que en razón de su menor utilidad no tenían necesidad de la misma protección. El dominio público se caracteriza por ser "un ensemble de choses qui sont publiques come asservies par les dispositions de la loi civile au usage de tous". Engloba los bienes afectados a la utilidad pública, comprendidos los afectados a los servicios públicos y a las prisiones. Por el hecho de su consagración a la utilidad pública son inalienables e imprescriptibles, mientras que dure su destino al interés general. A este dominio público se oponen los bienes "qui appartiennent propriétairement à la communauté qui jouait comme les particuliers jouissent de leurs biens". Se trata del dominio privado, "domaine du profit", compuesto por bienes productivos. El éxito de su construcción fue extraordinario. Su teoría se extendió por toda Europa y sirvió para sistematizar el régimen de los bienes públicos en el período constitucional.

Los autores que han analizado tendencias del Derecho de aguas, en general, han remarcado al dominio público como una de las tendencias dominantes. Así, se ha hablado de dominio público de las aguas como axioma de la afirmación radical de la demanialidad absoluta de los recursos hídricos, que en ningún porte queda abierta a la propiedad privada, dominio público que se adjudica como del Estado.

Según EMBID IRUJO, estudioso de la doctrina administrativa, la regulación jurídica sobre el agua como recurso natural no debe tener como primera finalidad salvaguardar los intereses patrimoniales privados, sino garantizar las necesidades colectivas, por ello es que queda depositada en manos de la Administración Pública.¹⁶

En ese sentido, la protección jurídico-administrativa del agua es esencial, ya que esta, además de ser un recurso valioso por la multiplicidad de usos que presta y escaso, y en parte por estas mismas causas, es un bien de dominio público, pues por su naturaleza y su destino está sujeta a un régimen de derecho público. Pertenecen a este dominio los bienes que por su naturaleza son del uso de todos o están destinados a una causa de utilidad pública como es el caso de *los recursos hídricos*.

1.2. El dominio público de las aguas terrestres en la Constitución cubana

La categoría de dominio público tiene soporte constitucional, sea explícito o implícito, como ocurre con del dominio público de aguas terrestres, y consagra como nota axial de los bienes dominicales la inapropiabilidad, es decir, in comerciabilidad, inajenabilidad e imprescriptibilidad de este tipo de bienes, y por cierto su reserva legal; por lo que se debe reglamentar su uso, para proteger sus valores y evitar su deterioro. Para conseguir esos fines se declara genéricamente de dominio público.

En muchos Estados esa consideración está en la base de la declaración de las aguas (o parte de ellas) como bien público o nacional (dominio público en los sistemas jurídicos que reconocen esta institución).

En Cuba ese es el caso de las aguas terrestres, que son los típicos conjuntos de bienes declarados de dominio público en atención a determinadas características naturales, lo que garantiza el uso público y reserva al Estado el control de la explotación de estos recursos.

16 EMBID IRUJO, Antonio, *El nuevo Derecho de aguas: las obras hidráulicas y su financiación*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

La Constitución establece en su artículo 15: “Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

- a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o cooperativas integradas por estos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, **las aguas** y las vías de comunicación;
- b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomente o adquiera.

“Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

“En cuanto a la transmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la ley”.

Es necesario hacer referencia a los artículos 11¹⁷ y 27 del texto constitucional, en los que se establece, teniendo en cuenta la perspectiva de su valor ecológico, que:

“El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.

“Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del **agua**, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza”.

17 Artículo 11: “El Estado ejerce su soberanía:

a) sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre éstos se extiende;

b) sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país;

c) sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional. “La República de Cuba repudia y considera ilegales y nulos los tratados, pactos o concesiones concertados en condiciones de desigualdad o que desconocen o disminuyen su soberanía y su integridad territorial.

“Las relaciones económicas, diplomáticas y políticas con cualquier otro Estado no podrán ser jamás negociadas bajo agresión, amenaza o coerción de una potencia extranjera”.

Por lo que de la regulación constitucional en materias de aguas, podemos considerar que su declaración como propiedad estatal (artículo 15)¹⁸ deviene determinación de la titularidad pública sobre estas. De ello puede interpretarse la sujeción de las aguas a un régimen jurídico de Derecho público y el carácter demanial de las mismas, resultando de suma importancia profundizar en esta declaración de demanialidad de los recursos hídricos para el ordenamiento jurídico cubano.

2. Declaración del dominio público de las aguas como técnica en el ordenamiento jurídico cubano

El significado que tiene la declaración del dominio público de las aguas como técnica en el ordenamiento jurídico cubano es, en primer lugar, definirlo como aquel dominio ejercido sobre las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación; los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos; los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos, cuya titularidad le pertenece al Estado, para garantizar la protección de este recurso unitario y con ello el ciclo hidrológico. Debemos plantear que nuestras leyes no contienen una definición del dominio público, se limitan solo a mencionar qué cosas revisten carácter dominial.

En la Constitución de La República de Cuba de 24 de febrero de 1976 se establece en el artículo 11, inciso c), el ejercicio de soberanía estatal sobre los recursos naturales, entre los que se incluyen

18 El artículo 136 del Código Civil cubano destaca, en el mismo sentido que la Constitución, que son de propiedad estatal: a) Las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos, el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona económica de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación; b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomenta o adquiera. Además, en el Decreto-Ley No. 227, "Del Patrimonio estatal", de 8 de enero de 2002, se regula (artículo 1) que el patrimonio estatal es el conjunto de bienes y derechos sujetos al régimen de propiedad estatal socialista de todo el pueblo y los adquiridos, construidos o creados por el Estado; también forman parte del patrimonio estatal los bienes y derechos que no son propiedad de alguna otra persona. Asimismo, en ese Decreto-Ley No. 227 se refrenda (artículo 2) que los bienes que integran el patrimonio estatal son a) de uso público, los que por su naturaleza o fines se permite el libre acceso y disfrute de todas las personas en el territorio nacional; b) de servicio público, los que por su naturaleza o destino sirven al desempeño de las funciones del Estado; además, son bienes del patrimonio estatal los asignados a la defensa nacional y a la seguridad y el orden público, con independencia de su naturaleza, los que están sujetos a un régimen especial según lo dispuesto en la legislación vigente. En las disposiciones complementarias a este Decreto-Ley se establecerá el régimen de los bienes que se relacionan en los incisos a) y b) del apartado anterior.

las aguas, y queda así confirmada su adscripción a los bienes de dominio público.

Según GARCINI, estudioso de la doctrina cubana administrativa, para que un bien tenga carácter público es indispensable que se añada a la satisfacción de una necesidad social la nota de ser propiedad estatal.¹⁹

La Carta Magna realiza un diseño del Derecho de propiedad, que no se basa solamente en propiedad pública y privada, sino en formas de propiedad perfectamente identificadas por sus sujetos, su objeto y su contenido. En la regulación de las formas de propiedad se destaca el papel predominante que tienen en la sociedad cubana las formas de propiedad colectivas sobre las individuales.

Como lógica consecuencia de los intereses que representa y de su finalidad fundamental de garantizar la base económica de la sociedad, es al contenido de la propiedad del Estado al que mayor atención se le brinda en el texto constitucional; de esa forma, el Estado puede directamente usar, disfrutar, poseer, administrar y disponer de su patrimonio, conforme con lo previsto en la ley, o puede crear empresas y entidades que bajo el principio de administración operativa usan y gestionan los bienes que integran el patrimonio estatal acorde con sus fines esenciales.

En el artículo 15 de la Constitución cubana, en relación con el artículo 136 del Código Civil, se detallan los bienes que son propiedad estatal socialista de todo el pueblo. En su inciso a) se incluyen *las aguas* en este régimen, muestra de que el máximo poder a ejercer sobre ellas deriva en público en manos de la Administración. De la lectura de este precepto se infiere que dentro de estas se incluyan las aguas marítimas y terrestres –estas son las que nos ocupan–, sin que se detalle de una manera explícita el carácter demanial de las aguas terrestres.

La calificación como dominio público convierte al agua en un bien público nacional. Esta condición se ha traducido en Cuba en la titularidad estatal del recurso, que es una garantía (relativa) de su utilización con criterios de racionalidad. El rol del Estado como rector de los recursos hídricos se encuentra fundamentado en la titularidad estatal de las aguas o en la titularidad estatal de un derecho preeminente de uso y el goce del mismo recurso.

La declaración de dominio como técnica de protección se refiere a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas; la incorporación al dominio público “supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado. En la determinación del llamado dominio público natural subyacen

19 GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 180.

prioritariamente otros fines legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas.

Como se conoce, esta declaración de demanialidad opera como un título de intervención del Estado (de la Administración Pública), sobre tales bienes y, en consecuencia, sobre las aguas, quedando estas sustraídas de la posibilidad de constituir objeto de propiedad privada, aun cuando esta propiedad, tal cual está redactada la Constitución, no se reconoce formal y expresamente en el texto constitucional y del comercio *iusprivado*.

Por tanto, la incorporación de un bien al dominio público por parte de los poderes públicos constituye una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo mediante una serie de reglas exorbitantes de dicho régimen (el bien demanial es así, ante todo, *extra commercium*, y su afectación, que tiene ese efecto esencial, puede perseguir distintos fines: asegurar el uso público y la distribución pública mediante concesión administrativa de los aprovechamientos privados; permitir la prestación de un servicio público; fomentar la riqueza nacional; garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial).

Tal y como apunta LÓPEZ RAMÓN: “La demanialidad sirve de punto de partida para una ordenación ecológica de los recursos naturales, en particular del agua aunque está no bastará por sí sola para producir el efecto deseado pero sí convenimos en que lo importante es la regulación que se haga del uso del recurso, esté título causal de intervención posibilita el máximo control sobre las conductas de los usuarios, ordenándolas de acuerdo a las exigencias que impone el interés general en este caso: la preservación del ambiente y la mejora de la calidad de vida”.²⁰

La relación entre la demanialidad de las aguas con el principio constitucional de tutela ambiental sirve para descartar la tesis de que la ordenación legal de los recursos naturales, y en particular de un recurso tan escaso y vital como es el agua, deba tener como primer fin salvaguardar los derechos e intereses patrimoniales individuales, sino, antes bien, cumplir el mandato de velar por la utilización racional del recurso y proteger el medio ambiente. Este es uno de los principios constitucionales de orden material, que atañe directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de los recursos naturales, en especial de los recursos hídricos.

Por lo que el principio de demanialidad de las aguas en Cuba desde la regulación constitucional, en relación los artículos 1,²¹ 15 y 27, significa que su protección como recurso, así como su utilización,

20 DELGADO PIQUERES, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992, p. 139.

21 Artículo 1: “Cuba es un Estado socialista de trabajadores, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos, como república unitaria y democrática, para el disfrute de la libertad política, la justicia social, el bienestar individual y colectivo y la solidaridad humana”.

debe realizarse en función del desarrollo económico y social del país, sobre la exigencia de sostenibilidad y para el mejoramiento de la vida individual y social de los cubanos; potenciándose (artículo 27) el papel protector del Estado y el deber de los ciudadanos de contribuir a la protección del medio ambiente, o que la protección de las aguas y su aprovechamiento debe hacerse siempre con un claro fin social o de utilidad social, en lo que esto pueda significar desde su indeterminación como concepto.

A nuestro juicio, con estas premisas principales solo puede concluirse que la regulación del agua debe constituir un desarrollo directo, de su consideración como bien objeto del dominio público entendido como un instrumento de intervención, una forma de *publicatio*, y, a la vez, fuente de potestades que se arroga la Administración, según establecen los artículos 15 y 27 de la Constitución, es decir, se traduce en su articulado ese mandato del constituyente dirigido al legislador, de proteger y restaurar el medio ambiente y de velar por el uso racional de los recursos naturales, con el fin de garantizar el adecuado nivel de calidad de vida que requiere la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

El perfeccionamiento del sistema jurídico y normativo vinculado a la gestión integral del agua es una prioridad que no debe esperar, estas normas tienen que promover el cambio de conductas y actitudes en nuestra sociedad en su relación con el agua e incentivar su uso racional y productivo.

Conclusiones

Que el dominio público de las aguas terrestres tiene soporte constitucional explícito en Cuba, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos, cuya titularidad le pertenece al Estado, para garantizar la protección de este recurso unitario y con ello el ciclo hidrológico.

El carácter demanial de las aguas en Cuba implica la necesidad de tener a las aguas como parte del dominio público, técnica jurídica que sirve de punto de partida para una ordenación ecológica de los recursos naturales y título causal de intervención, que posibilita el máximo control sobre las conductas de los usuarios, ordenándolas de acuerdo con las exigencias que impone el interés general en este caso: la preservación del ambiente y la mejora de la calidad de vida.

El Derecho positivo cubano regula expresamente el derecho al agua como un derecho fundamental en el texto constitucional, proporcionando las garantías que derivadas de su condición fundamental como derecho.

Glosas sobre la regulación de los recursos hídricos en la Ley No. 81, De Medio Ambiente, de 11 de julio de 1997

Jolene PEREIRA BASANTA*

“El Derecho ambiental tiene como objeto la regulación de nuestra relación con la Naturaleza, nuestros modos de acceso a la Naturaleza”.

FRANÇOIS OST

Naturaleza y Derecho. Para un debate ecológico en profundidad, 1996.

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana, 2011). Máster en Derecho y Medio Ambiente (Universidad Internacional de Andalucía, España, 2011). Ex jueza de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana. Abogada (España).

1. Presupuestos para comprensión de la regulación ambiental de las aguas: régimen tradicional de Derecho público y otras particularidades

El propósito de este trabajo es acercarse al estudio de la ordenación jurídica de los recursos hídricos desde la perspectiva ambiental, en concreto, brindar una lectura panorámica sobre la gestión ambiental de las aguas tomando como epicentro de nuestro objeto de estudio, la regulación contenida en la Ley No. 81, De Medio Ambiente, de 11 de julio de 1997 (en lo sucesivo LMA). Nuestra propuesta parte del hecho de que la LMA es el cuerpo orgánico rector de la política ambiental del país y, por tanto, la norma que contiene los principios fundamentales sobre los que funciona la gestión ambiental de los recursos hídricos, que diseña el diagrama de las instituciones públicas que participan en la gestión de las aguas, así como los instrumentos, las categorías jurídicas y las medidas fundamentales que convergen en la ordenación ambiental de las aguas, y que luego irradian hacia el resto del ordenamiento jurídico ambiental, marcando pautas en el desarrollo y la articulación de ese sistema.

Cuba ha partido de la necesidad de afrontar la protección ambiental de sus recursos naturales, y para ello ha tomado como opción la creación de una ley marco, destinada a unificar los tópicos elementales a tener en cuenta para el ejercicio de esa función, y a que sirva de guía y referente para cada uno de los actores involucrados en la tarea. Con todo y ello, afrontar el estudio de la regulación sobre recursos hídricos contenida en la LMA requiere que previamente demos un paso atrás para colocarnos en una mejor posición, que nos permita visualizar la topografía del terreno en que nos movemos. Sobre el relieve en el que nos situamos al acercarnos a estos temas, se pronunció hace unos años atrás MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, en una alusión a “[...] la cantidad de realidades que hay que considerar en relación con el tema de las aguas [...]”. Para este autor, “El jurista que al finalizar el siglo XX, en los albores del tercer milenio, intente abordar el estudio del derecho de aguas, no puede sentir sino una profunda perplejidad”;¹ situación que no ha variado al haber finalizado el primer cuarto del siglo XXI y de la que participa el Derecho de aguas cubano. Efectivamente, son variados y de diversa índole los temas que se desprenden de la ordenación ambiental de los recursos hídricos. Las condiciones geográficas del país y la situación de sequía, o de disponibilidad del agua, son circunstancias que ejercen una fuerte influencia en la configuración de los regímenes jurídicos nacionales; el modelo económico adoptado determina los instrumentos jurídicos que se ponen en

¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Reflexiones sobre la problemática actual de la gestión de las aguas”, en *Gestión del agua y medio ambiente*, Antonio Embid Irujo (director), Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 21.

función de la gestión del uso, explotación y la protección ambiental; el influjo con el que actúa el desarrollo tecnológico en sectores económicos como la política de obras hidráulicas y en ámbitos como el de saneamiento y la reducción de la contaminación; la influencia cada vez más notable de los criterios científicos en la toma de decisiones con trascendencia a la protección ambiental de los recursos naturales; el factor de aceleración que imprime el desarrollo tecnológico en la actualización del Derecho, y los mecanismos jurídicos que se crean para establecer una relación armónica entre la Ciencia y el Derecho, son algunos de los puntos neurálgicos sobre los que transcurre el debate contemporáneo sobre el Derecho ambiental de las aguas.

Para el caso del Derecho de aguas de nuestro país, el estudio panorámico sobre la regulación de este recurso en la LMA debe tener como preámbulo consideraciones previas de corte tradicional, que van a servir para describir y comprender mejor el terreno en el que nos movemos cuando se dialoga sobre tutela ambiental de las aguas. La primera de esas consideraciones previas atiende a la cuestión de la propiedad de los recursos hídricos. Nuestro país guarda una tradición en el predominio de las aguas públicas. Los antecedentes más cercanos están en la Ley de Aguas dada por España a finales del siglo XIX. Sin embargo, la situación actual proviene de la demanialización de la mayor parte de los recursos naturales producto de un cambio de concepción del Estado y de sus relaciones con los particulares, a raíz del triunfo del gobierno revolucionario en 1959. Fruto de ello es la publicación que lleva a cabo la actual Constitución de 1976, que dispone que las aguas, sin introducir ningún tipo de especificación o diferenciación, son propiedad estatal (artículo 15 de la Constitución). Salvando las distancias entre ambos términos, y lo muy discutible que puede ser igualar ambas categorías, su condición de propiedad estatal es la vía en nuestro ordenamiento jurídico para ubicar a las aguas dentro de los bienes que pertenecen al dominio público.

La demanialización es una técnica previa a la existencia misma del Derecho ambiental, pero ha servido sin mayores dificultades a la consecución de objetivos de esa naturaleza. Las aguas son consideradas bienes de dominio público porque son bienes de interés general, y como tal, ha sido decisión refrendada en la Constitución el que sean destinados a la satisfacción de las necesidades de la sociedad. Uno de los motivos que la doctrina señala como causa de la publicación de las aguas es su escasez; es precisamente en su carestía donde “está el origen de la declaración de la declaración general de dominialidad [...]”,² pero también en su reparto

2 DÍAZ LEMA, José Manuel, “Bases para la construcción de un Derecho de aguas europeo”, en *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, p. 122. En el mismo sentido, BURCHI, Stefano, “Evoluciones en la legislación comparada”, en *El nuevo Derecho de Aguas: las obras públicas hidráulicas y su financiación*, Antonio Embid Irujo (director), Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 268; y DOMÍNGUEZ ALONSO, Alma Patricia *La Administración hidráulica española e iberoamericana*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2008, p. 35.

desigual por todo el territorio nacional. Tal situación de escasez del recurso es por lo que se aplica a su uso y explotación un régimen de Derecho público, con todas las garantías de equidad e imparcialidad en la distribución y eficacia en la gestión que ello conlleva, para ejercer un férreo sistema de intervención administrativa sobre su aprovechamiento por medio de las clásicas figuras autorizatorias y concesionales.

Si los recursos hídricos pertenecen al dominio público, la siguiente consecuencia es que la planificación administrativa se alza como eje de la política ambiental³ constituye un principio de gestión general de las aguas en el Derecho cubano. La LMA descansa sobre un diseño de planificación ambiental –que incluye a los recursos hídricos– para hacer posible la ejecución de sus mandatos. De forma tal que, junto a la LMA y su normativa de desarrollo, coexisten un conjunto de instrumentos de planificación para la gestión de los recursos ambientales por un determinado periodo de tiempo, la plasmación de objetivos, distribución de los usos y aprovechamientos, determinación de medidas correctoras, o la fijación de acciones para la protección del medio ambiente. La planificación es un método de ordenación ambiental de las aguas. Afirma EMBID Irujo que se trata de “[...] una especie de inmenso depósito de datos y soluciones congruentes con la permanencia de esos datos, pero que sea fácilmente cambiabile en cuanto los presupuestos de base cambien”,⁴ y que tiene como telón de fondo el conjunto del ordenamiento jurídico ambiental, en especial de la regulación contenida en la LMA, a la que los instrumentos de planificación sirven ejecutando sus mandatos finalistas.

La Estrategia Ambiental Nacional y el Programa Nacional de Lucha contra la Contaminación del Medio Ambiente son los instrumentos de planificación que emite el órgano rector de la política ambiental del país, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente. La ejecución del Programa Nacional de Lucha contra la Contaminación del Medio Ambiente implica que cada organismo de la administración central del Estado debe elaborar un programa sectorial y garantizar su cumplimiento por parte de las administraciones públicas y empresas estatales pertenecientes a su sector.

La topografía del terreno para el estudio sobre la regulación de la LMA de los recursos hídricos se completa tomando en consideración la alusión al diseño centralizado del Estado cubano. Las competencias sobre la gestión ambiental de los recursos hídricos se reparten entre los órganos que pertenecen a la administración central del Estado. El diagrama básico a tener en cuenta es que

3 A similar conclusión arriba PÉREZ PÉREZ, Emilio, “Breve exposición de la Ley de Aguas de 1985”, en *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, p. 66.

4 EMBID Irujo, Antonio, “La evolución del Derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua”, en *El nuevo Derecho de Aguas: las obras públicas hidráulicas y su financiación*, Antonio Embid Irujo (director), Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 68.

los entes locales tienen escasa relevancia en la gestión de la política ambiental de las aguas, sus tareas se reducen a medidas de ejecución y control de la legalidad dentro del ámbito territorial en el que gobiernan. El diagrama de entes que participan en la protección ambiental de las aguas, según lo diseña en parte la LMA, se basa en la titularidad de la gestión a entes de ámbito nacional; por tanto, muchos de los pronunciamientos de la LMA y de sus construcciones terminan por mostrar todo su sentido a la luz de la organización administrativa puesta a disposición de la política ambiental del agua.

2. La Ley No. 81, De Medio Ambiente, de 1997: breve análisis sobre el contexto en que se produce su promulgación

La ordenación jurídica de los recursos hídricos en Cuba comenzó a adoptar perfiles nítidos cuando el entonces Gobierno de Ultramar extendió a la Isla –por Real Decreto de 9 de enero de 1891– la Ley de Aguas, norma que había sido aprobada para regir en España desde el 13 de junio de 1879. Podría decirse que este cuerpo normativo constituye una de las normas fundacionales del Derecho de Aguas en Cuba, primero porque proporcionó un régimen jurídico unificado para la gestión y uso de las aguas interiores; segundo, porque fue una Ley con vigencia centenaria para Cuba, su presencia en el ordenamiento jurídico cubano como cuerpo rector en esta materia se extendió hasta la reciente fecha de julio de 1993.

La decimonónica Ley de Aguas determinó el establecimiento del régimen de acceso y uso de este recurso, es decir, su aprovechamiento económico ante las demandas de diversa índole que se producían desde aquellas fechas. Orientada al establecimiento de un orden en la distribución por usos de las aguas interiores, la Ley utiliza un sistema basado, fundamentalmente, en la atribución de la titularidad de las aguas al dominio público (salvo las subterráneas que dejó en mano privada) y las técnicas de concesión y autorización administrativas, como títulos de atribución de derechos de uso sobre las aguas.⁵ Como producto propio de su época, se trata de una norma cuyo sentido de existencia era la regulación para ordenar la explotación intensiva de los recursos hídricos.⁶

5 Véase en GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, “Evolución del Derecho de Aguas en España. Del sistema ribereño basado en la propiedad al sistema ribereño territorial”, *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, p. 53.

6 DELGADO PIQUERAS, Francisco, “La protección ambiental de las aguas continentales”, *Tratado de Derecho Ambiental*, Luis Ortega Álvarez y Consuelo Alonso García (directores), Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 466.

Para advertir la orientación del Derecho hacia la protección ambiental de las aguas en Cuba hubo que esperar a la segunda mitad del siglo XX, y más concretamente, a su última década, cuando se produce la eclosión del Derecho ambiental cubano. La consideración de las aguas, como objeto digno de tutela ambiental, es un fenómeno que no debe entenderse separado de la fuerza con la que irrumpió el Derecho ambiental en la Isla en su conjunto, sino que constituyó una vertiente, manifestación o expresión del impulso que por esos años protagonizó la problemática ambiental en la sociedad cubana. Ello se vio reflejado en la proliferación de un ordenamiento jurídico ambiental que destacó por atender en sus primeras normas a una nueva regulación de los recursos hídricos. Como idea general, los autores cubanos coinciden en identificar al Derecho internacional como factor determinante en la proliferación de normas ambientales durante la última década del siglo XX⁷ y en señalar el lugar destacado de la Cumbre Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro, en 1992 y la firma de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, dentro del conjunto de normas internacionales que reavivaron la producción normativa en materia medioambiental en Cuba. En palabras de REY SANTOS, con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo “[...] se produce el boom del Derecho Ambiental en la región latinoamericana y también en Cuba”.⁸

No se debe pasar por alto que para estas fechas, existía un camino recorrido en lo que se refiere al reconocimiento positivo, instituciones públicas y actuación administrativa desplegada de cara a la tutela jurídico-ambiental de las aguas. Si nos proponemos en esta parte de nuestro trabajo, ilustrar cuáles fueron las circunstancias y el contexto en que se promulgó la LMA, dejamos sentada nuestra posición sobre el papel trascendental que desempeñó la Cumbre Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992 como punto de partida en el orden interno para muchas cosas, pero también reconocemos que fungió como motor de aceleración y renovación de cuestiones que ya preexistían. En este sentido, a solo un año de la firma de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, se promulga la primera norma jurídica con vocación

7 CÁNOVAS GONZÁLEZ, Daimar, *Estudios sobre Derecho del Ambiente*, Vadell Hermanos Editores, Valencia-Caracas, 2011, p. 82; COLECTIVO DE AUTORES, *Curso Derecho y Medio Ambiente, Parte 1*, Universidad para Todos, Cuba, p. 3. De hecho, el rol del Derecho internacional como factor que catapultó la producción normativa en materia medioambiental en Cuba es puesto de manifiesto en un documento gubernamental, como es el Informe de Cuba a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible Río +20, elaborado en 2012. Remitimos para su comprobación a sus páginas 6 y 11.

8 Así lo expresa REY SANTOS, Orlando, “Los retos en la implementación del Derecho Ambiental en Cuba”, *Retos y Tendencias del Derecho Ambiental Contemporáneo*, Ediciones ONBC, La Habana, 2011, p. 17; idea que reitera en REY SANTOS, Orlando, *Fundamentos del Derecho Ambiental*, Ediciones ONBC, La Habana, 2011, p. 189. Planteando la misma idea, pero con miras en el Derecho argentino, véase a PÉREZ DE LOS COBOS HERNÁNDEZ, Elisa, *La incorporación de la variable ambiental al derecho de aguas argentino*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, pp. 27 y 28.

de integración de este sector del Gobierno revolucionario. Se trata del Decreto-Ley No. 138, De las Aguas Terrestres, de 1 de julio de 1993 (DL 138), norma vigente en la actualidad, que contó con un fundamento constitucional reformado a raíz de las obligaciones contraídas por el Estado cubano con la firma de la Declaración de Río de Janeiro, pero con un anclaje legal previo, pues Cuba poseía una Ley para la protección ambiental desde fecha tan pionera como 1981. Por tanto, al momento de promulgarse el DL 138, se había reformado el artículo 27 de la Constitución para atribuir al Estado la función de protección del medio ambiente, a partir de los dictados del desarrollo sostenible, pero la norma de aguas se dictó al abrigo de las estipulaciones de la Ley No. 33, de Protección del Medio Ambiente y del Uso Racional de los Recursos Naturales, de 10 de enero de 1981 (L33/1981).

El DL 138, nacido al calor de las corrientes ambientalistas, aborda la regulación sobre el aprovechamiento de las aguas terrestres en función de las demandas de consumo de la sociedad. Se trata de regulaciones sobre lo que constituye el objeto tradicional de esta legislación: la asignación de usos y destino de las aguas, pero en esta ocasión, la norma presta una especial atención a la protección ambiental del recurso. No podemos detenernos aquí a abordar el contenido relacionado con la gestión de usos de los recursos hidrológicos, porque implicaría adentrarnos en el núcleo duro del Derecho de aguas y alejarnos del terreno de su tutela jurídica ambiental. Nuestro objetivo en esta parte del trabajo es ubicar al lector en el escenario que dio lugar a la ordenación ambiental sobre los recursos hidrológicos en Cuba como presupuesto, para luego entender su orientación y contenido, pero en cualquier caso, conviene destacar dos aspectos fundamentales adoptados por el DL 138.

La norma parte del presupuesto de que los recursos hídricos pertenecen al dominio público, con lo cual se refuerzan las facultades de la Administración para ordenar y regular la utilización del recurso. Una de las herramientas fundamentales para la gestión de las aguas interiores, la determinación de los usos y la asignación de cuotas es la planificación. El DL 138 describe los distintos planes y la distribución de competencias entre las administraciones públicas que participan del proceso de planificación. La ley cierra el sistema de ordenación de las aguas terrestres, optando por el control preventivo a través de autorizaciones administrativas como vía para acceder al uso del recurso.

El marco legal del DL 138 no tardaría en cambiar para acomodarse a los paradigmas impuestos por el Derecho ambiental internacional. En 1997, se dio un paso más en el camino hacia la ordenación de la protección jurídico-ambiental en Cuba. Se deroga la L33/1981 mediante la promulgación de la LMA, en cuya Exposición de Motivos se deja claro cuál fue una de las causas para el cambio legislativo. En el Por Cuanto quinto de la LMA se expresa que “[...] la citada legislación –haciendo referencia a la L33/1981–

ha sido en buena medida sobrepasada por los más recientes avances en materia ambiental, en el ámbito nacional e internacional, y requiere ser sustituida por un instrumento jurídico que refleje, de modo más adecuado, las exigencias de la protección del medio ambiente y la consecución del desarrollo sostenible”.

La LMA es el cuerpo orgánico que establece el conjunto de principios y directrices de actuación para la protección jurídica del medio ambiente, en consecuencia, es la norma jurídica que aglutina los postulados centrales sobre la tutela ambiental medioambiental, establece pautas de actuación, determina objetivos a cumplir y en general dibuja los carriles por los que debe discurrir la acción de las administraciones públicas para la protección de los recursos hídricos en Cuba. Es una Ley dictada con el claro propósito de encontrar un equilibrio entre la explotación económica de los recursos naturales del país y la protección ambiental de estos, para encontrar el camino hacia un desarrollo sostenible, sobre la base de la utilización racional de los recursos. Es este el marco legal de actuación para la vigente ley de aguas, cuyas ideas también impregnan a la norma sobre aguas terrestres.

El entorno en el que se desarrolla el sistema jurídico de protección ambiental de las aguas en Cuba no estuvo determinado de forma exclusiva por el empuje de un factor externo, sino que actuaron además condicionantes internos. Esta década de los años 90 del siglo XX –en la que emergen los textos jurídicos orientados a la protección ambiental de los recursos hídricos– es también un periodo caracterizado por una profunda crisis económica que azotó al país a consecuencia de la caída del bloque socialista de Europa del Este, a finales de 1989. Entre las medidas adoptadas por el Gobierno revolucionario para contrarrestar las dificultades económicas por las que atravesaba el país, nos interesa destacar la creación de un espacio de actuación jurídico-económica para que se efectuasen operaciones de inversión extranjera. La misma reforma constitucional llegada a cabo en 1992, para adaptar el texto a los postulados de la Declaración de Río de Janeiro sobre el desarrollo sostenible, también se encargó de que la actividad privada de inversión extranjera tuviese cabida en el diseño constitucional de la economía cubana. Tres años después, en 1995, el Gobierno proporciona el cuerpo orgánico con rango de Ley para el ejercicio de la actividad de inversión extranjera, la Ley No. 77, De Inversión Extranjera, de 5 de septiembre.

De esta manera, la normativa ambiental en la gestión de los recursos hídricos en estos años es la respuesta a la necesidad de dotar al país de un sistema de protección ambiental que permita hacer frente a las actividades económicas de significativo impacto ambiental que traen los nuevos operadores económicos. Es una coyuntura que abrazó al Derecho ambiental cubano en su conjunto y, evidentemente, a la regulación sobre gestión y aprovechamiento de los recursos hídricos. El montaje de un ordenamiento jurídico

ambiental para la tutela de las aguas surge como consecuencia de la propia necesidad de uso y explotación económica del recurso a escalas hasta ahora no alcanzadas por manos privadas. Con la mirada puesta en el mercado de derechos del agua, por tanto, desde una perspectiva diferente a nuestra realidad, las palabras de EMBID IRUJO avalan nuestra observación sobre el papel que desempeña la agudización de las demandas sobre el agua como impulso para activar un sistema de protección ambiental. “[...] puede comprobarse –dice este autor– cómo hoy nadie niega la necesidad de que las consideraciones económicas estén íntimamente vinculadas a la regulación y gestión de los recursos hídricos. Se trata de la necesaria consideración del agua como recurso natural, obvio, pero también como bien económico, perspectiva esta última que, en teoría, puede repercutir también a su realce ambiental...”.⁹ Para ello, el Estado cubano acude y hace suyo los estándares internacionales de protección ambiental como referente y guía para la construcción del nuevo sistema interno de protección ambiental de las aguas.¹⁰

En estos momentos, las similitudes saltan a la vista, y pese a que las circunstancias difieren del contexto vivido en los años 90, es difícil renunciar al establecimiento de analogías. A día de hoy, la Asamblea Nacional del Poder Popular está elaborando un proyecto de ley de aguas para derogar al vigente DL138, motivado por varios factores, entre los que destaca la necesidad de adaptar la ordenación del recurso a la creación de auténticos espacios de mercados –sin precedentes en el periodo revolucionario– para lo que el DL 138 no provee de herramientas y soluciones oportunas. El Estado cubano da pasos desde 2012 a la fecha hacia la diversificación de los actores económicos. La permisibilidad de emergentes espacios para las relaciones económicas privadas discurre, básicamente, por dos grandes frentes. Uno es el ejercicio de actividades por cuenta propia, espacio por antonomasia para las personas naturales, y el que sus contornos se hallan más o menos definidos sobre la base de un listado de profesiones y oficios que se pueden ejercer, y para los que es necesario contar con la correspondiente autorización administrativa. La otra línea de apertura hacia la diversidad de las relaciones económicas sigue siendo la actividad de inversión extranjera, pero en este caso, la intención ha sido incentivar este sector y otorgar mayor seguridad jurídica a los operadores y a su entorno. Por ello, en 2014 sale a la luz una nueva Ley para la inversión de capital foráneo que deroga a la Ley No. 77 de 1995.

9 EMBID IRUJO, Antonio, “La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua”, en *Usos del Agua (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)*, Antonio Embid Irujo (director), Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, p. 31.

10 Conclusión que hemos expuesto con anterioridad en nuestro trabajo “La autorización ambiental en Cuba: una visión jurídica desde su tipo integrado”, *Revista Cubana de Derecho Ambiental*, Año V, No. 12-13, enero-diciembre 2014, disponible en <http://www.proyescu/rcda/inicio.php> (consulta realizada el 14 de enero de 2017).

A solo dos años de su vigencia, se debate en la Asamblea Nacional un proyecto de ley de aguas.

La creación de espacios de actuación jurídico-privada en la economía genera un escenario más complejo de cara a la regulación tanto de uso, explotación, generación de derechos sobre las aguas, como de tutela ambiental, porque se ha producido una diversificación de actores, porque se intensifica la demanda sobre el recurso, se amplía el catálogo de usos, aumentan los riesgos derivados de las actividades económicas y se multiplica la generación de aguas residuales. Del paquete de medidas legislativas que hemos referenciado, se desprende que para el Gobierno cubano optar por el desarrollo económico ha venido de la mano con una protección ambiental de los recursos naturales, de forma tal que su uso se produzca de forma racional, o como dice el propio preámbulo de la LIE, se pretenda alcanzar un desarrollo sostenible. En todo caso, esta breve explicación sobre el momento histórico en que se produce el auge de la producción normativa en materia ambiental y las circunstancias que le rodean permite comprender la funcionalidad y propia lógica de la regulación ambiental de las aguas, para percibir en mejores condiciones la gestación y el enfoque que adoptan las líneas que articulan y orientan la normativa sobre tutela medioambiental de los recursos hídricos.

3. Vertientes generales de la LMA para la protección de las aguas

La ordenación ambiental de los recursos hídricos que inicia la LMA lleva la impronta de dos de las vertientes o líneas de acción que la tutela jurídico-ambiental ha desarrollado a lo largo de la Historia.¹¹

La doctrina identifica como una de las ideas rectoras que articulan la construcción de los ordenamientos jurídicos ambientales contemporáneos, el enfoque de la explotación racional sobre los recursos naturales, como vía correctora de los usos intensivos y abusivos sobre los mismos. Su origen se remonta a la Alemania del siglo XIX y a un concreto sector: el de montes, cuando se produce la creación de estructuras insertadas en la administración pública y el surgimiento de técnicas jurídicas, como la creación de un catálogo de montes en función de su valor ecológico, para proteger al recurso frente al uso de sus propietarios. La explotación racional de los recursos naturales, como línea que articula su función de protección, surge ante el uso intensivo que la burguesía hizo de los recursos naturales, amparada en el nuevo carácter mercantil que

11 En ese sentido, seguimos a ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, 2da. edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

adquirían las relaciones económicas, el fácil trasiego de los bienes y con sustento legal en el concepto abstracto de la propiedad, en su carácter ilimitado y absoluto. Sobre la base del nuevo modelo económico creado por la burguesía del siglo XIX, y cobijado por el conjunto casi ilimitado de facultades del derecho de propiedad, se dio paso a una aguda explotación y uso privados de recursos naturales de gran trascendencia colectiva, como el agua.¹²

Ese uso indiscriminado por personas privadas de bienes trascendentales para el sustento de la colectividad hizo que la administración pública adoptase una postura defensiva, agregando la protección de los recursos naturales como una función pública, imponiendo límites a su explotación. Es así como la idea de “explotación racional de los recursos naturales” surge para fundamentar la introducción de fórmulas y medidas de protección del patrimonio natural como instrumento de búsqueda de consenso con la explotación económica privada. Como advierte Esteve PARDO: “[...] lo que los intereses dominantes del capitalismo y la industrialización contemplan en los recursos naturales son sus posibilidades de explotación; pero a esas pretensiones de explotación intensiva, la Administración y sus Ingenieros imponen el correctivo de la racionalidad: la explotación de los recursos ha de realizarse siguiendo criterios científicos y técnicos que preserven a esos mismos recursos y aseguren en su caso su regeneración”.¹³

Es así como surge una de las directrices de lo que *a posteriori* será el Derecho ambiental, pero que marcará desde fecha temprana, como es el siglo XIX, el rumbo de la ordenación jurídica de los recursos naturales; primero, su espacio de operaciones será el seno de la propia normativa reguladora de los usos, derechos de aprovechamiento y gestión general, luego pasará a la legislación estrictamente ambiental. La racionalidad en la utilización del patrimonio natural implica una comprensión del medio ambiente como objeto susceptible de explotación, donde las acciones de conservación toman sentido para mantener su subsistencia y hacer posible la continuidad en su uso. De esta manera, los recursos naturales se protegen en función de sus utilidades.¹⁴

12 Sobre el proceso de explotación intensivo de los montes durante los siglos XVIII y XIX, y la creación de un cuerpo de funcionarios y de disposiciones jurídicas para hacer frente a los abusos de los propietarios de los montes, remitimos a PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, 12da. edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 163 y ss.

13 ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, *cit.*, p. 166. Remitimos también a la explicación que proporciona PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo III...*, *cit.*, p. 89, sobre las técnicas de intervención administrativa del Derecho francés para conciliar el uso privado de las aguas interiores con su explotación económica.

14 BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental*, 1ra. edición, Editorial La Ley, Madrid, 2014, pp. 181 y 182. CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales en el Derecho Comunitario. Hacia un enfoque ambiental y global en la protección de las aguas*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2005, p. 77, pone de manifiesto que en los años 70 del pasado siglo XX surgen las primeras Directivas dirigidas a regular el uso de las aguas continentales en el Derecho de la Unión Europea. Aquella normativa se planteó a la luz de objetivos puramente económicos, con la finalidad de hacer posible la libertad de comercio.

El postulado adquiere el más alto reconocimiento normativo entre nosotros con la Constitución de 1976; su artículo 27 constituye un mandato a la utilización racional de los recursos naturales debido a “[...] su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible [...]”. Esta directriz continúa como hilo conductor, adentrándose en la legislación ambiental; constituye la línea que predomina en la LMA para la ordenación ambiental de los recursos naturales, y en consecuencia, para la política ambiental del agua en nuestro país.

La utilización racional de los recursos naturales viene a consagrar el uso y aprovechamiento económico de los recursos naturales mediante la imposición de condiciones y límites. El Convenio sobre Diversidad Biológica, aprobado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, lo define como *la utilización de los componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras*. EMBID IRUJO enfatiza en que el tratado llevó a la comunidad internacional un conjunto de principios medioambientales aplicables a la gestión del agua y que fue el camino para la incorporación de normas de este corte en los ordenamientos nacionales. Con apoyo en las palabras del autor, podemos afirmar que quedan definitivamente incorporadas al mundo de conceptos del Derecho ambiental cubano las directrices del uso racional de los recursos naturales.¹⁵

Son numerosas las alusiones de la LMA al principio del uso racional de los recursos naturales como guía que encauza la regulación de su protección ambiental. Haremos mención a los pronunciamientos de la Ley que consideramos más relevantes o significativos, por el lugar que ocupan dentro de la estructura del texto normativo y por la trascendencia del pronunciamiento de cara a la tutela de los recursos hídricos, dado que detenernos en cada uno de los planteamientos de la norma expresivos de esta toma de postura resultaría una tarea engorrosa y no obtendríamos mejores conclusiones que las que pretendemos aportar con una lectura reducida pero compacta.

Para la LMA, el agua es un recurso natural destinado a satisfacer necesidades humanas. Su gestión ambiental es imprescindible para conseguir la continuidad de recurso y su uso en la agricultura, la industria, la vida doméstica, la producción de energía. La gestión ambiental del agua va dirigida a favor de esta corriente “racionalista” que venimos describiendo desde su exposición de motivos. En su Por Cuanto número cuatro, el legislador exalta que la protección del medio ambiente es un objetivo de carácter instrumental, es decir, está en función de la consecución de otras finalidades, en concreto, de la defensa nacional, la garantía de la soberanía, el aseguramiento

15 EMBID IRUJO, Antonio, “La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua...”, *cit.*, p. 76.

de los recursos naturales necesarios para satisfacer necesidades humanas y facilitar la existencia de núcleos poblacionales.¹⁶

En sus primeros diez artículos contiene claros posicionamientos a favor de la orientación racionalista en el uso de los recursos naturales como idea central de una regulación para la protección del medio ambiente. Lo asume como uno de sus objetivos: *Crear un contexto jurídico que favorezca la proyección y desarrollo de las actividades socioeconómicas en formas compatibles con la protección del medio ambiente* (artículo 9, inciso a LMA); aprovechamiento económico que la Ley concibe como un derecho del Estado sobre el territorio en el que ejerce la soberanía, según refrenda el artículo 2; a su vez, aprovechamiento económico que la LMA le impone el adjetivo de racional, y que lo configura como un deber del Estado para la conservación del medio ambiente (artículo 3 de la LMA).

Otro ejemplo de la orientación de la LMA hacia la protección ambiental de los recursos naturales por su valor y aprovechamiento para la vida humana es el conjunto de directrices que asume de cara a su gestión eficiente, que encabeza el Título VI de la Ley. Se trata de un grupo de principios de actuación –tanto para las administraciones públicas como para los particulares– que encabezan la parte que la Ley dedica a la regulación individualizada de cada recurso natural, aplicables a la gestión de todo el patrimonio natural, con independencia de la regulación específica que la Ley estipula para cada uno de ellos. El mandato de la Ley es que debe asegurarse la racionalidad en el uso de los recursos, siendo racional la actuación que opta por su perdurabilidad, y para ello la gestión debe dirigirse a desarrollar actividades de reciclado de los residuos y recuperación de los ecosistemas.¹⁷ Un aprovechamiento racional es el que se realiza teniendo en cuenta los diversos usos del recurso y las prioridades que se manejen, tomando como referencia “los requerimientos de la protección del medio ambiente, la necesidad de asegurar su sostenibilidad y los beneficios y costos ambientales, económicos y sociales”.¹⁸

16 Por Cuanto: *“La protección del medio ambiente constituye un factor relevante a los fines de la defensa nacional y una garantía para nuestra soberanía, en tanto contribuye a asegurar la disponibilidad de los recursos naturales indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la población y facilitan la existencia de hábitats temporales para grandes núcleos poblacionales, lo que puede devenir factor relevante ante situaciones excepcionales”.*

17 Artículo 81 de la LMA: *“La gestión de los recursos naturales se realizará de conformidad con las disposiciones siguientes:*

a) *Se asegurará la racionalidad en el uso, para lo cual se cuidará su perdurabilidad cuantitativa y cualitativa, se desarrollará el reciclado y la recuperación y se salvaguardarán los ecosistemas a los que pertenezcan”.*

18 Artículo 81 de la LMA: *“La gestión de los recursos naturales se realizará de conformidad con las disposiciones siguientes:*

c) *Cuando un recurso sea susceptible de diversos usos, éstos se sujetarán a las prioridades y formas de coordinación y compatibilización que en primera instancia determinen los órganos y organismos competentes. En caso de discrepancias se oír el parecer del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, conforme a las atribuciones que le están conferidas en la presente Ley.*

d) *Al determinar prioridades para el uso de las diversas categorías de recursos naturales se tendrán en cuenta los requerimientos de la protección del medio ambiente, la necesidad de asegurar su sostenibilidad y los beneficios y costos ambientales, económicos y sociales”.*

Finalmente, la regulación de las aguas terrestres y marítimas –ubicada en el Capítulo IV del Título VI de la LMA– continúa la línea asumida por la parte general de la Ley desde sus primeros artículos, al establecer un conjunto de disposiciones para la protección ambiental del recurso puestos en función de su sostenibilidad, para hacer posible un aprovechamiento y uso continuado. “Es obligación de todas las personas naturales y jurídicas –dice el artículo 92 de la LMA– la protección y conservación de las aguas y de los ecosistemas acuáticos en condiciones que permitan atender de forma óptima a la diversidad de usos requeridos para satisfacer necesidades humanas...”. El resto del articulado está en función de hacer posible el cumplimiento de este mandato. Para ello, la Ley condiciona la gestión de las aguas al respeto de su equilibrio, el de los ecosistemas con los que esté relacionado y el del ciclo hidrológico; determina que las aguas serán clasificadas según su uso y destino, manda a las administraciones públicas a promover la reutilización de las aguas residuales y la introducción de tecnología que reduzca la contaminación, e impone que los vertidos a las aguas deben recibir un tratamiento adecuado¹⁹.

El enfoque de la LMA por la explotación racional de los recursos naturales –entre ellos las aguas– es una toma de postura desde una perspectiva dual. Como bien advierte MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “[...] los recursos hidráulicos no cabe considerarlos de modo exclusivo, tal y como ha sido frecuente, como factor de producción. Nadie lo discute. Pero no es menos cierto, sin embargo, que son también eso, factor de producción que necesariamente hay que considerar”.²⁰ La explotación racional de los recursos naturales constituye una toma de postura por un modo de desarrollo económico y social, y al mismo tiempo es un modo de utilización del recurso. El Derecho ambiental, y como epicentro de él la LMA, es el régimen jurídico que establece las vías y formas de acceso al patrimonio hídrico. Para lograr el equilibrio entre la explotación racional del recurso natural y su necesidad de conservación, la LMA hace suyo un conjunto de técnicas jurídicas con el propósito de gestionar esa relación de tensión.

La ordenación ambiental de los recursos hídricos también está permeada por la orientación ecológica del Derecho. El Derecho ambiental cubano no solo se articula a través de la línea de la explotación racional de los recursos hídricos. Esta directriz coexiste con una vertiente del régimen jurídico ambiental de las aguas que considera al recurso natural como objeto digno de protección por sí mismo, que desatiende la tutela jurídica de las aguas por su carácter instrumental para la obtención de otros beneficios, y se centra en la regulación del recurso para su conservación por el valor ambiental que tiene por sí

19 Véase los artículos 92 y 93 de la LMA, que dada su extensión nos tomamos la licencia de no reproducir aquí de forma íntegra.

20 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, “Reflexiones sobre la problemática actual de la gestión de las aguas...”, *cit.*, p. 51.

mismo considerado. BETANCOR RODRÍGUEZ se acerca a la explicación sobre la corriente ecológica del Derecho con los siguientes términos: “La Naturaleza deja de ser el elemento *ambiental* del sistema social para constituirse en un sistema propio, diferenciado, distinto y separado del sistema social al que precisamente pertenece este”.²¹

La dirección ecológica en la LMA en la ordenación de las aguas toma cuerpo en la regulación de los principios que rigen la ordenación sobre áreas protegidas (Título VI, Capítulo III), la diversidad biológica (Título VI, Capítulo II), flora y fauna silvestre (Capítulo VI), la promoción de la investigación científica (Título III, Capítulo VIII) y el fomento de la educación ambiental (Título III, Capítulo VII). Este enfoque ecológico se advierte de forma directa cuando la LMA aborda la regulación del recurso considerándolo como ecosistema y ordena su gestión respetando su equilibrio y su interrelación con otros ecosistemas;²² o cuando precisa que para la gestión, se debe tomar en cuenta el ciclo hidrológico y el resto de los elementos naturales que intervienen en él.²³ Los pronunciamientos base que realiza la norma sobre tratamiento de aguas residuales y control de vertidos en aguas terrestres y marítimas también responden a este enfoque ecológico del Derecho. En su conjunto, y dentro del contexto cubano donde es latente la necesidad de desarrollo económico, la LMA es una norma propia de su tiempo, tanto de las circunstancias nacionales, como del grado de interiorización de la variable ambiental en los países de nuestro entorno. En lo que atañe al Derecho de aguas, con la LMA la gestión ambiental de los recursos hídricos abraza una postura de naturaleza ambiental, lo cual supuso un paso más en la modernización del Derecho de aguas en Cuba. Como sostiene EMBID IRUJO, “[...] pasa de ser un derecho de mero aprovechamiento a un derecho completamente impregnado por preocupaciones de conservación del recurso y de mejora de su calidad”;²⁴ puntualización que el autor realiza para el Derecho de aguas español, traspasable a la situación cubana con la llegada de la LMA.

Ambos planteamientos, la orientación ecológica y la explotación racional de los recursos naturales, constituyen ideas motrices en la regulación de los recursos hídricos de la LMA. Permiten identificar cuáles son las líneas fundamentales de acción que adopta la LMA y

21 BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, *Derecho Ambiental...*, cit., pp. 159-160. Sobre los inicios de la orientación ambiental y ecológica del Derecho de Aguas en la Unión Europea, remitimos a CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, cit., p. 109 y ss.

22 Artículo 92 de la LMA: “La gestión del agua y de los ecosistemas acuáticos se realizará de acuerdo con las disposiciones siguientes:

b) La gestión de todos los recursos naturales contenidos en los ecosistemas acuáticos respetará su equilibrio y el de los ecosistemas con los que esté relacionado”.

23 Artículo 92 de la LMA: “La gestión del agua y de los ecosistemas acuáticos se realizará de acuerdo con las disposiciones siguientes:

c) Para asegurar un adecuado desarrollo del ciclo hidrológico y de los elementos que intervienen en él, se prestará especial atención a los suelos, áreas boscosas, formaciones geológicas y capacidad de recarga de los acuíferos”.

24 EMBID IRUJO, Antonio, “Prólogo” en Liber Martín, *Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y el dominio de las aguas públicas*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. XV.

unificar criterios dentro de su propio articulado, pues otorgan luz sobre las ideas centrales actuando como hilos conductores a lo largo de todo el cuerpo normativo, de forma tal que realizan una función de cohesión de muchos preceptos que pueden parecer desconectados unos de otros. A su vez, ambas directrices extienden sus dominios hacia el conjunto de disposiciones jurídicas dictadas al amparo de la LMA, y sobre ese ordenamiento jurídico ambiental desempeñan las mismas funciones de cohesión y orientación.

4. Particularidades más significativas de la LMA en la regulación de los recursos hídricos

La LMA aborda la ordenación jurídica de la política ambiental mediante la plasmación de un conjunto de principios y normas generales de actuación. La mayoría de sus preceptos constituyen enunciados programáticos, disposiciones sobre atribución de competencias a órganos administrativos y mandatos de actuación general a las administraciones públicas involucradas en la gestión, de manera que la LMA se limita al establecimiento de los pilares sobre los que discurre la gestión pública para la protección del medio ambiente, y deja el desarrollo y la articulación jurídica de sus pronunciamientos para un momento posterior, a cargo de otros órganos con potestades normativas. Una lectura del texto legal sirve para identificar a lo largo de su articulado la presencia de preceptos con una redacción distendida, de reducida concreción, dados a laxas interpretaciones.

Del articulado se desprende que su función por excelencia es la organización y la unificación, en un único cuerpo orgánico, de las grandes directrices de actuación en materia de protección del patrimonio natural para las administraciones públicas, ciudadanos y sociedad en general, el establecimiento de las competencias de las instituciones administrativas y de la panoplia de los principales instrumentos jurídicos de los que se vale para el cumplimiento de sus fines. Con este perfil, el resultado material es la entrega del protagonismo en la ordenación jurídica de los recursos hídricos a las administraciones públicas. En un primer nivel, la articulación jurídica de la LMA en sede de recursos hídricos se lleva a cabo mediante decretos-leyes, de ámbito sectorial, dirigidos a la ordenación concreta de las aguas interiores y de las marítimas. En lo que a aguas interiores respecta, su continuidad toma cuerpo en el DL 138, norma que establece los principios para la gestión del uso de las aguas terrestres adoptando como referencia un modo de gestión en consonancia con los parámetros ambientales de la LMA. Para las aguas marítimas, la continuación de su regulación ambiental se lleva a cabo a través del Decreto-Ley 212, de 8 de agosto de 2000, de Gestión de la Zona Costera (DL 212). Traspasado el

umbral de las normas con fuerza de Ley –recordemos que los Decretos Leyes poseen esa cualidad–, el grueso de la construcción jurídica del régimen de los recursos hídricos, desde los puntos de vista cualitativo y cuantitativo, se realiza por normas reglamentarias.

Para el estudio y comprensión de la regulación de la LMA sobre los recursos hídricos, la estructura de la LMA puede dividirse en tres grandes bloques. El primero de ellos es su parte general, dedicada al establecimiento de los objetivos, de los principios sobre los que discurre la actuación del Estado y la sociedad para la protección del medio ambiente; refrenda las obligaciones del Estado para la protección del medio ambiente y diseña el ámbito competencial del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, el de los organismos de la Administración Central del Estado y el de los órganos locales del Poder Popular. Sin embargo, el núcleo de la parte general de la LMA, bajo la denominación de *instrumentos de la política y gestión ambiental*, está dedicado a enunciar los instrumentos y mecanismos jurídicos que el legislador adopta para llevar hacia delante la política ambiental cubana (sin que esa relación implique una lista cerrada), y la regulación que el legislador consideró primordial para cada uno de ellos.

La segunda parte de la LMA (su Título Sexto) aborda las *esferas específicas de protección del medio ambiente*. Tiene inicio con el establecimiento de un conjunto de disposiciones de aplicación general a todas las esferas de protección ambiental (Capítulo I), para luego dedicar un capítulo a cada uno de esos ámbitos que considera dignos de tutela. En lo que respecta a los recursos hídricos, su regulación se concentra en un único capítulo, el IV, dedicado al establecimiento de las normas generales sobre *Aguas y Ecosistemas Acuáticos* mediante dos Secciones, una destinada a las Aguas Terrestres y otra a las Aguas Marítimas y Recursos Marinos. Por último, en el Capítulo V, sobre *Ecosistemas Terrestres*, la Sección Segunda aborda la regulación sobre las Cuencas Hidrográficas.

La tercera parte de la norma tiene inicio cuando finaliza la regulación de las esferas de protección del medio ambiente, y engloba el resto de sus Títulos, cuyos contenidos inciden, algunos más que otros, en la gestión de los recursos hídricos. Los Títulos Séptimo, Octavo y Noveno abordan los *recursos energéticos, desastres naturales u otros tipos de catástrofes* y las *normas relativas a la agricultura sostenible*, respectivamente. Los Títulos Décimo, Décimo Primero, Décimo Segundo, Décimo Tercero y Décimo Cuarto contienen, en ese orden, las *regulaciones sobre uso sostenible de los recursos paisajísticos, desarrollo sostenible del turismo, preservación del patrimonio cultural asociado al entorno natural, otras disposiciones relativas a la protección de la salud y la calidad de vida respecto a factores ambientales adversos y protección del medio ambiente en el desarrollo de las actividades laborales*.

El Derecho ambiental cubano aborda la regulación de las aguas subterráneas y las superficiales con la consideración de objetos de

un régimen jurídico unitario. La gestión de las aguas interiores de forma conjunta no es una idea por la que la LMA se decante de forma expresa y nítida, sino que puede arribarse a esta conclusión a partir del estudio del DL 138 y legislación posterior, junto con ciertos pronunciamientos de la LMA. Uno de los primeros pasos normativos en la construcción de un régimen jurídico común para ambos tipos de aguas es la definición de aguas terrestres que asume la LMA. Su artículo 94 establece que *se entiende por aguas terrestres tanto las superficiales como las subterráneas*, siendo el único pronunciamiento que contiene en este aspecto. A partir de esa definición legal, el régimen jurídico posterior ha articulado la ordenación ambiental de las aguas superficiales y subterráneas sobre la base de reglas unificadas.

Es este uno de los aspectos positivos de la LMA; postura que puede responder a la existencia de un criterio científico consolidado estándar sobre una gestión eficiente de ambos tipos de aguas, al que la LMA se acoge. En ese sentido, la gestión conjunta de aguas superficiales y subterráneas puede responder a la influencia directa de los avances tecnológicos en el desarrollo del Derecho de aguas. Como sostiene ÁLVAREZ CARREÑO, “[...] las innovaciones tecnológicas han determinado profundos cambios en la regulación jurídica de aspectos esenciales del Derecho de aguas”.²⁵ La técnica ha demostrado la estrecha vinculación entre las masas de aguas subterráneas y las superficiales; ha permitido arribar a conceptos como el de unidad de ciclo hidrológico como ciclo natural o principios como el de unidad de cuenca, aplicable en una de sus vertientes a masas de aguas subterráneas y superficiales que corren por un mismo cauce. Y este puede ser el motivo por el cual el legislador optó por el camino correcto: una definición conjunta de las aguas terrestres como pie forzado para un régimen jurídico unitario, que no quiere decir uniforme, sobre la gestión de las aguas superficiales y subterráneas.²⁶

Otro argumento viene dado por el hecho de que la LMA asume la protección del medio ambiente –y como es obvio también de los recursos hídricos– desde una perspectiva integral. Aunque con un escaso desarrollo normativo en el cuerpo de la norma, el enfoque integrado y global de la tutela ambiental constituye uno de los principios de actuación pública para alcanzar el desarrollo sostenible, que la LMA asumido como modelo de gestión de toda la acción de protección ambiental. *La gestión ambiental es integral y transectorial...* –postula el artículo 4 inciso i] de la LMA. Consecuencia del principio de integración es que el legislador comprende que las aguas superficiales y subterráneas se encuentran estrechamente

25 ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago Manuel, “Los derechos privados sobre el agua en países de *Common Law*: reflexiones sobre su evolución y adaptación a las necesidades de cambio”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 25, octubre 2010, p. 4.

26 Lucía CASADO pone de manifiesto que la separación entre la regulación de las aguas superficiales y subterráneas y la falta de atención sobre la interacción entre ambas en cuanto calidad y cantidad fue un factor negativo en los resultados de la gestión del Derecho comunitario con anterioridad a la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000. Véase en CASADO CASADO, Lucía, *La regulación de los vertidos en aguas continentales...*, cit., pp. 148 y 149.

vinculadas, y que por tanto deben ser objeto de acciones comunes; como también son producto del postulado de la integración, dentro del ámbito del Derecho aguas, el principio de unidad del ciclo hidrológico y el de unidad de cuencas hidrográficas, este último también con presencia en la LMA (artículos 110 y 111). El enfoque sobre un régimen jurídico que englobe a ambas aguas, en lo que respecta a su reconocimiento jurídico, termina de cuajar en el DL 138 al atribuirse al Instituto de Recursos Hidráulicos la obligación de fijar el régimen de explotación de las fuentes, partiendo del principio de que las aguas superficiales y subterráneas integran un sistema unitario (artículo 7, inciso a) del DL 138).

La LMA parece adoptar una posición diferente respecto de la regulación de las aguas marítimas. Su regulación ambiental no concibe una ordenación de las aguas marítimas de conjunto con las aguas interiores, ni siquiera a los efectos de compartir principios de actuación en determinados sectores concretos de la gestión ambiental de los recursos hidráulicos como sí sucede en otros ordenamientos jurídicos foráneos.²⁷ El objeto sobre el que recae la tutela ambiental de este recurso *comprende la de las aguas marítimas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica, en la extensión que fija la ley y los recursos marinos existentes en ella* (artículo 99 LMA), y es lo que marca la línea divisoria en nuestro Derecho ambiental para la bifurcación de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos. Como hemos adelantado, para el caso de las aguas marinas la implementación normativa se lleva a cabo en un primer nivel por el DL 212, norma esta última que parte de una definición de su objeto de regulación coincidente con el citado artículo 99 de la LMA.²⁸ De la lectura en su conjunto de la LMA y del DL 212, se desprende que la tutela ambiental de las aguas marítimas transcurre por carriles propios.

5. Principales instrumentos de la LMA para la protección ambiental de los recursos hídricos

El contenido, la estructura e incluso el estilo de redacción de la LMA conminan a sugerir su lectura y estudio a través de criterios que permiten la sistematización de las acciones de tutela ambiental de los recursos hidráulicos que la norma plantea. Por un lado, la ordenación sobre los recursos hídricos no se restringe al capítulo dedicado a las aguas terrestres y marítimas, sino que se extiende por el resto del texto legal. Ya sea de forma directa o indirecta, de una manera más o menos aguda, la regulación de la LMA, con

27 Hacemos alusión al Derecho de la Unión Europea, donde aguas marítimas y aguas interiores si bien no se integran en un régimen común, sí coinciden en determinados sectores o ámbitos de gestión ambiental, como sucede en la regulación de vertidos.

28 Véase los artículos 1 y 2 del DL 212.

incidencia en el ámbito del Derecho de aguas, desborda los marcos de las preceptos concretos sobre este sector, para verse difuminado por todo el cuerpo de la ley. Por otro lado, la LMA no es un texto legal que destaque por un abordaje holgado sobre la tutela ambiental de los recursos hidráulicos, más bien lo contrario. En lo que a las aguas se refiere, estamos ante una ley parca, con pronunciamientos sustantivos o directrices de actuación sobre la gestión de los recursos hídricos escuetos, en algunos casos inconexos o no lo suficientemente articulados unos con otros; donde predominan disposiciones sobre atribución de competencias a las distintas administraciones públicas, o declaraciones de principios sobre reconocimiento de deberes, derechos u obligaciones que para su real efectividad precisan de ulterior implementación normativa.

En ese escenario, creemos oportuno proponer la lectura de la regulación sobre las aguas mediante la identificación de dos líneas de actuación de la LMA, a través de las cuales pueden reconducirse la mayoría de las acciones, medidas e instrumentos de gestión incorporados a la norma, en un ejercicio para encontrar su funcionalidad y lógica interna. Una de esas vertientes es la que se enfoca en la protección del agua para conservarla en sus condiciones naturales óptimas, “[...] con la pretensión de mantener los recursos en sus condiciones ecológicas características, introduciendo las necesarias modulaciones para que, en caso de ser admisible su explotación, esta se desarrolle de manera racional y sostenible”.²⁹ Es una línea de actuación que tiene como objeto de mira el recurso hídrico en sí mismo y donde predominan las técnicas de carácter preventivo. Las medidas de la LMA sobre diversidad biológica, áreas protegidas, educación ambiental, investigación científica e innovación tecnológica, calidad de las aguas, saneamiento, se ubican en esta dirección.

La otra línea de actuación de la ordenación jurídica ambiental de los recursos hídricos que contempla la LMA es la que se dirige a la lucha y control de la contaminación. Se nutre de todas aquellas medidas, disposiciones e instrumentos jurídicos que actúan sobre las actividades humanas contaminantes, a diferencia del enfoque de la conservación donde se opera sobre el recurso en cuestión, sobre aquello que ya viene dado. Esta vertiente de la regulación ambiental de las aguas engloba a actuaciones fundamentalmente interventoras; forman parte de esta orientación de la LMA aquellas técnicas que inciden sobre la acción humana restringiendo y condicionando el ejercicio de actividades productivas. Como advierte ESTEVE PARDO, si la primera línea se proyecta sobre la naturaleza, esta opera sobre lo que decidimos y actuamos, abarcando en su régimen jurídico las técnicas destinadas a gestionar los riesgos que generan esas actividades.³⁰ La evaluación de impacto ambiental,

29 ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, cit., p. 162. La propuesta sobre el estudio de la LMA a partir de la vertiente de protección y conservación del recurso, y la línea que se encamina a la lucha contra la contaminación se realiza tomando como referencia a ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, cit., p. 161 y ss.

30 ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente...*, cit., p. 162.

la licencia ambiental que finaliza el procedimiento de impacto ambiental y la autorización de vertidos son los principales instrumentos que protagonizan la vertiente de la lucha y control de la contaminación de las aguas en la LMA.

5.1. Instrumentos para el control de la contaminación de las aguas

La prevención y el control de la contaminación sobre las aguas es una línea con mayor definición en la LMA que las opciones normativas para la protección del recurso. El binomio evaluación de impacto ambiental (EIA) y autorización ambiental asumen el liderazgo entre las medidas de gestión de la LMA.

Toda actividad –dice el artículo 24 de la LMA– susceptible de producir efectos significativos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control [...] estará sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental [...]. La Ley identifica la existencia de un conjunto de actividades con especial aptitud para provocar efectos significativos sobre el medio ambiente, y sobre ellas impone una orden general de prohibición de su ejercicio: Los programas, obras o actividades –dispone el artículo 26 de la LMA– que no cuenten con la licencia ambiental, cuando correspondiente, o no cumplan las exigencias y controles que en ésta se fijen, podrán ser suspendidas temporal o definitivamente por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente [...].³¹

La proscripción es una regla general, susceptible de ser levantada para cada caso en concreto previo estudio por parte de la administración pública de la propuesta de actividad u obra, de los efectos que su ejercicio acarrea sobre el medio ambiente y de las medidas que deben ser implementadas para eliminar o disminuir las consecuencias ambientales negativas. Realizado el estudio del proyecto en cuestión, la autoridad administrativa emite un acto administrativo que actúa como título habilitante para el ejercicio de la actividad, como una válvula que, para el caso concreto, levanta la prohibición general de ejercicio de la actividad; se trata de la autorización ambiental con la que se culmina el procedimiento de EIA.³²

La LMA establece un sistema de lista abierta para determinar las obras y actividades que deben obtener previamente la autorización ambiental. La EIA es una técnica prevista para proteger a todos los

31 La articulación jurídica del esquema de prohibición general –habilitación particular del ejercicio de actividades contaminantes– continúa con el artículo 64 de la Resolución No. 132/2009, de 11 de agosto, Reglamento del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente: *La decisión denegatoria de la licencia ambiental por parte de las autoridades responsables conlleva la no ejecución del proyecto de obra o actividad.*

32 Sobre los principios jurídicos de la autorización administrativa con una lectura en el ordenamiento jurídico cubano remitimos a PEREIRA BASANTA, Jolene, “Algunas consideraciones en torno a la autorización administrativa en el sistema jurídico cubano”, *Revista General de Derecho Administrativo*, No. 35, enero de 2014, lustel. Para profundizar sobre la licencia ambiental que culmina el procedimiento de EIA, véase en PEREIRA BASANTA, Jolene, “La autorización ambiental en Cuba: una visión jurídica desde su tipo integrado...”, *cit.*

recursos naturales, pero en la lista se encuentran obras o actividades que tienen como objeto directo a los recursos hídricos: las *presas y embalses, canales de riego, acueductos y obras de drenaje, dragado, u otras que impliquen desecación o alteración significativa de cursos de agua* (artículo 28, inciso a) de la LMA), aunque muchas otras de la lista requieren del aprovechamiento de los recursos hidráulicos ya sea por la vía del consumo o como destino de vertido de sustancias para llevar a cabo su actividad.

La EIA y su regulación en la LMA presentan problemas de diversa índole. Detenernos en ellos supone excederse de los objetivos de este trabajo, pero vale la pena hacer referencia a un par de comentarios de la doctrina al respecto, para luego pasar a lo que consideramos una de las insuficiencias de la ordenación jurídica de la institución en el Derecho cubano, cuyo estudio sirve para proporcionar una visión global y bastante acabada de la institución, que es al final nuestro objetivo. El profesor EMBID IRUJO llama la atención sobre la paradoja que envuelve a la EIA en el ámbito de los recursos hídricos. Muchas de las obras hidráulicas se construyen para la conservación ambiental del recurso, aunque ellas en sí mismas pueden acarrear perniciosas consecuencias para el buen estado ambiental del recurso. Afirma el autor que esta situación que plantean las obras hidráulicas es muy difícil de resolver, y precisa de pormenorizados balances de costes y beneficios.³³

Junto a ello, identifica como aspecto negativo la construcción de una lista que finalice con una cláusula abierta, inclusiva de “alguna fórmula inconcreta o precisada de determinación posterior”.³⁴ Y ese es nuestro caso. La lista de actividades recogida en la LMA permanece abierta, con una última disposición que prevé la obligación de someterse a la EIA y a la obtención de la autorización, para cualquier otra actividad *que tenga lugar en ecosistemas frágiles, alteren significativamente los ecosistemas, su composición y equilibrio o afecten el acceso de la población a los recursos naturales y al medio ambiente en general* (artículo 28, inciso z) de la LMA). El criterio para determinar qué obras o cuáles actividades deben someterse a la EIA y a la obtención de una previa licencia ambiental no se vislumbra nada fácil, además de contradecir el principio de seguridad jurídica, que como afirma EMBID IRUJO, le impone al legislador el “ser lo más preciso posible, debiendo configurarse como verdadera excepción la extensión del procedimiento a otras actuaciones no contempladas en esas listas”.³⁵

Al margen de lo anterior, el tópico que brinda una visión panorámica sobre la actitud de la EIA y la autorización ambiental para ser instrumentos de control preventivos y de reducción de la contaminación es su carácter integrado. La interrogante que plantea la

33 EMBID IRUJO, Antonio, “La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua...”, *cit.*, p. 84.

34 *Ibidem*, p. 85.

35 EMBID IRUJO, Antonio, “La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua...”, *cit.*, p. 85.

regulación sobre la licencia ambiental –lo cual atañe, por supuesto, a los recursos hídricos– es si estamos en presencia o no, de una autorización integrada,³⁶ es decir, un título que incorpore las medidas a adoptar relativas a todos y cada uno de los sectores o ámbitos naturales sobre los que incide el proyecto de actividad en cuestión, de forma tal que el análisis sobre las consecuencias negativas de la obra y las medidas correctoras de la actividad comprenda a todos y cada uno de los recursos y vertientes ambientales del asunto. Desde el plano institucional, la integración se hace posible porque la licencia se elabora a partir de los criterios técnicos emitidos por cada una de las administraciones públicas competentes, según los recursos sobre los que tengan asignados esas competencias; o de lo contrario, queda fuera del ámbito objetivo de la licencia ambiental, con la consiguiente obligación de acudir a otra administración pública para obtener la autorización sectorial que le permite desarrollar válidamente la actividad. Para el supuesto de los recursos hídricos, la respuesta requiere de una labor de interpretación conjunta de varios textos normativos porque la LMA no tuvo la intención de construir una autorización ambiental integrada, ni en su aspecto material o sustantivo ni en su vertiente procedimental y organizacional. El estudio parte atendiendo a que se trate de aguas interiores o de aguas marítimas, y según el objeto de la actividad. En todo caso, la respuesta no viene de la mano de la LMA, sino que se encuentra a extramuros de ella, en sus normas de desarrollo.

Para las aguas marítimas, el DL 212 proporciona la solución. Esta norma sujeta *la ejecución de obras o actividades* en la zona costera a la previa obtención de la licencia ambiental (artículo 19 del DL 212). Las *obras o actividades* a que hace referencia son aquellas contenidas en la lista de la LMA (su ya citado artículo 28), así como las que refrenda el artículo 15 del DL 212: *actividades o instalaciones que por su propia naturaleza no admiten otra ubicación, tales como puertos, embarcaderos, astilleros, marinas, varaderos, termoeléctricas, cultivos marinos, emisarios submarinos, parques submarinos, plataformas de perforación de petróleo, señales de ayuda a la navegación, salinas, obras de defensa, regeneración, mejora y conservación de dicha zona, actividades de forestación y reforestación y otras de similar naturaleza*. Los usos, el aprovechamiento de todo tipo, los proyectos de obras o las actividades que requieren de las aguas marítimas son objeto del contenido de la EIA y resueltos por medio de la licencia ambiental integrada.

Para el caso de vertidos al medio marino, si se trata de obras o actividades de las que fija el artículo 28 de la LMA y el artículo 15 del DL 212, también pasa a integrarse en la EIA y en el contenido de la autorización ambiental. En este caso, la respuesta no viene de la mano de la LMA ni el DL 212, los cuales no contienen pronunciamientos

36 Al hacer referencia a una autorización ambiental integrada, aludimos a una categoría jurídica que bajo esa denominación se encuentra presente en el Derecho ambiental comparado. La bibliografía sobre la autorización ambiental integrada es inabarcable. Tomemos como referencia la obra de FRANCISCO DE BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO y ÁNGEL RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.

expresos sobre los vertidos a aguas marítimas como materia integrada en la EIA y en la autorización ambiental. La solución parece venir del reglamento de la EIA (Resolución No. 132/2009, de 11 de agosto, Reglamento del Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental, del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, Autorización vertidos en mar y aguas interiores), el que determina que entre los contenidos del estudio a realizar, deben ser objeto de análisis *los recursos naturales y otras materias primas a utilizar, así como los efluentes y emisiones que se estima sean vertidos al ambiente durante las etapas de construcción y funcionamiento* (artículo 26, inciso a); *las tecnologías a emplear y el grado en que éstas contemplan la aplicación de prácticas de producción limpia, incluyendo la reducción y aprovechamiento seguro de residuales* (artículo 26, inciso d); *la caracterización del ambiente donde debe realizarse la obra o actividad, para lo cual debe considerarse y, en caso necesario, determinar la línea base de factores ambientales que pueden ser afectados por los impactos que causa el proyecto de obra o actividad* (artículo 26, inciso g); *y el programa de medidas de prevención, mitigación y corrección de los impactos negativos, incluyendo la descripción detallada de los métodos y las técnicas a utilizar, así como sus alternativas* (artículo 26 inciso m). Sobre la base de este contenido de la EIA, llegamos a la conclusión de que los permisos para realizar vertidos en aguas marítimas forman parte del contenido de la autorización ambiental, siempre que se trate de alguna de las obras o actividades que se someten a EIA.

Fuera del marco de las actividades sometidas a la obtención de una autorización ambiental, los vertidos a aguas marítimas también precisan de autorización. La LMA sí que es clara en este punto: *Toda disposición de residuales en el medio marino requerirá la previa autorización del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, quien podrá disponer lo que proceda respecto a esta actividad, en coordinación con los órganos y organismos competentes* (artículo 104 de la LMA). No existe otro pronunciamiento en la LMA sobre la autorización de vertidos en aguas marítimas, la regulación de esta modalidad de licencia empieza y termina en mero reconocimiento; el DL 212 parece que retoma el hilo resaltando la vertiente prohibitiva de esta actividad: *Se prohíbe en la zona costera, sin perjuicio de otras prohibiciones específicas: g) la disposición final de los desechos sólidos y líquidos provenientes de cualquier actividad, cuando no cumplan con las normas de vertimientos establecidas.*

En el terreno de las aguas interiores, se hace más difícil arribar a conclusiones sobre este punto, porque en paralelo a la autorización ambiental, existe un grupo de autorizaciones de uso y vertidos en el DL 138, con lo cual, una primera ojeada a ambas leyes transmite confusión por la duplicidad de instrumentos preventivos de gestión. La regulación del reglamento de EIA sobre el contenido del estudio sirve también como argumento para concluir que las autorizaciones para el uso y vertido en aguas interiores, como consecuencia de las obras o actividades sujetas a EIA, se integran en la autorización ambiental que culmina este procedimiento. Ello se

refuerza por el hecho de que el reglamento de EIA articula una vía para que la autoridad que resuelve sobre la autorización ambiental solicite informes técnicos a los organismos encargados de la gestión del recurso (artículo 11). De esta forma, es real la posibilidad de que la licencia ambiental que autoriza la realización de las actividades contenidas en el artículo 28 de la LMA también contenga el condicionado sobre vertidos.

Al margen de los proyectos que la LMA somete a EIA, los controles preventivos sobre el uso de las aguas interiores se dibujan en el DL 138. Esta norma recoge una panoplia de autorizaciones –que para elevar el grado de incertidumbre son otorgadas por el Instituto de Recursos Hidráulicos y no por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente–, impregnando el tema de incertidumbre. Así, por ejemplo, la autorización que debe obtenerse previo a la construcción o modificación de pozos, la construcción de canales de drenaje al manto freático y la instalación de equipos de bombeo (artículo 18 del DL 138). La ley de aguas exige autorización para poder realizar extracción de arena u otros materiales de construcción de los ríos y zonas de protección de estos (artículo 25 del DL 138); y para ejecutar cualquier tipo de trabajo destinado a embalsar, derivar, captar, controlar o drenar aguas superficiales (artículo 24, inciso a) del DL 138).

El otro instrumento de la LMA en la vertiente de control y prevención de la contaminación es la autorización de vertidos. Paradójicamente, y de forma inversamente proporcional a la importancia que se le atribuye a este instrumento en el Derecho comparado, a la autorización de vertidos no se le dedica mucho espacio en la LMA. El legislador introdujo la autorización de vertidos para las aguas marítimas (artículo 104 de la LMA), sin embargo, no existe mención expresa en la Ley a la licencia para vertidos en aguas interiores. Para comprobar la existencia de una autorización administrativa para verter residuos en aguas terrestres, debemos remitirnos al DL 138. En principio, y a la luz del hilo de nuestro ordenamiento jurídico ambiental, que bifurca los sectores de protección de las aguas terrestres y marítimas, la autorización de vertidos se habrá de expedir de conformidad con la legislación de aguas terrestres para el caso de las aguas interiores, y de acuerdo con la normativa sobre manejo integral de la zona costera si son vertidos desde tierra al mar. Dos son las administraciones públicas encargadas de emitir los títulos. Para el caso de los vertidos a aguas terrestres es el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos; para vertidos desde tierra al mar, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.

Para las aguas interiores, es en el DL 138 donde aparece por vez primera este mecanismo de control de vertidos. A pesar de tratarse a todos los efectos de nuestra ley de aguas, el desarrollo normativo de esta tipología continua siendo escaso. El DL 138 prohíbe efectuar vertimientos directos o indirectos en las aguas superficiales y subterráneas, sin contar con la autorización previa del Instituto de Recursos Hidráulicos (artículo 16, inciso a) del DL 138), y fija un contenido mínimo de la licencia. La autorización de vertidos

contendrá la información relativa a los límites máximos que pueden ser vertidos y el volumen del efluente, así como el punto o lugar de disposición final (artículo 19 DL 138). El resto del condicionado que debe contener la licencia de vertidos lo remite al reglamento del DL 138, tópico que sigue sin regularse porque hasta la fecha no se haya dictado un reglamento de desarrollo para esta norma.

5.2. Calidad y saneamiento de las aguas

Son escasos los pronunciamientos de la LMA sobre los tópicos de calidad del agua y estándares de calidad, saneamiento o tratamiento de aguas residuales. La LMA establece que las autoridades competentes tienen como prioridad, asegurar el agua para consumo humano en las condiciones de calidad y cantidad requeridas, postulado que la Administración debe seguir a la hora de clasificar los usos del agua (artículo 93, inciso a) de la LMA). Nos hallamos frente a una competencia del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos. Sin embargo, es una atribución que el Instituto no realiza en solitario. Para llevar a cabo las acciones sobre calidad de las aguas, la LMA llama a otros entes administrativos para que colaboren en la determinación de los estándares de calidad de las aguas. Le otorga a los organismos de la administración central del Estado la competencia para proponer y controlar sobre bases científicas el cumplimiento de las normas técnicas requeridas para la protección del medio ambiente, entre ellas, establecer niveles adecuados de calidad ambiental, determinar categorías de fuentes de emisiones de contaminantes y de los cuerpos, determinar los límites permisibles de cargas contaminantes, establecer los requisitos y procedimientos a cumplir en el desarrollo de actividades que originen emisiones o depósitos susceptibles de producir daños al medio ambiente (artículo 13, inciso h) de la LMA). Con esa misma primicia, los organismos de la administración central del Estado deben velar por el aprovechamiento, movimiento, tratamiento y disposición final de los desechos generados en los procesos productivos (artículo 13, inciso m) de la LMA), y propiciar las condiciones técnicas que permitan monitorear los efluentes y emanaciones de las actividades a su cargo (artículo 13, inciso i) de la LMA).

Sobre el tratamiento de aguas residuales, la LMA fija como deber el tratamiento de las descargas en las bahías, aguas costeras, lacustres, represadas, subterráneas, e impone el calificativo de adecuado a ese tratamiento (artículo 93, inciso b) de la LMA). Esta disposición es reiterada unos artículos más adelante para el caso de las aguas terrestres (artículo 95 de la LMA). Una vez que introduce como principio general el deber de tratar a las aguas residuales, pasa a disponer que se promoverá la reutilización de las aguas residuales de conformidad con las normas establecidas a ese fin (artículo 93 inciso c) de la LMA); y para el tratamiento eficiente de las aguas, se promoverá el establecimiento de tecnologías para el tratamiento eficiente de las aguas que reduzcan al mínimo la contaminación y favorezcan su reutilización (artículo 93, inciso d) de la LMA).

Tratamiento jurídico de las aguas terrestres en Cuba

Ana María PEREDA MIRABAL*

* Máster en Derecho Civil por la Universidad de La Habana. Licenciada en Derecho por la Universidad de Pinar del Río "Hermanos Saíz Monte de Oca". Profesora Asistente de Derecho de Autor y Derecho Civil. Parte General del departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Pinar del Río.

1. La contaminación de las aguas terrestres en Cuba. Generalidades

Cuba, por sus características físico-geográficas (isla alargada de oeste a este y estrecha de norte a sur), posee la concentración de sus aguas ubicadas a lo largo de la isla en la zona central, situación esta que hace posible la existencia de dos vertientes: la norte y la sur, de ahí que los ríos tengan sus fuentes en el centro del territorio, desplazándose sus cauces desde este punto hasta las zonas sur y norte, respectivamente; panorama que justifica la realidad imperante: ríos cortos y de poco caudal.

Según el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH), los recursos hídricos cubanos se estiman aproximadamente en 38 km³, compuestos por 83 % de aguas superficiales y 17 de aguas subterráneas. De estos, el potencial aprovechable se ha calculado en 24 km³ (75 % en aguas superficiales y 25 % en aguas subterráneas). La utilización de las aguas en nuestro país tiene la distribución siguiente: la mayor parte se emplea en el regadío de cultivos (43 %), le sigue el agua cuantificada en otros usos, que incluye pérdidas por transporte, distribución, etc. (26 %), luego el agua para abasto de la población (24 %) y en menor proporción el agua empleada para actividades industriales (7 %).¹

El agua potable en el país proviene de las precipitaciones, los volúmenes de agua captados se almacenan en ríos represados y en el manto freático; de forma tal que la cantidad de líquido disponible varía entre uno u otro periodo de lluvias y al aumentar los periodos de seca los niveles de agua depositada son inferiores. De ahí lo alarmante de la contaminación como factor que influye en la falta de agua, mucho más en un país donde la tendencia es a escasear.

“En las condiciones de Cuba las cuencas de ríos y acuíferos son pequeñas lo que equivale a decir que las contaminaciones, lo mismo que los escurrimientos, se concentran de forma muy rápida, [...]. Aún peor se torna el caso de las redes de distribución, donde la concentración del agua de cualquier calidad es aún más rápida al ocurrir por conductoras o canales que poseen mayores eficiencias que los cauces naturales en el traslado del agua. [...]”²

1 Vid. Tabloide *Universidad Para Todos: Protección Ambiental y producción +limpia. Parte 2. Hacia un consumo sustentable*, Sección “Producción más limpia y agua en la industria y los servicios”, p. 5, en CD de Derecho Ambiental: *Curso de Postgrado sobre Derecho Ambiental: Tendencias y temas emergentes*, consultado en la biblioteca jurídica del Departamento de Derecho.

2 Vid. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Francis F. et al., “Estudio para la gestión de la calidad del agua en Ciudad de La Habana”, *Revista Voluntad Hidráulica. Órgano Oficial del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos*, No. 100, La Habana, Cuba, diciembre de 2008, pp. 40-42, 56.

Estudios realizados muestran la existencia de 2 092 focos contaminantes principales, de los cuales el 29 % no posee sistemas de tratamiento y el 53 % de las capacidades destinadas a estos fines se encuentran en estado deficiente, determinando la disposición de 341 716 toneladas al año, aproximadamente, de materia orgánica biodegradable. Los sectores socioeconómicos con mayor incidencia en la contaminación a nivel nacional son: el agropecuario, la agroindustria azucarera, la industria básica y alimenticia y los asentamientos humanos.³

En el caso específico de las cuencas hidrográficas, el índice de deposición de contaminantes orgánicos ha venido incrementándose en los últimos años. La consecuencia inmediata es que son los ciudadanos cubanos quienes están sufriendo por la falta del líquido y que se tenga que invertir más dinero en la recuperación de las cuencas.⁴

Entre las causas de la contaminación de nuestros ecosistemas acuáticos terrestres, se destacan el vertimiento de residuales sin tratamiento. Es una realidad que el funcionamiento de las plantas de tratamiento no es eficiente y que la mayor parte de las lagunas de oxidación tienen un desempeño inoperante; razón que hace que los residuales se viertan crudos o parcialmente tratados a las cuencas hidrográficas. Influye también el decrecimiento en el aprovechamiento y reuso de los residuales líquidos en la actividad agroalimentaria e industrial.

El deterioro de las cuencas se debe, además de los factores antes expuestos, a la existencia de gran cantidad de asentamientos humanos construidos unos años atrás, que no cuentan con los servicios para evacuar las aguas negras. En el aumento de la carga contaminante incide también el empleo de tecnologías obsoletas a nivel industrial y la indisciplina tecnológica, a esto contribuye la lentitud a la hora de introducir prácticas de producción más limpia.⁵

A ello se suma el aumento de la masa porcina en el país y el manejo inadecuado de sus residuales, situación que provoca un serio problema al medio ambiente a nivel nacional. Las principales violaciones de estos convenios porcinos se centran en: la existencia de locales en explotación que no cuentan con la licencia debida; en

3 Vid. "Medio Ambiente en Cuba", sitio web *Medio Ambiente en Cuba*, creado por Dany GONZÁLEZ GUEVARA, disponible en <http://www.cmg.jovenclub.cu/medio/index.php?pag=Medio%20ambiente%20en%20cuba> consultado el 16 de mayo de 2008.

4 Vid. ALFONSO PORRO, Iramis, "Agua que nos duele", en sitio web *Cubaprofunda_ crece la contaminación de las cuencas hidrográficas*, disponible en <http://cubaprofunda.org.artact.php?ID=96> consultado el 22 de enero de 2009.

5 Vid. LEMES BATISTA, Ariel y Teresa MACHADO HERNÁNDEZ, "La Estrategia Ambiental en Cuba y la Situación del agua: el caso de la provincia de Villa Clara", disponible en <http://www.eumed.net/eve/resum/07-junio/lbmh.htm> consultado el 22 de enero de 2009, p. 4.

los sistemas de tratamiento, ya sea porque no existen, se encuentran en mal estado o con diseños incorrectos, y en otros casos por tener más animales que los aprobados para las estructuras existentes. Para hacer frente a estas dificultades, la medida aplicada ha sido la disminución o el no otorgamiento de nuevas licencias hasta tanto no se resuelvan los problemas, sin embargo, el daño al ambiente es una realidad palpable.

En relación con la contaminación química, la carencia de la infraestructura técnica, el aún inadecuado manejo de los productos químicos y de los desechos peligrosos; así como la acumulación progresiva de estos desechos sin la solución técnica para su disposición final; ocasiona problemas de contaminación con riesgo para la salud humana.⁶

Es válido aclarar que las afectaciones en la calidad del agua no solo provienen de que se contaminen las fuentes de abasto, por la posible penetración de agua contaminada procedente del alcantarillado o de fosas; sino que en ello influyen otros factores como el mal estado técnico de las redes de distribución, la presencia de salideros, que persisten y que en su mayoría se resuelven transitoriamente; la discontinuidad en el servicio de agua, a lo que se añade la rotura de los equipos de bombeo o los de dosificación del cloro, así como la acumulación de sedimentos en las líneas.

Ha sido interés del país revertir esta situación, de forma tal que se han desarrollado planes que permitan la protección adecuada de nuestras aguas. Para la consecución de este fin, se distinguen dos vertientes: una primera dirigida a conservar las condiciones naturales que determinan la calidad de la misma, para que pueda ser utilizada en las distintas actividades, y la otra que se propone lograr una utilización racional del agua, haciendo énfasis en la necesidad de mantener el proceso de renovación constante de esta, es decir, del ciclo hidrológico.⁷

En Cuba, conscientes de la importancia de proteger los recursos hídricos, se implementan acciones a fin de conservarlos, observándose discretas mejoras en algunas cuencas de interés nacional, donde se ejecutan programas que permitan reducir la carga contaminante.

En la estrategia ambiental nacional se exponen un grupo de acciones para enfrentar la contaminación y proteger los recursos hídricos. En primer lugar, se parte del concepto de *Producción más limpia*, como vía preventiva ante la generación de aguas residuales. No obstante, la producción de residuales líquidos por

6 Vid. CITMA, *Estrategia Ambiental Nacional (2007-2010)*, Capítulo III, "Caracterización y diagnóstico. Sección 3.1.1: Caracterización de los principales problemas ambientales", p. 17.

7 Vid. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia (coordinadora), *Derecho ambiental cubano*, Editorial Félix Varela, La Habana, 2007, p. 266.

sectores puntuales de la economía nacional hace que una buena parte de las acciones implementadas en la estrategia giren en torno a la búsqueda de soluciones que permitan mitigar la carga contaminante que se produce en nuestros acuíferos. Por ello se señala la necesidad de incrementar la cobertura de tratamiento de residuales líquidos, para lo cual se dispone la realización de inversiones, que permitan construir nuevas capacidades, así como el mantenimiento y la reparación de los sistemas que ya existen, prestando especial atención a sectores como el doméstico, hospitalario, agropecuario e industrial; hasta lograr un efectivo funcionamiento, rehabilitación y mantenimiento de los sistemas de tratamiento construidos en los principales objetivos económicos. En cuanto a los focos contaminantes, la propuesta gira alrededor de garantizar su control sistemático y realizar una caracterización de estos, sin dejar de mantener la exigencia en el cumplimiento de las medidas que atenúen o eliminen los efectos nocivos causados en tan valioso recurso.⁸

Desde el año 1993, se concibió por el CITMA el Programa Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo (adecuación cubana de la Agenda 21), que se enfoca en una serie de acciones que contrarresten los efectos negativos de la contaminación y satisfagan las demandas de agua dulce; acciones que van encaminadas a ordenar, aprovechar y evaluar los recursos acuíferos, protegiendo los recursos hídricos, la calidad del agua y de los sistemas acuáticos en general, garantizando el abasto de agua y su saneamiento, en estrecha vinculación con el desarrollo urbano sostenible, presta especial atención a la utilización del agua en la producción alimentaria y el desarrollo rural sostenible, así como a la repercusión de los cambios climáticos en este recurso.⁹

Se llevan a cabo campañas a través de los medios de difusión masiva, con el ánimo de crear una conciencia que redunde en la preservación y ahorro de los recursos hídricos, aspiración que persigue además la formación de una educación ambientalista, ejemplo: el Programa de Ahorro y Uso Racional del Agua (PAURA). Se prioriza por otro lado la comunicación e información a la población sobre temas relacionados con la agricultura sostenible, la contaminación, los residuales, el mejoramiento de la superficie, entre otros, mediante la impartición de cursos elementales, diplomados, conferencias, talleres, debates, etcétera.

Pese a toda la preocupación demostrada y las tareas ejecutadas, la realidad es que la contaminación de este valioso recurso está

8 Vid. CITMA, *Estrategia Ambiental Nacional (2007- 2010)*, "Capítulo IV. Proyección: objetivos estratégicos, acciones y metas hasta el 2010, epígrafe 4.1: Área A. Gestión de los recursos naturales, apartado 3: La lucha contra la contaminación", pp. 30, 38.

9 Vid. VÍAMONTES GUILBEAUX, Eulalia et al., *Derecho ambiental...*, cit., p. 268.

presente. Los ríos del país se encuentran altamente afectados, por ejemplo:

- El río Almendares, con una cuenca aproximada de 402 km², es el ejemplo más elocuente por atravesar la Ciudad de La Habana. A esta corriente fluvial se arrojan diariamente unos 19 315 m³ de desechos, de los cuales el 80 % son urbanos.¹⁰
- El río San Pedro, que drena más de 500 km² desde el centro hacia el sur de Camagüey. En ese cauce se pueden encontrar: hidrocarburos, aguas ácidas, fibras de celulosa, cemento, esmeriles, grasas y detergentes, aguas albañales de la capital provincial (Camagüey), así como residuos crudos o deficientemente tratados de 17 centros industriales y de 12 instalaciones para la ceba de cerdos.¹¹

2. Evolución histórica de la protección jurídica de las aguas terrestres en Cuba

Colonia Las regulaciones existentes en materia de aguas terrestres en nuestro país datan desde principios del siglo XIX. En épocas tempranas de la Colonia, se le brindó protección jurídica al recurso agua a través de las Ordenanzas de Cáceres, disposiciones 25, 26 y 27. La materia fue regulada de manera tal que permitiera el acceso de la población de las ciudades a tan preciado recurso, poniendo de manifiesto la necesidad de que el agua de La Habana se llevara desde la Chorrera y que dicha obra correspondía ser desarrollada y emprendida por el Cabildo.¹²

“El 13 de junio de 1879 se promulgó la Ley de Aguas en Cuba, que fue puesta en vigor por la Real Orden No. 9 de fecha 9 de enero de 1891, la que mantuvo su vigencia regulando el acceso, el uso y la calidad de las aguas terrestres. Su vigencia se prolongó más allá de un siglo, pues fue derogado el 1^o de julio de 1993, al entrar en vigor el Decreto Ley 138 ‘De la Aguas Terrestres’”.¹³

En la época de la Colonia, se emitieron 43 legislaciones con efectos medioambientales, que cubrían seis materias básicas para el

10 Vid. CEPERO, Eudel Eduardo, *Situación ambiental de Cuba al finalizar el siglo XX*, disponible en <http://www.lanicutexas.edu/la/cb/cuba/asce/cuba10/cepero.pdf> consultado el 28 de febrero de 2009.

11 *Ibidem*.

12 Vid. CARRERAS, Julio A., *Historia del Estado y el Derecho en Cuba*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1982, p. 41.

13 Vid. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia et al., *Derecho ambiental...*, cit., p. 270.

desarrollo socioeconómico del país en ese momento: minas, montes, aguas, caza, puertos y suelos; las cuales tuvieron distintas jerarquías jurídicas, con un predominio de las órdenes reales, reales órdenes, reales decretos y real cédula. El periodo de mayor actividad legislativa fue el comprendido entre 1868 y 1895, donde se emitió 88 % del total de la legislación de la época, lo que coincidió con la Guerra de los Diez Años de 1868 a 1878 y el inicio de la guerra de 1895 a 1898.¹⁴

Posteriormente, se dicta el Real Decreto de 21 de marzo de 1895, el cual exponía el procedimiento para la tramitación de los expedientes de insalubridad de lagunas y terrenos pantanosos. Conserva su vigencia en nuestros días.

Intervención norteamericana Durante la intervención norteamericana, se emitieron, al menos, diez órdenes militares relacionadas con el medio ambiente. Las materias objeto de regulación fueron: minas, caza, puertos, aguas, sanidad vegetal y suelos. En relación con las aguas terrestres, la norma más relevante fue la Orden Militar No. 47, de fecha 22 de febrero de 1902, sobre los servicios de agua a La Habana.

Neocolonia En la etapa de la Neocolonia, la atención se puso en 13 aspectos, a diferencia de las épocas precedentes, en que el mayor énfasis legislativo estuvo centrado en seis materias. Las esferas reguladas fueron: la ley fiscal (impuestos), flora y fauna, sanidad vegetal, las ordenanzas sanitarias y en quinto lugar la minería, que hasta ese momento era la materia que mayor atención había recibido desde el punto de vista legislativo. Le siguen en orden de importancia: aguas, trabajo, caza, puertos, pesca, turismo, sanidad animal y salud pública. En la etapa comprendida entre los años 1926 y 1945 se emitieron 180 legislaciones, 44 % del total de la época, lo que coincidió con la crisis económica de los años veinte, la caída de la dictadura del gobierno de Gerardo Machado y la Segunda Guerra Mundial.¹⁵

En el caso de las aguas terrestres, el marco normativo quedó conformado por el Decreto 852 de 15 de mayo de 1925: Instrucción para tramitar los expedientes de aprovechamiento de aguas públicas en la Isla de Cuba; el Decreto 260 de 1 de marzo de 1927: Reglamento de baño y aguas minero medicinales; el Decreto 1128 de 26 de mayo de 1938: Reglamento para construcción de aljibes y cisternas, que sirven para abastecimiento de agua a las casas, y el Decreto 3132 de 29 de septiembre de 1955, que modifica el anterior.

14 Vid. GONZÁLEZ NOVO, Teresita e Ignacio GARCÍA DÍAS, *Cuba. Su medio ambiente después de un milenio*, Editorial Científico Técnica, Ciudad de La Habana, 1998, p. 31.

15 *Ibidem*, p. 46.

Revolución en el poder En el año 1959, solo el 64 % de la población cubana estaba servida de agua potable y 28 % disponía de servicios de saneamiento. De ahí que la política a seguir estuvo encaminada a dictar normas jurídicas que revirtieran esta situación; se promulgan entonces en el propio año 59 la Ley No. 168, de fecha 20 de marzo, que creó la Comisión Nacional de Acueductos y Alcantarillados.

En la década de 1980 se dictaron: el Decreto-Ley 54, de 23 de marzo de 1982, "Disposiciones Sanitarias Básicas" (establece las regulaciones y controles para prevenir la contaminación de las aguas de consumo humano y los indicadores de potabilidad del agua que tienen que cumplir los acueductos); la Resolución 83, de 24 de junio de 1983, "Elaboración de proyectos de construcciones de acueductos"; la Resolución 67, de 20 de abril de 1984, en la cual se expone la calidad sanitaria del agua potable y el Decreto-Ley 114, de 6 de junio de 1989, que crea el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH). Es necesario decir que el 29 de diciembre de 1987 se promulgó el Código Penal, cuerpo jurídico que recoge dentro de su contenido disposiciones que de forma indirecta protegen las aguas, a saber, Sección Quinta del Capítulo V: Contaminación de las aguas y la atmósfera, Capítulo XV: Contaminación de las Aguas.

Los años 90 marcaron el inicio de un despertar legislativo, pues se dictan un número importante de normas dirigidas a la protección de los recursos hídricos. Se promulga así:

La Resolución 55, de 12 de abril de 1990: regula las perforaciones con fines de aprovechamiento hidráulico o vertimiento de desechos.

- La Resolución 114, de 4 de septiembre de 1990: referente a las obras hidráulicas e hidroenergéticas.
- La Resolución 12, de 9 de abril de 1991: autorizaciones para utilizar el agua embalsada como fuente de abastecimiento a la población y la industria.
- El Decreto-Ley 138, "De las Aguas Terrestres", de 1 de julio de 1993: regula el aprovechamiento, la planificación, explotación, conservación, entre otros aspectos, de las aguas. Derogó un real-decreto, una orden militar, un Acuerdo-Ley, cuatro decretos presidenciales y cuatro decretos (deroga 13 legislaciones en total).
- El Decreto 211, de 9 de agosto de 1993: Contravenciones del servicio de acueducto y alcantarillado.
- La Resolución 25, de 27 de octubre de 1993: Reglamento de la inspección estatal del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

- El Decreto 199, de 10 de abril de 1995: Sobre las contravenciones de las regulaciones de la protección y el uso racional de los recursos hídricos.
- La Resolución 58, de 8 de noviembre de 1995: mantiene la vigencia de los índices de consumo del sector de la economía no agrícola.
- La Resolución 6, de 10 de enero de 1996: Reglas para el cobro del derecho de uso y servicio de provisión de aguas terrestres.
- La Ley 81, Del Medio Ambiente, de 11 de julio de 1997: Título Sexto, disposiciones y principios de la conservación y el uso de los ecosistemas acuáticos.

Al presente, gran parte de estos instrumentos jurídicos se mantienen vigentes, de ahí la dispersión legislativa que presenta la materia en estudio, originada además por la facultad legislativa que se le ha otorgado a cada uno de los órganos de la Administración Central del Estado para dictar disposiciones normativas en relación con este recurso, ajustado siempre a su ámbito de competencia; lo cual no niega la necesidad de su conocimiento y análisis para un mejor uso y conservación de tan preciado líquido.

3. Caracterización y análisis de los principales instrumentos jurídicos que rigen actualmente esta materia

Las disposiciones normativas que regulan la conservación, la protección, el mejoramiento y la transformación de las aguas superficiales y su uso racional resultan numerosas, caracterizadas por tener diferentes rangos normativos que van desde leyes hasta normas técnicas.

Entre los diversos cuerpos jurídicos que regulan lo relativo a las aguas terrestres superficiales en nuestro país, se distinguen los que se dedican por completo a establecer las normas que regirán todo lo concerniente a este recurso, por lo que se consideran fuentes específicas y aquellos que lo hacen de forma eventual por comprender diversas materias en su contenido, no obstante en todos se aprecia la voluntad del legislador de crear una norma viva, de fácil aplicación, congruente con las condiciones nacionales e internacionales referidas a la materia.

3.1. Principales cuerpos jurídicos en materia de agua

Ley No. 81, Nuestra Ley marco en materia de medio ambiente y desarrollo “Del Medio Ambiente”, tiene un acentuado carácter humanista y coloca al hombre en el centro de atención de los problemas ambientales, de acuerdo de 11 de julio de 1997 con las políticas revolucionarias del país y en consonancia con el Principio primero de La Declaración de Río (“Los seres humanos están en el centro de las preocupaciones por el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”¹⁶), de ahí que en el Preámbulo de la Ley 81 se lea “un derecho elemental de la sociedad y los ciudadanos, es el derecho a un medio ambiente sano y a disfrutar de una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, en tanto los seres humanos constituyen el objetivo esencial del desarrollo sostenible”.

Lo relativo a las aguas terrestres se regula en el Título Sexto, Capítulo IV, Sección Segunda; entendiéndose por tal aquellas que incluyen tanto a las superficiales como a las subterráneas (artículo 94),¹⁷ por tanto, al amparo de este artículo, cuando se habla de aguas terrestres, debe entenderse a las pluviales, escurridas, servidas, subterráneas, minero medicinales, domésticas, potables, residuales e infiltradas, entre otras.

Destaca en su artículo 93 cuáles son los principios que deben seguirse para proteger el agua de la contaminación, de manera tal que se establece como primer criterio en la clasificación de los usos del agua la prioridad de mantener la calidad y cantidad de las aguas para el consumo humano. Este término no queda claro en la Ley, ya que todos los usos del agua conllevan a un consumo humano, pues excepto el uso del agua que hacen los animales para bañarse o beber, el resto de las actividades son desarrolladas por el hombre, entonces pudiéramos interpretar como consumo humano tanto aquella que se utiliza para satisfacer necesidades individuales (aseo personal, satisfacer la sed, cocinar, etc.) o aquellas que se utilizan con fines colectivos (regar sembrados, mover hidroeléctricas, en los sistemas de enfriamiento de las industrias, etcétera).¹⁸

Establece que para brindar protección al agua y prevenir la contaminación, las descargas que se realicen deberán ser tratadas de forma adecuada, siempre que provoquen desequilibrios y alteraciones en los cursos de agua, bahías, aguas costeras, lacustres, represadas, subterráneas, etc. (artículo 93b). Además, señala la necesidad de

16 Vid. ZAVALA SALAS, Erika, “Principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo”, disponible en <http://www.monografias.com/trabajo7/rija/rija.shtml> consultado el 6 de enero de 2009.

17 Cfr. artículo 94 de la Ley 81, “Del Medio Ambiente”, de 1997: “Art. 94.- A los efectos de la presente ley, se entiende por aguas terrestres tanto las superficiales como las subterráneas”.

18 Vid. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia et al., *Derecho ambiental...*, cit., p. 273.

promover el establecimiento de tecnologías que permitan tratar con eficiencia las aguas, de forma tal que se reduzca la contaminación y se favorezca su utilización nuevamente (artículo 93d); así como la reutilización de las aguas residuales, de conformidad con las normas establecidas (artículo 93c). Con respecto al inciso c) del artículo 93, es preciso señalar que no se cuenta con tales normas para regular la reutilización de estas aguas.

La protección se extiende a los órganos receptores (embalses y cuerpos de aguas terrestres y marítimas) al disponer en el artículo 95 la obligación de tratar las aguas que serán derramadas al medio ambiente antes de que se realice el vertimiento.¹⁹

La función de control y desarrollo fue conferida al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, que se apoyará en otros organismos competentes (artículo 97). Ante esta definición no concreta de la norma, debe entenderse que en dependencia de la situación, el órgano que apoya puede variar según los diferentes sectores socioeconómicos; de esta forma, si los problemas están relacionados con la calidad de agua para el consumo humano, le corresponde la actuación al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, de conjunto con el Ministerio de Salud Pública; si de lo que se trata es de establecer las tarifas para el cobro del servicio de agua, entraría a desempeñar su rol el Ministerio de Finanzas y Precios.

Decreto-Ley No. 138, Se promulga al amparo de la Ley 33. En su objeto destaca el “De las aguas terrestres”, desarrollar los principios básicos consagrados en el artículo 27 de la Constitución de la República de Cuba, para sobre la base de estos abordar: las peculiaridades relativas al aprovechamiento, la explotación, la conservación, el saneamiento y el uso racional de las aguas, la protección a las fuentes de abasto de agua, cauces naturales, obras e instalaciones hidráulicas del país, la protección de actividades económicas, sociales y del medio ambiente contra los efectos perjudiciales que pudieran causar las aguas terrestres, así como la implementación de las actividades relacionadas con el riego y el drenaje agrícola, los sistemas de acueducto, alcantarillado y drenaje pluvial; y la cuantificación, el planeamiento y la administración de los recursos hídricos (artículo 1, incisos a, b, c, ch, d²⁰).

En su Capítulo III, este Decreto-ley hace referencia a la preservación y saneamiento de las aguas terrestres y a la protección de las fuentes, cursos naturales de aguas, obras e instalaciones hidráulicas.

19 Cfr. artículo 95 de la Ley 81, “Del Medio Ambiente”, de 1997:

“Art. 95.- Las aguas residuales de la actividad económica y social, antes de ser vertidas al medio ambiente, tienen que recibir el tratamiento correspondiente para que no contaminen los embalses y cuerpos de aguas terrestres y marítimas”.

20 Ver artículo 1 del Decreto-Ley 138, “De las Aguas Terrestres”.

Específicamente, en el artículo 16 señala conductas que constituyen prohibiciones si no cuentan con la autorización del Instituto de Recursos Hidráulicos, a saber: efectuar vertimientos directos o indirectos que constituyan o puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas tanto superficiales como subterráneas o de degradación de su entorno y acumular basuras, escombros o sustancias de cualquier naturaleza que puedan contaminar las aguas terrestres o degradar su entorno, con independencia del lugar en que se depositen (artículo 16, a, b).

Se prohíbe además ejecutar cualquier tipo de obra o trabajo cuyo destino sea embalsar, derivar, captar, controlar o drenar aguas superficiales, así como infiltrarlas en el manto subterráneo, a su paso por predios o heredades, tanto rurales como urbanos; construir puentes, alcantarillas u otras obras que limiten la capacidad de conducción de los cauces naturales o artificiales; realizar cualquier tipo de obra o trabajo que pueda obstruir o dificultar la capacidad de evacuación de las aguas superficiales mediante el drenaje subterráneo; y efectuar cualquier trabajo o actividad que impida u obstaculice el funcionamiento normal de las obras de protección contra inundaciones o de las obras de drenaje (artículo 24).

Hace especial referencia al tratamiento que se debe dar a las sustancias residuales que dañan la calidad del agua, por ello dispone que cuando producto del desempeño de una actividad la persona pueda dañarla, estará en la obligación de controlar y garantizar el funcionamiento de las obras e instalaciones destinadas al tratamiento y la disposición final de dichas sustancias contaminantes (artículo 17).

Señala a continuación que los proyectos de instalación industrial, agropecuaria o social, así como la documentación de inversiones, tienen que incluir prescripciones relativas al tratamiento y la disposición adecuada de los residuales o productos de cualquier naturaleza que puedan contaminar el agua, lo cual tiene que ser evaluado y aprobado por Recursos Hidráulicos, que determinará si tales prescripciones son efectivas o no (artículo 18).

De forma taxativa, en el artículo 28 se regula que a los efectos de garantizar la preservación y el saneamiento de las aguas terrestres y la protección de las fuentes, cursos naturales de agua, obras e instalaciones hidráulicas, Recursos Hidráulicos está constreñido a adoptar una serie de medidas tendentes al logro de este fin, destacándose las siguientes: controlar la calidad de los recursos hídricos según su destino y aprovechamiento, en coordinación con quien corresponda, en lo que sea procedente, incluida la prohibición de ubicar en sus zonas de influencia, instalaciones cuyos residuales, incluso tratados, constituyan riesgos potenciales de contaminación; adoptar las medidas que requieran el control de cumplimiento de la obligación consistente en que las sustancias

residuales de las actividades económicas y sociales reciban, antes de ser vertidas al medio ambiente, el tratamiento correspondiente que garantice, según las normas establecidas, que no se contaminen los cuerpos de aguas superficiales y subterráneas; establecer las normas y dictar las disposiciones destinadas a garantizar la preservación y el saneamiento de los cuerpos de aguas superficiales y subterráneas; ejercer el control del cumplimiento de la prohibición del vertimiento de escombros o basuras en zonas cárnicas, cauces de ríos y arroyos, cuevas, sumideros, depresiones del terreno y drenajes, con la finalidad de prevenir el peligro de inundaciones y evitar perjuicios sanitarios que pudieran resultar de la interferencia al escurrimiento o infiltración normales de las aguas pluviales y fluviales; entre otras (artículo 28 a-ch).

Este Decreto-Ley frenó en parte la depauperación que se incrementaba como consecuencia del uso irracional del recurso agua; sin embargo, su revisión y adecuación, a la luz de la nueva Ley del Medio Ambiente, constituye una necesidad imperiosa; baste analizar que el recurso agua se regula solamente como un recurso independiente, sin tener en cuenta su relación con el ecosistema, tampoco se señala la relación entre ecosistemas acuáticos y marinos, además, necesita la incorporación de normas técnicas generales que definan indicadores específicos de vertimiento, contenido de los contaminantes, normas de tratamiento y cómo sería el reuso de las aguas.²¹

Sin lugar a dudas, este Decreto-Ley introdujo cambios significativos que contribuyeron a dar solución a problemas urgentes de su momento, pero a causa de su promulgación anterior a la ley de Medio Ambiente, no refleja debidamente los avances conceptuales introducidos por la ley; ejemplo: el tratamiento dispensado a las cuencas hidrográficas, como unidad de gestión. No brinda una definición de ecosistemas acuáticos. En la mayoría de los artículos remite a normas del Reglamento de dicho Decreto-Ley, como complemento e implementación de lo que se regula en el mismo, por lo que se crea un vacío normativo ante la inexistencia del reglamento. Omite aspectos importantes como la renovación, suspensión y revocación de los permisos de vertimiento, así como los mecanismos económicos para estimular el saneamiento de las aguas servidas.

Decreto No. 199 de 10 de abril de 1995, "Contravenciones de las Regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos" El Decreto expone una serie de conductas que constituyen contravenciones. A modo de ejemplo pueden citarse: el no cumplimiento de las normas tendentes a garantizar el uso racional, el aprovechamiento eficiente, la preservación y el saneamiento de las aguas terrestres, así como para la protección de las fuentes, cauces naturales, obras o instalaciones hidráulicas; no ejecutar, sin causa justificada, la reparación o el mantenimiento sistemático de las redes de

21 Vid. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia et al., *Derecho ambiental...*, cit., p. 273.

distribución de agua; no opere correctamente o no efectúe el mantenimiento correspondiente de los órganos y sistemas de tratamiento de aguas residuales, o vierta aguas de albañal a cualquier sistema de drenaje pluvial, entre otras (artículo 1, incisos a, b, ch, d²²).

En sus artículos 2 y 3, señala que las autoridades facultadas para conocer de la contravención son los inspectores designados por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, con la debida acreditación, y para resolver el recurso de apelación que sea interpuesto por el acto administrativo, el jefe de la unidad organizativa a la que se subordina el inspector actuante, respectivamente. La sanción a imponer por las acciones contravencionales que establece el Decreto es la multa, que en ningún caso supera los 50 pesos, monto irrisorio si se tiene en cuenta las consecuencias del daño que tales actos provocan al medio ambiente.

Una de las dificultades que se le objeta al Decreto es que sea solo aplicable a las personas naturales, aun cuando las actividades efectuadas por algunas personas jurídicas pueden generar impactos negativos en el ambiente; de ahí la necesidad de establecer un régimen de responsabilidad administrativa que les sea aplicable.

Decreto No. 211, de 25 de diciembre de 1987, "Contravenciones del servicio de acueductos y alcantarillado" En este igualmente se señalan cuáles acciones u omisiones contravienen las regulaciones que se establecen por el servicio de acueducto y alcantarillado, como recursos conexos imprescindibles para utilizar los recursos hidráulicos. Entre las conductas que se tipifican como contravenciones y afectan la calidad de las aguas, aparecen: mantener abiertos indebidamente los grifos de agua, instalar inodoros o urinarios con corriente continua de agua, verter el agua a la calle a través de una cisterna u otro depósito o al alcantarillado el albañal que haya estado retenido en una fosa o tanque séptico y canalizar las aguas de lluvia a las instalaciones del alcantarillado (artículo 1 a, b, h, i).

Entre las sanciones a imponer aparece la multa, la obligación de hacer, ya sea cambiando el sistema instalado, tramitando la autorización que corresponda, normalizando el servicio, etc.; y para algunos supuestos el decomiso (artículo 1). Las autoridades a las cuales les compete conocer e imponer las medidas por contravenciones serán los inspectores designados y acreditados a esos efectos por los directores provinciales o del Municipio Especial Isla de la Juventud de Acueducto y Alcantarillado, de los Consejos de Administración de la Asamblea del Poder Popular correspondiente, en el primer caso, y en segunda instancia el director municipal de Acueducto y Alcantarillado al que se subordina el inspector actuante (artículos 2 y 3).

22 Ver artículos 1, 2 y 3 del Decreto 199, "Contravenciones de las Regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos".

En los dos últimos cuerpos legales analizados aparecen como contravenciones el vertimiento de aguas albañales y el drenaje de aguas superficiales. Ante esta realidad, la efectividad de la norma se afecta, porque al faltar un único criterio existe la disyuntiva en cuanto a cuál contravención se tipifica y por consiguiente qué sanción se debe aplicar, de manera tal que puede darse el caso de que iguales conductas se sancionen por el inspector un día de una forma y al otro de otra, es decir, basándose en uno u otro decreto indistintamente, ya que estos decretos no son excluyentes, tienen el mismo rango jerárquico; situación esta que crea discrepancias en la práctica jurídica.

Resolución No. 25,
de 27 de octubre de 1993,
“Reglamento
de la inspección estatal
de recursos hidráulicos”

Esta Resolución contiene las disposiciones que rigen el Sistema de Inspección Estatal de Recursos Hidráulicos, amparado, como señala su cuarto Por Cuanto, en el Decreto No. 100 de 28 de enero de 1982, “Reglamento General de la Inspección Estatal”. De la lectura de su artículo 1, se percibe su ámbito de acción, incluyéndose junto a las entidades del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, las cooperativas, el sector privado de la economía y las demás entidades estatales del territorio nacional que a través de sus funciones, puedan causar afectaciones en el modo de conservación, aprovechamiento, saneamiento y uso racional de las aguas superficiales o subterráneas, señalando además el cuidado que se debe dispensar a las fuentes de abasto, cauces naturales y obras o instalaciones hidráulicas pertenecientes a cada una de estas entidades (artículo 1).

Este enunciado carece de procedimiento para ejecutarse, ya que del modo en que es descrito en este instrumento jurídico, solamente es aplicable al sector estatal, quedando fuera del mismo el sector privado, el que cada día aumenta su participación en las actividades económicas del país. Si evaluáramos la efectividad de esta disposición jurídica, tendríamos que verla como parcialmente eficaz.²³

Un aspecto que llama la atención es que la autoridad facultada para ejecutar la inspección, los inspectores estatales, son instituidos por el Jefe del Instituto (“el Presidente del organismo es la autoridad facultada para designar a los inspectores profesionales estatales [...]”); y estas inspecciones se realizan, entre otras, en las propias dependencias del sistema nacional de recursos hidráulicos; cabría entonces preguntarse hasta dónde es pertinente que dicho instituto ejerza el control sobre las entidades que se le subordinan (artículo 32, en relación con el artículo 1).

También se señala que esta actividad se realiza solamente por estos inspectores, y no se incluyen dentro de este sistema de inspección estatal a los ambientales nombrados al amparo de la Resolución 130 del CITMA, omisión que se entiende si se tiene en cuenta que esta Resolución se promulga en un momento posterior a la R-25/1989 (artículo 2).

23 Vid. VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia et al., *Derecho ambiental...*, cit., p. 274.

Ley No. 41, Aunque en esta ley se establecen los principios básicos de 13 de julio de 1983, encargados de regular las relaciones sociales que surgen “De la Salud Pública” en el campo de la Salud Pública, en el Capítulo III, “De la Higiene y Epidemiología”, Sección Quinta, “Del Control Sanitario del Ambiente”, se brinda protección a las aguas al señalar que dentro de sus atribuciones, el Ministerio de Salud Pública (MINSAP) tiene la obligación de dictar medidas relacionadas con el control sanitario del ambiente, referidas, entre otras, a la prevención y control de las aguas, los residuos sólidos, los acueductos y al agua por ellos suministrada y la disposición de residuos líquidos [...] (artículo 65²⁴).

Corresponde al MINSAP la ejecución de la Inspección Sanitaria Estatal, valiosa herramienta para la protección ambiental, y dictar las disposiciones que deben ser cumplidas por todos, y que solo se revocan o modifican por la instancia superior de la institución higiénico-epidemiológica del Sistema Nacional de Salud (artículos 57 y 59). Es el propio Ministerio facultado, en virtud del artículo 58, para disponer cuando sean procedentes medidas como: multas, clausura de obras, edificaciones, locales, establecimientos, procesos productivos y otros, suspensión o supresión de licencias sanitarias, y otras tendentes a mitigar los daños ambientales.

Decreto No. 139, Las referencias más apropiadas al tema en estudio aparecen en el Capítulo VIII, “De la Higiene y Epidemiología”, Sección Décimo Primera, “Del Control Sanitario del Medio Ambiente”, donde se dispone que el MINSAP, para prevenir las enfermedades y proteger la salud humana, dictará disposiciones sanitarias que contribuyan a sanear el medio ambiente, urbano y rural, incluyendo las aguas (artículo 139²⁵).

Las atribuciones de este ministerio durante la Inspección Sanitaria Estatal se resumen en la puesta en práctica de acciones de control sobre la contaminación del agua como recurso y de la que se utiliza para el consumo humano, los vertimientos de aguas residuales crudas en las aguas terrestres, la inspección desde el punto de vista sanitario de los acueductos y el agua suministrada por estos a la población y revisar, según las normas establecidas, la disposición y tratamiento de residuales del sistema de alcantarillado público, o cualquier otro sistema de evacuación (artículo 141 a, c, ch, d).

Decreto-Ley No. 54, A través de este Decreto-Ley se regula el ordenamiento sanitario en nuestro país (artículo 1²⁶). En el Título III, “Del Saneamiento del Ambiente”, Capítulo IV, “De la aguas”, expone todo lo relativo a la prevención y el control de la contaminación de las aguas que se utilizan para el consumo humano, tanto las que sir-

24 Ver artículos 65, 57, 58 y 59 de la Ley 41, “De la Salud Pública”.

25 Ver artículos 139 y 141 (a, c, ch, d) del Decreto 139, “Reglamento de la Ley 41”.

26 Ver artículos 1, 30-34, 41, 42 y 44 del Decreto-Ley 54, “Disposiciones sanitarias básicas”.

ven para abastecer a la población como para el riego de cultivos que se ingieren sin necesidad de cocción (artículos 30-34). Sin embargo, se aprecia la desactualización del mismo al atribuir funciones a institutos inexistentes como el de Hidroeconomía.

Especial atención merece el Capítulo VI, “De los sistemas de alcantarillado”, cuando después de definir lo que se entiende por alcantarillado, se prohíbe el vertimiento de aguas de albañal a cualquier sistema de drenaje pluvial, salvo en casos especiales autorizados; y la obligación de que las aguas residuales arrojadas al alcantarillado cumplan con las normas mínimas para el vertimiento (artículos 41, 42 y 44).

Resolución Ministerial No. 67, de 20 de abril de 1984: Mediante dicha Resolución, fueron aprobados y puestos en vigor con carácter obligatorio aquellos requisitos de calidad física, química y bacteriológica del agua potable.

En sentido general, el agua de consumo no debe contener cantidades excesivas de sustancias químicas perjudiciales a la salud o la economía, ni microorganismos patógenos, debe ser agradable a los sentidos, transparente, carecer de olor, sabor, entre otros requisitos (artículo 14²⁷).

La Resolución se acompaña de un anexo que constituye parte integrante de ella y se titula “Calidad sanitaria del agua potable”. En el Capítulo I, “Disposiciones y Clasificaciones”, del anexo se define qué se entiende por aguas de consumo, circunscribiéndolas a aquellas que están destinadas al abastecimiento de la población tanto en sus centros de vida y trabajo como en la producción y elaboración de alimentos (artículo 1); dividiéndolas en tres categorías que atienden a la forma de distribución: aguas suministradas por sistemas públicos (por conductos de acueductos), por sistemas individuales (proviene de fuentes de abastecimiento usados por un número limitado o reducidos de viviendas) y aguas de consumo especiales (son distribuidas en envases adecuados, con la debida autorización) (artículo 2).

Norma cubana No. 27:99, del año 1999, “Vertimiento de aguas residuales a las aguas terrestres y al alcantarillado. Especificaciones” La Norma cubana 27:99 constituye el instrumento legal que funge como garante de las aguas terrestres, ya que regula las descargas de residuales permisibles en estas, lo que da la posibilidad de elaborar estrategias de saneamiento.

Es el elemento que permite a los organismos competentes aplicar multas, impuestos por contaminación de los cuerpos receptores y utilización o aprovechamiento de bienes del dominio público de la nación (las aguas terrestres constituyen un ejemplo), servicios comunales de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales (Sección 7, “Procedimientos y organización”, apartado 3).

27 Ver artículos 1, 2, y 14 del Anexo a la Resolución No. 67, “Calidad sanitaria del agua potable”.

Esta Norma prohíbe el vertimiento directo a la red de alcantarillado de productos como gasolina, benceno, naftaleno, *fuel-oil*, petróleo, aceite, cualquier otra sustancia sólida, líquida o gaseosa de tipo inflamable o explosiva, en cantidad alguna; cualquier sólido, líquido o gas tóxico o venenoso, ya sea puro o mezclado con otros residuos, cualquier tipo de sustancia sólida o viscosa como cenizas, arena, barro, hojas, virutas, metal, vidrios, trapos, alquitrán, plásticos, madera, basura, envases de papel u otro material, sangre, estiércol, pelo, vísceras y en general desperdicios de animales provenientes de su matanza en cantidades capaces de obstruir las corrientes de agua en los canales de conducción u obstaculizar trabajos de mantenimiento o limpieza, así como los vertidos de líquidos o vapores con temperaturas a 50 grados Celsius, disolventes orgánicos, pinturas y formaldehídos (Sección 4, "Uso de la red de alcantarillado: Características de las descargas", apartados 1, 2 y 3).

Establece que en ningún caso las descargas de aguas residuales pueden disminuir el oxígeno disuelto en estos cuerpos receptores superficiales a valores de 4, 3 y 2 mg/L, según la categorías de A, B, C, respectivamente, ni producir aumento de los coliformes totales y fecales en 100 ml (NMP/100 ml) (Sección 5, "Descargas de aguas residuales a los cuerpos receptores", puntos 1, 5 y 6).

Es el cuerpo legal que ampara la aplicación de multas por parte de los organismos competentes. En consonancia con el Decreto-Ley 138, dispone que corresponde al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos el control estatal de los vertimientos y constar la veracidad de las informaciones (Secciones 4 y 5, apartados 9 y 8, respectivamente).

Ley No. 62, Aun cuando las normas del Derecho penal son de última
Código Penal cubano *ratio*, podemos afirmar que son de aplicación en materia
de 29 de diciembre de 1987 de contaminación de aguas. Es evidente que la protección de este recurso es un interés público y el Estado, como ente de poder público político de cualquier nación, tiene la obligación de brindarle tutela jurídica. Fue voluntad del legislador cubano, y así quedó acreditado en nuestro Código Penal, que las aguas quedasen protegidas por una norma imperativa que junto a otros instrumentos jurídicos, coadyuvara a un tratamiento eficiente de tan valioso recurso natural. Ciertamente es que la protección se ofrece por considerar que las conductas tipificadas afectan la seguridad colectiva o la economía nacional, cuando el fin primero debió ser el de contribuir a la preservación de las aguas en Cuba; no obstante, este cuerpo jurídico consagra aspectos importantes que de forma directa o indirecta lo que hacen es proteger el preciado líquido y asegurar su conservación.

El actual Código Penal, en la Sección Quinta, "Contaminación de las aguas y la atmósfera", del Capítulo V, "Delitos contra la salud pública", del Título III, referido a los delitos contra la seguridad colectiva, establece sanciones de privación de libertad o multa para

aquellos casos en que las personas arrojen en las aguas potables objetos o sustancias nocivas para la salud, contaminen cuencas de abasto de aguas superficiales o subterráneas que se puedan utilizar para el abastecimiento de la población, ya sea por negligencia o incumplimiento de las normas establecidas; también se refiere al supuesto de que por estas mismas causales, se contaminen corrientes fluviales con aguas residuales domésticas, industriales o agropecuarias (artículo 194.1, incisos a, b, ch y d del Código Penal cubano).

En el Capítulo XV, “Contaminación de las Aguas”, del Título V, se expresa que se sancionará con privación de libertad o multa al que arroje objetos o sustancias nocivas en ríos, arroyos, lagunas u otros lugares destinados a abreviar el ganado o las aves, siempre que se pueda poner en peligro su salud o vida, o realice estas acciones en aguas pesqueras o criaderos de especies acuáticas (artículo 238.1, incisos a y b del Código Penal cubano); si bien la protección que se dispensa no está destinada a la eliminación de la contaminación de las aguas como recurso, haciendo una interpretación extensiva, se puede llegar a proteger por esta vía.

Esta conducta delictiva constituye, sin lugar a duda, un delito de dolo genérico, donde el sujeto activo puede ser cualquier persona que incurra en la acción de arrojar la sustancia dañina; tratándose además de un delito de peligro (en su tipo básico sanciona a quien arroje el vertimiento) y de resultado (en el tipo agravado se sanciona si a consecuencia del vertimiento, se causa la muerte o el daño a la salud de las especies).²⁸

Estrategia Ambiental Nacional 2007/2010: Es necesario incluir dentro de este análisis, algunas referencias a la *Estrategia Ambiental Nacional* como documento rector de la política ambiental cubana, en el que se establecen los principios que sirven de base al actuar ambiental de nuestra nación, se exponen las características de los problemas ambientales principales del país y se proponen, a su vez, las vías y los instrumentos para prevenirlos, solucionarlos o minimizarlos, en aras de mejorar las vías de protección del medio.

Al hacer la caracterización de los principales problemas ambientales que presenta el país, específicamente el de la contaminación, señala que la degradación de las aguas tiene entre sus causas: la concentración de instalaciones industriales en zonas urbanas, que emplean las corrientes superficiales como receptoras de los residuales, ya sean crudos o tratados parcialmente, los cuales finalmente llegan a las cuencas hidrográficas y a las zonas costeras.

En el Capítulo IV, “Proyección: Objetivos estratégicos, acciones y metas hasta el 2010”, se plantea con respecto a la lucha contra la contaminación, para el caso de los residuales líquidos, que el

28 Vid. PÉREZ KASPARIÁN, Sara y LIZZEL SANTANA GÓMEZ, “La ecología y el Derecho penal cubano. Reflexiones hacia una nueva formulación”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 8, editada por la Unión Nacional de Juristas de Cuba, año 1999, p. 44.

objetivo específico es el de prevenir, reducir y controlar la contaminación provocada por el vertimiento inadecuado de residuales líquidos, incrementando su reuso y tratamiento, minimizando su generación. Por su parte, para los residuales sólidos se establecen las mismas acciones de prevención, reducción y control para los casos en que la contaminación sea provocada por un manejo inadecuado de estos desechos. Si de recursos hídricos se trata, el objetivo se centra en mejorar el abastecimiento y la calidad del agua y en incrementar su uso racional.

Para el perfeccionamiento legislativo se disponen acciones tendientes a combatir la contaminación y preservar los recursos hídricos; de esta forma, queda expuesta la realización de una revisión, confección y puesta en vigor de las normas técnicas ambientales relacionadas con la contaminación de las aguas interiores y marinas y para la protección de la atmósfera, así como la actualización del marco normativo, con una norma de alto rango que reemplace el vigente Decreto-Ley 138/93.

4. A modo de conclusión

1. El marco institucional cubano en torno a las aguas terrestres se caracteriza por su proliferación en materia de protección jurídica de aguas terrestres superficiales, dispersión que atenta contra la efectividad de las normas. Las mayores dificultades se aprecian en el Decreto-Ley 138, el cual, además de carecer de un reglamento que implemente sus disposiciones, presenta omisiones importantes sobre aspectos fundamentales como el vertimiento de aguas residuales, no se atempera a la línea metodológica de la Ley 81 y, por tanto, no cuenta con los avances conceptuales introducidos por esta.

2. Los vertimientos de aguas residuales de forma directa o indirecta, sin tratamiento previo a las aguas, constituyen violaciones flagrantes a la Ley 81, al Decreto-Ley 138, a la Norma Cubana 27:99 y a los Decretos 199 y 211; conducta infractora que produce la contaminación.

3. La protección de las aguas terrestres en Cuba no debe ser solo una preocupación de los órganos de dirección y administración, sino que para la consecución de este fin, es necesario incorporar a las masas populares, porque la protección del medio ambiente corresponde a todos, no solo al Estado. El pueblo, como ente controlador de la actividad de los gobernantes, está obligado a conocer las normas jurídicas existentes y a cumplir y hacer cumplir las disposiciones para proteger las aguas terrestres; para contribuir así a su protección y, por consiguiente, a la reducción de su contaminación.

Sobre la gestión del agua en la cuenca hidrográfica

Jorge Mario GARCÍA FERNÁNDEZ*

* Doctor en Ciencias Técnicas, Secretario Consejo Nacional Cuencas Hidrográficas (CNCH). Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH).

1. Introducción

Para analizar con actualidad los asuntos relacionados con el agua, recurso natural renovable y finito, en cualquier escenario físico-geográfico que se seleccione, no es suficiente contar con los datos e informaciones del recurso, aun reconociendo que es el eje conductor de múltiples procesos relacionados con el desarrollo sostenible. La afirmación de su transversalidad se constata en las evaluaciones diarias, semestrales, estacionales y anuales de la economía, la sociedad y la protección del medio ambiente del país y su incidencia en la calidad de vida de la población, dado su estrecho vínculo con la seguridad alimentaria y la salud, ocupando también, sea de manera consciente o no, un destacado lugar en la espiritualidad de los ciudadanos.

Hoy no es aventurado afirmar que por su importancia, según sea la eficacia y eficiencia del aseguramiento de su cantidad y calidad, tendríamos o no crecimientos sostenibles, desarrollos equilibrados y justos y se disfrutaría o no de un bienestar general más pleno. Encarar este reto por la sociedad demanda desarrollar, establecer y perfeccionar un conjunto de instrumentos que contribuyan de forma paulatina a su logro.

Con esa visión trabaja el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH), autoridad nacional del agua en Cuba, que, como se establece en la Política Nacional del Agua (PNA),¹ persigue implementar una política nacional, regional y local del agua –integrada, armónica y coherente– encaminada a su uso racional, productivo y eficiente, optimizando la gestión de riesgos asociados a su calidad, a los eventos extremos, y al mantenimiento y rehabilitación de la infraestructura hidráulica. Su principio 10 establece que la **unidad de planificación y gestión es la cuenca hidrográfica**.

Para concretar la PNA cada año se aprueban los **objetivos de trabajo e indicadores de desempeño**, muy relacionados con el quehacer de la institución rectora del agua y con los organismos y entidades, públicas y privadas del país y de cuyos resultados deben emanar los logros a alcanzar de mayor o menor magnitud.

La dimensión de este entramado de acciones nacionales es amplia y abarcadora y está sujeta a estímulos e incidencias externas en el proceso, que hacen aún más complejo el camino. Como contexto de obligada mención, tomemos el ejemplo del impacto negativo del cambio climático en el comportamiento de las precipitaciones y la siguiente respuesta resumida que constituye una guía para la acción, lo citado al respecto por el Comité Técnico del Global Water Partnership (2007).

¹ Política Nacional del Agua, aprobada por el Consejo de Ministros de la República de Cuba el 21 de diciembre de 2012. “... el principal mensaje es que si la energía es el foco principal para las medidas de mitigación, **la vía en que usamos y administramos los recursos hídricos, deviene el foco principal de las medidas de adaptación...**”.

2. La implementación paulatina de la gestión del agua en la cuenca hidrográfica (GIRH)

El instrumento principal para usar y administrar el agua en la cuenca es su gestión integrada (GIRH), la que según GARCÍA (2007), transita por componentes intersectoriales, multi y transdisciplinarios, lo que le confiere una elevada complejidad. En el Cuadro 1 se pueden apreciar los componentes de dicha gestión que conforman "... un conjunto de principios y métodos para el uso y aprovechamiento integral y racional del agua en la cuenca, en función de satisfacer de manera sostenible las demandas de la economía y la sociedad, con el mínimo deterioro del medio ambiente".²

Cuadro 1.
*Componentes de la
Gestión Integrada
del agua*

Número de orden	Componente GIRH
1	Políticos y legales
2	Institucionales y organizativos
3	De planificación y balances nacionales, regionales y de cuencas
4	Hidrológicos e hidrogeológicos (redes y estudios)
5	De prevención
6	De infraestructura hidráulica
7	De operación de sistemas
8	Calidad del agua y de los componentes ambientales
9	De sinergias con otros componentes naturales y socioeconómicos
10	Científicos y de innovación tecnológica
11	Económicos y financieros
12	Informáticos
13	De educación y comunicación social
14	Culturales

GARCÍA y FONTOVA (2013) han expresado con anterioridad, que "el desarrollo hidráulico alcanzado hasta el presente ha permitido contar con una infraestructura hidráulica que asegura en lo fundamental el suministro de agua para el desarrollo sostenible del país, la que continúa en ampliación de manera selectiva y localizada. En la actualidad, existe un índice aproximado por habitante y por año para todos los usos cercano a los 1 220 m³, a partir de la infraestructura hidráulica existente".

Contribuyen también a su implementación, al decir de los citados autores:

- El conocimiento básico del número y características del funcionamiento de las cuencas superficiales cubanas, y de las subterráneas, sus vínculos e interacciones a partir de la presencia de

² GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge Mario y M. FONTOVA DE LOS REYES, "La aplicación del enfoque ecosistémico a la gestión integrada del recurso hídrico: Aproximación al caso cubano", revista *Voluntad Hidráulica*, No. 99, 2007, pp. 2 a 17.

fenómenos cársicos, lo que permite afirmar la existencia de 642 cuencas hidrográficas (mayores que 5 km²), 10 de ellas endorreicas, relacionadas con más de 100 acuíferos y tramos hidrogeológicos de importancia.

- La creación y funcionamiento desde hace más de 15 años de los Consejos Nacional, Territoriales y Específicos de Cuencas Hidrográficas, respaldados por instrumentos legales nacionales. Están constituidos y en operación, bajo la responsabilidad de los gobiernos respectivos, un total de 16 Consejos territoriales (15 provincias y un Municipio Especial), 7 Consejos Específicos de Cuencas y el Consejo Nacional.
- La operación de las redes de observación de las variables del ciclo hidrológico, con particular fortaleza de la red pluviométrica que llega a alcanzar una densidad media aproximada de 1 pluviómetro por cada 50 km², mientras que se acomete un proceso para su fortalecimiento y modernización, por la vía de proyectos internacionales de apoyo al quehacer nacional y del Plan anual de la Economía.
- El uso de las aguas para la economía, la sociedad y la protección del medio ambiente y su plan anual, jerarquizado como indicador de la planificación estatal, ha oscilado en los últimos 5 años entre los 7 000 y 9 000 millones m³ por año (entre el 50 y el 65 % de los recursos hidráulicos disponibles).
- Los resultados científicos y técnicos alcanzados por los centros de investigaciones nacionales y territoriales, asociados al conocimiento de las características y comportamiento de los recursos naturales cubanos, en particular el agua y las variables fundamentales del ciclo hidrológico y su relación con el desarrollo económico y social.³

Como expresan GARCÍA y GUTIÉRREZ, “la implementación de la GIRH trasciende los aspectos de orden técnico y pasa a constituir un desafío político, social, económico y cultural que compromete a la sociedad en su conjunto. Promueve a su vez, la aplicación de estrategias adecuadas de gestión que permitan satisfacer las crecientes demandas frente a la evidencia de un recurso cada vez más en conflicto y de múltiples vínculos con los otros recursos naturales y componentes antrópicos”.⁴

La gestión integrada del agua conforma un sistema de gestión, investigación y desarrollo tecnológico, o lo que es lo mismo, un

3 GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge M. y M. FONTOVA DE LOS REYES, revista *Voluntad Hidráulica* No. 107, 2013, pp. 25 a 32; Política Nacional del Agua (PNA, 2012), “Sobre la gestión integrada del recurso hídrico en la cuenca hidrográfica y medidas de adaptación ante el impacto del cambio climático”.

4 GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge Mario y Joaquín GUTIÉRREZ DÍAZ, “Manual de Cuencas Hidrográficas”, en multimedia *Cuencas Hidrográficas*, Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH), 2015.

paquete integral compatible con las necesidades y condiciones actuales y futuras del país, orientado a proporcionar soluciones a problemas tradicionales y generar conocimiento para mejorar el uso del agua, preservar el recurso en cantidad y calidad, mitigar sus posibles efectos negativos sobre el medio ambiente y anticiparse a los problemas, contribuyendo, a su vez, al desarrollo económico y al incremento de la calidad de vida.

Como forma concreta de valorar su marcha y desarrollo, se ejecutan 12 subprogramas de trabajo que se evalúan de manera integral por los Consejos de Cuencas, Nacional, Territoriales y Específicos, como instrumento de los gobiernos respectivos, empleándose sus resultados para conocer la evolución de las cuencas en el tiempo y la efectividad de las acciones de mitigación, mejoramiento y solución de los problemas existentes. Su relación aparece en el Cuadro 2.

Cuadro 2.
Subprogramas de trabajo de los Consejos de Cuencas

Número de Orden	Subprograma de Trabajo
1	Inversiones destinadas a la protección del medio ambiente en las Cuencas de Interés Nacional
2	Recursos hidráulicos (redes, coberturas de agua potable y saneamiento, mantenimiento a la infraestructura hidráulica)
3	Planificación del uso de las aguas por cuenca hidrográfica
4	Mejoramiento y Conservación de suelos
5	Reforestación (cobertura total, franjas hidrorreguladoras y fincas forestales)
6	Lucha contra incendios y manejo del fuego
7	Gestión integrada de protección de los recursos naturales
8	Lucha contra la contaminación y reducción de carga contaminante
9	Estudios y uso sostenible de la diversidad biológica
10	Educación ambiental y participación
11	Ciencia e innovación tecnológica
12	Ordenamiento territorial

En este contexto, también se considera importante, entre otros, los aspectos siguientes:

- El fortalecimiento y desarrollo nacional, regional y local del planeamiento hidráulico, que es parte del *ordenamiento territorial de las cuencas hidrográficas* y que comprende el diagnóstico, prospectiva, la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación.
- La capacitación técnica de los cuadros y especialistas responsables de la gestión integrada del agua en la cuenca.
- Los nuevos instrumentos jurídicos y técnicos para institucionalizar y normalizar los balances de agua, ante todo en la cuenca hidrográfica, como punto de partida para su planeación, ordenamiento, protección y uso, anual e hiperanual.

- Los nuevos incentivos y desincentivos económicos para internalizar los servicios ambientales del agua para la sociedad, la economía y el medio ambiente.
- La participación de todos los actores sociales en el proceso de toma de decisiones, elevando su interés y compromiso desde la comunidad.

Los aspectos señalados anteriormente responden de manera directa a una parte importante de los 22 Principios Rectores de la referida PNA, que a su vez están en correspondencia con los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados en abril de 2011.

La actualización del modelo económico y social cubano también transita por la eficiente gestión de agua en la cuenca y las posibles transformaciones a implementar a lo interno de la autoridad institucional responsable y de toda la sociedad y la economía.

3. Algunos componentes importantes sobre la gestión del agua en la cuenca

Sin ánimo de agotar el tema, o ser exhaustivo en su tratamiento y alcance, haremos referencia a algunos componentes importantes sobre la gestión del agua en la cuenca, que resultan decisivos para alcanzar los objetivos propuestos. Entre ellos se encuentran los siguientes:

1. Relaciones entre la cantidad y calidad del agua.
2. Plan de la economía destinado a la protección del medio ambiente en las cuencas hidrográficas.
3. Plan anual de uso del agua por la economía, sociedad y medio ambiente.
4. Control de la contaminación de las redes hidrográficas.
5. Uso de índices para evaluar el impacto positivo de las medidas aplicadas en la cuenca hidrográfica, en particular, el Índice Simplificado de Gestión de Cuencas (IsGC) y el Índice de Calidad de Aguas superficiales (ICAsup).

3.1. Relaciones entre la cantidad y calidad del agua

GARCÍA y GUTIÉRREZ señalan que “el concepto de calidad de agua es relativo y depende de su uso, siendo además, una categoría indisoluble del concepto de la gestión integrada del agua”.⁵

5 GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge Mario y Joaquín GUTIÉRREZ DÍAZ, “Manual...”, *cit.*

La cantidad y la calidad de agua son dos componentes de una misma propiedad y así deberán estar consideradas cuando se disponga establecer y darle seguimiento a verdaderos planes y programas de GIRH.

Su gestión apropiada implica, entre otras acciones, el diseño y la operación de un sistema de monitoreo de la calidad de las aguas, que abarca desde la capacitación del personal; el disponer de los recursos de muestreo y el análisis en los laboratorios de aguas; controlar la calidad de todo el proceso, hasta los resultados de los parámetros físicos, químicos y biológicos que se determinen.

Posteriormente, las instancias responsables del agua y el medio ambiente hacen las interpretaciones, análisis y evaluaciones correspondientes, para la generación de programas de intervención en favor de la mejoría de su calidad. En este proceso, es importante tomar en cuenta las normativas referentes a la calidad del agua requerida según sus diversos usos, establecida en la legislación o en las normas técnicas vigentes, y en correspondencia el sistema acuático considerado.

La disponibilidad del agua, que incluye su cantidad y la calidad, considera también las fuentes que generan contaminación y causan el posible deterioro de su calidad original y otros elementos tales como: el estado de los bosques, las características y el estado de los suelos, la geología, las actividades económicas y sociales, entre otras, las que pueden ser diferentes.

Sin un sistema adecuado de análisis y evaluación de la tendencia de los parámetros de calidad del agua, no se estaría en condiciones de poder evaluar el impacto de los proyectos de intervención o la necesidad de nuevas plantas de tratamiento, obras de alcantarillado y otras.

En general, se reconoce que los usos principales de las aguas terrestres son para el abastecimiento humano; animal; riego agrícola y producción industrial de alimentos; otras industrias, acuicultura en embalses y para camaronicultura; recreación, gastos ambientales. En el país existen Normas Cubanas (NC) que establecen los parámetros de calidad de las aguas según su uso.

En el caso cubano, y regido por la autoridad de las aguas terrestres, opera la Red de Calidad de las Aguas Terrestres (RedCal), que cuenta con estaciones básicas (calidad de agua en fuentes) y de vigilancia (impacto antrópico) para evaluar sistemáticamente su calidad. La información obtenida permite conocer en lo fundamental los problemas de calidad de agua según los usos y tomar las decisiones correspondientes.

La red de monitoreo de la calidad de las aguas permite también conocer las tendencias de dicha calidad, representada por los parámetros básicos, ya sean físicos, químicos o biológicos, en una

escala apropiada seleccionada, sea una región, cuenca hidrográfica o sitio determinado.

Hoy se reconoce, y es práctica común, emplear la cuenca hidrográfica como la unidad básica donde se determina y evalúa de manera integral la calidad de las aguas.

3.2. Plan de la economía destinado a la protección del medio ambiente en las cuencas hidrográficas

Anualmente, en la medida en que se decide este Plan por parte de los organismos y el Ministerio de Economía y Planificación (MEP), se procede a su información territorial y nacional y su control por parte de los organismos nacionales y territoriales correspondientes (ONEI, CITMA, INRH, IPF y otros). En lo que respecta al Plan de la Economía destinado a la protección del medio ambiente en Cuencas Hidrográficas de Interés Nacional, son analizadas y controladas por los Consejos de Cuencas en sus reuniones sistemáticas, incluyendo las Rendiciones de Cuentas de los Consejos territoriales y específicos a los Gobiernos y el Balance anual del Consejo Nacional.

Desde esos orígenes, las diferentes estructuras que han existido de las aguas terrestres y del medio ambiente han establecido planes de acciones destinados al control de lo que se ejecuta y de evaluación de sus efectos en la calidad de las aguas terrestres. Esta actividad continúa perfeccionándose, formando parte también de las responsabilidades del INRH.

De forma anual, se desarrolla un proceso de evaluación de la disminución/aumento de la carga contaminante, de acuerdo con una metodología de trabajo desarrollada por el CITMA, que cuenta con el respaldo del INRH, la cual permite conocer las fluctuaciones de la carga orgánica biodegradable que se dispone en las aguas terrestres.

Los ejes positivos de estas acciones lo constituyen: las nuevas inversiones; el mantenimiento de los sistemas de tratamiento; los cambios tecnológicos y la aplicación de medidas internas en las instalaciones industriales y otras, para disminuir el volumen y la concentración de los residuales que se disponen, mediante el reciclaje, la recuperación y el cierre de ciclos.

- **Gestión integrada de protección de los recursos naturales en la cuenca hidrográfica:**

Todos los años se planifica la ejecución de inspecciones conjuntas para controlar los problemas ambientales existentes en las Cuencas de Interés Nacional, compartiendo análisis, evaluaciones e instrumentos legales de aplicación. Se celebran talleres para evaluar el trabajo e identificar nuevas acciones a ejecutar.

Las inversiones que se han desarrollado y las que se continúan realizando transitan por los procesos de macro y microlocalización, concesiones mineras, y el otorgamiento de la Licencia Ambiental, con la participación del INRH como órgano de consulta a todos los niveles (territorial y nacional), trabajándose para implementar de manera efectiva el sistema de “ventanilla única” para su tramitación.

3.3. Plan anual de uso del agua por la economía, sociedad y medio ambiente

A partir de la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución (2011), y luego, en el 2012, la Política Nacional del Agua (PNA 2012), se ejecutan en la actualidad un grupo de medidas para lograr un mayor control, organización y una mejor planificación del balance de agua nacional, en función del cumplimiento de lo acordado.

En particular, los Lineamientos 300 y 303 expresan: **300.** El balance de agua constituirá el instrumento de planificación mediante el cual se mida la eficiencia en el consumo estatal y privado, respecto a la disponibilidad del recurso; **303.** En atención a propiciar una cultura para el uso racional del agua, estudiar el reordenamiento de las tarifas del servicio, incluyendo el alcantarillado, con el objetivo de la disminución gradual del subsidio, así como reducir paulatinamente el derroche en su uso. Regular de manera obligatoria la medición del gasto y el cobro a los clientes estatales y privados.

La implementación de los citados lineamientos conllevará a propiciar una cultura del uso racional del agua, estudiar el reordenamiento de las tarifas del servicio, incluyendo el alcantarillado, con el objetivo de la disminución gradual del subsidio y la reducción paulatina del derroche en su uso. Por otra parte se requiere regular de manera obligatoria la medición del gasto y el cobro a los clientes estatales y privados. El agua es hoy una cifra directiva del Plan de la Economía.

Además, se incrementó el rigor en el cumplimiento de la Resolución No. 21 de 1999, “Normas Totales Netas y Coeficiente de Eficiencia para la Determinación de las Normas Brutas de riego en los Principales Cultivos Agrícolas”, del Presidente del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos y con ello, contribuir a mitigar los efectos dañinos de la disminución continua de la lámina de lluvia anual promedio del país, provocada por el cambio climático.

En el periodo 2005 a 2013 el plan de asignaciones de agua creció, de manera paulatina, hasta límites comprometidos con las disponibilidades totales, que no siempre respondían a los incrementos de la producción y los servicios, y desde 2014 comenzó a disminuir de

manera importante. Si en 2015 se emplearon alrededor de 8 200 millones de m³, para el año 2016 se propone una asignación del balance de agua 7 106,23 millones de m³.

La elaboración del plan anual de uso de las aguas en la cuenca hidrográfica, su control y evaluación sistemática, constituye el eje fundamental de la aplicación concreta de la gestión del agua, dado que este instrumento resume el cuánto, de dónde, el cómo, a quién y cuándo se le entrega el recurso a los usuarios para su empleo en los diversos usos en la economía, la sociedad y en la protección del medio ambiente.

3.4. Control de la contaminación de las redes hidrográficas

GARCÍA y GUTIÉRREZ han señalado que “el insuficiente número de sistemas de alcantarillado y de tratamiento en las comunidades, ciudades y pueblos, la existencia de industrias sin el tratamiento adecuado de sus residuales y otras causas, han provocado una situación en la que el caudal y la carga contaminante de los residuales líquidos que ingresan a las aguas terrestres ha comprometido su disponibilidad hidráulica y la capacidad de autodepuración”.⁶

La mayoría de las redes hidrográficas que atraviesan nuestras principales ciudades y pueblos se utilizan como cuerpos receptores de residuales crudos o parcialmente tratados, creando situaciones higiénico-sanitarias desfavorables para el normal desarrollo de las actividades económicas y sociales, con un posible impacto negativo a la salud.

Predominan en el contexto nacional cubano, las aguas residuales del origen siguiente:

- Domésticas.
- Industriales del sector agroalimentario (agrícolas, pecuarios, alimenticio, azucarero, pesquero).
- Industriales del sector químico y minero.
- Mixtas (generalmente una mezcla de residuales domésticos con los otros tipos).

Estas descargas determinan, entre otros efectos negativos, los siguientes:

- Decrecimientos de las concentraciones de saturación de oxígeno disuelto.
- Aumento de la turbiedad, color y sólidos en suspensión.

6 GARCÍA FERNÁNDEZ, Jorge Mario y Joaquín GUTIÉRREZ DÍAZ, “Manual...”, *cit.*

- Incremento de la concentración de nitrógeno y fósforo y con ello de la vegetación acuática, como resultado de fenómenos de eutrofización.
- Incremento de la presencia de bacterias de origen fecal.

A todo lo anterior se unen los incrementos de los niveles de sales solubles en las aguas subterráneas por intrusión salina, presentes en acuíferos cársicos costeros, sometidas a un régimen de administración y uso inadecuado, así como en menor escala y relacionado con el empleo de fertilizantes nitrogenados, problemas de nitrificación con incrementos de la concentración de nitratos.

De manera semejante y localmente importante, las aguas superficiales y subterráneas pueden contener niveles superiores a los normales de metales y otros compuestos químicos, debido al vertimiento y mal manejo de residuales industriales en cuerpos receptores específicos.

Las autoridades de las aguas terrestres, ambientales y sanitarias desarrollan y controlan acciones específicas orientadas no solo a evaluar el impacto ambiental de las aguas residuales en los cuerpos receptores, sino a establecer las medidas para su mitigación o solución definitiva, mediante buenas prácticas de operación, mantenimiento y de inversiones.

Es una práctica reconocida y establecida, en términos de gestión integrada del agua, que la cuenca hidrográfica es la unidad geográfica y espacial donde se evalúa y se da seguimiento a los problemas de impacto y deterioro de la calidad original de las aguas terrestres.

Actualmente, la normativa vigente en Cuba de uso imprescindible en esta temática lo constituye la norma cubana NC-27-2012, "Vertimiento de Aguas Residuales a las Aguas Terrestres y al Alcantarillado. Especificaciones".

De igual forma, hay que considerar la importancia de los impactos negativos a la calidad de las aguas por corrientes superficiales o fuentes contaminantes, que inciden directamente en el medio marino, en especial en zonas de playas de uso público.

Dentro del conjunto de acciones de diferente tipo que se llevan a cabo para la identificación y el control de la contaminación en las cuencas superficiales y subterráneas, pueden señalarse las siguientes:

- Inventario de fuentes de contaminación de las aguas terrestres.
- Red de Calidad de las Aguas Terrestres (RedCal).
- Laboratorios de análisis químico y microbiológico de aguas naturales y residuales.
- Inspección estatal.

Seguidamente abordaremos algunas precisiones de cada una de estas herramientas y componentes:

Inventario de fuentes de contaminación de las aguas terrestres Anualmente, se actualiza y ajusta por parte de las delegaciones provinciales y las direcciones funcionales del INRH, el universo de las fuentes de contaminación principales de las aguas terrestres del país, trabajando de manera coordinada con el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA).

En general, están identificadas alrededor de 2 300 - 2 400 fuentes de contaminación principales, de origen industrial, doméstico, agropecuario y mixtos, pertenecientes al MINAG, MINAL, AZCuba, MINED, OLPP, entre los más numerosos. De igual manera, se identifican estas en Cuencas de Interés Nacional, siendo la Cuenca Cauto y la de Almendares-Vento en las que se concentran un mayor número.

Red de Calidad de las Aguas Terrestres (RedCal) Durante los últimos años, la RedCal que opera el INRH de manera sistemática ha contado con alrededor de 2 300 a 2 500 estaciones entre básicas (calidad de agua en fuentes) y de vigilancia (impacto antrópico), que incluyen las aguas subterráneas y superficiales. El número y la frecuencia del muestreo realizado a las aguas por dichas estaciones se incrementaron en 2015 en cantidad y frecuencia y se esperaba igual tendencia en 2016.

Su operación permite conocer en lo fundamental los problemas de calidad del agua y tomar las decisiones correspondientes. El muestreo se realiza trimestralmente y de producirse accidentes de contaminación, se efectúa de manera inmediata para precisar sus efectos en las aguas terrestres. Se identifican por igual las estaciones localizadas en Cuencas de Interés Nacional, lo que permite evaluar su calidad de manera específica.

Laboratorios de análisis químico y microbiológico de las aguas naturales y residuales El sistema del INRH cuenta con 16 laboratorios de ensayo para el análisis de calidad de las aguas a nivel territorial (15 provincias y el MEI), y están localizados en las ciudades principales, con la excepción de Matanzas, que se encuentra en el municipio de Colón. El laboratorio de La Habana tiene el carácter de rector en el sistema. Cuentan con el equipamiento básico de trabajo, incluyendo las capacidades para tomar muestras y se someten a ejercicios de intercalibración.

Por otra parte, en las plantas potabilizadoras y de tratamiento de residuales existen laboratorios para el control del tratamiento de las aguas.

Inspección estatal del INRH Anualmente, como habíamos mencionado, se planifican por los cuerpos de inspección estatal del INRH las inspecciones a las fuentes contaminantes en cada territorio, y se controla su cumplimiento de manera trimestral. En tal sentido, se inspeccionan las fuentes de abastecimiento de agua y de contaminación y las estaciones de bombeo e infraestructura hidráulica en general, detectándose las insuficiencias y problemas.

Las deficiencias más frecuentes detectadas son: sistemas de tratamiento de residuales en mal estado técnico, no caracterización de los residuales que se disponen en las aguas terrestres, ausencia de sistemas de residuales que trae aparejado su vertimientos al medio crudos o parcialmente tratados.

El sistema de inspección estatal, de ocurrir casos de contaminación accidentales, se activa y junto con otras instancias territoriales, se procede a su evaluación y a la aplicación de las medidas pertinentes, entre las que se encuentra la paralización de la actividad contaminante si no se cumple con lo orientado en el plazo indicado.

5.1. Uso de índices para evaluar el impacto positivo de las medidas aplicadas en la cuenca hidrográfica: Índice Simplificado de Gestión de Cuencas (IsGC) e Índice de Calidad de Aguas superficiales (ICAsup)

1. Índice Simplificado de Gestión de Cuencas (IsGC)

GARCÍA, CASTRO y GUTIÉRREZ desarrollaron desde 2009, publicado en 2012, el denominado Índice Simplificado de Gestión de Cuencas (IsGC).⁷

Este índice constituye un modelo aditivo de tipo deductivo, equivalente al empleado en la elaboración de diferentes índices y que aparece descrito y aplicado en la literatura internacional con relativa frecuencia, dada su sencillez y efectividad, de acuerdo con el objetivo a cumplir. Aplicado al caso que nos ocupa, este sería:

$$\text{IsGC} = \sum_{i=1}^6 (W_i \times p_i)$$

donde:

⁷ GARCÍA, J. M., J. GUTIÉRREZ y V. CASTRO, "Nueva herramienta para evaluar la gestión ambiental integrada en cuencas hidrográficas cubanas: el Índice simplificado de gestión en cuencas hidrográficas (IsGC) – 1ra. Etapa". (2013, revista *Voluntad Hidráulica*, La Habana, marzo de 2013.

i : indicador de calidad, del 1 al 6.

W_i : peso relativo de cada indicador.

p_i : valor obtenido de las tablas de calidad por rangos.

Los indicadores seleccionados, por su importancia, ser factible su medición y tener un impacto directo e indirecto en el paulatino progreso del estado de la cuenca y en la calidad de vida de la población son:

- Superficie de suelos beneficiada respecto al total de la superficie agrícola de la cuenca en % (Instituto de Suelos – MINAG) (a).
- Superficie cubierta de bosques respecto al área de la cuenca, en % (Dirección Forestal – MINAG) (b).
- Carga contaminante dispuesta respecto a la total generada, en % (CITMA, INRH) (c).
- Cobertura de agua potable actual de la población respecto al total de la población, en % (INRH) (d).
- Cobertura de saneamiento ambiental actual de la población respecto al total de la población, en % (INRH) (e).
- Relación entre el uso de las aguas en la cuenca, respecto al total de recursos hidráulicos disponibles, en % (INRH) (f).

El IsGC propuesto permite obtener un reflejo directo, a partir de sus valores, de la intervención positiva en cada una de las cuencas. Trata de evaluar el estado de la gestión sostenible en la cuenca hidrográfica mediante el empleo de los 6 indicadores tangibles seleccionados y el modelo matemático escogido.

Es una herramienta de evaluación aproximada del proceso de intervención económica, social y ambiental que ocurre en la cuenca hidrográfica, como parte de su gestión integrada en función de alcanzar el desarrollo sostenible y ofrece, mediante indicadores, una información seleccionada, simplificada y agregada de su sostenibilidad.

El IsGC es un algoritmo que expresa el resultado de las medidas de intervención transformadora para mitigar o resolver los problemas en la cuenca hidrográfica y, a su vez, ofrece una información seleccionada sobre su evaluación y evolución en el tiempo, a partir de los indicadores seleccionados. Es una expresión relativamente simplificada de la compleja interacción de distintos factores, cuyo éxito dependerá de su confiabilidad y de la información que ofrezca.

Los valores mayores del IsGC, más cercanos a 100, indicarán una alta intervención en la cuenca que se corresponde con la aplicación más intensa de medidas para mitigar y resolver los problemas de mejoramiento de suelos, crecimiento de la superficie boscosa y otros. Los valores inferiores, más cercanos a cero, indicarán una baja intervención y con ello de la gestión sostenible que se desarro-

lla en la cuenca, lo que significa una baja aplicación de medidas correctivas y equivalentes. Los rangos medios de valores indicarán intervenciones medias.

Debe tenerse muy en cuenta, a los efectos de esta interpretación, que se seleccionaron indicadores tangibles de las acciones que contribuyen positivamente a mejorar, conservar, mantener y administrar sus recursos y servicios, que influyen directa o indirectamente en la mejor calidad de vida de sus habitantes.

Cuadro 4.
Clasificación de la gestión de cuencas, por el valor del Índice Simplificado (IsGC)

Valor del IsGC	Clasificación
75,1 a 100	Alta (AG)
35,1 a 75	Media (GM)
Menor que 35,0	Baja (BG)

Aproximadamente desde el 2009 y hasta la actualidad, se obtuvo, validó y se viene aplicando el IsGC en las 10 cuencas hidrográficas de interés nacional, según lo establecido en la Indicación No. 1/2012 de la Presidenta del Consejo Nacional de Cuencas Hidrográficas (CNCH) y del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH), de 11 de octubre de 2012.

Sus detalles fueron publicados en la revista *Voluntad Hidráulica* No. 106/2012 y su evaluación se ha convertido en práctica anual de los Consejos de Cuencas Nacionales, Territoriales y Específicos, cuyos valores y evolución se describen en reportes anuales de trabajo y otros documentos.

Sin embargo, este Índice no incorpora el componente de la calidad del agua de la cuenca.

De ahí la necesidad de obtener y aplicar un índice para evaluar la calidad de los recursos hídricos superficiales en cuencas hidrográficas, que a su vez complemente e integre el resultado de la aplicación de las medidas de mitigación y solución de los problemas existentes.

2. Índice de Calidad de Aguas superficiales (ICA sp)

GUTIÉRREZ y GARCÍA⁸ han desarrollado un Índice de Calidad de Aguas Superficiales (ICA sp), con el objetivo de lograr su evaluación en las cuencas hidrográficas a partir de los programas de monitoreo vigentes y la utilización de los resultados de la Red de Calidad de las Aguas (RedCal) dirigida por el INRH. Los indicadores seleccionados deben reflejar los problemas causados por la actividad

⁸ GUTIÉRREZ DÍAZ, Joaquín y Jorge Mario GARCÍA FERNÁNDEZ, "Un Índice para evaluar la calidad de los recursos hídricos superficiales (ICA sp 2014)", revista *Voluntad Hidráulica*, No. 113, 2015, pp. 7 a 16.

económica y social que producen directa o indirectamente un mayor impacto negativo en la calidad de los recursos y que pueden afectar los usos previstos. Su estructura debe ser de fácil cálculo y aplicación práctica, por lo que se ha escogido el método deductivo para su obtención.

El ICA sp debe considerar indicadores que sean factibles de medir y que estén dentro de la rutina analítica de los laboratorios de agua del país, sobre todo del sistema del INRH, rector de las aguas terrestres. Debe también estar estructurado tomando en consideración los instrumentos regulatorios vigentes.

Los indicadores seleccionados que pueden verse en el Cuadro 5 tienen una orientación eminentemente sanitaria.

Cuadro 5.
Indicadores de calidad de las aguas considerados en el ICA sp

No.	Indicador	Comentarios
1	pH (pH)	Acidez o basicidad
2	Conductividad eléctrica (CE)	Contenido de sales solubles o salinidad
3	Oxígeno disuelto % saturación (ODSAT)	Estado del cuerpo de agua con respecto a su contenido de oxígeno disuelto
4	Demanda química de oxígeno, método del dicromato (DQO)	Materia orgánica presente
5	Coliformes fecales (CF)	Densidad de bacterias fecales

El valor cuantitativo de los indicadores varía según los rangos típicos para aguas limpias y pueden experimentar cambios negativos de acuerdo con el impacto de las descargas de aguas residuales en los cuerpos receptores, domésticas, agropecuarias, industriales o de otro tipo.

El ICA sp es la sumatoria de los pesos relativos de cada indicador multiplicado por el valor de calidad obtenido mediante cada función matemática de relación y responde a:

$$ICA\ sp = \sum_{i=1}^5 (W_i \times q_i)$$

donde:

i : indicador de calidad, del 1 al 5.

W_i : peso relativo de cada indicador.

q_i : valor en % obtenido de las funciones matemáticas de correlación.

Se propone emplear una clasificación similar a la reportada por GARCÍA, BEATO y GUTIÉRREZ en 1983, en la que existen 5 categorías descendentes de calidad del agua.⁹

Cuadro 6.
Clasificación de la calidad de las aguas superficiales de acuerdo al ICA sp

Clase	Rango de valores del ICA sp	Clasificación	Colores para representar
1	90.00 - 100.00	Excelente calidad (EX)	Azul intenso
2	89.99 - 80.00	Aceptable calidad (A)	Verde
3	79.99 - 70.00	Medianamente contaminada (MC)	Amarillo
4	69.99 - 60.00	Contaminada (C)	Anaranjada
5	Menor de 59.99	Altamente contaminada (AC)	Roja

La representación en color del ICA sp de los cuerpos de agua utilizando mapas, diagramas circulares o lineales, siguen las recomendaciones de la UNESCO-PHI y de otras organizaciones internacionales especializadas.

Algunos ejemplos de su aplicación en cuencas hidrográficas pueden verse a continuación referidos al periodo húmedo de 2015. La Cuenca Almenares-Vento, según los resultados alcanzados por Carlos Alberto LUACES, secretario del Consejo Cuenca Territorial La Habana y Guantánamo-Guaso, y lo obtenido por Esvillego FERRER, vicedelegado técnico del INRH Guantánamo. Como se observa, la orientación más importante del ICA sp es que evalúa la calidad sanitaria del agua, a partir de la integración de los efectos de las aguas residuales en el cuerpo receptor, dados por los 5 indicadores respectivos.

Comentarios finales

Puede afirmarse que, en lo fundamental, existen las condiciones necesarias soportadas por instrumentos técnicos, legales, organizativos, políticos, de planificación y otros, que permiten enfrentar el reto de continuar implementando con la eficacia que demanda, la gestión integrada del agua en la cuenca hidrográfica (GIRH), como vía para alcanzar la sostenibilidad del recurso y su adaptación ante el impacto negativo del cambio climático.

⁹ GARCÍA, J. M., O. BEATO y J. GUTIÉRREZ, "Un índice para evaluar la calidad de las aguas superficiales", revista *Voluntad Hidráulica*, No. 62, 1983.

Han ocurrido y continúan concretándose en el quehacer nacional importantes y tangibles avances, alcanzados en el desarrollo de la gestión integrada del agua, por la institución rectora de las aguas terrestres.

Sin embargo, la principal limitante para su amplia aplicación es de naturaleza subjetiva, pues existen trabas e insuficiente entendimiento por parte de directivos y funcionarios sobre sus ventajas y la necesidad actual de profundizar su desarrollo, coexistiendo con otras de carácter objetivo que inciden de manera negativa en su implementación armónica, coherente y sistemática.

Su éxito dependerá también de cómo se dispongan, orienten, se asimilen, implementen y controlen las acciones destinadas a ello.

Una aproximación al estatuto jurídico del caudal ambiental

Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ*

* Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana). Vicedirector Científico, Instituto de Geografía Tropical. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

1. La nueva política nacional del agua en Cuba

El futuro de la protección jurídica al agua, como recurso natural en Cuba, pasa por la implementación de la nueva Política Nacional de Agua. Esta fue recientemente adoptada por Acuerdo del Consejo de Ministros No. 7212 para control administrativo, de diciembre de 2012. La misma consta de cuatro prioridades y 22 principios rectores en el ámbito de la economía, la sociedad y el ambiente. Se abordan seguidamente algunos de ellos, pues estos serán la base sobre la que debe levantarse la nueva Ley de aguas, que en estos momentos se encuentra en discusión en la Asamblea Nacional del Poder Popular, aún abierta a las opiniones y contribuciones de la población, en la misma medida que ello incidirá en que el ordenamiento jurídico cubano ofrezca cobertura legal al instituto objeto de análisis.¹

Las cuatro prioridades consisten en el uso racional y productivo del agua disponible, el uso eficiente de la infraestructura construida, y la gestión de riesgos asociados a la calidad de agua y a los eventos extremos del clima. Como se aprecia, no logra la nueva política desprenderse de las categorías que han acompañado la gestión de los recursos hídricos en el país en los últimos años, pues sigue refiriéndose al “*uso racional y productivo*” del recurso, sin incorporar del todo, al menos de forma explícita, el paradigma de la sostenibilidad, como lo hacen otros cuerpos normativos del país, incluso del pasado siglo.² No puede dejar de reconocerse la importancia de que se prioricen los retos que el cambio climático impone al país, especialmente en la disponibilidad del recurso agua, siendo así que “[...] *la lluvia es la única fuente de agua que existe en Cuba y su magnitud es relativamente baja [...]*”.

Entre los principios que desarrolla la Política a escala social, cabe destacar el reconocimiento de que el agua es un recurso renovable, pero escaso y vulnerable, el vínculo entre agua potable y saneamiento, su definición como derecho (principio 2), así como el deber de enfrentar las inundaciones y sequías a partir de la actualización de planes de contingencia y la prevención de riesgos.

En el sector económico, debe subrayarse el reconocimiento al valor del agua desde este punto de vista, y la conclusión de que cualquier uso de esta o la constitución de derechos sobre ella debe ser gravado, utilizando tarifas diferenciadas según los tipos de usuarios (principio 6). Una idea interesante, cuya aplicación rebasa los marcos de una futura ley de aguas, es la de reinvertir en el sector los

1 El documento ejecutivo de la Política Nacional del Agua puede consultarse desde https://www.ecured.cu/Pol%C3%ADtica_Nacional_del_Agua_en_Cuba, 17 de febrero de 2017.

2 El paradigma de la sostenibilidad parte en el ordenamiento jurídico cubano del propio artículo 27 constitucional que establece como horizonte el “*desarrollo económico y social sostenible*”. La Ley de Medio Ambiente, de 11 de julio de 1997, utiliza también la categoría en relación con la gestión de los recursos naturales en los artículos 81, 84, 88, 90, 100, 141, entre otros.

recursos ahorrados y recaudados a partir de tributos y penalidades (principio 7).

A escala del medio ambiente, hace bien la Política en pretender articular la gestión hídrica con la gestión ambiental (principio 14), así como con la gestión territorial, potenciando las facultades de los Consejos de cuenca a nivel local. Ya se volverá en un momento posterior sobre el primero de estos aspectos, por la incidencia que tiene en la regulación del caudal ambiental, en la medida en que exige tener en cuenta esta variable en el proceso de toma de decisiones. Resaltan también los principios relativos a la prevención y reducción de la contaminación, que es uno de los graves problemas ambientales del país, el establecimiento de un sistema de información hídrica, así como el perfeccionamiento del marco jurídico, incluyendo la tutela penal de este bien tan preciado (principios 16, 19 y 20). No pierde de vista el documento que la clave para la solución de los problemas en esta esfera está en una nueva cultura, que llama cultura del uso racional del agua, que no llegará por sí sola, sino que necesita de los adecuados instrumentos de la política, como pueden ser la comunicación institucional, la participación comunitaria y el establecimiento de normas y controles sistemáticos sobre su cumplimiento.³

Aunque situado en los principios de orden económico, el número 9 también desborda los estrechos límites de la economía, al establecer una prioridad en los usos del agua, desde el abasto humano y a la ganadería, hasta los usos recreativos y ambientales. Solo hay que esperar a que este orden no sea el que adopte definitivamente la ley y no condene al caudal ecológico o ambiental al último lugar entre los posibles usos del agua. Precisamente, la determinación del estatuto jurídico de este caudal, y cómo puede insertarse en el marco de la regulación sobre los usos del agua, puede influir en que logremos legar a las generaciones futuras el agua en la cantidad y calidad suficiente para satisfacer sus necesidades vitales.

2. Hacia una definición

El surgimiento de la noción de caudal ambiental está asociado a un cambio de perspectiva en la gestión del agua, que se produce a partir del Informe “Nuestro futuro común” y de la Agenda 21, otro producto de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992. A la

3 La cultura del uso racional del agua de la que habla el documento puede encuadrarse perfectamente en los nuevos paradigmas de producción y consumo sostenibles que se ha venido promoviendo desde diferentes instrumentos y foros internacionales. Véase, por ejemplo, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, principio 8, de acuerdo con el cual “[...] los Estados deberán reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles [...]”. (<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> 24 de febrero de 2017).

tradicional competencia sobre el uso del agua que se da entre los usos agrícolas, industrial, de consumo humano y para la generación de energía, a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, se integran otras consideraciones en el presupuesto de que la mejora de la calidad de vida del ser humano debe tener en consideración la capacidad de asimilación de los ecosistemas.

El paso siguiente fue la consolidación del concepto de manejo integral del agua, que la reconoce como recurso natural, parte integral de los ecosistemas y, al mismo tiempo, un bien económico y social, cuya utilización dependerá en última instancia de su cantidad y calidad.⁴ El número de presas, embalses y sustracciones del preciado líquido para fines agrícolas y urbanos se han multiplicado, generando impactos significativos al reducir los caudales totales en muchos ríos, afectando su estacionalidad, magnitud y periodicidad.

Y no se trata de un interés puramente conservacionista. Las afectaciones a los ecosistemas acuáticos afectan actividades económicas que dependen directamente de ellos; como son la pesca en los ríos, la navegación, el mantenimiento de acuíferos y la protección de humedales, relevantes para la protección del suelo y la retención de contaminantes. Hoy, más del 60 % de los ríos del planeta tienen un grado de alteración importante, y los océanos dejan de recibir las 2/3 partes del agua que debería llegar a ellos.⁵

Con la categoría de un caudal ambiental se busca una alternativa para conciliar las necesidades del ecosistema y las necesidades humanas. Se trata de utilizar los conocimientos científicos disponibles para determinar las consecuencias de la modificación de los caudales naturales, y fundamentar las propuestas de uso que tengan en cuenta las necesidades de salud, bienestar humano y desarrollo económico.

Varias son las definiciones de las que se ha partido para dar cobertura legal al caudal ambiental o ecológico. Tomando como base la experiencia chilena, se ha sostenido que el caudal ecológico no es otro que el “[...] caudal mínimo necesario para asegurar la supervivencia de un ecosistema acuático prestablecido”.⁶ Una definición más explícita es aquella que lo concibe como la provisión de agua necesaria para mantener la integridad, productividad, servicios y beneficios de los ecosistemas acuáticos, particularmente cuando se encuentra sujeto su caudal a regulación y alta compe-

4 ALONSO EGUÍA LIS, Perla Edith y Rebeca GONZÁLEZ VILLELA, “Introducción a los caudales ambientales”, en Perla Edith Alonso Eguía Lis, María Antonieta Gómez Bananera y Pilar Saldaña Fabela (editoras), *Requerimientos para implementar el caudal ambiental en México*, Instituto Mexicano de Tecnología del Agua – Alianza World Wild Foundation/Fundación Gonzalo Río Arronte – Programa Hidrológico Nacional – Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia, Educación y la Cultura – Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales SEMARNAT, Juitepec (Morelos), 2007, p. 16.

5 AA.VV. *Pylot analysis of Global Ecosystem*, World Resource Institute, Washington DC, 2000.

6 RIESTRA MIRANDA, FRANCISCO, “Establecimientos de caudales ecológicos mínimos en Chile”, en Milka Castro y Lucas Fernández (editores), *Gestión sostenible de humedales*, Gráfica LOM, Santiago, 2007, p. 189.

tencia entre múltiples usuarios.⁷ Téngase en cuenta dos elementos adicionales que incorpora el último concepto; el establecimiento de un caudal ambiental emerge cuando es necesaria una regulación sobre un curso de agua determinado, y cuando al menos hay un conflicto potencial entre diferentes usuarios, que pone en peligro la subsistencia del ecosistema acuático, lo que es puesto de relieve en el concepto elaborado por *Global Environmental Flows Network*.⁸

3. Características e importancia

La doctrina científica identifica como características de la institución el hecho de que constituye un instrumento de gestión ambiental que se materializa en la fijación de una cantidad mínima de agua que debe fluir, con el fin de asegurar la supervivencia del ecosistema acuático. Además, constituye una restricción a los derechos de aprovechamiento, tanto a los nacidos con posterioridad a la fijación del caudal ambiental, como los preexistentes, en cuyo caso los titulares deben reducir el nivel de aprovechamiento hasta que sea posible dejar pasar la cantidad de agua que se ha determinado.

Este tipo de limitación se establece solo en curso de aguas superficiales, para evitar cualquier forma de deterioro de los ecosistemas hídricos que afecte algunos de los niveles de la diversidad biológica existente en ellos; y, no menos importante, su objetivo esencial es la preservación de los recursos naturales y en general la protección del ambiente. Ello no impide que, al mismo tiempo, su fijación responda a unos objetivos más concretos, como pueden ser “[...] conservar una especie protegida, evitar cortes en el río, mantener pozas y zonas ribereñas para efectos del paisaje, restaurar un tramo del río, mantener la población de peces para pesca, etcétera”.⁹

Con la determinación de los caudales ambientales, a nivel mundial, se han disminuido los impactos derivados de la regulación de los cauces. A través de su establecimiento se busca la permanencia de un volumen de agua determinado, que sirva para conservar los valores ambientales del río.¹⁰ Es lo mismo que afirmar que la fijación del caudal ambiental implica determinar cuánta agua puede

7 ALONSO EGUÍA LIS, Perla Edith y Rebeca GONZÁLEZ VILLELA, “Introducción a los caudales ambientales”, *cit.*, p. 17.

8 Global Environmental Flows Network, 2000, disponible en <http://www.eflownet.org/viewinfo.cfm?linkcategoryid=18&linkid=85&siteid=2&FuseAction=display> 23 de febrero de 2017.

9 BOETTIGER PHILIPPS, Camila, “Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos”, en *Actas de Derecho de Aguas*, No. 3, 2013, p. 3.

10 IZQUIERDO SANTACRUZ, Mónica Lucía y Sandra Milena MADROÑERO PALACIOS, “Régimen de caudal ecológico, herramienta para conservar la biota acuática”, en *Ciencia e Ingeniería Neogranadina*, Universidad Militar Nueva Granada, volumen 23-2, diciembre de 2013, p. 81.

extraerse de un río, sin causar un nivel inaceptable de degradación en los ecosistemas ribereños.

Aunque en el presente trabajo no se distingue entre estas categorías, varios autores ubican dentro del concepto más general de caudal ambiental, el de caudal ecológico. Así, se afirma que “[...] un caudal circulante por un cauce podría ser considerado como ecológico, siempre que fuese capaz de mantener el funcionamiento, composición y estructura del ecosistema fluvial que ese cauce contiene en condiciones naturales [...]”.¹¹ No obstante, siempre ha de tenerse en cuenta que su finalidad trasciende a la conservación del ecosistema y de las especies autóctonas de la flora y la fauna que en él habitan, sino que se extiende al mantenimiento de la actividad pesquera, cierta calidad estética del paisaje o determinados tramos que tengan un interés científico o cultural.

Otra perspectiva, desde la que se ha intentado distinguir ambos términos, es según criterios cuantitativos. Así, mientras que el caudal ecológico sería el umbral a partir del cual determinada especie sensible se recupera de las perturbaciones ocasionadas por la falta de escorrentía, el caudal ambiental se determinaría por encima del caudal ecológico, y fijaría un umbral mínimo o máximo que permitiese la satisfacción de las necesidades de la sociedad, establecidas *ad hoc* para ese cauce.¹²

En todo caso, se trata de un concepto que *ab initio* tiene naturaleza multidisciplinaria. Mientras que el término caudal proviene de las ciencias técnicas, de aquellos profesionales que realizan la gestión del recurso natural agua, lo ecológico o ambiental proviene de la biología o de las ciencias geográficas, a partir de las cuales se han realizado las propuestas para la gestión de la naturaleza, y de los recursos naturales en particular.¹³

Los métodos a partir de los cuales se ha determinado el caudal ambiental escapan, en buena medida, del interés de una obra como la presente, dirigida fundamentalmente a aquellos que se acercan a la tutela jurídica de las aguas. A pesar de ello, se realiza seguidamente un breve esbozo de las líneas maestras que ha seguido la reflexión al respecto, como presupuesto necesario para la comprensión del tema, y del correspondiente estatuto jurídico que se pretende defender después.

Las primeras manifestaciones de determinación de un caudal ambiental se dan en la primera mitad del siglo XX en Estados Unidos,

11 *Apud.*, GARCÍA DE JALÓN, Diego y Marta GONZÁLEZ DEL TÁNAGO, *El concepto de caudal ecológico y criterios para su aplicación en los ríos españoles*, Departamento de Ingeniería Forestal - Escuela de Ingenieros de Montes, Universidad Politécnica de Madrid, Madrid, 1995.

12 GAVIÑO, *cit. pos.* ALONSO EGUÍA LIS, Perla Edith y Rebeca GONZÁLEZ VILLELA, “Introducción a los caudales ambientales”, *cit.*, p. 18.

13 IZQUIERDO SANTACRUZ, Mónica Lucía y Sandra Milena MADROÑERO PALACIOS, “Régimen de caudal ecológico...”, *cit.*, p. 81.

aunque las modificaciones legales no llegaron hasta los años sesenta, cuando se inició la construcción en ese país de grandes presas. Durante los años ochenta, se extendió fuera de Estados Unidos y Europa, registrándose el uso de metodologías en países de Centro y Suramérica.¹⁴ Hasta 2003, se había contabilizado 203 metodologías aplicadas en 44 países, en una gama que incluye la utilización de simples registros hasta sofisticadas tecnologías.¹⁵

A riesgo de simplificar demasiado, puede decirse que los métodos hidrológicos son los más antiguos, y vienen siendo aplicados por el Servicio de Pesca y de Vida Silvestre de Estados Unidos (USFWS). Utiliza colecciones de datos de campo y considera porcentajes del promedio anual del caudal para distintas condiciones o categorías de ríos. Los métodos hidráulicos, por su parte, emplean relaciones cuantificadas entre cantidad y calidad del recurso agua, así como el hábitat y la descarga. Se utilizan ciertas variables hidráulicas, como perímetro húmedo o profundidad máxima, interviniendo sobre determinadas secciones del río, con efectos hacia el resto del ecosistema.

Finalmente, los métodos consistentes en la simulación de hábitats realizan un análisis detallado de la cantidad y disponibilidad física de hábitats dentro del río para determinadas especies objetivo o comunidades de especies, teniendo en cuenta variables hidrológicas, hidráulicas y biológicas.¹⁶

4. El caudal ambiental en los instrumentos jurídicos internacionales

A partir de los años setenta del pasado siglo, sobre todo con la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Humano, de 1972, ha aumentado la preocupación en los foros internacionales por los temas ambientales, con especial referencia a la temática del agua. Ello ha producido también, de forma paralela, y como resultado muchas veces de estas reuniones, la aprobación de instrumentos internacionales, que en cierta forma han constituido un marco de referencia para la legislación nacional.

14 CORDOBA, R. y A. IZA, "Environmental flows and water reforms in Central America: Challenges and opportunities for their implementation", in AA.VV., *Proceeding of the 10th International River symposium and Environmental Flow Conference*, Brisbane, Australia, 2007.

15 ALONSO EGUÍA LIS, Perla Edith y Rebeca GONZÁLEZ VILLELA, "Régimen de caudal ecológico...", *cit.*, pp. 19 y 20.

16 *Vid.* THARME, R. E., "Review of International Methodology of Quantification of the Instream Flow Requirements of Rivers", in AA.VV., *Water Law Review final report for policy development for the Department on Water Affairs and Forestry*, Freshwater Research Unit – University of Cape Town, Pretoria, 1996.

La Conferencia Internacional sobre Agua y Ambiente, celebrada en Dublín en 1992 aprobó el Estatuto de Dublín sobre agua y desarrollo sostenible, además de unos Principios Directrices, el primero de los cuales reconoce que “[...] *el agua es un recurso finito y vulnerable, esencial para el sostenimiento de la vida, el desarrollo y el ambiente*”. Otros principios se refirieron al enfoque participativo en la gestión del agua, su consideración como bien económico, y el papel de la mujer en su salvaguarda.¹⁷

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Conferencia de Río, de junio de 1992, aprobó la denominada Agenda 21 o Programa Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, cuyo Capítulo 18 hace referencia al derecho al agua. Este incluye tres elementos, acceso, cantidad y calidad, incluyendo no solo “[...] *un objetivo general a cierto acceso adecuado a agua de buena calidad, y mantenerlo, para toda la población de este planeta [...]*”, sino que estatuye que todas “[...] *las personas, cualquiera que sea su estado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tiene derecho al agua potable, en la cantidad y con la calidad equivalente a sus necesidades humanas básicas*”.¹⁸

También la denominada Cumbre del Milenio, del año 2000, que aprobó los recientemente sustituidos Objetivos de Desarrollo del Milenio, se propuso reducir a la mitad la población carente de un acceso sostenible al agua potable, proponiéndose adoptar una nueva ética en la conservación, que planteó como primer paso el freno a la explotación no sustentable del recurso agua. En este siglo se han celebrado igualmente los Foros Mundiales del Agua, como espacio de discusión y de adopción de estrategias conjuntas para enfrentar la gestión de este recurso.

Un primer grupo de instrumentos internacionales está dirigido a la regulación de los usos cuando el recurso natural es compartido por varios Estados. La Convención y Estatuto de Barcelona sobre el régimen de vías fluviales navegables de interés internacional y la Convención relacionada con el desarrollo de energía hidráulica que afecta a más de un Estado, aunque fueron aprobados en la década de 1920, constituyeron las primeras manifestaciones y se mantienen vigentes. Ello tiene que ver con el hecho que en el desarrollo del llamado Derecho fluvial internacional, la primera preocupación de los Estados fue garantizar el uso de las aguas con fines de navegación.¹⁹

17 ZUCCA, María Cristina, “Freshwater resources”, in AA.VV., *Training Manual on International Environmental Law*, United Nation Environment Programme, Nairobi, 2007, p. 246.

18 Vid. SCANLON, John, ANGELA CASSAR and NOEMI NEMES, “Water as a human right?”, IUCN Environmental Policy, en *Law Paper* No. 51, IUCN The World Conservation Union, Gland – Cambridge, 2004, p. 7.

19 DEL CASTILLO, L. y C. LLERENA, *Análisis del marco legal e institucional sobre caudales ecológicos/ambientales en el Perú*, Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales UICN, Quito, 2012, p. 28.

De una etapa más tardía son las llamadas Reglas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, adoptadas por la Asociación de Derecho Internacional en 1966, es el primer ejemplo de ello. Otro instrumento es la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, adoptada la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1997, a propuesta de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Internacional. Esta se basó en distintas fuentes, entre ellas otros tratados internacionales en la materia, la práctica de los Estados y otros trabajos de organizaciones internacionales, y aunque no ha sido ratificada por el número suficiente de Estados, contiene una serie de reglas consuetudinarias, como la de utilizar los cursos de agua internacional de forma razonable, la obligación de prevenir riesgos o daños significativos, y la de notificar cualquier medida que pudiera afectar a otros Estados que comparten el mismo recurso.²⁰

Existe también un conjunto de tratados internacionales que aunque no estén vinculados a los ríos o cursos de agua, sus disposiciones tienen estrecho vínculo con la regulación que se haga de los caudales ecológicos o ambientales. Así, entre los principales instrumentos internacionales que se refieren a ellos, se puede mencionar a la Convención sobre humedales de importancia internacional, conocida como Convención Ramsar, adoptada en 1971 en esa ciudad iraní, la cual trata de asegurar la utilización de todos los humedales y establece la conservación más rigurosa de los humedales incluidos en la Lista de humedales de importancia internacional, además de adoptar varias directrices voluntarias que proponen revisar regulaciones e instituciones nacionales.²¹

El artículo 2.6 establece para los Estados partes las responsabilidades con respecto a la conservación, gestión y el uso racional de las poblaciones migratorias de aves acuáticas. El artículo 3.2 también dispuso la obligación de los Estados para informarse acerca de las modificaciones de las condiciones ecológicas de los humedales situados en su territorio y que hayan incluido en la lista; fomentando la conservación de los humedales y de las aves acuáticas creando las reservas naturales, y tomando medidas para su custodia (artículo 4.1).

Por otra parte, la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural, adoptada en noviembre de 1972, también incorpora un listado de sitios específicos, aunque contiene un régimen administrativo más riguroso e impone obligaciones más rigurosas a las Partes, lo que incluye estipulaciones referentes a informes e inspección. Esta Convención define al patrimonio natural

20 ZUCCA, Maria Cristina, "Freshwater resources", *cit.*, pp. 247 y 248.

21 DEL CASTILLO, L. y C. LLERENA, *Análisis del marco legal...*, *cit.*, p. 28.

como formaciones físicas o biológicas que tengan un valor universal excepcional, así como lugares o zonas naturales estrictamente delimitadas, que tengan el mismo valor excepcional, desde el punto de vista de la ciencia, la conservación o la belleza natural (artículo 2). Para la protección de este patrimonio, los Estados se obligan a identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio situado en su territorio, para lo cual deben adoptar las políticas públicas correspondientes, instituir o fortalecer, según el caso, un servicio de protección, fomentar la investigación científica y los estudios que eviten los peligros a los que está sometido dicho patrimonio, y establecer las medidas legales y administrativas que sean necesarias para hacer cumplir acciones relativas al patrimonio cultural y natural, que también es objeto de la Convención (artículos 4 y 5).

También la Convención sobre la conservación de especies migratorias de animales silvestres, conocida también como Convención de Bonn, de 1979, puede ser de utilidad para la conservación de caudales ambientales cuando ríos y humedales constituyan el hábitat de especies protegidas y cuando el mantenimiento de caudales de agua sea necesario para asegurar la supervivencia de una especie migratoria. Dicha Convención requiere igualmente de medidas de implementación nacionales de carácter político, científico y de monitoreo, con el fin de remover los obstáculos que impidan la migración de las especies.

No menos importante es el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), un tratado marco que se orienta al logro de la conservación de la diversidad biológica en el planeta, afirmando su valor *per se*. Sus objetivos son muy amplios y las obligaciones fundamentales de las Partes se expresan en términos muy generales, por lo que ha sido calificada como convención marco, pese a lo cual se refiere a la diversidad biológica terrestre, marina y otras fuentes acuáticas, por lo cual tiene relación con los caudales ambientales. Su artículo 6, inciso b), obliga a integrar en la medida de lo posible, dentro de los planes y programas sectoriales e intersectoriales, la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad, al mismo tiempo que da preferencia a la conservación *in situ* a través del establecimiento de áreas protegidas (artículo 8, inciso a).

Cuba ha firmado y ratificado la mayoría de estos instrumentos internacionales, que si bien no reconocen de forma explícita la categoría objeto de análisis, al menos el cumplimiento de sus finalidades así lo exige. Poco puede hacerse eficazmente por la protección del patrimonio natural, y en específico por los humedales, las especies migratorias o la diversidad biológica, sin la conservación de la integridad de los ecosistemas, en especial de aquellos ligados a nuestros ríos.

5. El caudal ambiental en el Derecho comparado

Una búsqueda del reconocimiento de este instrumento de gestión en diversos ordenamientos jurídicos permite percatarnos de la multiplicidad de enfoques que admite su regulación. La Ley de aguas española de 1985 prevé la necesidad de mantener un caudal mínimo para la conservación del medio natural. Su artículo 90 dispone expresamente que “[...] los Organismos de cuenca, en las concesiones y autorizaciones que otorguen, adoptarán las medidas necesarias para hacer compatible el aprovechamiento con el respeto del medio ambiente y garantizar los caudales ecológicos o demandas ambientales previstas en la planificación hidrológica [...]”.

También en el marco del continente europeo, en Francia, la Ley No. 84 512, de junio de 1984, relativa a la pesca en agua dulce y a la gestión de los recursos hidrobiológicos, aborda el tema de los caudales ecológicos. En ella se establece que el caudal mínimo no será inferior a la décima parte del caudal medio interanual evaluado en un periodo mínimo de cinco años, o a la totalidad del caudal fluyente si este fuese menor. En ríos con caudal medio interanual inferior a 80 m³/s podrán fijarse valores menores mediante Decreto, pero nunca por debajo del veinteavo del caudal medio. Como se advierte, la técnica legislativa utilizada es otra, y no deja a las autoridades y operadores jurídicos la tarea de determinar los métodos a emplear para la fijación del caudal ambiental, sino que lo establece la propia disposición. Se prefirió así una mayor seguridad jurídica para los usuarios de los cursos de agua, que el rigor técnico en la determinación caso a caso del caudal ecológico. En el mismo sentido se pronuncia el Decreto-Ley portugués No. 46, de mayo de 1994, sobre caudales mínimos, disponiendo que el caudal ecológico o de mantenimiento no deberá ser inferior al 2,5 % o 5 % del caudal medio.²²

En América Latina el concepto también ha tenido recepción, incluso, en algún texto constitucional, como la Constitución del Ecuador, insertada en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Su artículo 318 dispone que “[...] el agua es patrimonio nacional estratégico de uso público, dominio inalienable e imprescriptible del Estado y constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia de los seres humanos. Se prohíbe toda forma de privatización del agua. El Estado a través de la autoridad única del agua será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán a consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación”.

Se asume así otro posible modelo de regulación, consistente en la inserción del caudal ambiental en el contexto de la regulación de los

22 DEL CASTILLO, L. y C. LLERENA, *Análisis del marco legal...*, cit., p. 31.

diversos usos del agua, al establecer prioridades para su determinación. Lo cuestionable en este caso es el lugar en que sitúa el caudal ecológico, luego del consumo humano y la producción de alimentos y con carácter previo a cualquier tipo de actividad productiva. La seguridad alimentaria es también una actividad productiva, aunque esencial, pero cualquier uso que se haga de las aguas que ponga en peligro la subsistencia del ecosistema, también pondrá en riesgo la misma actividad económica y su perdurabilidad en el tiempo. No habrá seguridad alimentaria si las condiciones ambientales no ofrecen garantía de acceso a alimentos nutritivos, sanos y asequibles.

Del mismo tenor es la legislación colombiana, pues el Código de Recursos Naturales, contenido en el Decreto-Ley 2 811, de 1974, establece que los usos del agua deben guardar el orden de prioridades siguiente: humano, conservación, reserva; por último, su uso económico, sea agrario, comercial o industrial, aunque este orden se ha invertido en la práctica desde hace varias décadas y los fines económicos tienen la prioridad para Estados, gobiernos y empresas.²³

La prioridad del uso humano se refiere fundamentalmente al consumo doméstico, asociado al ejercicio del derecho al agua como derecho humano. No es el derecho a cualquier agua, de cualquier calidad, ni en cualquier cantidad, sino la referida a las necesidades básicas humanas. En cuanto a la inversión en la práctica del orden de prelación establecido en la ley, no debe asombrarnos esta falta de sintonía, cuando las entidades públicas que gestionan el agua pueden ser objeto de presión por grandes empresas, incluso transnacionales, o por el propio imperativo del crecimiento económico, buscado a toda costa si se quiere garantizar los derechos económicos y sociales de las grandes mayorías, todavía más si los resultados son imprescindibles de cara a un proceso electoral.

Estas referencias en el orden del Derecho comparado constituyen el antecedente necesario para abordar con mayor claridad el reto que tiene la legislación cubana en la elaboración de una nueva ley de aguas, de modo que se refleje en la misma la categoría caudal ambiental.

6. Notas conclusivas de cara a una nueva ley

Ya se apuntó cómo la Política Nacional del Agua ya aprobada, al establecer una prioridad en los usos del agua declara como prioridad el abasto humano, la ganadería, el riego agrícola y la producción industrial de alimentos, el resto de los usos industriales,

23 MESA CUADROS, Gregorio, "Agua, ambiente y derechos", en Julián Mora Aliseda (director), *Gestión de recursos hídricos en España e Iberoamérica*, Editorial Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 33.

la acuicultura, los usos recreativos y ambientales (número 9). La Política no aclara que ese sea precisamente el orden de prelación, pues de la expresión no cabe deducir necesariamente ello. Habrá que esperar a la promulgación de la ley para constatar cuál será el que adopte definitivamente la ley, y esperar que el caudal ecológico o ambiental no se sitúe en el último lugar entre los posibles usos del agua. Si bien esa ha sido la conclusión de los redactores de los anteproyectos a los que se ha tenido acceso, no hay qué obligue a interpretar la Política aprobada de esta manera.

Algunos avances se han obtenido en el proceso de discusión del anteproyecto, desde la definición de sus objetivos hasta la propia regulación de un orden de prelación en los usos. En versión sometida a discusión en 2015 se proponía la redacción de un artículo 2 que declaraba como objetivos de la ley, “[...] ordenar la gestión integrada y sostenible de las aguas terrestres –recurso natural renovable y limitado–, en función del interés general de la sociedad, la economía, la salud y el medio ambiente”. Un año después, la versión disponible en la página web de la Asamblea Nacional del Poder Popular²⁴ establece, en el mismo sentido, tres objetivos, consistentes en ordenar la gestión integrada y sostenible de las aguas terrestres, recurso natural renovable y limitado, “[...] en función del interés general de la sociedad, la salud, el medio ambiente y la economía [...]”. Seguidamente, menciona las medidas para la protección de las aguas terrestres, sobre la base de su planificación y preservación, en armonía con el desarrollo económico y social sostenible y la protección del medio ambiente, así como aquellas necesarias para la reducción de desastres por la incidencia de los eventos hidrometeorológicos extremos.

Sin embargo, no se ha obrado en el mismo sentido en la regulación específica del caudal ambiental o ecológico. En el Título IV, relativo a la utilización del patrimonio hidráulico, se incluyó en 2015 un capítulo dedicado a los usos de las aguas terrestres, en el que se conceptualizaba al caudal ambiental como el gasto de aguas abajo de las presas y derivadoras, necesario para mantener las funciones ecosistémicas de la corriente y las condiciones de la biodiversidad. Este sería determinado por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH), de conjunto con el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (artículo 42.2 del anteproyecto de 2015), apareciendo en el orden de prelación en el séptimo lugar, después del abastecimiento humano, animal, caudal sanitario, riego agrícola y producción industrial de alimentos y acuicultura, incluida la camaronicultura, con la única salvedad de los usos recreativos, que se colocaron en un orden posterior (artículo 43.1).

Se intentaba hacer flexible al orden, a través de disposiciones que permitían modificarlo cuando existiesen sequías prolongadas, afectaciones a la calidad del agua, afectaciones a los ecosistemas

24 Disponible en www.parlamentocubano.cu

priorizados, o cualquier otra situación excepcional. La versión de 2016 mantiene dicho contenido en sus líneas fundamentales. El concepto que ofrece de lo que ahora denomina caudal ecológico es idéntico al de caudal ambiental, que se incluía antes, por lo que al menos en la intención de los redactores se utilizan como sinónimos, como se ha hecho hasta aquí.

La referencia que se hace a las presas y derivadoras hay que interpretarla de forma extensiva, de modo que incluya cualquier tipo de uso que se realice o derecho que se constituya sobre un cauce superficial. Se avanzó, por otra parte, en que corresponda al Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente la determinación del caudal ecológico (artículo 44.3), aunque en consulta con el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

En cambio, la redacción es idéntica cuando se establece el orden de prelación en torno a los distintos usos del agua. La preferencia establecida es irracional e insostenible. Si el caudal ambiental es imprescindible para mantener las funciones ecosistémicas y la biodiversidad, si no es priorizado, se ponen en peligro el resto de los usos, pues ello puede conducir a distintas formas de degradación del recurso, llegando a afectar la propia salud humana. En mi opinión, no debe tratarse de un uso más, sino que el resto de los usos debe permitirse en la medida en que se respete dicho criterio. Ello explica por qué el texto refundido de la Ley de aguas española de 2001, en su artículo 60, no incluye dicho uso. No lo hace porque en la determinación de estos deben observarse las reglas establecidas en el artículo 90 precitado.

El caudal ambiental o ecológico debe insertarse, pues, en norma independiente que contenga los criterios para determinar la selección entre los distintos tipos de usos posibles sobre el mismo cauce, en ocasión de concurso de los mismos, siendo estos incompatibles. Ello aseguraría que se tengan en cuenta los criterios ambientales en todo momento, y no solo cuando alguna circunstancia extrema lo imponga. Se aplicaría también con mayor fidelidad el principio de prevención, recogido en el artículo 4 de la Ley de Medio Ambiente, pues e podría actuar aun antes de que el ecosistema se hubiese afectado.

De poco vale que se mantengan las excepciones en el orden de prelación, pues el caudal ambiental sería tomado en cuenta solo en situaciones excepcionales, y solo así sería considerado entonces con la prioridad necesaria. Todavía es de mayor gravedad la situación cuando la modificación en el orden de prioridad debería ser aprobada por el Consejo de Ministros (artículo 46.2 del anteproyecto de 2016). Poner dicha decisión en manos del órgano ejecutivo administrativo superior hace que se conciba la situación como todavía más excepcional, y sin que la decisión pueda ser tomada con la celeridad que requiere el daño ambiental.

Acercamiento al régimen jurídico de los usos de las aguas terrestres en Cuba

Jennifer BATISTA TORRES*

“Todo lo que se refiere al régimen jurídico de las aguas es, de por sí, grave y complejo.”

*[...] El estudio integral de las aguas, por su índole, es de enciclopedia jurídica”.***

* Licenciada en Derecho. Profesora de Derecho Laboral del Departamento de Asesoría Jurídica y Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

** Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, tomo IV, 3ra. edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 62 y 64.

1. Ideas iniciales

Desde tiempos inmemoriales, la humanidad ha mostrado su inquietud por las aguas. Al recibir de ellas disímiles bondades, se convirtió en el recurso natural más necesario para el hombre y el resto de las formas de vida conocidas.

Las aguas se colocan en un lugar especial y de amplia repercusión para la sociedad. Se utilizan en la agricultura para el riego de los campos y sembrados, lo que permite la producción de alimentos; en la ganadería para abrevar al ganado y al resto de los animales de cría. Constituye además una vía de transporte que permite la comunicación, el intercambio cultural y el comercio entre regiones.

Asimismo, con la construcción de determinadas obras se convierten las riberas en puntos estratégicos para la defensa y la protección de las fronteras acuáticas. Igualmente, en ellas se pueden levantar obras hidráulicas dado que el hombre no siempre se adapta a las aguas como se encuentran en la naturaleza. Es así que se construyen embalses y presas para su almacenamiento en pos de su utilización racional y para casos de sequía; como medidas de protección para el caso de crecidas de los ríos se edifican diques; se montan plantas potabilizadoras, desalinizadoras, de tratamiento de residuales, etc., para la reutilización y el ahorro; y, por último, se proyectan acueductos para que los habitantes reciban las aguas de modo más efectivo y con mayor calidad. También su fuerza motriz se utiliza para la producción de energía eléctrica. En fin, el agua es tan importante que si se prescindiera de ella no existiera el mundo como se conoce hoy.

Si se observa el acontecer internacional, la materia expresada se encuentra en boga. El aumento a su acceso, en ocasiones indiscriminado e incontrolado, los malos usos que llevan a la contaminación y al despilfarro creciente, y el cambio climático, la han convertido en un recurso agotable. Las principales consecuencias son el nacimiento de un mercado de aguas y el incremento de regulaciones y estudios sobre su régimen jurídico para hacer que “todos disfruten más o menos por igual” de este recurso. Organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas y la Organización Mundial de Salud han dado espacio para estos debates.

Las aguas tienen, también, un papel muy importante en los ámbitos político y económico de cualquier Estado; incluso más que jurídico. Ello genera diversos discursos “como que es un algo de la naturaleza no susceptible de apropiación por nadie, o que es un arma estratégica para el ejercicio del poder”. Es decir, si bien las

aguas declaradas como públicas no son susceptibles de apropiación particular, constituyen un medio trascendente en la gestión de los Estados en aras de consolidar su fin de satisfacer necesidades comunes.

Todo ello ha permitido que se convierta en un tema de gran importancia para los juristas. Considerada en la actualidad en muchos ordenamientos jurídicos como un bien de dominio público, le corresponde entonces al Estado ordenar y garantizar su gestión, en aras de lograr su correcto aprovechamiento.

Las aguas pueden ser marítimas o continentales y han representado un papel de necesaria referencia en los estudios de Derecho. Las primeras, esencialmente en el Derecho internacional público y marítimo; las segundas, básicamente, en los estudios de Derecho administrativo, agrario y ambiental. Sin embargo, son estas últimas las que han suscitado más interrogantes y debates de la doctrina.

Para nadie es un secreto lo especial que resulta este recurso natural. Su reafirmación como bien nacional o de dominio público hace cuestionarse si realmente tal denominativo vendría a resolver los problemas jurídicos que sobre ella se originan.

Cuestiones como quién es su titular, cuál es su naturaleza jurídica, cuáles son los elementos del régimen jurídico de las aguas terrestres, así como los derechos de aprovechamiento que pueden nacer sobre ellas son interrogantes que interesan a los juristas en la actualidad. Lo cierto es que los elementos variarán según las características hídricas de cada Estado, así como de la política de aguas que adopten.

Sobre la titularidad de las aguas terrestres, la cuestión es complicada y constituye la principal fuente de confusiones para comprender el alcance de los derechos que nacen sobre ellas. De aquí que existan aguas privadas y públicas; y en tal sentido, los derechos sobre cada una variarán, así como su régimen jurídico.

Siendo así, el objetivo de este análisis es desarrollar lo referido a los usos de las aguas terrestres no solo desde el punto doctrinal, sino sobre el tratamiento jurídico en Cuba. Si bien tal tema pudiera resultar sencillo para quienes se detengan sobre él, corresponde decir que es más complicado de lo que aparenta. Su no inclusión en las normas jurídicas al efecto lleva consigo deficiencias en el actuar y la gestión de la Administración pública. Al realizarse los procedimientos según lo que la práctica ha dictado a lo largo de los años, la Administración puede incurrir en arbitrariedades, olvidando lo necesario de la satisfacción de las necesidades comunes.

En Cuba, el agua ha sido constitucionalmente declarada como propiedad estatal socialista de todo el pueblo, de acuerdo con el

artículo 15.¹ Ello significa que el Estado debe permitir y propiciar su uso, ya sea común, especial o privativo, en aras de un uso racional pero equitativo, de acuerdo con las necesidades de cada administrado; y para ello deberá expresamente disponerlo en una norma especial que desarrolle tal particular.

Existe una gran dispersión al regular el régimen jurídico de las aguas terrestres.² Se tiene en cuenta como recurso natural que merece amparo desde esta perspectiva y también para su protección contra la contaminación, refiriéndose a los usos como acciones.

Asimismo, como constituye un recurso de escasa disponibilidad en el país, al ser los ríos intermitentes y las precipitaciones escasas, debe ser mayor la regulación jurídica y técnica para realizar una mejor gestión sobre estas.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico cubano existe lo que se pudiera denominar una dualidad normativa y, especialmente en el caso de las aguas terrestres, sucede con mucha frecuencia. El hecho es que por el propio control al cual se someten y debido a su disponibilidad escasa, se disponen en las normas jurídicas pronunciamientos de este tipo, conjuntamente con reglas netamente técnicas que sirven para dar una explicación práctica al contenido jurídico. Su fundamento está claro: el manejo de las aguas es una cuestión esencialmente de praxis, mas no por ello se debe olvidar su trasfondo jurídico. Es esto lo que ha sucedido con los usos de las aguas terrestres: se ha convertido en una cuestión tan técnica que se reduce a determinar los volúmenes aprovechables por cada rama de la economía, dejando fuera a los habitantes como princi-

1 "Artículo 15: Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o cooperativas integradas por éstos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación;

b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera.

Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la trasmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

En cuanto a la trasmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la ley".

2 Encontraremos referencias en las normas relativas a la navegación, la pesca, las minas, el medio ambiente, donde el Capítulo IV: "Agua y ecosistemas acuáticos", Sección segunda, lo aborda; los recursos forestales, en el Código Penal, en la norma tributaria, en resoluciones del Ministerio de Finanzas y precios, en la Política Nacional del Agua, pero solo se tiene en cuenta la cantidad de metros cúbicos disponibles para cada espacio de la sociedad, etcétera.

pales beneficiarios de ellas³ y que pueden en todos los casos hacer uso de ellas por sí mismos.⁴

Otro elemento a destacar lo constituye el rango normativo de la regulación sobre las aguas terrestres. Estas cuestiones se ordenan en un Decreto-Ley, cuando lo correcto sería su regulación mediante una Ley que estableciera los elementos específicos sobre las aguas terrestres en el país al ser un bien de dominio público especial. Ello evitaría que normas de superior jerarquía establecieran pronunciamientos que entraran en contradicción con la legislación especial, es decir, el Decreto-Ley, lacerando el principio de que la norma especial rige sobre la norma general.

Tampoco se incluye el régimen jurídico para cada elemento que conforma las aguas terrestres,⁵ y todo se debe a que los juristas poco o casi nada se han ocupado del estudio en Cuba, por lo cual la institución de los usos se encuentra casi en el olvido. No se halla desarrollada en un espacio particular e independiente, como la buena técnica jurídica indica y muestra el Derecho comparado.

Por último, otra cuestión importante es la falta de previsión de los procedimientos para el otorgamiento de usos especiales y privativos de las aguas, cuestiones que deberían encontrarse, al menos, esbozadas en la referida normativa y desarrolladas en su Reglamento o en una ley especial al efecto. Lo relativo a las autorizaciones y concesiones se encuentra fraccionado según el uso particular que se vaya a realizar sobre las aguas, y en ocasiones ni siquiera se encuentra regulado.

Igualmente, lo relativo al régimen económico y financiero viene dispuesto por la Ley Tributaria y resoluciones del Ministerio de Finanzas y Precios; su protección de última *ratio* en el Código Penal, etc., y se pudiera continuar mencionando normas. Es muy asistemática y dispersa su regulación al igual que la de otros elementos de su régimen jurídico.

En esencia, a pesar de existir varias normas jurídicas que regulan cuestiones relativas a las aguas terrestres, existe parquedad en cuanto al desarrollo de sus usos. Además, no existe coherencia en el

3 Aunque no se dispone en ningún sitio, todo parece indicar que, debido al principio de unidad de la corriente, todas las aguas están interconectadas y como quienes hacen posible que llegue a los administrados como individuos son personas jurídicas que prestan un servicio público, los usos privativos y los especiales vienen dados por lo que dispongan esos entes, dejando fuera los usos comunes, por ejemplo, que son consecuencia de la declaración del agua como bien de dominio público.

4 Aunque no es lo que prima, los habitantes pueden tomar las aguas por sí mismos, igualmente hacer uso de ellas para actividades deportivas, recreativas o para satisfacer sus necesidades básicas.

5 En este sentido, *vid.* Ley de Aguas para la República de Cuba (de 19 de julio de 1879, extensiva a Cuba mediante Real Decreto de 1891), en SÁNCHEZ ROCA, Mariano, *Leyes administrativas de la República de Cuba y su jurisprudencia*, volumen I, Editorial Lex, La Habana, 1942, p. 9 y ss. Esta ley dispone, ante todo, lo relativo al dominio de las aguas pluviales, las vivas, manantiales y corrientes, las muertas o estancadas y las subterráneas, para más adelante determinar los diferentes tipos de aprovechamientos sobre ellas, que es lo que trataremos como usos de las aguas terrestres.

articulado del Decreto-Ley No. 138 de 1993, de las aguas terrestres, en cuanto a la institución abordada y el tratamiento que se les otorga es meramente proteccionista y de racionalización del recurso.

2. Aguas terrestres como bienes de dominio público en Cuba

El dominio público es una categoría de construcción moderna, pero su anclaje se puede encontrar en el Derecho romano. Los romanos, aunque no lo definieron, determinaron su alcance a partir de las facultades que implicaba.⁶

En la época feudal varía su status para convertirse en regalía⁷ de la Corona, significando que un soberano decidía el destino de tales bienes.

Con el nacimiento de los Estados nacionales, estos tipos de bienes se vieron vinculados jurídicamente al Estado, siendo ellos, a través de las Administraciones locales, los titulares de una propiedad pública, estatal, nacional, etc., bajo diversas terminologías.⁸

Más tarde estalla la Revolución francesa, y del concepto difuso de regalías nace el demanio como clase especial. Se hacía necesario explicar el vínculo jurídico del Estado con estos bienes de aprovechamiento común, naciendo la moderna teoría del *domain public*. A partir de aquí, para referirse a estos bienes, se utilizó la categoría dominio público.⁹

Varios autores intentaron definirlo. MAYER,¹⁰ por ejemplo, plantea que la propiedad pública no es más que la propia idea de propiedad civil transportada al Derecho público, y por tanto, modificada. Tuvo razón al diferenciarla de la propiedad civil, comenzando por su régimen jurídico público, pero no definió su contenido.

6 Vid. CAMUS, E. F., *Curso de Derecho romano. Derechos reales*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, La Habana, 1939, p. 4.

7 Son los derechos provenientes de la soberanía de los reyes en el Antiguo Régimen. Son derechos exclusivos e inherentes del poder soberano Vid. MARTÍNEZ DE NAVARRETE, Alfonso, *Diccionario Jurídico Básico*, Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1995, p. 389.

8 En algunos bienes como las aguas y las minas, se les podían entregar a los particulares, el Estado mantenía su titularidad y era él quien los concedía. Se va dando a conocer aquí algo similar a la doctrina de las concesiones administrativas, actualmente conocidas y de gran importancia, recordemos que el Derecho administrativo tiene su germen, según doctrinas más modernas, en la época de luz y esplendor que constituyó la Revolución Francesa, en 1789. Vid. VERGARA BLANCO, Alejandro, "Naturaleza jurídica de los bienes nacionales de uso público", en revista *Ius Publicum*, No. 3, 1999, p. 77.

9 Cfr. DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, 2da. edición, traducido por Carlos G. Posada, Francisco Beltrán, Madrid, 1920, p. 168.

10 Cfr. MAYER, Otto, *Derecho Administrativo alemán*, tomo III, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1951, p. 111.

MARIENHOFF,¹¹ por su parte, lo define como el conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenecen a la comunidad política *pueblo*, hallándose destinados al uso público de los habitantes, directa o indirectamente. Es decir, esos bienes utilizados para satisfacer las necesidades comunes.

Para GARCINI,¹² en cambio, las cosas públicas son aquellas que forman parte del patrimonio administrativo y son utilizadas por la Administración para el desempeño de sus funciones. Son en esencia, los bienes que utiliza el Estado para satisfacer los intereses comunes y realizar su gestión.

Pero ROMANGOSI¹³ es quien parece esclarecer sobre este tema concretamente y determina cuatro requisitos esenciales para que una cosa pueda llamarse pública. En primer lugar, deben ser declaradas como públicas legalmente a través de una disposición jurídica que le otorgue dicho carácter. En segundo lugar, dicho reconocimiento depende de la posibilidad, de hecho, de uso por parte de la mayor cantidad de ciudadanos –lo que no quita la posibilidad de uso privativo– que en esencia debe tener una finalidad para satisfacer la mayor cantidad posible de intereses públicos. En tercer lugar, debe dar lugar a un derecho de uso, cuyos límites quedarán establecidos en la disposición jurídica al efecto, donde la Administración tiene la obligación de promoverlo, propiciarlo y permitirlo. Por último, ser susceptible de ser restituidos íntegramente a los usos públicos tras haber servido al particular. Ello implica que el uso por cada persona no limite su posterior disfrute por otras.

En conclusión, el dominio público está conformado por un conjunto de bienes que han sido declarados y reconocidos legalmente con esta condición, constituyen propiedad de las Administraciones públicas debido a su utilidad para la sociedad, por lo cual se destinan a un fin común.¹⁴ Si cumplen con estos requisitos, adquieren las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad¹⁵ e inembargabilidad,¹⁶ y son susceptibles de usos comunes y privativos.

11 Cfr. MARTÍN, Líber, *Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 63.

12 Vid. GARCINI GUERRA, Héctor, *Derecho administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 177.

13 BALBÉ, Manuel, "Concepto del dominio público", en *Revista Jurídica de Cataluña*, No. 5, noviembre-diciembre, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1945; "Las reservas demaniales", *Revista de Administración Pública*, enero-abril, No. 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1951.

14 Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, tomo III, 5ta. edición, Editor Roque de Palma, Buenos Aires, 1956, p. 387 y ss.; F. DE VELAZCO, Recaredo, "Naturaleza jurídica del dominio público según Hauriou", *Revista de Derecho Privado*, tomo III, enero-diciembre, 1921, p. 231; PAREJO ALFONSO, Luciano: "Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general", *Revista de Administración Pública*, No. 100-102, 1983, p. 2393.

15 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre la imprescriptibilidad del dominio público", *Revista de Administración Pública*, No. 13, enero-abril, 1954, p. 48.

16 PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 3ra. edición, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 853.

En el caso específico de las aguas terrestres,¹⁷ pueden tener una naturaleza jurídica pública o privada. La aplicación de un régimen jurídico u otro dependerá esencialmente de la trascendencia que revista como recurso para la sociedad. Es decir, si se declarasen privadas su fin esencial será brindar beneficios a su propietario únicamente y el país seguramente contará con reservas hídricas suficientes. En cambio, si constituyen un elemento de importancia en la prestación de un servicio público o en la satisfacción de intereses de la mayoría de las personas y debido a ello se les considere públicas, deberán ser incluidas en el dominio público y someterse a su régimen jurídico. Este rasgo es lo que permite la coexistencia de un régimen jurídico dual; pero siempre que resulten de interés superior a la sociedad en la satisfacción de sus necesidades comunes, la Administración pública deberá declararlas como dominio público y hacer cumplir su fin último.

Pero para que formen parte del dominio público deben cumplir con los requisitos que se analizaron anteriormente. Es decir, que la Administración, a través del reconocimiento legal, les otorgue un destino público, las afecte para la puesta en uso de todas las personas, incluidos los extranjeros. A través de la *publicatio* se deben referir y determinar los tipos de aguas terrestres que serán reconocidas como públicas, así como otros elementos que garanticen su correcta utilización.¹⁸ Por otro lado, una vez que las afectó al dominio público, debe permitir sus diferentes usos; siendo así, se encuentra obligada a promover el disfrute y aprovechamiento por el mayor número de personas posible. En los casos específicos de los usos privativos, aquellos que se han reservado, debe continuamente controlar que se realicen en interés de la comunidad para satisfacer las necesidades relacionadas con el preciado líquido.

En esencia, las aguas terrestres se comportarán como dominio público siempre que un ente administrativo, ya sea nacional, provincial o municipal, las administre. Él deberá velar por esas aguas que ahora han pasado a formar parte de su patrimonio. Ello significa que se encuentran fuera de la apropiación por parte de los particulares y, por tanto, son inalienables las acciones contra los elementos del dominio hidráulico imprescriptibles y tampoco serán objeto de embargo, lo cual encuentra su razón en el fin al cual se destinan.

En el caso de Cuba, las aguas terrestres poseen una naturaleza pública y se verá por qué.

17 Son aquellas masas de agua, perennes o no, que fluyan o se mantengan estancadas. Tendremos entonces dentro del conjunto de aguas terrestres y como parte del dominio público hidráulico a los ríos, los lagos, las lagunas, los manantiales, las subterráneas, las pluviales, los canales de navegación, etcétera. Vid. Auby, Jean Marie, *Droit Administratif des biens*, 4ta. edición, Editorial Dalloz, París, 2003, p. 52.

18 Vid. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 3ra. edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 731.

En primer lugar, las condiciones geográficas del país. Es una isla alargada y estrecha; lo que lleva consigo que los ríos sean cortos y poco caudalosos. Existe una temporada seca y otra lluviosa donde las precipitaciones son escasas, pero constituyen la mayor fuente de obtención de aguas.¹⁹ Súmesele que como las aguas superficiales y las subterráneas tienen vínculos, las hacen más vulnerables ante la posible contaminación, además de la baja eficiencia de los sistemas hidráulicos y las malas prácticas en su uso.

De aquí que las masas de aguas con las que cuenta el país se resumen en ríos, presas, lagunas, embalses, las subterráneas y las pluviales. Debido a ello, la disponibilidad hídrica se convierte en una tarea de especial trascendencia para el desarrollo. Por lo tanto, el Estado, ante esta situación, se encuentra en la obligación de garantizar que cada persona pueda acceder a ellas para satisfacer sus necesidades básicas y que estas posean la calidad necesaria para ser consideradas potables.

Un primer elemento que se debe asumir como el punto de partida para su declaración y reconocimiento como bien de dominio público: a partir de la escasa disponibilidad de las mismas, debido a las características geográficas expresadas, y puesto que reviste gran importancia y trascendencia para el país y para el desarrollo humano.

Esto no es suficiente para afirmar que en el país las aguas terrestres constituyen un bien de dominio público. Los elementos de hecho deben trascender al Derecho. Se encuentran reconocidas legalmente como afectados a un fin público en el artículo 15²⁰ de la Constitución; en él se declaran a las aguas terrestres como de propiedad estatal socialista de todo el pueblo, como dominio público.

Por su parte, el Decreto-Ley No. 138 de 1993, de las aguas terrestres, si bien no las ordena desde el punto de vista de dominio público especial, sí lo hace partiendo de su protección indispensable

19 Cfr. COLECTIVO DE AUTORES, *Geografía general*, 10º, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1992, p. 90.

20 "Artículo 15: Son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo:

a) las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o cooperativas integradas por éstos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales tanto vivos como no vivos dentro de la zona económica marítima de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación;

b) los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos e instalaciones han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas y centros científicos, sociales, culturales y deportivos construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera.

Estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

En cuanto a la transmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la ley".

como recurso natural.²¹ No obstante, se sobreentiende que constituye un bien afectado al uso público. Igualmente es este el espíritu de la Política Nacional de Agua, que expone todo lo relativo al funcionamiento y administración de los recursos hidráulicos, reconociendo incluso los vacíos legislativos con que cuenta la materia en el país.

Además, aunque no se declare, se aplica el principio de unidad de cuenca o de unidad de la corriente,²² y este es otro elemento que confluente para la declaración de las aguas con una naturaleza jurídica pública.

También los postulados del Código Civil –si bien no se refieren directamente a las aguas terrestres como un tipo de propiedad especial como lo hacía su antecesor– son igualmente aplicable en lo que se dispone para todos los bienes de propiedad estatal socialista de todo el pueblo.

Es decir, las aguas en Cuba, sin excepción, se han publicado a través de su reconocimiento como tal legalmente, no obstante todos los “imperfectos” existentes. Serán además administradas por entes públicos rectorados por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, que se encuentran obligados a permitir que se cumplan los usos para los cuales se han destinado, que no solamente son los comunes.

Al ser esto un elemento importante para poder afirmar que constituyen bienes de dominio público, habrá que referir además cómo con esta destinación se reconoce su afectación al uso común general sin necesidad de autorización, permiso o concesión. Se deduce por tanto que será esta la regla, todas las aguas están sujetas al uso de todos para la satisfacción de las necesidades básicas y con las limitaciones que se establezcan. En cuanto a los usos especiales y privativos, el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos deberá encargarse de regularlos y es esta una cuestión poco tratada.

Por último, a partir de lo expuesto, ellas constituyen bienes imprescriptibles, inalienables e inembargables, cuestiones todas que se interpretan de la propia declaración como bien de dominio público y de los pronunciamientos del Código Civil.²³

En esencia, las aguas terrestres en Cuba, sin excepción, son públicas, no existen aguas privadas. Las razones son muy claras, ha sido esta la solución que ha encontrado el Estado para proteger, promover y garantizar el uso de las aguas terrestres por parte de todos, teniendo en cuenta lo escaso del recurso en el país.

21 *Vid.* artículo 1 del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

22 Es este el criterio de los especialistas del INRH. Este principio plantea en esencia que toda el agua forma una unidad. *Vid.* VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de Aguas*, tomo I, 2da. Parte, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 242.

23 *Cf.* artículos 124, 138.1 y 138.3 del Código Civil cubano, Ley No. 59 de 16 de julio de 1987.

2.1. Elementos esenciales de las aguas terrestres

2.1.1. Definición y naturaleza

Las aguas terrestres son fácilmente definibles: son aquellas que discurren sobre la tierra o bajo ella. Reciben también el calificativo de continentales y, precisamente, para diferenciarlas de las aguas marinas.

En el ordenamiento jurídico cubano solamente existe una definición legal de las aguas terrestres en el artículo 1.3 del Decreto-Ley No. 164/1996, Reglamento de la pesca, y se puede deducir del artículo 94 de la Ley No. 81/1997 del medio ambiente, que incluirá a todas las aguas ya sean superficiales o subterráneas. Parece ser que la función de este último artículo no es realizar una definición acabada, sino simplemente ilustrar y guiar, pues tal concepto debería establecerse en la norma rectora de las aguas; dígase el Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

Varias son las deficiencias de esta norma, no obstante, se debe agregar que la indefinición de este concepto, así como las definiciones técnicas de los elementos que conforman los recursos hídricos en general, la hacen muy incompleta. Por su parte, el Reglamento de la pesca las enuncia,²⁴ diferenciándolas de las acuáticas.

Siendo así, corresponde exponer las líneas fundamentales que se pudieran tener en cuenta para realizar una definición adecuada, lo cual contribuiría, en esencia, a que se delimite este bien de dominio público y sobre el cual podrán exigirse el cumplimiento de lo que en la norma correspondiente se disponga.

Se pudiera definir partiendo de tres líneas fundamentales, que servirían de guía para desentrañar su esencia; la primera responde a “qué son”, la segunda “cómo son” y, por último, “qué se puede hacer con ellas”.

Por tanto, *aguas terrestres*, en el caso cubano, serán un bien público, mueble o inmueble que puede encontrarse estancado o continuamente fluyendo sobre la corteza terrestre o bajo esta y que se somete al uso común, al uso especial o al uso privativo de las personas. Es así que esta breve definición pudiese ser tomada en cuenta para una elaboración acabada e incluirla en la norma jurídica correspondiente.

En cuanto a su naturaleza jurídica, podrán ser bienes muebles o bienes inmuebles, e indudablemente las aguas terrestres revisiten importancia para el ser humano por su utilidad. Al decir de

24 Vid. artículos 1.3 y 1.4 del Decreto-Ley No. 164/ 1996, Reglamento de pesca.

MARIENHOFF,²⁵ las aguas pueden ser muebles siempre que sean separadas del suelo al cual se adhieren o corran por los conductos artificiales; e inmuebles cuando en su estado natural forman parte del suelo o estando almacenadas en obras artificiales o en los conductos, se encuentren realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo sometidas a perpetuidad. Lo cierto es que se trata de una cuestión meramente de hecho, será mueble siempre que se pueda trasladar e inmueble cuando se mantenga inerte; pero dadas las características del agua, casi siempre será considerada del primer modo; de ahí que sea necesaria su determinación legal. Ello no afectará su condición legal, será privada o será pública.

En esencia, el hecho de que las aguas sean declaradas públicas o privadas dependerá de los intereses de cada Estado y de sus características hídricas; además de factores como la importancia, la utilidad y la peligrosidad que de hecho revistan en la economía y el desarrollo del país.

El ordenamiento jurídico cubano no hace expresamente alusión a la naturaleza jurídica de las aguas, pero se puede interpretar; en la propia Carta Magna, que en el artículo 11c dispone que, sobre las aguas, el Estado ejerza soberanía, es decir, decidirá sobre ellas; igualmente, el citado artículo 15a dispone que serán un bien de dominio público. Por tanto, le es aplicable el Decreto-Ley No. 227 de 2002, del patrimonio estatal, lo que agrega que son un bien que conforma el patrimonio del Estado y que podrá ser de uso público o de servicio público; y los preceptos del Código Civil relativos a los bienes de propiedad estatal socialista de todo el pueblo; las aguas, por sus características, clasifican en ambos. El Decreto-Ley No. 138 de 1993, de las aguas terrestres, por su parte, nada parece expresar en relación con la naturaleza de las aguas y tampoco la Política Nacional del Agua.

Como se observa, la naturaleza jurídica de las aguas no ha sido muy tenida en cuenta para su regulación. Da al traste con el hecho de que las normas se han convertido en más técnicas que jurídicas, cuando realmente lo que debiera suceder es que confluyan ambas cuestiones.

Sobre la clasificación en bienes muebles o inmuebles, en el país no se alude a ello ni siquiera en el Código Civil. No obstante, siempre que cumplan el requisito de poder ser separadas del suelo al que se fijan o corran, son muebles; si ocurre lo contrario, son inmuebles y la trascendencia de definir este tema extremadamente práctico es por las consecuencias procesales y en materia penal, por ejemplo.

25 Este tema tiene trascendencia para los Estados en que las aguas son públicas y privadas, dado en cuestiones prácticas como los interdictos y acciones posesorias, que solo proceden respecto a bienes inmuebles. También tendría trascendencia en materia penal, puesto que si son muebles, habría hurto o robo y si, por el contrario, son inmuebles, sería usurpación. *Cfr.* MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, *cit.*, pp. 68-70.

En otro sentido, en Cuba las aguas han sido declaradas legalmente como públicas sin excepción, y ha dado lugar a derechos de uso por parte de los ciudadanos; esto por supuesto respondiendo a los fundamentos del Estado cubano, a sus características hídricas y a la importancia, utilidad y peligrosidad que pueden revestir para la economía del país. En conclusión, todas son estatales y se encuentran bajo la administración y control del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

En resumen, la naturaleza jurídica de las aguas terrestres en Cuba queda dispuesta en la Constitución, en la norma del patrimonio estatal y en el Código Civil: son de propiedad estatal socialista de todo el pueblo, de uso común o de servicio público; es decir, bienes de dominio público. Debido a la forma en que quedan articulados su gestión y control, se puede considerar que no es tan *res communis*, sino que casi siempre se requiere de autorización para realizar un determinado uso de estas al no encontrarse regulados y definidos los diferentes tipos de aprovechamiento.

Por último, es menester apuntar que lo más fundamental que siempre debe refrendar la norma de agua que se promulgue, y de aquí debe partir, es reconocer a las aguas como un bien que por naturaleza se encuentra sometido al uso común, es de dominio público y lo administra el Estado a través de alguna institución, en aras de satisfacer las necesidades de la sociedad que gobierna y que solo por excepción puede someterse a un uso privativo.

2.1.2. Clasificación de las aguas y su régimen jurídico

Esta es otra cuestión que no fue tratada tras derogar la Ley de Aguas española, que estuvo vigente hasta el año 1993 en Cuba. Las razones reales no son claras, mas, pudiera ser que como se cuenta con la asesoría de ingenieros hidráulicos, geógrafos y otros especialistas, cuando se presente alguna situación, se podría tomar la mejor decisión sobre los principios de que respondan a satisfacer el interés común. No obstante, la Ley española de aguas que estuvo vigente en la Isla es un buen referente, aunque bien puede recibir críticas. Por tanto, se expondrán criterios sobre cómo podría ser introducida la clasificación de las aguas terrestres y su régimen jurídico en el ordenamiento cubano.

Se debe partir de las características hídricas del país, que explican ampliamente por qué se han declarado todas las aguas como públicas y se sigue una política tan rigurosa en relación con su uso y aprovechamiento, que ya se esbozó.²⁶

26 *Vid. supra* Epígrafe 2.

Existen en el país ríos, embalses, lagunas, manantiales, aguas subterráneas, etc. Si bien este es un tema para desarrollarlo en una investigación diferente, se esbozarán algunos elementos que no se deben pasar por alto.

Aguas pluviales Estas son las precipitaciones y la principal fuente de agua en el país;²⁷ pero, ¿qué régimen jurídico tienen esas aguas pluviales? Al ser ellas un exponente esencial dentro de los recursos hidráulicos en el país se hace necesario plasmar elementos muy esenciales para su regulación jurídica.

Es agua pluvial la que cae inmediatamente de las nubes sin mezclarse con otro tipo de agua,²⁸ por ello es importante diferenciar la cuestión siguiente: será agua de lluvia siempre que al caer pueda ser perfectamente individualizable; si, por el contrario, se mezcla con las aguas de un río o un embalse, ya deja de ser tal para convertirse en aquello.

En cuanto al primer caso, es un verdadero bien común, pudiendo cualquier persona, sin necesidad de un título habilitante, apropiarse de ella para realizar un uso común. Pero tal particular debe ser reconocido legalmente por cuanto pueden darse determinadas limitaciones sobre los lugares donde se puede hacer uso de estas aguas. Es decir, si la lluvia cae sobre una plaza pública, sobre las calles u otro puede cumplirse el postulado de uso común. Ello responde a la teoría que considera como *cosas de nadie* a las aguas que caen en terrenos públicos. Para el caso de que caigan sobre un fundo privado, su propietario puede adueñarse de ellas. Sin embargo, si caen sobre un lugar que conforma una estructura hidráulica, destinada a almacenar aguas, es lógico que tal cuestión deba quedar limitada en ley. Ahora bien, si se mezcla con otras aguas, seguirá el régimen jurídico de ellas.

Aguas vivas, manantiales y corrientes Ciertamente, en el país existen muchos de estos tipos de masas de agua. En el caso de los manantiales, por ejemplo, su naturaleza jurídica es pública. Estarán igualmente sometidos a determinados límites en cuanto a su uso, principalmente los que confluyan para lograr su protección frente a la contaminación. Normalmente los ojos de agua son el alumbramiento de aguas subterráneas y en ocasiones de ellos nace un río. Por ello se encuentran interconectados estos elementos.

Ahora bien, siempre que no se agoten, se puede hacer un uso para satisfacer necesidades humanas y las domésticas mínimas. Los límites vendrán dados en cuanto a la no contaminación y el derecho de terceros.

27 Amén de ser escasas. Cfr: S/A, *Lecturas geográficas*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1972, p. 154.

28 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 90.

Por su parte, se dice que los ríos en Cuba son intermitentes, de ahí que resulte importante definir de qué forma se podrá hacer uso de ellos, además conociendo que muchos de ellos se encuentran embalsados.²⁹ La doctrina distingue para ello entre ríos navegables y no navegables;³⁰ habrá entonces que analizar cuáles, en el país, pertenecerían a cada clasificación y de ahí definir para los ríos navegables cuáles actividades que vayan más allá de las comunes requieran de autorización o concesión, mientras que el resto podrán realizarse por todos con los límites de su protección y el derecho de terceros. Este tema entonces tiene que ver con la navegación fluvial, por lo cual el organismo rector de esta actividad –Ministerio de Transporte–, en coordinación con el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, deberá regular las especificidades.

Pero cuando existen ríos que se convierten en tal por las precipitaciones y luego van mermando para en ocasiones convertirse en torrentes, se denominan arroyos. Con ellos, dependiendo de las características de cada uno, habrá que ser exhaustivo en la regulación de sus usos para evitar que se agoten completamente o, al menos, para que su duración sea la más prolongada posible, en aras de su utilización para la cobertura de necesidades tanto humanas como para la economía.

Aguas muertas o dormidas En esta clasificación se incluyen a los embalses y a las lagunas, sin perjuicio de otros elementos que también pueden integrarlas. En el país, las Empresas de Aprovechamiento Hidráulico y las Direcciones Provinciales de Recursos Hidráulicos son las que tienen a su cargo la administración de estas masas de agua. Normalmente, en ellas se permite la pesca de orilla como uso común. Ya otro tipo de uso sí requiere de autorización o concesión.³¹ Estas son obras hidráulicas de gran importancia para momentos de sequía o cualquier desastre natural y como reserva para los trasvases y el abastecimiento poblacional, de ahí que sea muy importante determinar su régimen jurídico.

Aguas subterráneas En el país estas son abundantes³² y han sido declaradas igualmente públicas, aunque no con tal especificidad sino a partir de la declaración constitucional; pero no se distingue correctamente si se registrarán por lo que se disponga sobre los suelos o lo regulado sobre las aguas como recurso. Todo parece indicar que tienen un régimen particular y diferente del de los suelos, debido a que para su alumbramiento y posterior utilización se requiere de una autorización del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos. Además, debe

29 Vid. www.hidro.cu consultado el 30 de abril de 2014.

30 Vid. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 462 y ss.

31 Cfr. Resolución 12/ 1991 del INRH en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria de 7 de mayo de 1991.

32 Cfr. COLECTIVO DE AUTORES, *Geografía...*, cit., p. 90.

pagarse un precio si su extracción se realiza a través de medios de dicho organismo y aun por abastecerse de ella, debido a que como todas las aguas se encuentran conectadas, estas han pasado por procesos de saneamiento y purificación que permiten su uso.³³ No obstante, no siempre sucede de este modo. Cierta es la interconexión, pero más real es la contaminación a la que se encuentran sujetas muchas de estas masas de agua. Por tanto, este particular debería ser revisado.

En general, las aguas subterráneas no deberían ser alumbradas sin autorización por el peligro de contaminación, aunque de ella se nutra determinada cuenca y tal pueda afectar su disponibilidad. Pero fuera de esto, sí se debe permitir que el abastecimiento humano y para cultivos de menor escala sean dos fines para los cuales se utilicen; ya los que afecten la disponibilidad o la posibilidad de uso por otras personas sí deben requerir de un título habilitante. A todos estos límites y usos debe determinarse la forma de controlar que se cumplan estos más allá del acatamiento normativo –sino por el uso sostenible, evitando la contaminación.

3. Usos de las aguas terrestres en Cuba

3.1. Precisión terminológica: usos o derechos de aprovechamiento de las aguas terrestres

Para continuar el análisis es importante explicar por qué utilizar el vocablo “usos” y no otros como “derechos de aprovechamiento” o “aprovechamientos de las aguas”, como se disponía en la Ley de Aguas de 1879 y realizan algunos autores.³⁴ Las razones varían, pero lo más importante es que constituye una cuestión práctica.

En la doctrina se encontrarán referencias a la institución de maneras diferentes, sin que esto modifique de fondo su contenido y amplitud. Derechos de aprovechamiento o usos de las aguas terrestres constituyen categorías referidas al mismo fenómeno. Incluso se utiliza la primera casi siempre para referirse a lo que se denomina usos comunes especiales y usos privativos.

Por otro lado, en el ordenamiento jurídico nacional, siempre que se refiere a usos, solo se dispone sobre los volúmenes de agua que le corresponden a cada entidad, por lo que se ha querido rescatar la categoría. Decir “aprovechamientos” es un modo más restringi-

33 Es esta la opinión de los especialistas del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

34 Todos aquellos que consideran que solamente existen dos tipos de usos: generales y privativos.

do de referirse a los usos.³⁵ Lo cierto es que cualquiera que sea la denominación que se le otorgue, ellos se manifiestan en la posibilidad que tiene una persona natural o jurídica de usar las aguas y de utilizarlas con los fines que estime convenientes, de acuerdo con las características de su título y las reglamentaciones existentes.

Son varios los usos. Entre ellos, la doctrina plantea el de utilización directa por parte de la Administración, pero este se incluye en los denominados comunes especiales o en los privativos, al cual no se hará referencia directa por salirse del contenido de este trabajo;³⁶ los usos comunes generales; los usos comunes especiales y los usos privativos; todos estos últimos objetos de análisis en estas líneas.

En general, la clasificación se basa en el criterio de la limitación o no de los derechos que nacen en relación con los terceros para distinguir los diferentes usos.³⁷

3.1.1. Usos comunes. Usos generales y usos especiales

Los usos comunes son aquellos que, manteniéndose en el ámbito de lo privado, puede realizar cualquier persona. Estos engloban a aquellas actividades que no constituyen una actividad de servicio público o que se reserve la Administración Pública para sí. Asimismo no excluye a ningún ciudadano para su ejecución, debido a que constituyen derechos preexistentes a la propia realización efectiva de estos.³⁸ No requieren la ocupación del bien y su acceso es totalmente libre.

En el caso específico de las aguas terrestres, ellas cumplen con estas mismas características siempre que sean declaradas legalmente como públicas, sirvan a la comunidad, no trasciendan el ámbito de lo privado y no impida el goce por terceros. Estos usos comunes se escinden en dos especies: los usos generales y los usos especiales.

Usos generales Se trata de un derecho natural del individuo,³⁹ de atributos inherentes a la persona humana, precisamente por los beneficios que implica.⁴⁰

35 Se puede hacer uso de las aguas terrestres y no significa siempre su aprovechamiento, lo cual implica que su finalidad constituya una utilidad para quien lo lleve a cabo. *Vid. Gran Diccionario de la Lengua Española Larousse*, Larousse Planeta SA, 1996 (versión digital).

36 Existen también referencias a determinados usos que llaman eventuales, como el de las aguas que manan en un predio en forma natural, aguas pluviales caídas sobre vías y cauces públicos de tierras, etc.; pero no es una clasificación acertada, sino que incluyen indistintamente usos comunes y usos privativos. *Vid. DELGADO PIQUERAS*, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Editorial Tecnos, SA, Madrid, 1992, p. 95.

37 También se pudiera clasificar, en relación con la envergadura del uso, en usos comunes y usos especiales, como bien hace MARIENHOFF en su *Tratado de Aguas*. *Vid. MARIENHOFF*, Miguel S., *Tratado...*, cit., pp. 753 y 779 y la Ley de Aguas de 1879 (artículos 126 y ss. y 147 y ss.).

38 *Vid. GARCINI GUERRA*, Héctor, *Derecho...*, cit., p. 179.

39 *Cfr. MARIENHOFF*, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 754 y ss.

40 *V. gr.*, los usos domésticos son actividades sin las cuales el hombre no pudiese desarrollar su vida.

Engloban cualquier uso que no disminuya o altere sensiblemente la cantidad y calidad de agua.⁴¹ No están sometidos a ningún reconocimiento o autorización mediante título habilitante, pero no son ilimitados. En principio son gratuitos, impersonales y su realización en el tiempo es ilimitada.⁴²

Su objetivo principal es satisfacer las necesidades básicas tanto personales como familiares. Cuando se realizan con fines diferentes, dejan de ser usos generales para convertirse en usos comunes especiales o usos privativos. En esencia, estos usos deben estar informados por los principios de libertad (de acceso y utilización), igualdad (todos tendrán el derecho de uso con los límites establecidos) y gratuidad (no requiere el administrado pagar un precio o canon por su uso).

Podemos destacar que los sujetos de los usos comunes son, esencialmente, las personas naturales, aunque bien pudiera darse en algún caso que lo sean las personas jurídicas. No obstante, serían casos raros, debido a que las entidades, nacionales o extranjeras, en el país siempre necesitan de la permisión del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos para realizar cualquier actividad que implique a las aguas.⁴³ En esencia, no se encuentran personalizados los individuos que realizarán usos de este tipo.

Existen dos especies de este uso común general. Aquellos necesarios para la subsistencia y otros referidos al ocio de cada individuo. En el primer caso se encuentran los domésticos⁴⁴ y aquellos que no siéndolo directamente, implican el desarrollo de otras actividades cuyo fin es el sostenimiento familiar, esencialmente, abreviar el ganado y el riego de los sembrados de pequeña escala para el consumo propio, por ejemplo, una huerta.

Dentro de los referidos al ocio se incluyen la pesca, la navegación, los deportes acuáticos, los baños en las orillas de los ríos y embal-

41 *Cfr.* FLORES MULERO, Isabel y Germán M. TURUEL LOZANO, "Derecho de agua. Títulos jurídicos para el aprovechamiento del dominio público hidráulico", en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, No. 25, 2007, p. 529.

42 *V. gr.*, usos domésticos, agrícolas mínimos, pesca y navegación, si se realizan para alimentación propia o familiar y cumpliendo las disposiciones legales establecidas; si se realizan con un fin lucrativo o comercial, dejarán de ser un uso común general.

43 En Cuba no existe mucho desarrollo jurídico en relación con estos temas y según especialistas del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, no existen normas que dispongan directamente para cuáles actividades se requiere de su aprobación y menos el procedimiento para hacerlo; simplemente se hace por práctica jurídica. Cuestión que evidentemente se debe arreglar.

44 *V. gr.*, beber, lavar, cocinar, bañarse, llenar cisternas y tanques, riego de plantas domésticas, etc., ya sea tomándolo directamente o a través del servicio de acueducto. Es menester observar que en ningún momento hacemos referencia al llenado de piscinas, que podría incluirse como actividad de diversión, al lavado de autos o al riego del césped. Estas actividades en el país se encuentran limitadas al no constituir necesidades básicas y por la escasez de aguas terrestres durante casi todo el año. Además, no se incluyen dentro del derecho humano al saneamiento y al acceso al agua potable. *Vid.* FLORES MULERO, Isabel y Germán M. TURUEL LOZANO, "Derecho de agua. Títulos...", *cit.*, p. 506.

ses, cuando esté permitido, etc. La pesca⁴⁵ debe ser recreativa o para la subsistencia; lo mismo sucede con la navegación. Aunque ambas son actividades regidas por regulaciones especiales, mientras cumplan los requisitos expuestos, deberían considerarse como usos comunes generales.

No pueden afectar la cantidad o la calidad de las aguas sustancialmente; esto constituye uno de sus límites. En el país, esta característica toma matices superiores teniendo en cuenta ante todo la Política Nacional de Aguas, que se refiere a un uso racional y equitativo de las mismas, así como la escasa disponibilidad, por lo que se tiene que gestionar eficientemente el recurso para no estar inmersos en una situación de extrema sequía.

Por último, este tipo de uso en el país debe realizarse de acuerdo con lo que dispongan las normas especiales para cada uno. Es así que en los casos de usos domésticos, cuando se tomen las aguas a través del servicio de acueductos será oneroso,⁴⁶ sin embargo, si se realiza directamente de un río, o de un pozo no conectado al sistema de tratamiento de aguas, será gratuito. Igualmente existirán limitaciones, por ejemplo, sobre qué especies pueden ser pescadas, de qué forma, dónde se podrá navegar, qué extensión de tierra será considerada una huerta, hasta cuántas cabezas de ganado se considerará su abrevado como uso general e indispensable, etcétera.⁴⁷

Las limitaciones estarán en concordancia con la política hídrica y con lo que se desea proteger, siempre respetando el derecho de terceros y no se requiere de ningún título habilitante para su ejercicio.

Básicamente, los usos comunes generales que debieran ser regulados como tal en el ordenamiento jurídico cubano son los domésticos y algunas formas de pesca y de navegación;⁴⁸ especialmente los usos domésticos, debido a que el Decreto-Ley No. 138 de 1993,

45 La pesca puede hacerse de varias formas utilizando varios artefactos. Está la pesca de orilla, la pesca en flotación y la pesca mediante redes u otras artes de pesca y que varían según sus fines. No obstante, esta no es la clasificación que regula el Reglamento de la pesca. En el caso de la primera, es un uso general, sobre el resto habría que profundizar, pero en última instancia, al encontrarse reglamentado que requieren de un título se pueden considerar como comunes especiales. *Vid.* Decreto-Ley No. 164/1996, Reglamento de la pesca, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 26, de lunes 22 de julio de 1996.

46 Es importante aclarar que el derecho de uso como tal no resulta oneroso, sino que el precio que se paga es en razón de la prestación del servicio público de acueductos. *Vid.* artículo 12 y ss. del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 9 de 2 de julio de 1993.

47 *V. gr.*, todas ellas reguladas en las normas especiales correspondientes. *Vid.* Ley No. 115/2013, de la navegación marítima, fluvial y lacustre y su Reglamento, Reglamento de la pesca, el Decreto No. 317/2013, Resolución No. 11/1995, Reglamento de la prestación y el cobro de los servicios de abasto de agua y de alcantarillado al sector doméstico, disposiciones del Ministerio de la Agricultura, etcétera.

48 Es importante dejar por sentado que en Cuba no existe ninguna norma jurídica vigente que se refiera a los diferentes usos de las aguas terrestres como bien de dominio público.

de las aguas terrestres, no hace alusión a los usos comunes, por tanto, no se refiere a estos como tal y tampoco los define. No obstante, se encuentran varios artículos relacionados con el pago del servicio de acueducto,⁴⁹ cuestiones relativas a la captación de aguas⁵⁰ y a los usos domésticos en general.⁵¹

Otros usos, como los de abreviar al ganado y el riego de pequeños sembrados, no se encuentran regulados en las normas de agua, tal y como se ha referido, sino de modo que se requiere de autorización por implicar grandes extensiones de tierra o gran cantidad de animales de labranza.⁵² No obstante, tales elementos deben referirse en la ley especial relacionada con las aguas y su reglamentación debe realizarse por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, en conjunto con el Ministerio de la Agricultura. Deberá efectuarse una distinción teniendo como indicadores la extensión de las tierras y la cantidad de animales que se posean en relación con el consumo mínimo que requieran.

Otros usos no domésticos: la pesca y la navegación

Dentro de ellos, la pesca y de la navegación por la importancia que revisten, lo cual no significa que sean los únicos. En el país son poco tratadas estas actividades, esencialmente por las características de los ríos. El Decreto-Ley No.138 de 1993, de las aguas terrestres, por su parte, no hace alusión a la pesca.

Esta actividad se regula en el país en el Decreto-Ley No. 164 de 1996, Reglamento de Pesca, y en el Decreto No. 103 de 1982, Reglamento de la pesca no comercial, esencialmente. A los efectos de este tipo de uso, estas normas muestran cómo se regula, si bien no con la mejor sistemática normativa.

El Decreto-Ley No. 164 de 1996 dispone qué se entiende por pesca y la clasifica en tres tipos: la comercial, la deportiva y la de investigación. De estas tres, la que califica como un uso común general es la pesca deportiva y así lo ilustra el artículo 1.6 cuando regula que esta es la captura de organismos acuáticos para el consumo doméstico sin que medie ánimo de lucro, con fines recreativos y de esparcimiento y con fines competitivos. El resto serán constitutivas de un uso común privativo. He aquí las características fundamentales de este tipo de uso: satisfacción de necesidades personales o familiares, sin ánimo de lucro y por ocio o competencia.

Más adelante, en el artículo 11 se dispone que la pesca que se realiza desde la orilla, sin medios flotantes y mediante varas, carretes,

49 *Vid.* artículos del 11 al 14, del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

50 *Vid.* artículo 24 del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

51 *Vid.* artículo 41 del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

52 *Cf.* artículo 8 del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres; artículo 22 de la Resolución No. 6/1996 del INRH, artículo 35 ch, de la Resolución No. 11/1995 del INRH, etcétera.

cordeles y anzuelos, es libre para todos los ciudadanos y no requiere de ninguna autorización, excepto en aquellas áreas sujetas a regímenes especiales. Ello da la medida de que este tipo de pesca, cumpliendo con estos requisitos, puede ser realizado por cualquier individuo sin que se requiera de ningún título habilitante, aun si se realiza en zonas especiales y requiera de autorización, pero no constituye esta un título habilitante, sino un trámite administrativo previo, que se dispone como requisito *sine qua non*.

Más adelante se regulan los tipos de pesca deportiva, dentro de las que se incluyen la pesca de orilla, sobre embarcaciones y la submarina⁵³ y se dispone que los productos que se obtengan sean para el consumo familiar o personal y sin ánimo de lucro. No obstante, el artículo 16 alude a la necesidad de una licencia como requisito indispensable para la pesca submarina y sobre embarcaciones. Al definir como “autorización” a la licencia se pudiera pensar que realmente la única pesca como actividad de uso común general será la de orilla. Pero parece ser que el legislador equivocó conceptos, siendo realmente requisitos administrativos que son regulados en norma especial para mantener un control, pero no por ello cambian el fin de la actividad, pues esta es la característica que la califica como tal. Por ello, aunque la norma presente la actividad como uso especial, es necesaria su revisión y cambiar el punto de vista, debido a que el carácter fundamental de estos usos es la posibilidad de acceso por todos con el fin de satisfacer sus necesidades personales o familiares y no el comercio o el ánimo de lucro. En la propia norma se establecen determinadas prohibiciones en relación con cuáles especies no pueden ser pescadas, cuáles son las zonas vedadas, etcétera.

Ya el Decreto No. 103 trata específicamente a la pesca no comercial y establece idénticas características que la norma anterior: los fines son de esparcimiento, recreación, competitivos y agrega que incluso la realizada por los extranjeros en el país, se considera de uso común. No obstante, se hace un enunciado a cómo tanto cubanos como extranjeros están “autorizados” a realizar la pesca deportiva.

Posteriormente se encuentra una contradicción, por cuanto se dispone que no se requiera de aprobación por la autoridad competente si tal se realiza sin usar una embarcación u otro objeto flotante tripulado y sin los avíos y artes autorizados en el Reglamento que –de usarse– requieren de un consentimiento; en caso contrario, parece que se interpreta que sí. Por tanto, a la luz de este artículo, la pesca sobre embarcación no constituye un uso común general, es decir, mantiene el espíritu del Reglamento de la pesca. Finalmente, a lo largo de su articulado va incluyendo algunas limitaciones en relación con esta actividad.

53 Esta es aplicable a las aguas marítimas esencialmente.

Por tanto, la pesca queda regulada en normas que disponen unitariamente cómo se realizará en las aguas terrestres y en las marítimas, en muchos casos sin hacer siquiera una distinción entre ellas. Sería necesario separar el régimen de la pesca en las aguas continentales de la que se realiza en el mar. Por otro lado, si deja claro cuáles requisitos deben confluír para que no se necesite de aprobación por parte del organismo correspondiente, lo cual deja entrever que constituye este tipo de pesca, en principio, un uso común general; incluso cuando en algunos casos se requiera de otros procedimientos administrativos que como requisitos previos permitan su realización.

La navegación, por su parte, ha sido objeto de cambios en su régimen jurídico durante los últimos años. Tal circunstancia revolucionó algunas perspectivas en relación con la navegación marítima, pero respecto a la fluvial y la lacustre, no profundizó mucho; tanto que cuando se analiza su articulado, las referencias se realizan siempre priorizando la navegación marítima. Por ello solo algunos artículos permiten interpretar la existencia de la navegación como un uso común general, por ejemplo, cuando define qué se entenderá por embarcación de recreo.⁵⁴

En otro sentido, artículos posteriores, el 88.2 y 88.3, resumen que para la navegación dentro de los ríos, lagos y presas no se requiere del despacho⁵⁵ de Capitanía del puerto, sino solamente una “autorización”. Aunque utilizan nuevamente este título, no se puede confundir con tal. Debido a que la actividad de la navegación se encuentra muy controlada ya sea por el Ministerio del Transporte o por el Ministerio del Interior y otras autoridades competentes, y se ha plagado de burocratismos, no se debe generalizar e interpretar que la navegación con fines recreativos requiere de un título habilitante; sino más bien que la Ley incurre en un error al utilizar este vocablo, cuyo alcance es mayor que el que manifiesta. No se trata de que la navegación sea *per se* considerada como un uso común general de las aguas, sino que dentro de ella existe un tipo que reviste tales características: su finalidad para el ocio o para realizar la pesca para consumo personal o familiar. Por tanto, no se deben confundir las reglamentaciones administrativas con que se clasifique por ello dentro de un tipo de uso o de otro. Igualmente, el reconocimiento de embarcaciones dedicadas al recreo reafirma lo que hasta ahora se ha explicado.

54 Dispone que serán aquellas construcciones flotantes empleadas en la navegación, con una potencia propulsora de menos de 50 kW, que se destinan a actividades turísticas, recreativas y deportivas. *Vid.* Ley No. 115/2013 de la navegación marítima, fluvial y lacustre en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 34 de 4 de noviembre de 2013. En otro sentido, en relación con el Reglamento de la pesca, estas actividades de recreo comprenden la pesca deportiva.

55 Trámite administrativo ante la Capitanía de Puerto para oficializar la entrada y salida del puerto de un buque, una embarcación y un artefacto naval en navegación. *Vid.* artículo 3 k de la Ley No. 115/2013, de la navegación marítima, fluvial y lacustre.

Ciertamente, el tema de la navegación se torna engorroso para su análisis y más cuando la norma vigente no hace alusión expresa a la navegación de tipo fluvial y lacustre; sobre todo, ni siquiera se trata como un tipo de uso de las aguas, sino como un servicio que se presta. Ello es consecuencia del silencio de la norma de aguas en cuanto a distinguir la existencia de diferentes usos o aprovechamientos de las aguas terrestres, no le corresponde a la Ley de navegación hacerlo, en última instancia, debe reglamentar efectivamente tal particular.

Hasta aquí los usos comunes generales que son reconocidos en la doctrina, pero en el caso específico de Cuba, no se encuentran reconocidos, solo pequeños retazos. Partiendo de los conocimientos doctrinales, se pueden identificar dentro del confuso entramado jurídico. Lo que sí se puede afirmar es que los usos comunes generales de las aguas terrestres en el país que debieran ser regulados jurídicamente son los domésticos, el abrevado de ganado y la irrigación, ambos en pequeña escala; la pesca, la navegación, cuando sus fines sean los de ocio o para el consumo personal o familiar;⁵⁶ y cualquier otro que por sus características no agote sustancialmente el recurso ni afecte su calidad, permita el consumo personal o familiar y libre de ánimo de lucro.

Usos especiales En este caso, son aquellos en los que concurren circunstancias especiales, derivadas de su propia naturaleza,⁵⁷ por las cuales se requiere de la habilitación por parte de la Administración Pública. Es considerado en algunos casos como un uso residual y por ello el legislador lo refiere como un aprovechamiento.⁵⁸ Sin embargo, no deben considerarse como tal, sino como verdaderos usos comunes especiales, puesto que no impiden su uso por los demás, las actividades que se consideran dentro de ellos no trascienden la esfera privada ni constituyen servicios públicos, simplemente otorgan un enriquecimiento patrimonial al titular y por ello requieren de un título habilitante. No obstante, colocarlos en una clasificación u otra dependerá del tratamiento jurídico que cada ordenamiento interno le otorgue. Deberán tenerse en cuenta siempre las especiales condiciones hídricas de cada Estado y las características propias de este tipo de usos.

56 En este sentido, sería importante analizar en posteriores estudios cómo se trataría el tema para el caso de los cuentapropistas y las nuevas cooperativas no agropecuarias relacionadas con la pesca y la navegación. Lo cierto es que siempre que cumplan el fin de satisfacción de necesidades y ocio para los miembros de la cooperativa o ese cuentapropista en particular, o sus familias, con las correspondientes limitaciones que se establezcan, podrán considerarse usos comunes generales; en caso contrario, para la comercialización o prestación de un servicio que pudiera considerarse público, entonces uso especial o uso privativo, respectivamente.

57 Algunas de estas circunstancias especiales son la peligrosidad, la intensidad, la escasez, la rentabilidad, etcétera. *Vid.* MORILLO VELARDE PÉREZ, José Ignacio, *Dominio Público*, Editorial Trivium S.A., Madrid, 1992, p. 128.

58 *Cfr.* PAREJO ALFONSO, Luciano, *El régimen de utilización de los bienes y derechos de dominio público: autorizaciones y concesiones*, Universidad de Carlos III, S/Ed, Madrid, S/Año, p. 6.

En Cuba se pueden identificar estos usos como aquellos que puede realizar cualquier persona, para los cuales se requiere de un título habilitante debido a que concurren determinadas circunstancias singulares ya sean de intensidad, peligrosidad, escasez, rentabilidad u otras similares, pero que no impedirán el uso del recurso por parte del resto de los administrados. Es importante que se aclare que estas actividades no tienen trascendencia a la prestación de los servicios públicos, sino que son aquellas cuyo fin ya no es la satisfacción de necesidades personales o familiares y que se caracterizan además por su ánimo de lucro. El punto que lo diferencia de los usos comunes generales es precisamente este; el que lo distingue de los usos privativos es el tipo de actividad, que no constituye un servicio público o de monopolio estatal.

En este caso, los sujetos de estas actividades sí podrán ser tanto las personas naturales como las personas jurídicas. La propia envergadura de los usos abre esta oportunidad.

A su vez, entre de las actividades en las cuales concurren las circunstancias expresadas, se encuentran algunas con fines que trascienden a la economía⁵⁹ y algunas relacionadas con el ocio, pero con fines lucrativos,⁶⁰ así como otras que clasifican dentro de las actividades con peligrosidad, escasez o rentabilidad.⁶¹ Cada una de ellas debe trascender al consumo humano mínimo, si bien continúa siendo libre su acceso. Poseen características de onerosidad, de hecho, por ellas se cobra un precio o canon, debido a que se requiere de un mayor volumen de agua y aumenta la probabilidad de su contaminación; sobre todo para balancear el beneficio patrimonial que el usuario recibirá. Además, este tipo de uso está limitado en el tiempo y bajo ninguna circunstancia puede entrar en contradicción con los derechos de un tercero o con un título otorgado anteriormente. Es decir, el límite principal es no restringir el derecho de terceros y no abusar del derecho que se posee con anterioridad.

Ejemplos de estos usos son la navegación con fines económicos, la flotación, el establecimiento de zonas recreativas o deportivas, la utilización de la fuerza hidráulica en pequeña escala y los vertidos de aguas; todos ellos con algún impacto ambiental o en interés de una persona en específico, que no necesariamente es para satisfacer sus necesidades básicas.

59 *V. gr.*, la pesca, la navegación, la acuicultura, la irrigación, el uso de embalses para la pesca o la navegación, la construcción de pequeñas obras hidráulicas (pozos), etcétera. *Vid.* DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, *Derecho...*, *cit.*, p. 95.

60 *V. gr.*, el establecimiento de zonas recreativas y deportivas, etcétera. GUAITA, Aurelio, *Derecho Administrativo. Aguas, montes y minas*, 2da. edición, Editorial Civitas SA, Madrid, 1986, p. 145.

61 *V. gr.*, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, las derivaciones temporales de agua, los vertidos de aguas, la explotación de las aguas subterráneas, etcétera. *Vid.* FLORES MULERO, Isabel y Germán M. TURUEL LOZANO, "Derecho de agua. Títulos...", *cit.*, p. 537.

Por último, se requiere de un título habilitante que permita realizar legalmente tal actividad. Usualmente para poder declarar estos usos se utiliza la figura de la autorización, ello con el objetivo de controlar que ese derecho preexistente se ajusta y armoniza con el interés general, y puede ser revocado por razones de interés público.

El Decreto-Ley No. 138 de 1993, de las aguas terrestres, refiere para toda una serie de actividades, por no decir que para todos los usos excepto los domésticos, que se requiere de autorización, ya sea del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, del Ministerio de Agricultura u otro. En esencia, realiza un uso indiscriminado de este acto administrativo para la realización de cualquier actividad. Dicha cuestión deberá ser revisada y con la determinación de los usos y su clasificación, reservar las autorizaciones para los usos comunes especiales.

La navegación,
la pesca
y la acuicultura

Tanto la pesca como la navegación pueden referirse a usos generales o a usos especiales. Si bien las regulaciones jurídicas vigentes⁶² mezclan la finalidad con los medios y el lugar en que se realicen y dependiendo de ello los interpreta de un modo o de otro, lo hasta aquí expuesto demuestra cómo el límite entre ambos tipos de uso lo constituye el propósito con el cual se lleve a cabo.

Serán usos comunes especiales la pesca y la navegación cuando se realicen con ánimo de lucro y que por representar un peligro o promover un uso más amplio de las aguas que pueda afectar su calidad, se requiera que la Administración haga nacer un derecho sobre esa persona para que no afecte el interés general y aun otros puedan realizarlos; siempre sometido a las limitaciones y reglamentaciones que se dispongan. En fin, que la pesca de investigación y la comercial serán consideradas como un tipo de uso especial, al igual que la navegación lucrativa y para la realización de los tipos de pesca enunciados, ya sean efectuadas en ríos, lagunas, embalses o presas.

En cuanto a la acuicultura, es el uso que se le da a las aguas para mejorar sus recursos naturales a través del cultivo de especies vegetales y la cría de animales.⁶³ En el país existen alrededor de 1 400 embalses dedicados a esta actividad, que comenzó a inicios de 1960. Dicha actividad tiene sus antecedentes desde el triunfo revolucionario, a cargo del Ministerio de la Agricultura, pero en el año 1967 se creó la Dirección Nacional de Piscicultura. En ese mismo año, el 24 de mayo el entonces Instituto Nacional de la Industria Pesquera emitió una Resolución en la que prohibía terminantemente la captura de todas las especies fluviales y lacustres a los fines

62 Cfr: Decreto-Ley No. 164/1996, Reglamento de pesca; Decreto No. 103/1982, Reglamento de la pesca no comercial, y Ley No. 15/2013, de la navegación marítima, fluvial y lacustre.

63 Vid. *Gran Diccionario de la Lengua Española Larousse*, Larousse Editorial S.A, 1998, citado como: "acuicultura".

comerciales, a las personas naturales o jurídicas que se dedicaran a esa labor, y quedó controlado, única y exclusivamente por ellos, a través de sus unidades y cooperativas lo relacionado con la explotación, aprovechamiento y distribución de toda la fauna fluvial y lacustre.⁶⁴ Este enunciado hace pensar que la pesca para fines de consumo familiar se permitía. La cuestión es que, para realizar esta actividad –la piscicultura– se requiere de las autorizaciones de varios Organismos de la Administración Central del Estado (OACE), comenzando por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente (CITMA), el Ministerio de la Industria Alimentaria, etcétera. Posee además gran trascendencia para los intereses económicos del país.

Irrigación,
derivaciones
temporales
de agua
y barcas de paso

La actividad de riego en el país se realiza esencialmente por el Ministerio de la Agricultura y por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.⁶⁵ La actividad se ejecuta de modo que se le otorga un volumen de agua determinado a tal Ministerio, según el Balance de Agua, y este es el encargado de distribuirlo a los diferentes lugares a través de las redes hidráulicas del Instituto; es decir, a las cooperativas agropecuarias. No existen, como tal, comunidades de regantes en el país, al menos no con esta denominación, pero lo cierto es que por ser pequeño agricultor, con la entrega de tierras se requiere tener garantizado este particular; por lo que se prohíbe tomar las aguas que provienen de los acueductos.⁶⁶ Por tanto, se debiera requerir de una autorización para el uso del agua con ese fin, que pudiera otorgarla el Ministerio de la Agricultura. Ni la norma de aguas ni la Política Nacional del Agua hacen referencia a la irrigación como un uso especial, eso sí, le otorgan gran importancia para la sociedad debido a la producción de alimentos. Tampoco se encuentran normas dirigidas a ordenar directamente esta actividad partiendo de que constituye un uso especial. Sería efectivo además que se defina como tal y sobre todo que se creen comunidades de regantes, lo que permitirá mejor gestión en el uso de las aguas y el incremento de las producciones.⁶⁷

Relacionada con la irrigación se encuentra la derivación temporal de aguas. Aunque no se encuentra regulado, debería ser un uso especial que requiere de autorización, por las implicaciones que posee, pudiendo disminuir el cauce de donde proviene; incluso si se realiza para un uso personal o familiar sostenido en tiempo. Si,

64 *Vid. Enciclopedia Colaborativa Cubana*, en la red, citado como “Acuicultura en Cuba”, en www.ecured.cu visitado el 30 de abril de 2014.

65 *Vid.* artículo 8 del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

66 *Vid.* artículo 35 ch de la Resolución No. 11/1995 del INRH, Reglamento de la prestación y el cobro de los servicios de abasto de agua y de alcantarillado al sector doméstico.

67 Téngase en cuenta que las Comunidades nacen en los lugares donde existe una baja disponibilidad del agua para permitir su mejor aprovechamiento. *Vid.* CARÓ-PATÓN CARMONA, Isabel, *El derecho a regar. Entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 142.

por el contrario, fuera por estos motivos y su temporalidad fuera tan fugaz que no produjese variaciones, podría considerarse como un uso permitido para todos. Lo cierto es que ni siquiera existe regulación jurídica relacionada con ello.

Por último, la construcción de embarcaderos para barcas de paso. El Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos debe otorgar autorización en este sentido, primero para que se pueda construir y luego para brindar tal servicio por el daño que se pudiera causar al ecosistema y aun por las limitaciones de policía a las que pudiese estar sometida la zona.⁶⁸ Requerirá de un análisis casuístico, pero solo cuando los fines sean con ánimo de lucro, se requerirá de autorización.

Zonas recreativas
y deportivas

Este particular se analiza con reserva por cuanto en el país los ríos, que son los que mayormente se utilizarían para esta actividad, se encuentran contaminados o, al menos, no son aptos para ello. No obstante, por su finalidad requieren de autorización por parte de los OACE correspondientes. De igual forma, estas actividades se organizan por parte de empresas estatales, como la de Campismo Popular, por ejemplo.⁶⁹ Es así que el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos es el encargado de autorizar o no este tipo de uso especial.

Obras hidráulicas
para
el abastecimiento
personal

La primera cuestión a esclarecer es que esta actividad constituye por sí un uso privativo de las aguas. No obstante, en el caso de la construcción de pozos cuya agua se utilizará aun en beneficio propio, se requiere de autorización por parte del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.⁷⁰ La razón es lógica: debido a la conectividad de las aguas, alumbrarlas en alguno de sus puntos puede contribuir a su disminución, agotamiento o incluso a su contaminación. Por supuesto, no se deben abrir pozos para actividades como el riego, excepto que así lo autorice el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.⁷¹

Este tema se relaciona con las aguas subterráneas y en el país ellas son abundantes, mas, es necesario su control y buen manejo. De aquí que el artículo 21 de la norma vigente de aguas disponga que en aras de proteger y controlar la calidad y cantidad de aguas subterráneas, se prohíbe, sin la autorización expresa y previa del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, la construcción y modificación de pozos con fines de extracción de estas aguas, así como instalar equipos de bombeo o construir trincheras que drenen el

68 Vid. artículo 24 ch del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

69 Vid. *Enciclopedia Colaborativa Cubana*, en la red, citado como "Campismo popular", en www.ecured.cu visitado el 30 de abril de 2014.

70 Cfr. artículo 28 b del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

71 Vid. artículo 35 ch de la Resolución No. 11/1995 del INRH, Reglamento de la prestación y el cobro de los servicios de abasto de agua y de alcantarillado al sector doméstico.

manto freático. En fin, para ambas actividades se requiere de autorización, sin importar su finalidad, cuestión en este caso correcta por las implicaciones que lleva consigo.

Vertimiento
hacia las aguas
terrestres

El Decreto-Ley No. 138 de 1993, de las aguas terrestres, hace varias referencias a esta actividad, sometiéndola a autorización.⁷² Ya que constituye una actividad peligrosa, por cuanto contamina el agua, está sometido a este régimen, principalmente cuando provienen de ciclos industriales. Por ello, tanto el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos como el Ministerio de Salud Pública y el CITMA deben verse involucrados en la permisión de este uso especial de las aguas terrestres. El artículo 31 del Decreto-Ley No. 54 de 1982, Disposiciones sanitarias básicas, dispone que el vertimiento de aguas crudas a las aguas terrestres quedará sujeto a las regulaciones y controles establecidos. Además, incluye una prohibición sobre el vertimiento de aguas residuales crudas a corrientes subterráneas o a zonas que tengan incidencias en estas aguas. En el artículo 42 se prohíbe el vertimiento de aguas de albañal a cualquier sistema de drenaje pluvial. Cuando se viertan a la alcantarilla, tendrán que cumplir parámetros mínimos. En esencia, esta actividad sin duda alguna califica como un uso común especial.

Por consiguiente, los usos comunes especiales de las aguas terrestres en Cuba que deberían ser regulados jurídicamente son: la navegación y la pesca con fines comerciales y de lucro; la acuicultura; la irrigación; las derivaciones temporales de agua; el establecimiento de barcas de paso con sus embarcaderos; las zonas recreativas y deportivas; las obras hidráulicas para el abastecimiento personal con la explotación de las aguas subterráneas y el vertimiento hacia las aguas terrestres.

3.1.2. Usos privativos

Estos usos son aquellos que tienen una envergadura tal que trascienden el ámbito de lo privado para convertirse en actividades que solamente pueden realizar la Administración Pública o alguna persona que para ello designe. Esta naturaleza hace que excluya y limite su realización por el resto de las personas.

Entre sus características está el hecho de que supone un acto expreso del Estado, quien será el encargado de permitir efectivamente su realización. Por ello es que no resulta ser un derecho innato al ser humano como lo son los usos comunes, sino que corresponden solo a aquellos que el Estado reconozca.⁷³ Sus caracteres son, esencialmente, los descritos como elementos semejantes con los usos especiales, incluido que por las particularidades de la actividad, se requiere de

⁷² Vid. artículos 16 y 29 c.

⁷³ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, Argentina, 1999, p. 564.

un título habilitante, pero esta vez de mayor envergadura, dado que ya se produce una apropiación de estos bienes al ser su soporte, si bien deben destinarse al uso en interés de la comunidad y de acuerdo con lo que establezca el título habilitante, que en este caso resulta ser la figura de la concesión. Sobre todo, este tipo de uso se refiere, esencialmente, a actividades que los Estados han declarado como servicios públicos u otras que solamente a él le corresponde brindar. En esencia, este uso limita su acceso por el resto de los individuos y trasciende la esfera privada, puesto que su ejecución se revierte en un interés colectivo y no personal, como en los usos especiales.

En Cuba, dentro de este tipo de uso de las aguas terrestres se pueden encontrar los servicios de acueducto, alcantarillado, tratamiento de residuales, purificación, la desalinización, la producción de hidroenergía, el reuso de las aguas y la construcción de obras hidráulicas; actividades que se ha reservado el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos como administrador de las aguas en el país. Todos ellos constituyen servicios públicos,⁷⁴ por tanto, continuarán bajo la titularidad del Estado, solo que este ha permitido que otro sujeto diferente de él realice esa tarea.

Ahora bien, los sujetos de estos usos serán las personas jurídicas, las cuales deben cumplir con los requisitos reales mínimos para la ejecución de tales tareas. Podrán ser empresas estatales creadas al efecto y empresas privadas de capital mixto o totalmente cubano. En todos los casos estarán limitados estos usos por el no abuso del derecho que se les ha otorgado y el respeto de los derechos de terceros en iguales circunstancias.

Se requiere por supuesto de un título habilitante,⁷⁵ que, por la propia naturaleza de la actividad, es distinto a la autorización.⁷⁶ Dado que los usos privativos se refieren a una gestión en interés de todos, este título será la concesión. Y he aquí otra cuestión deficientemente regulada en el ordenamiento jurídico cubano: no existe una norma especial de concesiones administrativas, por ello se encuentran disímiles definiciones en cada norma jurídica. Para el reglamento de la pesca es un tipo de autorización, para la ley de minas es un acto gubernativo, y así tiene diferentes definiciones en dependencia de la actividad que se regule.

No obstante, lo que debe quedar muy claro es que la concesión y la autorización son actos administrativos y de naturaleza muy diferente, por lo cual no se pueden confundir. La concesión es un acto administrativo por su naturaleza, bilateral, cuya actividad constituye

74 Estos servicios deben cumplir con los principios de regularidad, continuidad, obligatoriedad, gratuidad o subsidio y de no discriminación. Cfr. CASSAGNE, Juan C. y Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Servicio público, regulación y renegociación*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.

75 Cfr. artículo 15 de la Constitución, último párrafo.

76 La autorización y/o el permiso se reservan para los usos comunes especiales; no obstante, en el país existe confusión en su aplicación. La concesión es la figura habilitante por excelencia.

un monopolio de Derecho por parte de la Administración Pública y que se otorga en interés público.⁷⁷

Empero, el ordenamiento jurídico cubano no la tiene en cuenta, como se ha referido, y en materia de aguas terrestres no se regula mucho al respecto; el propio Decreto-Ley No. 138 de 1993 no la menciona en su articulado, aun cuando existe un concesionario que se encarga de la actividad de acueductos y otras relacionadas con él. Igualmente, la mayoría de los usos privativos se otorgan a través de autorizaciones y no de concesiones, como sería lo correcto.

Acueducto
y alcantarillado

Estas actividades comprenden todo lo relativo al abasto de agua a las poblaciones y a los servicios de drenaje de aguas residuales o pluviales.⁷⁸ En La Habana, esta actividad se lleva a cabo a través de una Sociedad Anónima,⁷⁹ a la cual le fue concedido el uso de las aguas para la gestión del acueducto, el alcantarillado, el saneamiento, el drenaje pluvial y otras actividades relacionadas. En el caso de Varadero, es realizado por Aguas Varadero y en el resto del país por las Empresas de Aprovechamiento Hidráulico.

Por la importancia que reviste esta actividad para la sociedad en aras de su desarrollo es que se considera un servicio público. Por ello, los sujetos que podrán llevarla a cabo, es decir, realizarla, deben poseer determinados requisitos, comenzando por la posibilidad de garantizar la prestación del servicio con calidad y eficiencia; así mismo, cumplir con lo que reglamente el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos y otros OACE relacionados con la actividad, además de no abusar de ese derecho de uso que se le ha reconocido.

Igualmente, el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos ejerce un control sobre estas actividades y al convertirse estas empresas en usuarios de las aguas para prestar un servicio público, estarán obligados al pago de las tarifas que se dispongan por el uso de las aguas y a realizar una utilización racional y eficiente del recurso como si fueran ellas mismas la Administración Pública. Estas empresas también reciben un volumen de este recurso, que se encuentra determinado en el Balance de Agua, por tanto, deberán realizar una gestión provechosa de esta.

Purificación,
tratamiento
de residuales y
reuso de las aguas

Estos usos de las aguas son realizados por las mismas empresas de abastecimiento y alcantarillado, o por otras destinadas efectivamente a ello. En el caso específico de la purificación de las aguas, es llevada a cabo en la capital por la empresa Aguas de La Habana. En el caso de determinados polos turísticos, especialmente los localizados en los cayos adyacentes a la isla de Cuba, estos poseen sus propias plantas de tratamiento. Ahora bien, esta actividad como tal, a la luz del ordenamiento jurídico cubano no se encuentra su-

77 Cfr. MATILLA CORREA, Andry, *Introducción al régimen jurídico de concesiones administrativas en Cuba*, Editorial Universitaria, La Habana, 2009, p. 141 y ss.

78 Vid. artículo 45 f del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

79 Es la empresa Aguas de La Habana SA.

jeta a concesión administrativa. Si bien es realizada por una empresa concesionaria, puede ser realizada por cualquier otra con la capacidad para ello y solo a través de la autorización del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.⁸⁰

Se hace necesario realizar breves consideraciones. En el caso de la purificación de las aguas cuyo fin es el abastecimiento a la actividad turística, bien puede ser realizada a partir del otorgamiento de una autorización por parte del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos. Ella no reviste un servicio público, por lo cual no requiere su reserva para el Estado; lo que no significa que vaya a realizarse al libre arbitrio. Es un servicio que traspasa los límites del uso común general, pero yace en un uso común especial, por cuanto tal actividad no limita el uso por otros individuos y contiene en sí circunstancias que la mantienen en el ámbito de lo privado, se realiza en interés personal.

En el caso de la purificación que se realiza con los fines del abasto comunitario, sí requiere de concesión, puesto que es una actividad que se le debe reservar única y exclusivamente al Estado, ya sea a las Administraciones locales o a la Administración Pública estatal, y estas deben cumplir los requisitos que establece el Ministerio de Salud Pública para el consumo del agua;⁸¹ y como derecho humano reconocido se torna una actividad de suma importancia en la satisfacción de las necesidades de la comunidad; fin último este de la Administración Pública.

El tratamiento de residuales es otro uso muy importante para proteger a las aguas de la contaminación y al medio ambiente en general. Sobre todo, por la ventaja que representa para mantener los estándares mínimos sanitarios en los vertimientos al mar; incluso pudiese dar lugar a su reutilización en actividades que lo permitan. Por lo general es realizado por las propias empresas de acueductos y se realizan por otras que pertenecen al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

La normativa jurídica de aguas terrestres vigente no trata esta actividad como un tipo de uso,⁸² sin embargo, sí debe constituirse como tal, porque es un proceso anejo a los servicios de alcantarillado; además, en los últimos años, con la escasez de agua, se ha convertido en el Caribe en una importante fuente para el ahorro del preciado recurso.

En el caso del reuso de las aguas, la Política Nacional del Agua la ubica como una de las líneas de acción concurrentes en pos del uso racional y sustentable del recurso.⁸³ De hecho, en el Caribe se

80 *Vid.* artículo 29 f del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

81 *Vid.* artículos 30 al 34 del Decreto-Ley No. 54/1982, Disposiciones sanitarias básicas.

82 Tampoco trata como usos a los aquí propuestos.

83 *Vid.* Política Nacional de Agua. Uso racional del agua y necesidad de reusar el agua residual.

presenta como una fuente importante para hacer frente al estrés hídrico al cual está sometido. Los principales usos son en el sector agrícola, en el industrial, en el urbano, en el recreacional, etc. Para ello deben cumplir igualmente con parámetros mínimos, que bien los proporcionará un eficaz tratamiento de los residuales que contienen las aguas que se reutilizarán. Como constituye parte de la política hídrica de cualquier Estado, debe este reservarse su monopolio amén de ser una actividad trascendente para el desarrollo de la sociedad. Aunque vendrá de la mano de los usos dispuestos anteriormente, puede dar lugar a realizarse por empresas diferentes a las de acueducto y tratamiento de residuales, de hecho, su bombeo nuevamente o su incorporación al ciclo hidráulico puede realizarse desde plantas especiales.

Construcción de obras hidráulicas

Disímiles son los tipos de construcciones que realiza el hombre para crear recipientes artificiales para las aguas u otros para su eficaz utilización y aprovechamiento de su fuerza motriz. Entre ellas las presas, los embalses, las hidroeléctricas, las obras para la conducción de los acueductos y los trasvases, sistemas de purificación, desalación, saneamiento, etc. En la normativa vigente existen referencias a este tema, principalmente para prohibir la realización de estas siempre que no se pida *autorización* y además se pueda causar la disminución en el caudal de las aguas.⁸⁴

Lo cierto es que no existe una definición legal de obra hidráulica. Ello tiene trascendencia para delimitar si la realización de determinada construcción constituye una obra hidráulica o no y, por tanto, si se requiere de una concesión o de una autorización.

La construcción de obras hidráulicas a gran escala –para diferenciarlas de los pozos u otros similares– es una tarea que permite la realización de otros usos como el abasto de agua, que es esencial. Por ello, la Administración Pública es la encargada de llevarlas a cabo. No es un uso que, en principio, deba ser llevado a cabo por cualquier individuo, no puede ser accesible a todos; requiere de procesos previos y de disponibilidad para su construcción, elemento que en el país solo puede realizar el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

Al ser así, queda limitado su acceso para la comunidad como derecho pleno. Ciertamente se requiere determinar su definición legal para así comprender si se escinde en obras hidráulicas menores o de mayor envergadura.

En fin, los usos privativos de las aguas terrestres en Cuba que debieran ser regulados son todos aquellos que formen parte de sus tareas para cumplir con su fin último, esencialmente los servicios de acueducto, alcantarillado, purificación, tratamiento de residuales, reuso de las aguas y la construcción de grandes obras hidráulicas.

84 Vid. artículo 21 b del Decreto-Ley No. 138/1993, de las aguas terrestres.

Las servidumbres administrativas de aguas y su regulación en el ordenamiento jurídico cubano

Irina PÉREZ TRUJILLO*

* Licenciada en Derecho (Universidad Central "Marta Abreu" de Las Villas). Especialista en Asesoría Jurídica. Profesora Auxiliar de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Central "Marta Abreu" de las Villas.

1. Introducción

La necesidad de una adecuada protección jurídica de las aguas condiciona, en gran medida, la eficiente utilización de ese imprescindible recurso. Para ello no basta con disposiciones en torno a la calidad y cantidad a utilizar, sino que los pronunciamientos legales respecto a la titularidad de las aguas y a las condiciones de su utilización por la comunidad resultan indispensables en el ordenamiento jurídico.

La Administración Pública, en función siempre de la satisfacción de intereses de la colectividad, puede necesitar bienes de propiedad privada para facilitar el uso o aprovechamiento del recurso hídrico. En estos supuestos estarían la expropiación forzosa, la ocupación temporal, las limitaciones o las servidumbres administrativas. Estas últimas constituyen el objeto del presente artículo.

¿Cuántas veces se necesita utilizar aguas o realizar actividades relacionadas con ellas requiriendo de predios ajenos? Es de utilidad pública que la población disponga de agua directamente o mediante un adecuado servicio de acueducto, y para ello las servidumbres administrativas resultan importantes pues permiten obtener ventajas, en provecho de la colectividad, sobre los bienes inmuebles ajenos a la Administración Pública. En el supuesto de que no siendo titular se requiera utilizar aguas privadas, o que se necesite pasar por predios particulares para aprovechar las aguas públicas o realizar actividades vinculadas con ellas, se tipifica la servidumbre. Aunque pueden significar un menoscabo en el derecho de propiedad sobre un inmueble, son necesarias en pos de la convivencia social y el interés general. El propietario conserva la titularidad del inmueble sobre el que recae la servidumbre, pero tiene que compartir facultades dominicales. Si el uso o aprovechamiento resulta por interés privado, se califica una servidumbre civil, y si es por motivos de utilidad pública o interés social, es una servidumbre administrativa.

Aunque las servidumbres de aguas son muy antiguas –tienen sus raíces en el Derecho romano–, deben, en la actualidad, adquirir una connotación diferente, especialmente en el ordenamiento jurídico cubano, donde han sido relegadas. Las indefiniciones de la institución han generado confusiones, repercutiendo en su tratamiento teórico, legislativo y jurisprudencial y, consecuentemente, afectando la seguridad jurídica. Por lo compleja que resulta, pocos juristas se sienten motivados para estudiarla, afectándose el conocimiento sobre la instituta y la creación jurídica respecto a esta. El propósito esencial del presente artículo está dado en coadyuvar a revertir esta problemática.

2. Las servidumbres en el Derecho romano

En el Derecho romano, la propiedad se presentaba como una categoría absoluta, que respondía a intereses individuales, y aunque no se llegó a definir técnicamente, sí se estudiaron sus principales características: es por naturaleza un derecho ilimitado y exclusivo.¹ Esa ilimitación suponía que dentro de la propiedad, el titular tenía un derecho infinito. Pero ese carácter absoluto e inviolable de la propiedad fue transformándose hasta alcanzar una connotación diferente. Se comenzó a concebir la propiedad, no como una pertenencia exclusiva del individuo, que él puede gozar ilimitadamente a su antojo, sino como una atribución que debía de usar en beneficio suyo, y también en el de la colectividad.²

Con el decurso del tiempo y el desarrollo de la sociedad romana fue surgiendo una mentalidad más colectivista: las necesidades de tipo agrícola, sanitario, entre otras, fueron condicionando que al propietario se limitara en el ejercicio de sus facultades, para que las ejerciera en su beneficio y en el de la colectividad de la cual era parte y a la cual se debía.

Así se configuró por primera vez en el ordenamiento jurídico la posibilidad de que una persona distinta al dueño de la cosa pudiera ostentar un derecho real sobre la misma.³ El hecho de atribuir una facultad inherente al propietario a persona ajena, resultó punto de partida de lo que luego se denominó *iura in re aliena* o derechos reales en cosa ajena. Varios autores reconocen entre los más antiguos derechos reales en cosa ajena a las servidumbres.⁴

La vasta bibliografía sobre esta institución en Roma menciona aquellas que beneficiarían al predio ajeno o a persona distinta al propietario. Las primeras eran denominadas servidumbres prediales y las segundas, personales. A pesar de esta clasificación, la verdadera y completa servidumbre para los romanos era la que se establecía entre fundos.⁵

1 NAVARRO ZAMORANO, Ruperto y otros, *Curso completo elemental de Derecho romano*, tomo III, Imprenta del Colegio de Sordo-Mudos, Madrid, 1842, p. 139.

2 DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho romano*, tomo II, Parte 1, 2da. edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2006, p. 77.

3 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho privado romano*, 3ra. edición, Editorial Lustel, Madrid, 2010, p. 455.

4 SANTA CRUZ TEJJEIRO, José, *Manual elemental de instituciones de Derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 283; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho privado...*, *cit.*, p. 381.

5 Véase en PASTOR Y ALVIRA, Julián, *Manual de Derecho romano*, 4ta. edición, Imprenta de los hijos de Gómez Fuentenebro, Madrid, 1914, p. 226; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, DELIO CARRERAS CUEVAS y ROSA M. YÁÑEZ, *Manual de Derecho romano*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2006, p. 120; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho privado...*, *cit.*, p. 455.

Sobre estas, ofrece PETIT la definición siguiente: “La servidumbre predial es un derecho establecido sobre un inmueble en beneficio de otro inmueble. Supone pues dos fundos vecinos pertenecientes a propietarios diferentes: uno, el predio dominante en ventaja de quien está establecida; otro el fundo sirviente, que está gravado con ella”.⁶ Así, explicita DIHIGO, las servidumbres prediales suponían: “un derecho real en cosa ajena en cuya virtud el dueño de un predio (llamado dominante), en su carácter de tal, obtiene para su fundo una ventaja a expensas de otro (llamado sirviente), bien en forma de aprovechamiento directo, bien impidiendo al dueño del predio sirviente que realice algo, que podría hacer en este, de no existir la servidumbre”.⁷

La relación entre el predio dominante y el sirviente tenía su sustento en la vecindad que los asociaba a ambos, y en la utilidad que podía reportar el segundo al primero. El titular de la servidumbre iba a ser el dueño del predio dominante, e iba a mantener esta condición hasta tanto siguiera ostentando su propiedad o que se extinguiera el derecho real. Colateralmente, el titular del predio sirviente tendría que soportar la intromisión en su propiedad mientras existiera la servidumbre, y solo toleraría a lo que esta le obligaba y no más allá de su contenido.

En la clasificación que primaba en el Derecho romano las servidumbres prediales podían ser rústicas y urbanas, en dependencia del provecho que de ellas resultara y de su localización, siendo las primeras las relacionadas con los fundos y la agricultura y las segundas con las construcciones.⁸

3. Las servidumbres de aguas en el Derecho romano

Entre las servidumbres más antiguas se hallan las de aguas, que tenían por contenido el aprovechamiento de cualquiera de las utilidades posibles de proporcionar por este importante recurso. Se respaldaban servidumbres de aguas rústicas y urbanas.

De las servidumbres rústicas en materia de aguas las de más *larga data* son la de extracción de agua y la de acueducto.

6 PETIT, Eugenio, *Tratado elemental de Derecho romano*, tomo I, traducción de la 4ta. edición, Valerio Abeledo Editor, Librería Jurídica, 1917, p. 234.

7 DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho romano*, II, Parte 1, *cit.*, p. 154.

8 No hay discrepancias entre los autores al explicar los tipos de servidumbres prediales. Puede constatarse en: VALIÑO, Emilio, *Instituciones de Derecho privado romano*, Facultad de Derecho, Valencia, 1980, p. 186; MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 218; DÁVILA Y C., Arnulfo E., *Manual de Derecho romano*, Diario del Sur, Colombia, 1997, p. 93.

La servidumbre de extracción de aguas permitía al titular del predio dominante acceder al fundo sirviente para sacar agua que utilizaría para cubrir necesidades de su fundo –*aquæ haustus*. Se señalaba como elemento intrínseco el *iter* y se podía establecer a favor de una pluralidad de sujetos siempre que el agua fuera abundante.⁹

La servidumbre de acueducto consistía en el derecho de conducir agua a través del fundo sirviente, mediante zanjas o caños hacia al fundo dominante –*aquæ ductus*. Estas aguas podían proceder del mismo predio sirviente o de otro lugar más lejano. No se admitía establecer la servidumbre de acueducto por el mismo lugar donde estuviese vigente una servidumbre de paso, ni viceversa. Excepto pacto en contrario, se consideraba lícito conducir el agua mediante tubos para evitar su pérdida, pero debiendo abonar los perjuicios que se ocasionaran al propietario del predio sirviente. El propietario del predio dominante, siempre que no se hubiere pactado lo contrario, podía hacer las reparaciones necesarias y elevar o profundizar el acueducto. Además, para poder hacer efectiva la servidumbre debía exigir que en ambos lados se le dejase el espacio que le permitiera llegar a él y depositar los materiales que pudieran obstruir el curso de las aguas.¹⁰

No fueron las servidumbres rústicas, mencionadas *up supra*, las que poseyeron trascendencia en el Derecho romano. En leyes posteriores se regularon otras: la de “*aquæ educendæ o immittendæ*”, mediante la cual las aguas sobrantes del predio dominante tenían salida sobre el predio inmediato y la de “*pecoris ad aquam appulsus*”, que otorgaba el derecho de abreviar los ganados en el predio ajeno.¹¹ Esta llevaba implícito el derecho de conducir, sin lo que sería imposible utilizarla, pero esa conducción no podía ser ilimitada sino que era necesario determinar en la constitución de la servidumbre el número de cabezas de ganado y su exceso confería el derecho para impedir la entrada.

Las servidumbres urbanas relativas al agua se reducen a las establecidas en materia de desagüe: *servitus stillicidii*, *servitus fluminis* y *servitus cloacæ*.¹² La primera reconoce el derecho a que las aguas pluviales que caían sobre un edificio vertieran sobre el fundo ajeno gota a gota; y la segunda, reunidas en una canal. En ambas, el dueño del predio dominante podía hacer todas las variaciones que mejoraran la condición del sirviente, pero nunca aquellas que la empeoraran. La *servitus cloacæ mittendi* otorgaba el derecho a desaguar las aguas negras a través del fundo sirviente. Estaba relacionada con la necesidad de derivar residuales líquidos a los tragantes de cloacas o hacia la vía pública.

9 PASTOR Y ALVIRA, Julián, *Manual...*, cit., pp. 230-231.

10 *Ibidem*, pp. 229 y 230.

11 NAVARRO ZAMORANO, Ruperto y otros, *Curso completo elemental...*, III, cit., p. 196.

12 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho privado...*, cit., p. 464.

Resulta pertinente sintetizar la base conceptual que se configura a partir del desarrollo de las servidumbres por los romanos, con extensión a las de aguas, entendiéndose que: “son derechos reales y se consideran cosas incorporales; no implican para el dueño del predio gravado una obligación de hacer sino de permitir que otros hagan o de abstenerse de hacer él; no pueden existir en cosa propia; se constituyen en provecho de una persona o de un fundo y se vinculan a esa persona o a ese fundo”.¹³ Estos elementos se han mantenido prácticamente invariables durante siglos.

4. Breves precisiones conceptuales sobre las servidumbres, en especial las servidumbres administrativas de aguas

En este acápite resulta ineludible establecer elementos conceptuales que se retomarán en el análisis legal de las servidumbres, a los fines de delimitar su adecuación al soporte doctrinal de la categoría. Con ese objetivo se hará una breve valoración de la definición conceptual, en tanto es indispensable para su correcta identificación y configuración en el tráfico jurídico.

Aunque la categoría jurídica de las servidumbres ha transitado por diversos contextos, la problemática en torno a su definición se mantiene hasta nuestros días.

En la doctrina civilista se destaca DE RUGGIERO, quien entiende por servidumbre todo derecho real y particular de goce en virtud del cual un fundo (sirviente) se sujeta a otro (dominante) perteneciente a propietario diverso por un servicio o una utilidad que el primero presta al segundo.¹⁴ En esta definición, con gran acierto, se concretan elementos importantes de las servidumbres prediales, sin embargo, no es frecuente que se referencie por otros autores. Para PLANIOL no es posible dar una definición general de las servidumbres si no es en términos de gran vaguedad.¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS afirma que son participaciones limitadas en el goce o aprovechamiento de la cosa de otro;¹⁶ mientras que con una visión más detallada DÍEZ-PICAZO y GULLÓN determinan que “la servidumbre consiste en

13 FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Delio CARRERAS CUEVAS y Rosa M. YÁÑEZ, *Manual...*, cit., pp. 120 y 121.

14 DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho civil*, volumen I, traducción de la 4ta. edición italiana por Ramón Serrano y José Santa-Cruz, Editorial Reus, Madrid, 1929, pp. 690-692.

15 PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, tomo III – *Los bienes*, traducción de Mario Díaz Cruz, Cultural S.A. Habana, 1940, pp. 740 y 741.

16 CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, tomo segundo, 7ma. Edición, Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 490.

la facultad de utilizar una cosa y de servirse de ella de una manera más o menos plena. En otros casos, es la facultad de impedir determinados actos que el dueño de la cosa podría llevar a cabo en ella en el uso de su libertad".¹⁷ El criterio de ALBALADEJO precisa que la servidumbre consiste en el poder real sobre el predio ajeno para servirse parcialmente de él en algún aspecto y agrega que no es posible puntualizar más porque el poder, objeto y contenido de estas puede incluir cosas muy diversas.¹⁸

Es recurrente el planteamiento teórico que considera a la servidumbre como el derecho real, perpetuo o temporario, de una o más personas sobre un inmueble ajeno, con un determinado derecho sobre su utilidad.¹⁹

Las definiciones anteriores constituyen una referencia mínima de la larga lista de criterios que se plantean sobre la institución desde el Derecho civil. No obstante, se aprecia que no se logra determinar con acabada precisión una definición para las servidumbres, que permita identificarlas convincentemente frente a otras figuras que también tienen incidencia en el derecho de propiedad.

Similar problemática trasciende hoy al intentar conceptualizar las servidumbres en el Derecho administrativo, lo que no significa que entre estas y las del Derecho civil pueda apreciarse identidad, pues aunque las servidumbres de utilidad pública tengan antecedente en las servidumbres de naturaleza civil, la individualidad de cada una es innegable, especialmente porque estas últimas tienen su causa en la utilidad pública o el interés social, lo que le impregna caracteres administrativos y, especialmente, un régimen jurídico especial.

JOUSSELIN es uno de los primeros autores que aporta sus consideraciones sobre la servidumbre de utilidad pública, refiriendo que es toda modificación determinada por las leyes y reglamentos a la propiedad inmobiliaria en favor de la utilidad pública o toda carga que por servicio o impuesto ha de soportar el individuo propietario.²⁰ Esta definición es en extremo inclusiva. En tal caso, la institución de las servidumbres públicas contendría todo el régimen legal de la propiedad, sin reconocer distinciones entre limitaciones, cargas, gravámenes, ocupación temporal o expropiación.

17 DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, volumen III – *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, 6ta. edición, Editorial Tecnos. SA., Madrid, 1997, p. 434.

18 ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, tomo III, volumen segundo, 5ta. edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1983, p. 94.

19 Véase GATTI, Edmundo y Jorge Horacio ALTERIN, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, reimpresión, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 99.

20 Citado por GASCÓN y MARÍN, José, *Limitaciones del derecho de propiedad por interés público*, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1906, p. 33.

Para Otto MAYER la definición es más restringida. Refiere que la servidumbre de Derecho público es un poder jurídico parcial constituido sobre un inmueble en favor de una empresa pública.²¹

Un matiz diferente se evidencia en el criterio de BIELSA al considerarla como un derecho real, constituido por una entidad pública (Estado, provincia o comuna) sobre un bien privado, con el objetivo de que este sirva al uso público como una extensión o dependencia del dominio público.²² Esta concepción encuentra varios seguidores²³ en la doctrina administrativista, pues reconocen en las servidumbres administrativas un derecho real en cosa ajena con el fin de servir a intereses públicos, derecho real que llega a formar parte del dominio público.

Un elemento casi unánime en los autores es la referencia al interés general como causa para establecer la servidumbre administrativa. Héctor GARCINI reconoce expresamente este elemento; aunque limita la concepción de las servidumbres administrativas a las cargas que pueden recaer sobre las cosas inmuebles originadas no por una necesidad de otra cosa privada que con ella colinda, sino por la vecindad de cosas públicas, de esta manera, reconoce su causa en un interés general.²⁴ Para GARRIDO FALLA la idea de vecindad no es elemento esencial de la servidumbre de esta naturaleza y sí la sujeción parcial del bien a un uso por parte de la colectividad.²⁵

En las definiciones referidas se aprecia la diversidad de criterios existentes en torno a las servidumbres administrativas que confirman la complejidad de su definición de modo uniforme. Los elementos que frecuentemente confluyen son: su reconocimiento como un derecho real, la constitución sobre propiedad ajena y que responden a fines públicos.

Así, la servidumbre administrativa es el derecho real administrativo, cuyo contenido incluye el uso o aprovechamiento de la cosa inmueble de otro, por motivos de utilidad pública o interés social. Para que se tipifiquen servidumbres administrativas de aguas se requiere del efectivo uso o aprovechamiento de un bien inmueble ajeno, que no integra el dominio público, para facilitar el uso o aprovechamiento del recurso hídrico por motivos de utilidad pública o interés social.

21 MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1951, p. 272.

22 BIELSA, Rafael, *Restricciones y servidumbres administrativas*, J. Lajouane y Cía., Buenos Aires, 1923, p. 108.

23 VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo: Limitaciones a la propiedad*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, p. 324; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo IV, p. 38 (sin otros datos, consultado en formato digital); DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 11na. edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2006, p. 948.

24 GARCINI, Héctor, *Derecho administrativo*, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1986, p. 184.

25 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, volumen II, 13ra. edición, Madrid, 2012, p. 284.

5. Antecedentes legislativos de las servidumbres de aguas en Cuba

En Cuba, el derecho real de servidumbre ha tenido un *tractus* irregular, por su regulación expresa en textos decimonónicos y su anomia legislativa en etapas más recientes.

El antecedente más completo sobre las servidumbres se encuentra en el Código Civil español vigente en Cuba desde 1889 hasta 1987, este regulaba expresamente que las servidumbres podían imponerse por razones de interés privado o público. Respecto a las últimas, establecía que todo lo concerniente a las servidumbres por motivos de utilidad pública o comunal se regiría por las leyes y reglamentos especiales que las determinaban y el Código tendría exclusivamente un carácter supletorio.²⁶

Otro antecedente importante de las servidumbres en materia de aguas fue la Ley de Aguas del 13 de junio de 1879, extensiva a Cuba mediante el Real Decreto de 9 de enero de 1891. Esta dedicaba un título a las referidas servidumbres, distinguiendo las naturales y las legales; las que se examinarán a continuación desde el texto de la Ley.²⁷

5.1. Servidumbres naturales de aguas

Estas consistían en la disposición de que los terrenos inferiores debieran recibir las aguas, piedra o tierra que se arrastraran de los terrenos superiores, siempre y cuando la caída se produjera sin intervención humana. Cuando la caída del agua fuere producto de la actividad del hombre, el predio sirviente podría adquirir la servidumbre a su favor, y de no hacerlo, tendría derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el dueño del predio ubicado en un plano superior.

El dueño del predio inferior podía realizar obras que le permitieran obtener aprovechamiento de estas aguas o regularizar su caída, evitando que no aconteciera la interrupción de su curso.²⁸ Similar concepción poseía el Código Civil: “Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que, naturalmente y sin obra del hombre, desciendan de los predios superiores, así como la tierra o piedra

26 Ver en Código Civil español de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a la Isla de Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, y vigente desde el día 5 de noviembre de 1889 (artículos 549 y 550).

27 La Ley de Aguas de España, de 13 de junio de 1879, extensiva a la Isla de Cuba por Real Decreto de 9 de enero de 1891, publicada en la Gaceta de La Habana del 26 de febrero al 3 de marzo de 1891, reguló las servidumbres de aguas en su Título Tercero, artículos del 69 al 125.

28 Ver artículos del 69 al 74 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

que arrastran en su curso. Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven".²⁹

Para un importante sector doctrinal, la situación jurídica antes descrita no califica realmente una servidumbre en tanto es consecuencia de las ineludibles relaciones de vecindad, en las que se establece un nexo signado por la igualdad y la reciprocidad.³⁰

La servidumbre implica un uso contrario al que de forma natural tienen los fundos, y parte de una necesidad extraordinaria tendente a aumentar la utilidad del fundo dominante a partir del provecho del sirviente. El simple hecho de que suceda de forma natural es convincente para no considerarla como tal. La servidumbre debe interesar un efectivo goce al predio dominante y en este caso ese goce no se ha interesado a favor del predio superior, sino que sucede por naturaleza. Lo que la ley hace al configurar esta situación es respaldar la condición natural de los fundos y evitar el agravamiento de la misma con los consiguientes perjuicios. La verdadera naturaleza de tal régimen es el de limitaciones recíprocas de los predios colindantes que se compensan y no dan lugar a indemnización. Entre las servidumbres administrativas no se reconoce a la servidumbre natural de caída de las aguas.

5.2. Servidumbres legales de aguas

En cuanto a las servidumbres legales en materia de aguas, la Ley regulaba la servidumbre de acueducto, la de estribo de presa y parada o partidor, y otras inherentes a predios ribereños.

La denominación que se daba a estas servidumbres en la Ley y luego en el Código amerita consideraciones. Las servidumbres legales deben ser todas aquellas que encuentren su reconocimiento en preceptos jurídicos. La distinción pudiera estribar en la forma de constitución, voluntarias o forzosas; pero legales son todas las que admita la norma. Siempre las servidumbres impuestas por razón de utilidad pública deben contar con protección jurídica, en correspondencia con la sumisión positiva al principio de legalidad que prima en el Derecho administrativo: es lícito el actuar que tenga expreso respaldo legal.³¹

29 Artículo 552 del Código Civil español de 11 de mayo de 1888, hecho extensivo a la Isla de Cuba por Real Decreto de 31 de julio de 1889, y vigente desde el día 5 de noviembre de 1889.

30 GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel, *Manual de servidumbres*, 3ra. edición, Ediciones Nauta S.A., Barcelona, 1965, pp. 168 y 169. El autor cita a Clemente DE DIEGO, señalando cómo un sector doctrinal se afilia a este criterio y él se muestra seguidor de esta posición.

31 Para ampliar sobre la vinculación positiva de la Administración Pública a la legalidad, puede consultarse GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, 3ra. edición, Editorial Civitas, Madrid, 1980, pp. 368-370.

Es preciso examinar las modalidades de servidumbres legales de aguas que regulaba la Ley: servidumbre de acueducto, de estribo de presa, de parada o partidior, de abrevadero y saca de agua, y la de camino de sirga.

La servidumbre legal de acueducto podía imponerse tanto por motivos de interés privado como público, y consistía en hacer pasar el agua por predios ajenos para servirse de ella. Este tipo de servidumbre gozó de una extensa regulación que, por su importancia, resulta valedero examinar. A continuación se comentan sus aspectos más trascendentes.³²

La imposición de la servidumbre de acueducto con motivo del interés privado se reconocía para el aumento de riegos, el establecimiento de baños y fábricas, la desecación de lagunas y terrenos pantanosos o la salida de aguas procedentes de alumbramientos artificiales o de drenajes. Por razones de interés público se podía imponer para conducir las aguas destinadas a algún servicio público que no exigiera la expropiación de terrenos.

La autoridad facultada para imponer esta servidumbre era el Gobernador de la provincia, ante quien se debía presentar un expediente justificativo de su utilidad. Tenían derecho a oponerse los dueños de los terrenos cuando quien solicitara la servidumbre no fuera el dueño de las aguas o del terreno en el que intentara utilizarla para fines privados, o porque se pudiera establecer sobre otros predios que ofrecieran las mismas ventajas para el dominante y menos daños al sirviente. Si decretada la servidumbre alguna persona se sentía afectada, podía interponer el recurso de alzada ante el Ministro de Obras Públicas.

La servidumbre de acueducto podía establecerse de forma temporal, en dependencia de la necesidad concreta, o perpetua, cuando su duración era superior a seis años. En ambos casos la ley establecía el procedimiento para indemnizar al dueño del predio pasivo por la imposición de la servidumbre.

Las obras para la conservación, construcción o limpieza de la servidumbre de acueducto correrían a cargo de quien se estaba beneficiando con ella. El dueño del predio sirviente no podía realizar plantaciones ni operaciones de cultivo en los márgenes de la servidumbre; sin embargo, sí podía cerrar y cercar su terreno, así como edificar sobre el acueducto siempre y cuando no perjudicara a aquel, ni dificultara su reparación y limpieza.

La servidumbre de acueducto caducaba si no se hacía uso de ella dentro del plazo fijado en su imposición. Así mismo, esta servidumbre se extinguía por: reunirse en una misma persona la propiedad del terreno y la propiedad de las aguas; por expirar el plazo menor

32 Ver artículos del 75 al 101 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

de diez años fijados en la concesión de la servidumbre temporal; por el no uso durante el tiempo de veinte años ya fuera por actos del titular de la servidumbre, o por actos contrarios a ella del titular del predio sirviente sin reclamo del beneficiado; o por expropiación forzosa a causa de utilidad pública.

Esta modalidad de servidumbre tuvo una apropiada formulación para el desarrollo del sistema categorial de las servidumbres. En ella se manifiestan todos los caracteres de esta institución y ha tenido y mantiene gran utilidad tanto en el Derecho civil como en el Derecho administrativo. Así, se encuentran: la ajenidad, es decir, recaer sobre cosa ajena; el ser un derecho subjetivamente real; el afectar el absolutismo del goce del propietario del predio sirviente y que resulte de utilidad; el requerir de un acto especial de constitución y generar derecho a indemnización. Podían constituirse como servidumbre civil si el paso del agua se requiere con fines privados, o como servidumbre administrativa si con este se satisfacen intereses colectivos.

- La Ley de Aguas determinaba que cuando para la derivación o toma de agua de un río o arroyo o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas fuere necesario establecer una presa, y el que ha de hacerlo no es el dueño de las riveras o terrenos en donde necesita apoyarlas, se podría establecer la servidumbre de estribo de presa.³³ Al titular del predio sirviente se le abonaría el valor que correspondía por la ocupación de los terrenos y se le debía indemnizar también por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la imposición. La servidumbre podía ser constituida por motivos de interés público o privado, en este último caso siempre que cumpliera los requisitos exigidos para la servidumbre de acueducto de interés particular: establecimiento o aumento de riego y establecimiento de baños o fábricas. El Código no estipulaba tal particularidad pues regulaba la servidumbre de estribo de presa sin detallar las causales, pero realmente no hay contradicción normativa pues lo que sucede es que la Ley limita a los dos supuestos mencionados el alcance general que el Código respaldaba.
- Respecto a la servidumbre de parada o partidior, la Ley de Aguas establecía quién concedía el permiso, en qué término y de qué forma,³⁴ complementando lo regulado sobre esta servidumbre en el Código Civil, que estipulaba que quien para dar riego a su heredad o mejorarla, necesitara construir parada o partidior en el cauce por donde haya de recibir el agua, podría exigir que los dueños de las márgenes permitieran su construcción, previo abono de daños y perjuicios a dichos dueños y a los demás regantes.³⁵

33 Ver artículos del 102 al 104 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

34 *Idem*, artículos 105 y 106.

35 Artículo 562 del Código Civil español de 11 de mayo de 1888.

- Las servidumbres de abrevadero y saca de agua³⁶ consistían en la obligación de los predios sirvientes de dar paso a personas y ganados hasta el punto donde se abrevaba o sacaba agua. El titular de dicho predio tenía que ser indemnizado por la servidumbre. Obviamente se constituía para sacar agua o beberla *in situ* por personas que no eran propietarias de la heredad donde estaba el manantial, fuente, corriente o estanque, pues sobre las aguas propias no se necesita servidumbre y todos pueden beber, lavar, bañarse o llevar animales sobre las aguas públicas, siempre acorde con las regulaciones existentes. Pero esta servidumbre sufrió una modificación respecto a su concepción romana, pues se limita su imposición a razones de utilidad pública a favor de alguna población o caserío, y se requiere siempre la debida autorización de la autoridad competente.

Como en la servidumbre de abrevadero y saca de agua el titular del predio sirviente está obligado a permitir el paso por la finca hasta el lugar de saca de agua o abrevadero, se da una servidumbre de paso accesoria a la servidumbre principal: accesoria pero imprescindible, pues sin el paso la efectividad de la servidumbre de saca de agua o de abrevadero sería imposible. La Ley respalda que la indemnización habría que calcularla en correspondencia con ambos aspectos, lo que podría resultar muy costoso para la Administración Pública.

- La servidumbre de camino de sirga³⁷ era la que se establecía sobre los predios privados contiguos a las riveras de los ríos navegables o flotables para llevar desde tierra una embarcación, tirando de ella desde ese camino. Esta servidumbre tenía un metro de ancho si estaba destinada a peatones y dos metros si se destinaba a caballerías. Si por las condiciones del terreno era necesario excederse en estas medidas, se le abonaba a los dueños el valor del terreno ocupado. En estas áreas no podían hacerse plantaciones, cercas, ni ningún tipo de obra que dificultaran su uso. Era exclusiva para el servicio de navegación o flotación fluvial; si el río dejaba de servir a estos efectos, la servidumbre dejaba de existir.

En los ríos que adquirieran las condiciones de navegables o flotables por obras que en ellos se ejecutaran, también procedería el establecimiento de esta servidumbre con su correspondiente indemnización determinada según lo que prescribía la Ley de Expropiación Forzosa.

La zona afectada con la servidumbre de camino de sirga coincidía con la que se afecta también para otras actividades en interés de

³⁶ Ver artículos del 107 al 111 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

³⁷ Se regula en los artículos del 112 al 119 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y en el artículo 553 del Código Civil español de 11 de mayo de 1888.

la navegación y de la pesca. Entre esas otras servidumbres que se podían establecer sobre los predios ribereños, se destacaban aquellas en las que se disponía de tres metros para responder al interés general de la navegación, flotación, la pesca y el salvamento; y aquellas que obligaban a permitir que en ellos se sujetaran los cables necesarios para el establecimiento de barcas de paso, o el amarre accidental, en casos extremos, de embarcaciones u objetos flotantes. Los propietarios de estos predios también estaban sujetos a permitir que en sus terrenos se colocara toda clase de objetos conducidos a flote por el río con el objetivo de prevenir su pérdida; debían consentir el depósito en sus terrenos de las mercancías descargadas y salvadas en caso de avería, naufragio u otra necesidad y, asimismo, permitir la colocación de las materias extraídas de los ríos con el propósito de su limpieza. Además estaban obligados a consentir el tendido de las redes de los pescadores y que depositaran temporalmente el producto de la pesca. Para todas estas servidumbres los propietarios tenían derecho a recibir indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El establecimiento de las mencionadas servidumbres era competencia de las administraciones públicas; no obstante, la propia Ley en la sección destinada a la competencia de los tribunales contencioso-administrativos en materia de aguas, establecía que estos debían conocer de los recursos contra las providencias dictadas por la administración, que impusieran una servidumbre forzosa sobre la propiedad particular; o sobre los daños y perjuicios que se debían resarcir como producto de la imposición de dicha servidumbre.

También reguló la competencia de los tribunales civiles para el conocimiento de las servidumbres de agua y de paso por los márgenes de los ríos, cuya imposición se había fundado en título de derecho privado. La posibilidad de discutir en sede judicial cualquier conflicto suscitado en materia de servidumbres constituye un elemento valioso dentro de la normativa vigente, ofreciendo a la institución mayor protección legal y seguridad jurídica.

En términos generales, el Código Civil español de 1889 y, especialmente, la referida Ley de Aguas tuvieron una vasta regulación de las servidumbres, incluidas las establecidas por interés público, determinando formas de constitución, extinción, indemnización, vías de reclamación y derechos y obligaciones de las partes. Aunque no faltaron imprecisiones e incongruencias respecto a las servidumbres en materia de aguas, ambas legislaciones marcaron pautas en su ordenación que trascienden a la actualidad. Para realizar estudios científicos en pos de perfeccionar el régimen legal vigente en Cuba respecto a las servidumbres la remisión a estas normas jurídicas es insoslayable.

6. Consideraciones a la luz de las servidumbres administrativas

Resulta pertinente un breve examen de las modalidades de servidumbres antes valoradas a partir de la contrastación de estas con los elementos conceptuales sistematizados sobre las servidumbres administrativas.

- La servidumbre de acueducto es válido calificarla como servidumbre administrativa cuando resulta de interés público, ya sea porque beneficie a una población o a un bien de dominio público.
- Respecto a las servidumbres de estribo de presa y parada o partididor por motivos de utilidad pública, cabe valorar la pertinencia de la expropiación forzosa, en tanto la afectación permanente que sufre el predio sirviente por estas obras generalmente desvirtúa la utilidad que tenía para el propietario.
- En la servidumbre de saca de agua o abrevadero sobre inmuebles privados para responder a intereses públicos cabría establecer una servidumbre administrativa. Pero si del aprovechamiento del fondo sirviente se produjera una considerable afectación al valor de uso de ese bien, lo conveniente sería poner en ejercicio la potestad expropiatoria.
- Sobre la servidumbre de camino de sirga, y las demás referidas que se establecen sobre predios ribereños, hay autores que niegan su consideración como verdaderas servidumbres.

Para CARRILLO DONAIRE “las nominales “zonas de servidumbre” no son “verdaderas” servidumbres públicas, sino meras “delimitaciones” del derecho de propiedad; lo cual no impide que sobre dichas zonas puedan establecerse auténticas servidumbres administrativas. De hecho, esta posibilidad potencial es la que explica el verdadero sentido de su designación como zonas” de servidumbre, es decir, como terrenos especialmente predestinados para ser gravados por alguna servidumbre pública”.³⁸ Este autor considera que las servidumbres de salvamento, y la de sirga, son delimitaciones del derecho de propiedad, por lo que se excluyen de las verdaderas servidumbres administrativas; y también de estas excluye a la de acueducto, estribo de presa o partididor, abrevadero o saca de aguas, pues considera que se constituyen solamente por utilidad privada.³⁹

Realmente, resulta muy complejo asumir una posición definitiva sobre tales situaciones jurídicas, especialmente cuando la titularidad

38 CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio, *Las servidumbres administrativas: Delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico*, Editorial Lex Nova S.A., Valladolid, España, 2003, pp.136 y 137.

39 *Ibidem*, p. 137, nota a pie de página No. 230.

de las aguas, riberas y márgenes no es uniforme en los diversos ordenamientos legales.

Teniendo en cuenta la importancia de los cauces de ríos y arroyos y sus zonas aledañas para cualquier Estado, tanto por los beneficios que pueden reportar a la actividad administrativa como por la afectación que podría provocar al medio ambiente su desprotección, sería provechoso que integren la demanialidad. Hoy varias legislaciones estipulan que los cauces y sus zonas de protección forman parte del dominio público,⁴⁰ y realizar estas acciones en ellos no requiere imponer servidumbres, pues, en principio, todos podrían utilizar estos bienes. Ya se ha referido que un presupuesto fundamental de las servidumbres y, consecuentemente, de las servidumbres administrativas es la ajenidad, por lo que la constitución de servidumbres administrativas sobre bienes de dominio público es improcedente.

Pero si se mantuvieron como bienes de dominio privado y se requiere pasar con embarcaciones tiradas desde tierra, depositar objetos necesarios en las actividades de salvamento y pesca o realizar otras actividades de similar naturaleza con fines públicos, sí se calificaría una servidumbre administrativa, y no una limitación, ya que habría un efectivo goce sobre el bien ajeno y los daños y perjuicios que genere la actividad conllevan indemnización. En estos supuestos siempre se requerirá de la constitución formal de la servidumbre. Si las acciones referidas estuviesen motivadas por interés privado, también habría servidumbres, pero a la luz del régimen de derecho privado.

7. Referencia a la regulación actual de las servidumbres de aguas en el Derecho comparado

Varios países cuentan en la actualidad con legislación especial para la protección de las aguas y, en la mayoría, la institución de las servidumbres, especialmente la servidumbre administrativa, encuentra respaldo.

A continuación se examina el tratamiento legal de las servidumbres de aguas en España, Argentina, Chile, México y Venezuela, países con similares antecedentes legislativos que Cuba y en los que hoy se muestra intención de perfeccionar la gestión del recurso hídrico, aunque aún se adviertan deficiencias en la regulación y aplicación de la institución estudiada.

40 Véase: *Ley de Aguas de Venezuela* (artículo 6), publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, de 2 de enero de 2007, No. 35.595, Caracas; *Ley General de Aguas Nacionales de Nicaragua*, Ley No. 620, de 15 de mayo de 2007 (artículo 9), publicada en la *Gaceta* No. 169 del 4 de septiembre del año 2007, con desarrollo reglamentario por el Decreto No. 44-2010, de 4 de agosto de 2010, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley, publicado los días 9 y 10 de agosto de 2010.

A) España: El Real Decreto Legislativo 1 de 2001 aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas de España, que regula las servidumbres legales, incluyendo lo que antes se establecía como servidumbre natural y la servidumbre de acueducto. Además, reconoce la posibilidad de imponer servidumbres de saca de agua y abrevadero, de estribo de presa y de parada o partidor; así como las de paso cuando se trate de garantizar el acceso o facilitarlo a zona de dominio público de los cauces, para usos determinados, incluyendo los deportivos y recreativos.

En el Reglamento del Dominio Público Hidráulico también encuentran expresa protección las servidumbres de utilidad pública, incluso con mayor especificidad. La regulación más completa se da en la servidumbre de acueducto al detallar definición, clasificación, motivos para establecerlas en interés privado, formas de constitución, obligaciones de las partes y causales de extinción.⁴¹ Se mantiene que las márgenes de los cauces públicos están sujetas en cinco metros a una zona de servidumbre de uso público, con el fin de pasar para servicio del personal de vigilancia del cauce, el ejercicio de actividades de pesca fluvial, el salvamento de personas o bienes y el varado y amarre de embarcaciones. Como estas márgenes son de dominio privado, si fuere necesario el paso en pos de las actividades mencionadas, se haría imponiendo la servidumbre por las autoridades competentes.

El régimen jurídico de las servidumbres de aguas en España se ha perfeccionado con las últimas disposiciones promulgadas, pero se mantienen rezagos del Código Civil de 1889 –supletorio en vigencia del principio de especialidad. Por la influencia de las legislaciones españolas, en muchos países de Latinoamérica las ordenaciones vigentes refrendan problemáticas similares. Algunas de las leyes que reconocen las servidumbres en América Latina se comentan a continuación.

B) Chile: En el Código Civil chileno⁴² se regulan las servidumbres como limitaciones al dominio, se clasifican en naturales, legales y voluntarias, y se expresan causales de extinción, siguiendo criterios similares a los del Código Civil español, ya comentados. Respecto a las servidumbres naturales y legales, en materia de aguas remite a su legislación especial: el Código de Aguas.⁴³ En él se respaldan la servidumbre natural de escurrimiento y las servidumbres legales de acueducto, de derrames y de drenaje, y otras que se extienden a los cauces que se construyan para dar salida o dirección a las aguas sobrantes y

41 Ver en *Reglamento del Dominio Público Hidráulico* de 1986, puesto en vigor mediante Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, publicado en *BOE* No. 103 de 30 abril 1986, España.

42 Decreto con Fuerza de Ley 1, Código Civil de Chile, fecha de publicación 30/05/2000, fecha de promulgación: 16/05/2000, disponible en <http://www.leychile.cl/N?i=172986&f=2009-09-24&p=> consultado el 25/6/2016.

43 Decreto con Fuerza de Ley 1122, fecha de publicación: 29/10/1981, fecha de promulgación: 13/08/1981, disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=5605&idVersion=2010-01-26&idParte=> consultado 25/6/2016.

derrames de predios y minas, y para desecar pantanos, bajos, vegas y filtraciones naturales, por medio de zanjas o canales de desagüe. Las mismas reglas establecidas para la servidumbre de acueducto se aplicarán a las demás servidumbres legales, incluyendo la que tiene por objeto dar salida a cauces vecinos de las aguas proveniente de las lluvias o filtraciones que se recojan en los fosos de los caminos.

Entre las principales reglas se destaca:

- La conducción de las aguas se hará por un acueducto que no permita filtraciones, derrames ni desbordes que perjudiquen a la heredad sirviente.
- Los edificios, instalaciones industriales y agropecuarias, estadios, canchas de aterrizaje y las dependencias de cada uno de ellos, no están sujetos a la servidumbre de acueducto.
- En todos los casos de imposición de servidumbre, corresponde indemnización.
- El dueño del acueducto podrá impedir toda plantación u obra nueva en el espacio lateral a este y puede, además, reforzar los bordes del canal sin perjudicar el predio sirviente.
- El que tiene a beneficio suyo un acueducto en su heredad puede oponerse a que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo a las aguas que otra persona quiera conducir, con tal que de ello no se siga perjuicio notable al que quiera abrir el nuevo acueducto. En las mismas condiciones podrá oponerse a la constitución de una nueva servidumbre de acueducto cuando su predio esté gravado con otra que haga innecesaria la construcción de uno nuevo.
- El acueducto generalmente será con cauce a tajo abierto pero será protegido, cubierto o abovedado cuando atraviese áreas pobladas y pudiere causar daños o cuando las aguas que conduzca produjeran emanaciones molestas o nocivas para sus habitantes.
- El que tiene constituida a su favor una servidumbre de acueducto podrá hacer a su costa las variantes de trazado necesarias para un mejor y más económico aprovechamiento de las aguas, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan.
- El dueño del predio sirviente podrá efectuar a su costa, dentro de su heredad, las variantes que hagan menos oneroso el ejercicio de la servidumbre, sin perjudicar el acueducto.
- El dueño del predio sirviente está obligado a permitir la entrada de trabajadores y el transporte de materiales para la limpia y reparación del acueducto, y de un inspector o cuidador del canal, siempre con aviso previo al encargado de dicho predio.
- Abandonado un acueducto, vuelve el terreno al goce y uso exclusivo del dueño de la heredad sirviente, que no deberá restitución alguna. Se presumirá el abandono cuando no se usare o mantuviere por cinco años consecutivos, habiendo agua disponible para su conducción por el acueducto.

C) México: En la Ley de Aguas Nacionales de los Estados Unidos Mexicanos⁴⁴ se regula que se podrán imponer servidumbres sobre bienes de propiedad pública o privada en aquellas áreas indispensables para el uso, reuso, aprovechamiento, conservación y preservación del agua, ecosistemas vitales, defensa y protección de riberas, caminos y, en general, para las obras hidráulicas que se requieran.

Se considerarán servidumbres naturales a los cauces de propiedad nacional en los cuales no existan obras de infraestructura. El propietario del fundo dominante no puede agravar la sujeción del fundo sirviente.

Se considerarán servidumbres forzosas o legales aquellas establecidas sobre los fundos que sirvan para la construcción de obras hidráulicas como embalses, derivaciones, tomas directas y otras captaciones, obras de conducción, tratamiento, drenajes, obras de protección de riberas y obras complementarias, incluyendo caminos de paso y vigilancia.

Complementan el marco legal de las servidumbres en México otras leyes y reglamentos especiales, y a falta de estos, los preceptos del Código Civil Federal. La norma civil detalla las servidumbres legales de desagüe y de acueducto y en el capítulo correspondiente a este último, recoge la de estribo de presa: “cuando para el mejor aprovechamiento del agua de que se tiene derecho de disponer, fuere necesario construir una presa y el que haya de hacerlo no sea dueño del terreno en que se necesite apoyarla, puede pedir que se establezca la servidumbre de un estribo de presa, previa la indemnización correspondiente”.⁴⁵

D) Venezuela: El Código Civil venezolano⁴⁶ también refrenda la institución. Aunque aparentemente reconoce independencia en las instituciones limitación-servidumbres, en el contenido de sus preceptos hay incuestionables servidumbres reguladas como limitaciones, por ejemplo, el establecer acueducto en predio ajeno siguiendo los mismos principios que ya se han comentado. Específicamente la Ley de Aguas⁴⁷ confiere el derecho a quienes reciban concesiones, asignaciones y licencias a ocupar mediante el régimen de servidumbre los terrenos necesarios para la ejecución de las obras y la realización de las actividades propias del uso, sean estos del

44 Ley de Aguas Nacionales de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1º de diciembre de 1992, última reforma publicada *DOF* del 24/03/2016, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/16_240316.pdf consultado el 25/06/16.

45 *Cfr.* artículo 1096 del Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, última reforma publicada en *Diario Oficial Federal* el 28/01/2010, disponible en <http://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf> consultado el 23/02/2016.

46 Código Civil de Venezuela, Libro Segundo, Título III, Capítulo II, Gaceta No. 2.990, edición Extraordinaria del 26 de julio de 1982.

47 Ley de Aguas, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, No. 35.595, Caracas, martes 2 de enero de 2007.

dominio público o privado de la Nación, de los Estados o de los municipios, o propiedad de particulares.

Esta Ley reconoce la imposición de servidumbres sobre bienes del dominio público y establece que serán a título gratuito, respetando los derechos legalmente adquiridos por terceros.

En el caso de que el predio sirviente sea de propiedad privada, la indemnización correspondiente se fijará de común acuerdo entre el propietario y el concesionario o licenciatario. Si no hubiere acuerdo, se procederá con arreglo a lo previsto en el ordenamiento jurídico ordinario que rige la materia de servidumbres.

E) Argentina: El Código Civil argentino⁴⁸ ofrece respaldo a las servidumbres. En materia de aguas, reconoce la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población; y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías.

La legislación especial en materia de aguas⁴⁹ brinda amplia regulación a la institución de las servidumbres al determinar que los propietarios limítrofes con los ríos, los arroyos, los canales, las lagunas y los embalses del dominio público están obligados a permitir hasta una distancia de diez metros del límite externo de la ribera el uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento y, en especial, para depositar temporalmente el producto de la pesca deportiva sin dejar residuos que contaminen el medio ambiente; depositar las maderas u objetos conducidos a flote por los ríos y arroyos para evitar que las avenidas de agua los arriben, y las mercaderías descargadas de embarcaciones por naufragio, encallamiento o necesidad semejante; varar o amarrar embarcaciones u otros objetos flotantes; permitir la circulación de los agentes de la Autoridad del Agua sin otro requisito que el de acreditar su identidad.

Quien ejercite la servidumbre administrativa, indemnizará el daño emergente que cause la imposición de la servidumbre y su ejercicio.

El Código de Aguas de Argentina admite la posibilidad de otorgar concesiones y permisos para el uso o aprovechamiento del agua pública y refrenda que los concesionarios y los permisionarios están facultados para solicitar la constitución de servidumbres administrativas sobre los inmuebles del dominio privado en pos de facilitar las actividades de su concesión o permiso. El procedimiento para la constitución de estas servidumbres también consta en esta disposición.

48 Artículo 1266 de Ley 26994, Código Civil y Comercial de la Nación, publicada en el *Boletín Oficial* de 8 de octubre de 2014, No. 32985, Argentina.

49 Se consultó la Ley No. 12.257, Código de aguas y la Ley No. 25688, Régimen de gestión ambiental de aguas, disponible en http://www.oas.org/usde/environmentlaw/waterlaw/documents/Argentina-Codigo_de_Aguas_%5BBuenos_Aires%5D_%281999%29.pdf consultado el 21/12/2016.

Es preciso concluir que las servidumbres en materia de aguas se encuentran respaldadas de manera expresa en varios países en los códigos civiles y en las legislaciones especiales de protección al recurso hídrico. La servidumbre de acueducto se regula con mayor amplitud, y, frecuentemente, se utiliza como básica respecto a los principios que pueden servir a otras servidumbres análogas. Ciertamente se evidencian similitudes en la clasificación y en la estipulación de los deberes y derechos del predio dominante y del sirviente; pero otro elemento observado es que aunque se aprecia la intención de perfeccionar el respaldo legal de esta antiquísima institución, aún no se logra total uniformidad en el tratamiento legal dado. Entre las fundamentales polémicas reflejadas se destaca la indefinición de la institución –se transcribe de una legislación a otra sin superar las deficiencias tan debatidas entre los académicos–; algunas leyes las subsumen entre las limitaciones al dominio y varían las reglas respecto a la indemnización (procede ante toda imposición de servidumbre, ante daño emergente, o se paga un precio por el uso del terreno que fuese ocupado por el acueducto más un determinado por ciento sobre la suma total del valor del terreno).

8. Consideraciones sobre la regulación actual de las servidumbres administrativas de aguas en el ordenamiento jurídico cubano

Las servidumbres, incluyendo las de aguas, no encuentran respaldo expreso en el actual Código Civil cubano. Solo en el Capítulo titulado “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad” se reconoce tácitamente a la servidumbre de paso, tanto por interés privado como público.

La Ley Civil cubana establece que el propietario de un inmueble rústico o urbano situado en un plano inferior está obligado a permitir el paso de las aguas que, sin intervención de la acción del hombre, descienden de los superiores, así como de la tierra o sustancias que naturalmente arrastran en su curso; y que el dueño del inmueble situado en plano inferior no puede realizar obras que impidan el descenso de las aguas y lo que estas arrastren; ni el del superior, obras que agraven sus efectos, salvo consentimiento de los afectados.⁵⁰ Esta descripción fue acogida como servidumbre natural de aguas durante siglos, sin embargo, como se comentaba en este artículo con anterioridad, tal calificación no se ajusta a la institución de las servidumbres, sino que es consecuencia de la vecindad y como tal ha sido refrendada en nuestra Ley sustantiva civil.

50 Artículo 173, Ley No. 59, *Código Civil de la República de Cuba*, de 16 de julio de 1987, vigente desde el 12 de abril de 1988, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988.

La Constitución cubana,⁵¹ en su artículo 15, determina que las aguas son bienes de propiedad estatal socialista de todo el pueblo. Para su protección se han promulgado varias legislaciones.

El Decreto-Ley No. 138 de 1993, “De las Aguas Terrestres”,⁵² que derogó expresamente la Ley de Aguas vigente en Cuba desde 1891, es aún la disposición jurídica fundamental vigente en materia de aguas. Su contenido incluye los principios básicos y las peculiaridades relativas al aprovechamiento, la explotación, la conservación, el saneamiento y el uso racional de las aguas terrestres; la protección de las fuentes, cauces naturales, obras e instalaciones hidráulicas del país; la preservación de las actividades económicas y sociales y el medio ambiente natural contra los efectos nocivos que pudieran causar las aguas terrestres; las actividades relacionadas con los sistemas de riego y drenaje agrícola y de acueducto, alcantarillado y drenaje pluvial, así como la cuantificación, el planeamiento y la administración de los recursos hidráulicos; pero no hay precepto alguno relacionado con las servidumbres de aguas.

Complementan el antemencionado Decreto-Ley, el Decreto No. 199 de 1995, “Contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos”⁵³ y el Decreto No. 211 de 1996,⁵⁴ “Contravenciones de las regulaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado”. En estas legislaciones tampoco hay artículos que regulen las servidumbres en materia de aguas, ni expresa ni tácitamente. Situaciones por las que antes se podía imponer una servidumbre de estribo de presa y de parada o partidador hoy constituyen causales para activar la potestad sancionadora de la Administración Pública. La ley prevé que se sanciona al que, sin autorización por escrito del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, ejecute cualquier tipo de obra o trabajo destinado a embalsar, derivar, captar, controlar o drenar aguas superficiales, así como infiltrarlas en el manto subterráneo.⁵⁵ También se sanciona a quien, en una obra o instalación hidráulica y sus zonas de protección, sin autorización por escrito de la autoridad competente, permanezca o transite con vehículos, equipos o animales, o sea responsable

51 Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en julio de 1992 y en junio de 2002, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 3, de 31 de enero de 2003, La Habana.

52 Decreto-Ley No. 138 de 1993, “De las Aguas Terrestres”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 9, de 2 de julio de 1993, La Habana, Cuba.

53 Decreto No. 199, “Contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos”, vigente desde 20 de febrero de 1995, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 6, de 20 de febrero de 1995, La Habana.

54 Decreto No. 211 de 1996, “Contravenciones de las regulaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 34, de 18 de octubre de 1996, La Habana.

55 Artículo 1 e), punto noveno, Decreto No. 199, “Contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos”.

de la permanencia de estos, fuera de los lugares que la administración haya destinado para ello, y a quien instale tuberías conductoras.⁵⁶

Que la actividad de limitación o policía sea la imperante en las actividades relacionadas con el agua obedece precisamente a que las aguas son bienes públicos. Aunque en buena técnica jurídica en Cuba no se ha reconocido esta particularidad, se deduce de su regulación constitucional en el artículo 15; pero no sucede lo mismo con la zona de protección. Si bien en el Decreto-Ley No. 138 se obliga al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos a establecer las zonas de protección con la finalidad de proteger los cuerpos hídricos, los cauces naturales y artificiales, las fuentes de abastecimiento de aguas subterráneas para la población y las obras e instalaciones hidráulicas y con similar intención se establece en la Ley No. 81, “Del Medio Ambiente”,⁵⁷ no se habla en estas normas jurídicas de la titularidad de esas zonas de protección, lo que resulta indispensable antes de cuestionarse la posible servidumbre de camino de sirga, o las que pudieran establecerse para la navegación fluvial y lacustre; y a favor de la pesca.

Respecto a las referidas zonas de protección, en la Resolución No. 330 de 1999, del Ministro de la Agricultura, “Reglamento de la Ley Forestal”, se enuncia el ancho de las fajas forestales de las zonas de protección de los embalses y cauces naturales y las que circundan manantiales,⁵⁸ pero no hay referencia a la titularidad de

56 *Idem*, artículo 1 f).

57 Ley No. 81, “Del Medio Ambiente”. Artículo 96.- “Se dispone la delimitación obligatoria de zonas de protección de las fuentes de abasto de aguas terrestres, obras e instalaciones hidráulicas y cauces naturales o artificiales, con la finalidad de evitar los peligros de contaminación, azolvamiento u otras formas de degradación”. Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 9, de 11 de julio de 1997.

58 Resolución No. 330 de 1999, del Ministro de la Agricultura, “Reglamento de la Ley Forestal”, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 57 de 10 de septiembre de 1999.

Artículo 38.- “El ancho de las fajas forestales de las zonas de protección de los embalses y cauces naturales, las que circundan manantiales y a lo largo de cárcavas y barrancas, se establecerán mediante un estudio de las condiciones de cada lugar realizado por las entidades autorizadas por el Ministerio de la Agricultura, el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente o el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos en cada territorio. No obstante, cuando no se cuente con dicho estudio dichas fajas tendrán las dimensiones mínimas establecidas en la Norma Cubana 93-01-206, de Fajas Forestales, que son las siguientes:

- a) en los embalses (naturales o artificiales) 30 metros, medidos en proyección horizontal a partir del nivel que se determine para cada embalse, según sus características y regulación. Cuando los embalses se utilicen como fuente de abasto de agua a la población la dimensión mínima será de 100 metros;
- b) en los ríos principales 20 metros, en ambas márgenes medidas en proyección horizontal, a partir del nivel del cauce normal;
- c) en los ríos de primer orden 15 metros, en ambas márgenes medidas en proyección horizontal, a partir del nivel del cauce normal;
- d) en los ríos de segundo orden en adelante 10 metros en ambas márgenes medidos en proyección horizontal, a partir del nivel del cauce normal;
- e) en las áreas que circundan y en los orígenes de manantiales, ríos y arroyos, 30 metros”.

dichas zonas ni a las servidumbres. Con similar situación puede citarse la Ley No. 115, “De la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre”.⁵⁹

En legislaciones foráneas, como la ya mencionada Ley de Aguas de Venezuela, se define que esta zona de protección es de dominio público, lo que facilita el uso y aprovechamiento por todos, incluso en las actividades de vigilancia, salvamento y pesca, calificadas como servidumbres cuando se realizan sobre predios ajenos de propiedad particular. Similar calificación debería otorgarse en el ordenamiento legal cubano.

La Ley No. 76, “Ley de Minas”, aunque con desaciertos desde el punto de vista técnico jurídico, es hoy el cuerpo legal que en Cuba regula con mayor amplitud las servidumbres administrativas. En su contenido incluye que el titular de una concesión minera puede solicitar el establecimiento de servidumbres en terrenos vecinos de terceras personas, que sean necesarios para la racional utilización del derecho que se establece y siempre corresponde una indemnización al propietario del inmueble por los daños y perjuicios que se causen a este.

Las servidumbres mineras pueden ser voluntarias y legales. Estas últimas se otorgan por el Ministerio de la Industria Básica (hoy Ministerio de Energía y Minas), por conducto de la Autoridad Minera, oído el parecer de las autoridades responsabilizadas con el uso de los inmuebles, y comprende las labores que sean necesarias para tener acceso, ventilación, desagüe y posibilidad de transformación de los minerales. En la Ley de Minas se establecen las formas de constitución y extinción de las servidumbres mineras, entre ellas la de desagüe, que es la única de las servidumbres de aguas que hoy recibe, en Cuba, respaldo legal expreso.⁶⁰

9. Valoraciones sobre la regulación actual de la servidumbre administrativa de acueducto en Cuba

Entre las servidumbres de aguas, la de acueducto es de las más antiguas, pero no por ello deja de tener gran importancia en la actualidad. Con frecuencia, se interesa el paso de conductoras de agua por predios de propiedad no estatal para hacerlas llegar a campos y ciudades, dígase a través de bienes de propiedad personal, de

59 Ley No. 115, “Ley de la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 034, de 4 de noviembre de 2013, La Habana.

60 Ver en Ley No. 76, “Ley de Minas”, artículos 50 al 55, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, La Habana, 23 de enero de 1995.

pequeños agricultores o de cooperativas; sin embargo, la servidumbre de acueducto carece de respaldo expreso en el ordenamiento jurídico cubano actual.

El Código Civil de Cuba, con la denominación “Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad”, regula que los propietarios de inmuebles urbanos o rústicos no pueden oponerse al paso por ellos si resulta indispensable para la realización de obras de utilidad pública y que los que realicen las obras o, en su defecto, los beneficiados con ellas, están obligados a reparar los daños y perjuicios que ocasionen. En este supuesto se refrenda tácitamente la servidumbre administrativa de paso, que, en relación con la servidumbre de acueducto, es necesaria, pues se requiere del paso para ejecutar la construcción, el mantenimiento y la reparación de este; pero en ninguna legislación se justifica o permite la posibilidad de establecer las conductoras por predios ajenos, con la trascendencia jurídica que el hecho amerita. ¿Significa entonces que la servidumbre administrativa de acueducto no existe en Cuba?

Actualmente, la servidumbre de acueducto por razones de utilidad pública existe de hecho, aunque no tiene reconocimiento expreso en el Derecho. Las conductoras de agua desde los embalses u otras fuentes hasta las comunidades o ciudades con frecuencia atraviesan propiedad de particulares, por lo que podría tipificarse en ese hecho una servidumbre de acueducto; sin embargo, ni los especialistas de Recursos Hidráulicos ni los particulares reconocen la existencia de esta institución del Derecho administrativo.

En la práctica, cuando se van a realizar nuevos proyectos de obras hidráulicas que requieren pasar por terrenos particulares, las autoridades competentes se presentan ante los propietarios afectados e informan sobre el proyecto que se va a ejecutar y la fecha aproximada, comunicando además que el particular, ante ese hecho, puede escoger alguna de las opciones que estas autoridades proponen:

- Afectación del terreno por el que pasará la obra, recibiendo el precio legal correspondiente;
- permuta del terreno que se afectará por otro que convenga al particular, en dependencia de la disponibilidad que para eso tengo el Ministerio de la Agricultura; o
- mantener la propiedad del terreno y recibir el pago por los daños que se le ocasionen, y cuando concluya la obra, puede continuar explotando su predio, siempre que las actividades que realice no afecten la obra realizada.

En cuanto a las reparaciones de las conductoras y demás obras para las que se requiere pasar por terrenos particulares, se pacta con los afectados la cuantía de los daños que se ocasionan con esas reparaciones, pero no han faltado los casos en los que el propietario o poseedor del terreno ofrezca resistencia a la decisión

administrativa y por tal motivo se han retrasado inversiones en obras de trascendental importancia para el país. Esto sucede porque no se regulariza la relación jurídica que subsiste entre el particular y la administración, ni al inicio de ejecutar la inversión ni una vez concluida. La solución legal pudiera estar en la imposición de servidumbres administrativas, quedando claras las obligaciones de las partes tanto en la ejecución, como en la explotación y conservación de las obras.

Es menester que Cuba actualice su legislación en materia de aguas y que la servidumbre de acueducto reciba el respaldo legal que merece, en pos de la mejor gestión administrativa y seguridad jurídica.

Debería regularse que cuando para hacer llegar el agua desde las fuentes de abasto a las ciudades se requiera de la instalación de tuberías conductoras en predios de propiedad no estatal, y no sea imprescindible la expropiación forzosa, la autoridad competente podrá solicitar la imposición de la servidumbre de acueducto, con la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que se causen. Así, la servidumbre administrativa de acueducto puede definirse como el derecho real administrativo sobre predios que no conforman el dominio público, que permite instalación de tuberías para el paso de las aguas que sirvan a fines públicos.

Esta servidumbre implica no solo el establecimiento de las conductoras, sino también el derecho de paso para ejecutar acciones de mantenimiento y reparaciones, siempre con previa comunicación al titular del predio sirviente, y mediando indemnización por los daños que sufra. Se deberá provocar en el predio sirviente la menor afectación posible, estableciéndose por el lugar más conveniente y menos oneroso.

El procedimiento para la imposición de la servidumbre administrativa de acueducto debe concluir con un acto administrativo, formalizado mediante Resolución del máximo dirigente de Recursos Hidráulicos en la provincia, la que debe contener la extensión, los límites y la fijación de los derechos del titular de la servidumbre, así como las obligaciones del predio sirviente, necesarias para la efectiva realización.

Si fuere posible, el titular del predio sirviente pudiera hacer obras o aprovechar con cosechas de ciclo corto el terreno sobre el acueducto, siempre que no le perjudiquen ni imposibiliten las reparaciones y limpiezas necesarias.

Es importante además, la inscripción de la servidumbre administrativa de acueducto en el Registro de la Propiedad, para que goce de la fe pública registral con todas sus consecuencias jurídicas.

Situación de la gestión y protección jurídica administrativa de las aguas de riego destinadas al cultivo del tabaco en la provincia de Pinar del Río

Maritza McCORMACK BÉQUER*

Maydelis TRUJILLO RODRÍGUEZ**

* Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Agrario. Miembro de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios. Miembro del Comité Americano de Derecho Agrario. Miembro del Consejo Científico del CADA.

** Máster en Derecho Agrario. Profesora de Derecho de la Universidad de Pinar del Río. Miembro del Capítulo de Derecho Agrario de la provincia de Pinar del Río.

1. Aproximación a la problemática, nacional y provincial del agua

La Estrategia Ambiental Nacional reconoce la carencia de agua como uno de los cinco problemas ambientales más acuciantes del país,¹ lo que implica una gran necesidad de compeler a la eficiencia del uso del agua en la actividad agrícola, así como a la protección de su calidad. A nuestro juicio, este es un problema de seguridad nacional tan importante como garantizar la seguridad alimentaria, dado que la disponibilidad de agua es determinante en la producción de alimentos. Garantizar la seguridad alimentaria implica garantizar, a la par, la seguridad en la disponibilidad actual y futura de agua de calidad, para el riego, la industria y el consumo de la población ligada a estas actividades productivas.

Otra arista que la ciencia y la práctica nos lleva a considerar es la evaluación de los impactos que los diversos usos del agua provocan en el medio ambiente y en el resto de los recursos naturales. En primer lugar, para la producción agrícola es imprescindible contar con suelos apropiados para cultivar, con algún nivel de aprovechamiento independientemente de su productividad; las características del agua con que se irrigue y las técnicas empleadas pueden cambiar propiedades del suelo o inclusive provocar la pérdida de este,² lo que posteriormente influirá en la vegetación, el clima, el régimen de lluvias y el resto de los elementos del medio ambiente, agravando la situación de disponibilidad y de calidad del agua misma.

Aunque los medios de difusión tienden a estereotipar la idea de que Cuba es un verde paraíso tropical, lo cierto es que en nuestra Isla han sido identificadas varias de las causas o factores que conducen a la desertificación en el mundo, así como áreas con severas

1 Actualmente la degradación de los suelos encabeza la lista de los principales problemas ambientales del país, una causa fundamental de ello son los múltiples problemas relacionados con la calidad, la disponibilidad y el manejo del agua en la actividad agrícola. *Vid.* Resolución No. 40 de 22 de marzo de 2007 del CITMA, EAN, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria, No. 30, La Habana, 18 de abril de 2007.

2 La Estrategia ambiental nacional vigente reconoce el vínculo agua-suelo al referirse, en relación con su degradación en el cultivo del arroz, a la “importancia que reviste el mal manejo y la calidad de las aguas que se emplean en el riego”. De igual manera, parte de reconocer que en el deterioro de la calidad, la carestía y la falta de disponibilidad del recurso para todos sus usos influyen otros elementos naturales y antrópicos, tan diversos y complejos en su interrelación como la contaminación; los déficits de cobertura boscosa; la no siempre adecuada planificación, uso y ordenamiento; la salinización; el empleo de tecnologías inadecuadas; el escaso reuso y reciclaje del agua; el mal estado de las redes hidráulicas de distribución; así como la insuficiente cultura de ahorro y uso racional, lo cual afecta su actual disponibilidad para los usos agrícolas, industriales y para la población. *Vid., ibidem*, p. 17.

tendencias a la desertificación.³ Pinar del Río presenta afectación asociada a la degradación de los suelos por salinización, principalmente en las áreas arroceras del sur de la provincia.⁴ “[...] latentes peligros de desertificación ya se avizoran en puntos detallados del territorio [...] sin embargo aún no se logra la deseada efectividad al carecer de la integralidad necesaria. De ahí la importancia del desarrollo de estudios encaminados a fusionar toda una serie de medidas cautelares, agronómicas e hidrológicas”.⁵

La calidad del agua se enfrenta al deterioro en numerosos puntos de la geografía nacional. BEATO⁶ plantea que existe incremento de nitrato en algunas zonas acuíferas y no acuíferas, así como ocurrencia de salinidad asociada a la sobreexplotación de las cuencas subterráneas; ello ha sido detectado por la red de calidad de agua del INRH.

1.1. Los recursos hídricos de Cuba

En Cuba disponemos de agua superficialmente en cuencas hidrográficas, y en los acuíferos, como sabemos, “las aguas superficiales y subterráneas integran un sistema unitario”.⁷ En todos los casos, la fuente de alimentación de estos son las lluvias estacionales, que se distinguen en dos periodos: “de mayo a octubre, donde ocurre el 80 % de las precipitaciones y de noviembre a abril donde se registra solo el 20 % de estas”.⁸

Estas lluvias estacionales provocan largas temporadas sin precipitaciones, lo que en ocasiones se agrava por la influencia de otros factores diversos. Estas situaciones son enfrentadas gracias a la infraestructura hidráulica creada por la Revolución. “Antes del triunfo

3 En 1995, con motivo de la incorporación de nuestro país a la Convención de lucha contra la desertificación y la sequía, y de las acciones internas subsiguientes, se concluyó que coinciden en el país cuatro de las principales causas identificadas mundialmente para el desarrollo de los procesos conducentes hacia la desertificación y la formación de desiertos, semidesiertos y zonas áridas: el manejo de agua de riego, tecnologías de manejo de tierras, manejo de la ganadería y deforestación. Colectivo de autores, *Universidad para Todos, Curso Derecho y Medio Ambiente*, parte I, p. 16.

4 La Estrategia Ambiental Territorial de Pinar del Río reconoció en 2007-2010, entre los cuatro problemas fundamentales del territorio, el pobre manejo integrado de los recursos hídricos y la degradación de los suelos dada la gran cantidad de hectáreas salinizadas en diferentes grados en franjas próximas al litoral costero y áreas arroceras. *Vid. Estrategia Ambiental Territorial, 2007-2010*, Ministerio de Ciencias Tecnología y Medio Ambiente, Pinar del Río, pp. 10-12.

5 *Ibidem*, p. 16.

6 BEATO MESA, Otilio, “Una red para la observación de la calidad de las aguas. La REDCAL”, revista *Voluntad Hidráulica*, No. 96, Dirección de Ciencia y Técnica, INRH, año 2004, La Habana, ISSN 0505-9461, pp. 16-20.

7 Decreto-Ley No. 138/93, artículo 7 a).

8 AGUIRRE HERNÁNDEZ, Aymee, “Observadores pluviométricos voluntarios...”, *op. cit.*, pp. 3-9.

revolucionario, solo existían trece pequeños embalses, dedicados principalmente al riego de la caña y al abastecimiento a la población”.⁹ Apenas rebasado 1959, Cuba sufrió intensas sequías, en 1961 y 1962 la duración especialmente prolongada de estas provocó grandes afectaciones en el sector agropecuario, primer rublo económico del país. Se hizo evidente que para desarrollarnos era necesario poder aumentar y regular la disponibilidad del recurso hídrico a todo lo largo de la nación; por ello se desarrolló un amplio plan para crear la infraestructura hidráulica del país, que “hoy cuenta con 241 presas, 730 embalses menores de 3 hm³, 60 derivadoras, 780 km de canales magistrales y 8 grandes estaciones de bombeo para el trasvase, 1 300 km de diques y 1 010 km de canales (obras contra inundaciones)”.¹⁰

Los recursos hídricos potenciales en Cuba alcanzan los 38,1 mil hm³, de los cuales 31,7 corresponden a las aguas superficiales (83 %) y 6,4 (17 %) a las aguas subterráneas. De este potencial total, se ha evaluado como recursos hídricos aprovechables 23,9 mil hm³: 17,9 superficiales (75 %) y 6,0 subterráneas (25 %). De acuerdo con las obras hidráulicas construidas y con las condiciones creadas para la explotación, los recursos hidráulicos disponibles para la explotación ascienden a 13,7 mil hm³ (año 2006), donde las aguas superficiales representan el 67 %, con un volumen de 9,2 mil hm³, y las aguas subterráneas el 33 %, con un volumen de 4,5 mil hm³.¹¹

En Pinar del Río, la disponibilidad superficial de agua al cierre de 2010 era de 1 300 hm³ y subterránea de 226 hm³, estas cifras son menores luego de la nueva división político-administrativa de 2011, en la que los municipios de San Cristóbal, Candelaria y Bahía Honda dejaron de pertenecer a la provincia. No obstante, ya para entonces Pinar del Río estaba catalogada como de baja disponibilidad al no superar siquiera los 2 100 m³ per cápita por año, límite inferior de la categoría que se extiende hasta los 5 000 m³.¹²

1.2. La geografía, el cambio climático y la sequía en Cuba

El archipiélago cubano se caracteriza por un parte agua central y “el 67 % del territorio, constituido por formaciones cársicas, lo-

9 PARETAS, Juan José *et al.*, *Energía, agua y transferencia de tecnología*, obra en proceso de edición por la Editorial CUBASOLAR [en línea], disponible en <http://www.cubasolar.cu/biblioteca/energia/Energia30/HTML/articulo05.htm> citado el 12 de febrero de 2011.

10 *Ibidem*.

11 *Gestión integrada del agua, recursos hídricos* [en línea], disponible en <http://www.hidro.cu/recursos-hidricos.htm> Cubagua, INRH, año 2009 citado el 17 abril 2012.

12 *Los recursos hidráulicos en Cuba*, material informativo del Grupo Empresarial de Aprovechamiento de los recursos Hidráulicos, INRH, año 2002.

calizadas en 165 cuencas, zonas o tramos hidrogeológicos".¹³ En las regiones occidental y central predominan las llanuras y alturas bajas, aunque esta regularidad es interrumpida por la Cordillera de Guaniguanico y la Sierra de los Órganos, en la provincia de Pinar del Río. Otra característica notable es la "apreciable acción reguladora del Carso sobre el escurrimiento superficial en las regiones Occidental y Central de Cuba".¹⁴ "El efecto del carso sobre el escurrimiento fluvial, lo mismo puede ser a favor de una entrada constante de agua durante el estiaje, que de pérdidas cuantiosas de los caudales de un río".¹⁵ Aunque puede ser motivo de pérdida de una fuente por favorecer su escurrimiento, en realidad la presencia del carso es favorable, ya que es consustancial a la existencia de acuíferos, y estos son los recursos hídricos generalmente de más calidad, más estables y mejor protegidos en el medio natural, de manera que garantizan mejor que las fuentes abiertas la explotación del recurso. Escasos científicos han estudiado las particularidades del cambio climático en Pinar del Río, sobre todo en lo relacionado a los recursos hídricos; sin embargo, es imprescindible hacer referencia a las predicciones científicas de MOREJÓN, quien al respecto del cambio climático sostiene que "es de esperar que la similitud con las áreas mediterráneas en especial en las épocas secas, aumente de forma progresiva". Esta afirmación de basa en el estudio detallado del comportamiento del clima en tres de las principales cuencas de Pinar del Río y se refiere al cambio de las características del mismo, pasando de ser subtropical cálido y húmedo a tener más similitud con el clima mediterráneo de España, esencialmente seco.

Si bien factores naturales y antrópicos, como el carso abundante en Pinar del Río y el gran conjunto de obras ejecutado por el gobierno revolucionario, respectivamente, permitan retener grandes cantidades de agua utilizable en periodos de estrés, seguimos siendo vulnerables. El reabastecimiento de las fuentes mencionadas depende, como se ha dicho, del comportamiento de las precipitaciones. Somos en la actualidad uno de los países sometidos a estrés hídrico, debido a la sequía que ha ido recrudesciéndose con el paso de unas pocas décadas, en concordancia con lo planteado por MOREJÓN, "este proceso (la sequía) se duplicó entre 1961-1990 con respecto al periodo 1931-1960".¹⁶ "Estudios recientes del INRH han confirmado que la media histórica anual nacional de lluvia disminuyó en 133 mm en relación con la última media calculada correspon-

13 "Paradigma del desarrollo hidráulico en Cuba" [en línea], disponible en <http://www.bimestrecubana.cult.cu/ojs/articulo.php?id=146>. año 2006 citado el 31 agosto 2011.

14 *Ibidem*.

15 *Gestión integrada del agua* [en línea], disponible en <http://www.hidro.cu/hidrologia1.htm> Cubagua, INRH, año 2009, citado el 17 abril 2012.

16 "Paradigma del desarrollo hidráulico...", *cit.*

diente al periodo 1931-1960".¹⁷ Las temperaturas medias anuales de Cuba "oscilan entre 24-26 °C y la radiación solar es superior a 17 MJ. En los últimos 50 años, la temperatura se ha incrementado en un promedio de 0.5 °C. Los modelos climáticos estiman que el aumento de temperatura en Cuba será entre 1.6 °C y 2.5 °C para el año 2100".¹⁸ El aumento de la temperatura incide en las "altas tasas de evaporación ello combinado con la sequía provoca el agotamiento de los suelos y la disminución de las reservas de aguas subterráneas",¹⁹ que se ven sobreexplotadas en consecuencia.²⁰

En relación con lo anterior, las previsiones hechas para las islas del Caribe indican que "los recursos hídricos se reducirán, cambiará el patrón de distribución de las precipitaciones y serán más frecuentes los periodos de sequía"; además, "hasta mediados de siglo se reducirán los recursos hídricos de forma que serán insuficientes para cubrir la demanda en los periodos más secos".²¹ Algunos autores, como GUTIÉRREZ,²² estiman que los principales impactos del cambio climático en Cuba están relacionados con el incremento de la aridez, los procesos de sequía y los aumentos del nivel del mar.

Respecto a las fluctuaciones de las precipitaciones anuales, en Cuba se distinguen tres zonas pluviométricas en las que los ciclos de acuosidad se distribuyen de forma diferente. La sequía desde 1931 ha ido moviéndose hacia occidente. La mitad oeste del país, aunque no es la peor, se distingue en 2004 por las peores situaciones desde 1961. El territorio de la provincia de Pinar del Río está comprendido entre la zona 1 y la 2. En la zona 1 la tendencia de la lluvia es decreciente y se observa desde 1961 sin recuperación aparente, y en la zona 2 la tendencia es creciente, aunque no se han recuperado los niveles de los años de la década del 30 en que se comenzó la medición. Es precisamente en la zona 1, de tendencia decreciente, donde se encuentra la cordillera de Guaniguanico,

17 *Programa Nacional de ahorro y uso del agua* [en línea], disponible en <http://www.hidro.cu/paura.htm>. Cubagua, INRH, citado el 17 abril 2012.

18 ZAMORA HERRERA, Elisa, *ibidem*.

19 Resolución No. 40/07, EAN, *ibidem*, p. 13.

20 Al respecto, la EAN plantea: "El fenómeno de la sequía, que por sí mismo genera perjuicios sobre numerosas actividades socio-económicas y la salud de la población, junto a otros procesos antrópicos que conducen a la degradación de los suelos, la erosión costera, y la pérdida de calidad de las aguas por la sobreexplotación de las fuentes, y los evidentes impactos de los cambios climáticos sobre nuestro país, contribuye a que en amplias zonas costeras y tierras secas del país se experimenten significativos síntomas de procesos tendientes a la desertificación". *Vid.* Resolución No. 40/07, EAN, *ibidem*, pp. 13 y 14.

21 IPCC, "Cambio climático 2007. Informe de síntesis. Contribución de los grupos de trabajo I, II y III al Cuarto informe de evaluación del grupo intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático" [equipo de redacción principal: PACHAURI, R. K. y A. REISINGER (directores de la publicación)], IPCC, Ginebra, Suiza.

22 GUTIÉRREZ, T., "Vulnerabilidad y adaptación al cambio climático", en AA.VV., *Primera comunicación nacional a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre cambio climático*, INSMET, La Habana, 2001, pp. 97-120.

el parte aguas donde nacen los ríos de la Provincia que bañan la llanura sur, donde se encuentra el macizo tabacalero y hasta una parte considerable de la misma llanura integra la zona, con niveles decrecientes de lluvia por un periodo tan prolongado. La sección de la llanura que se ubica en la zona 2 igualmente ha estado sometida a estrés durante mucho tiempo. En los informes anuales y mensuales elaborados por los meteorólogos de Pinar del Río se evidencia el significado palpable del fenómeno, donde se llama a la racionalización de los recursos.²³

Esta situación compromete la recarga de los acuíferos, que como se ha planteado, son sistemas donde la circulación de las aguas es muy lenta y la recarga puede tomar años. Ello se suma a la explotación del agua subterránea que hace el cultivo del tabaco en toda la llanura sur, cuyo periodo de siembra y cosecha se enmarca, según la guía oficial del cultivo 2011-2012,²⁴ entre el 20 de octubre y los primeros días de mayo, justo con el inicio y fin del periodo seco.

2. Caracterización del cultivo del tabaco en la provincia de Pinar del Río

En Cuba se obtiene el mejor tabaco del mundo, especialmente en Pinar del Río. El tabaco cubano no se puede medir como los demás, ya que su fortaleza es mucho mayor y cualquier tabaco será suave o medio siempre que lo comparemos con el cubano. En general, el tabaco prefiere las tierras francas tirando a sueltas, profundas, que no se encharquen. El pH más apropiado es de neutro a ligeramente ácido para los tabacos de hoja clara, y neutro o ligeramente alcalino para tabacos de tipo oscuro. Además, la textura de las tierras influye sobre la calidad de la cosecha y el contenido nicotínico de las hojas.²⁵

23 En el Informe del estado de la sequía meteorológica para el mes de abril de 2011, del Centro Meteorológico Provincial de Pinar del Río puede leerse: "El desarrollo del proceso de sequía que ha estado afectando a la provincia se extiende ya por un período prolongado de más de 1 año, provocando acumulaciones de grandes cantidades de material combustible en los bosques que incrementa las vulnerabilidades para la aparición de incendios forestales. Por otro lado, ha disminuido considerablemente las reservas de agua superficial en ríos y presas, con la consecuente afectación de las reservas del manto freático. Las necesidades hídricas del suelo se hacen mayores, se incrementa la compactación del suelo, los rendimientos de las cosechas y la productividad forestal disminuye sensiblemente, aparece las plagas y enfermedades oportunistas provocando afectaciones a la agricultura del territorio. Por tanto, es importante tener en cuenta todos estos elementos y tomar las medidas necesarias para la utilización racional y eficiente de las reservas de agua aún disponibles en el territorio". Vid. MIRANDA SIERRA, Carlos A., "Informe del estado de la sequía meteorológica para el mes de abril 2011. Perspectivas de mayo 2011", Grupo Científico Centro Meteorológico Provincial.

24 *Guía del Cultivo del Tabaco 2011-2012, TABACUBA*, Instituto de Investigaciones del Tabaco, Artemisa, 2011.

25 Entrevista realizada a José Ramón CABRERA ALFONSO.

No debe sembrarse el tabaco en suelos donde haya cloruros, por lo que se debe huir de las tierras salitrosas, “los portadores de fertilizantes no pueden contener cloro”, ni en pequeñas cantidades, este compuesto afecta considerablemente a cualquier tipo de tabaco, excepto el que se emplea para mascar, pues este elemento provoca drásticamente la reducción de la combustibilidad de la hoja.²⁶

El sistema radical es fibroso, poco profundo. Generalmente, cerca del 80 % de las raíces pueden encontrarse en los primeros 30 cm de profundidad del suelo, aunque pueden extenderse hasta los 50 cm y más.²⁷

El tabaco ocupa un lugar clave en la agricultura de Pinar del Río, este es el primer fondo exportable de la provincia.²⁸ El plan de contratación para la campaña 2011-2012 ha sido de 16 073,4 ha.²⁹ Para esta efectuaron contratos 9 916 productores en el territorio, de los cuales 4 847 pertenecen al macizo tabacalero. Se desglosan de la siguiente manera: Consolación: 1 388; Pinar del Río: 1 088; San Luis: 1 360 y San Juan: 1 911.³⁰

Estas cifras informan sobre la cantidad de personas que en calidad de poseedores de tierra, en cualquiera de sus modalidades, han formalizado el correspondiente contrato con las respectivas entidades del MINAG, a fin de desarrollar este cultivo en sus tierras; no así sobre la cantidad total de personas a las que ofrece empleo anualmente de manera ocasional durante la cosecha; o sobre aquellos otros para los cuales constituye la actividad económica fundamental de la cual proviene el grueso de sus ingresos, principalmente familiares de los poseedores de tierras y algunos obreros que permanecen contratados permanentemente por estos.

El cultivo del tabaco es una típica actividad económica familiar donde la tradición está presente. La causa radica en que la principal característica económica del cultivo de tabaco es que por razones técnicas, no puede alcanzar un alto nivel de mecanización y requiere una elevada utilización de mano de obra. El cultivo del tabaco, en nuestra opinión, ha sido un factor configurador en la actual distribución de la densidad de población en los municipios del macizo tabacalero. Esta es una provincia donde la actividad económica fundamental es la producción agropecuaria, en la cual

26 “Desde la semilla hasta el humo, fertilización y riego” [en línea], disponible en <http://www.guerrillero.cu/tabaco/index.php?option=com/content&task=view&id=18&Itemid=periódico> *Guerrillero*, citado el 17 de abril de 2012.

27 Entrevista realizada a José Ramón CABRERA ALFONSO.

28 *Anuario Estadístico 2010*, ONE, Pinar del Río.

29 “Informe a la Asamblea Provincial del Partido”, periódico *Guerrillero*, 4 de julio de 2011, p. 5.

30 “Registros estadísticos de la Delegación Provincial de La ANAP Pinar del Río. Campaña 2011-2012”.

de 244 cooperativas de crédito y servicio (CCS), 214 tienen como objeto empresarial el cultivo de tabaco; de 75 Cooperativas de Producción Agropecuarias (CPA), 67 comparten este objeto, y de 77 Unidades Básicas de Producción Cooperativa (UBPC), 13 cultivan tabaco como objeto fundamental.³¹

En los municipios que son objeto de nuestra atención, la relación entre entidades productoras y no productoras de tabaco se comporta como se muestra en la tabla siguiente:

Municipio	CCS total	CCS tabaco	%	CPA total	CPA tabaco	%	UBPC total	UBPC tabaco	%
Consolación	38	27	71	14	13	93	9	2	22
Pinar del Río	25	21	84	12	11	92	27	9	33
San Luis	26	20	77	8	6	75	3	1	33
San Juan	28	27	96	6	6	100	3	-	-

Fuente: Informe de la Dirección de Atención a Unidades Productoras, Ministerio de la Agricultura Pinar del Río. Resumen total de CPA, CCS, UBPC y UEB por municipios. Cierre: 8 de septiembre de 2011.

Del análisis de esta tabla, podemos concluir que el porcentaje mayoritario de las formas productivas tiene como objeto la producción del cultivo en cuestión y dado lo que venimos planteando, la gran importancia que reviste económicamente para la provincia. Es revelador que porcentajes tan elevados del total de las CCS, CPA y un poco menos de las UBPC, que por su número total no son especialmente significativas, se dediquen al cultivo del tabaco. Del total de tierras aptas y destinadas para la agricultura de todo tipo, el 8.4 % corresponde a tabaco, y que las 95 CCS, 36 CPA y 12 UBPC que existen en total en los cuatro municipios tratados se dedican al cultivo del 11.8 % de la superficie agrícola de esos mismos municipios combinados.

Un error común al plantear el asunto en estos términos es el de creer que la entidad productora de tabaco solo se dedica a esta actividad. En realidad, el resto del año en que no es posible sembrarlo, los mismos campos son plantados con cultivos de rotación, pensados para favorecer el estado del suelo y que contribuyen a la alimentación de los productores. Ello reviste importancia para el presente trabajo, en razón de que significa que las fuentes de agua para riego se encuentran en explotación el año entero tanto en período lluvioso como seco.

³¹ Informe de la Dirección de Atención a Unidades Productoras, Ministerio de la Agricultura Pinar del Río. Resumen total de CPA, CCS, UBPC y UEB por municipios. Cierre: 8 de septiembre del 2011.

2.1. Distribución actual de la producción tabacalera por municipios y regiones geográficas de la provincia, con énfasis en las fuentes de suministro de agua en que se soporta la producción

La provincia de Pinar del Río es la región político-administrativa más occidental de Cuba. Tiene una configuración estrecha y larga. Se divide en cinco regiones naturales: Llanura sur, Llanura norte, Llanura de Guane, Llanura de Guanahacabibes y Cordillera de Guaniguanico. Presenta un relieve predominantemente llano. Tiene 8 884,51 km², representando el 8.09 % de la superficie del país, para el 5.3 % de población, con 592 851 habitantes y una densidad de población de 66.7 habitantes por km².³² Está constituida por 11 municipios, cuatro se localizan entre la cordillera y la costa norte, uno en la península de Guanahacabibes: Sandino; y seis se ubican al sur de la cordillera desde la Llanura de Guane y a lo largo de la Llanura sur.

Es en los municipios sureños donde se localiza la mayor producción de tabaco, especialmente en los cuatro integrantes del macizo tabacalero, que se concentran como un grupo compacto en el centro de los seis, compartiendo fronteras entre ellos y sucediéndose a lo largo de la misma línea de costa. Esta zona es conocida como Vuelta Abajo desde época de la Colonia, en ella se destaca el Municipio de San Luis,³³ “El Municipio de San Luis es reconocido como el epicentro de la cultura del tabaco, en él se encuentran las reconocidas Vegas Robaina, ubicadas en las Cuchillas de Barbacoa, y la finca El Corojo”.³⁴

Consolación del Sur³⁵ es también un gran productor de tabaco, cuya área total dedicada al cultivo supera por mucho la de los demás; aunque podemos decir que por calidad, tradición y cultura,

32 Datos tomados de: “Así es Cuba”, periódico *Juventud Rebelde*, domingo 02 de enero de 2011, p. 9.

33 El municipio de San Luis tiene una extensión en área de tierra firme de 324,63 km² y un cayerío de 1,30 km². El mayor ancho de este a oeste es de 25 km, desde el km 2 de la carretera de las Canas al km 6 de la carretera a Punta de Carta, en la localidad de La Ceiba. Las características físico-geográficas de este territorio hacen que la actividad agropecuaria sea el principal renglón económico, donde tiene su peso fundamental la producción del mejor tabaco del mundo. Cuenta con una población total de 32 454 habitantes y una densidad de población de 99,2 hab/km², de ellos, 24 392 son residentes rurales. *Vid. Anuario estadístico ONE*, 2010.

34 “Desde la semilla hasta el humo, fertilización y riego”, *cit.*

35 Consolación posee una extensión territorial de 1 111,90 km² y una población, al cierre de diciembre 31 de 2010, de 88 757 habitantes, para una densidad poblacional de 79,8 hab/km². Además, cuenta con 57 asentamientos, de los que 51 son rurales y 6 urbanos, con 30 991 y 57 766 habitantes, respectivamente. Posee una amplia red de drenaje superficial conformada por cuatro cuencas fundamentales: Ajiconal, Herradura, Río Hondo y San Diego, además de cuatro presas (Patate, Río Hondo, Ramírez y Herradura) y dos micropresas (Sitio Peña y la Bija). En el territorio el sector más abarcador de la economía es la agricultura, el mismo constituye gran fuente de empleo para los residentes. *Vid. Anuario estadístico ONE*, 2010.

San Juan y Martínez³⁶ goza de más fama como tabacalero dentro y fuera de la Isla. Pinar del Río³⁷ es el segundo en extensión de tierra tabacalera. Aunque no son los únicos territorios productores de tabaco, se les considera el macizo tabacalero por la cantidad y calidad de sus producciones, pues están por encima de cualquier otra demarcación en el país.

2.3. Interacción del cultivo del tabaco con la calidad y cantidad del agua

2.3.1. El riego en el tabaco, técnicas y eficiencia

El tabaco en Pinar del Río, al ser el cultivo más difundido, representa un consumidor importante de agua.³⁸ De manera individual, la planta no admite humedad excesiva pues esta daña considerablemente la calidad del tabaco. “Los aborígenes cubanos le plantearon a los canarios que fueron de los primeros cultivadores europeos, que el agua ‘le chupaba la miel al tabaco’”.³⁹ Este fenómeno se conoce en el campo pinareño como tabaco pajizo. La explicación parece estar en los cambios que produce el agua en los componentes químicos de las hojas de tabaco.

36 San Juan y Martínez se localiza en la zona sur occidental de la provincia de Pinar del Río, con una extensión geográfica de 408,22 km². Tiene un relieve relativamente accidentado, cubierto por zonas montañosas el 53 % del territorio y el 47 % las llanuras. En el territorio se asienta una población de 44 930 habitantes, donde 29 255 residen en área rural, por lo que el grado de urbanización es del 34,9 %. La densidad de población es de 110,1 hab/km². El municipio cuenta con 63 asentamientos humanos concentrados, solo 3 de ellos son núcleos urbanos. El fondo agrícola del municipio está conformado en su mayoría por suelos arenosos y de baja categoría agrológica, existen problemas de erosión y acidez. Más del 50 % del fondo agrícola del municipio está dirigido a actividades económicas y ocupado por cultivos temporales (principalmente el tabaco, que representa el 44 %). La actividad agropecuaria conforma la base económica del territorio, empleando el 43,5 % de la fuerza laboral del municipio, principalmente en el cultivo del tabaco, la ganadería y la silvicultura. *Vid. Anuario estadístico ONE, 2010.*

37 Pinar del Río es el municipio cabecera de la provincia del mismo nombre. Abarca una extensión total de 730,94 km², correspondiendo 714,27 a tierra firme y 16,67 a los cayos adyacentes. El río de mayor longitud es el Ajiconal, con una longitud de 83 km. Además cuenta con cinco embalses con una capacidad de 215 Mm³ y siete micropresas, siendo significativa la presa Guamá, ubicada al norte de la ciudad de Pinar del Río, que dentro de sus funciones tiene el abasto de agua de parte de la ciudad a través de los potabilizadores K-5. Al cierre del 31 de diciembre de 2010 contaba con 190 496 habitantes, con una densidad poblacional de 262,1 hab/km², de los cuales 37 092 residen en zona rural. *Vid. Anuario estadístico ONE, 2010.*

38 En 2012, las empresas de tabaco de Pinar del Río solicitaron y contrataron 25 230 000 m³ de agua para el cultivo. El municipio de Pinar del Río tiene registrado en la actualidad 135 pozos y 795 equipos vinculados a fuentes superficiales que riegan para tabaco: San Luis, 433 pozos y 454 equipos superficiales; San Juan, 247 y 517, respectivamente. En cuanto a Consolación del Sur, los datos no están disponibles, pero como municipio de la llanura sur, de igual manera, en este se combina el uso de fuentes superficiales y subterráneas, con un poco más de explotación de fuentes superficiales que el resto de los municipios, ya que Consolación dispone de mayor cantidad de recursos superficiales de agua (datos no publicados de la Empresa de Aprovechamiento Hidráulico de Pinar del Río, de fecha 12 de abril de 2012. *Vid. Entrevista realizada a Antonio GONZÁLEZ MELGAREJO.*

39 “Desde la semilla hasta el humo”, *cit.*

El manejo del régimen hídrico del tabaco es bastante variable entre vegas, y más entre regiones, dada la multiplicidad de factores que inciden en la determinación exacta de las necesidades de cada plantación. Las características del suelo, su drenaje, las condiciones climáticas típicas del lugar u ocasionales por algún fenómeno específico, la fecha de plantación, los fertilizantes aplicados y el momento de su aplicación, así como el tipo de tabaco a producir, son variables que inciden en la cantidad de agua a requerir.

Actualmente, las normas de riego sobre cuya base se elabora el balance de agua, están establecidas en la Resolución No. 21/99.⁴⁰ Como es fácil apreciar, estas bases para calcular las cantidades de agua que exige el cultivo, al ser aplicadas a zonas establecidas por un criterio político-administrativo y no por áreas demarcadas a partir de sus características climáticas y de suelos, factores que tienen un papel preponderante dentro de la determinación de las exigencias hídricas del cultivo en cada zona, ponen en evidencia que el método legalmente establecido resulta científicamente rudimentario y que, por tanto, las cantidades de agua que se solicitan a la Empresa de Aprovechamiento de Recursos Hidráulicos por parte de las empresas de tabaco de los municipios ya viene afectada en su objetividad desde su origen por esta causa.

La eficiencia en el riego se mide, según WARQUENTIN,⁴¹ por eficiencia de conducción: relación del agua entregada con el agua apartada de la fuente; eficiencia de aplicación: relación del agua entregada con el agua que llega del suelo y eficiencia del uso del agua: relación del agua disponible para el cultivo con el agua aplicada al suelo.

En estos momentos, estos indicadores de eficiencia en las vegas de tabaco no son controlados por el Ministerio de la Agricultura. En las CPA, CCS y UBPC no existe personal encargado del riego ni de su eficiencia. GONZÁLEZ plantea que a la Empresa Provincial de Aprovechamiento Hidráulico, encargada de llevar los controles de consumo, le resulta muy difícil obtener los reportes de lo consumido por las entidades, en las que se incluyen las del MINAG. Dichos reportes son recibidos de las empresas de tabaco sin que haya una contraparte o mecanismo del INRH que compruebe la veracidad de lo reportado.

40 La Resolución No. 21/99, del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, "Normas Totales Netas y Coeficiente de Eficiencia para la Determinación de las Normas Brutas de los Principales Cultivos Agrícolas", establece las normas siguientes:

Municipio	m ³ /ha	Tabaco negro tapado	Tabaco negro al sol
San Luís		1 400	1 600
Pinar del Río		1 300	1 500
Consolación del Sur		1 300	1 500
San Juan y Martínez		1 300	1 483

41 WARQUENTIN, B. P., *Protección de la calidad del agua subterránea a través de un riego eficiente* [en línea], disponible en <http://www.unesco.org.uy/phi/libros/usoeficiente/indice.html#bp> Universidad Estatal de Oregón Corvallis, Oregón, Estados Unidos, citado el 23 abril 2012.

WARQUENTIN⁴² plantea que “Idealmente, la cantidad de agua usada en el riego debería ser exactamente igual a la cantidad de agua evaporada y a la transpiración del cultivo. [...] Este riego ideal se logra casi a la perfección por goteo, menos por aspersión y por surcos y mucho menos en el riego por inundación”. El tabaco, dado que lo que de él interesa es la calidad de sus hojas, no admite técnicas de riego por aspersión o similares que la puedan dañar. El goteo constituye la forma ideal, pero el costo actual por hectárea de esta técnica ronda los 2 000 CUC, lo que hace imposible su generalización. El riego por surcos es el más tradicional y difundido en los municipios tabacaleros; en algunos momentos del ciclo del cultivo, y en dependencia del comportamiento del clima, también se riega por inundación. Todas estas técnicas se alejan bastante de la eficiencia ideal.

En el riego por surcos es necesario sobrepasar la norma para que haya infiltración, lo que sería mayor o menor de acuerdo con las características del suelo; por lo que en cada lugar, aunque el tipo de tabaco no varíe, la demanda de agua no será la misma a causa de la técnica de riego empleada, el tipo de suelo y la evaporación.⁴³

Los campesinos no son conscientes de la necesidad de ahorro del agua. Los caminos que corren a lo largo de las vegas se anegan por largos tramos en pleno periodo seco, por el escurrimiento de los campos de tabaco regados por surcos. Un ejemplo significativo lo constituye el tramo de aproximadamente 15 km que se extiende desde Río Feo, en el km 8 de la carretera de San Juan, límite municipal entre San Luis y San Juan, y el pueblo cabecera del municipio de San Luis, que cruza por la zona de cinco CCS y una CPA, tramo regado exclusivamente con agua subterránea y muy próximo al curso del Río Feo, principal afluente del Guamá, cuya cuenca es de interés provincial. Al no existir autoridades que velen por el correcto aprovechamiento de los caudales extraídos de las fuentes, el límite lo pone el combustible o la energía de la que se disponga para bombear dicha agua y no la cifra que se haya asignado para consumir luego del Balance anual, en el cual no se incluye el gasto doméstico de las numerosas viviendas de los campesinos que cultivan el tabaco. El problema radica en que en las zonas rurales de los cuatro municipios estudiados, las fuentes de riego subterráneas también son las fuentes de abasto doméstico de las familias de campesinos que habitan estas áreas rurales. En algunas zonas, como Entronque de Piloto, en el municipio de Pinar del Río, las redes de distribución para riego agrícola cuentan con cerca de 80 años de antigüedad y deben ser forzadas para que llegue el caudal necesario a las vegas, ya que la población del asentamiento que ha devenido urbano dentro de las tierras de la CPA compiten con el riego en los mismos horarios en que se efectúan las labores agrícolas. Este caso no es aislado, existen otros asentamientos como

42 *Ibidem.*

43 Entrevista realizada a Rafael Martínez Fernández.

Río Feo, Curucho, Carlos Lóriga, Río Seco, La Virginia, Las Cruces, Cooperativa Hermanos Saíz y varios más, en que esta situación se repite; fundamentalmente en San Luis, San Juan y Pinar del Río, mayores usuarios de aguas subterráneas.

Luego de exhaustiva búsqueda, no se pudo constatar que existiera un registro de las personas o un número aproximado en MINAG, INRH, Oficina Nacional de Estadísticas (en sus publicaciones) o en empresa Provincial de Acueducto y Alcantarillado, de la cantidad de personas que consumen agua de las fuentes de riego, esencialmente pozos adscritos al Ministerio de la Agricultura y sobre los cuales no se realiza ningún control de calidad para el consumo. La empresa de Acueducto y Alcantarillado⁴⁴ solo sirve agua en las zonas urbanas y no es responsable por la calidad de las aguas de los pozos en explotación por parte de la agricultura, aunque abastezcan a personas.

2.4. La fertilización del cultivo del tabaco

La fertilización se trabaja teniendo en cuenta el rendimiento del tabaco. Como dichos rendimientos dependen de las características químicas, físicas y nutricionales que tienen los suelos, sobre la base a ello se establecen cantidades de nitrógeno, fósforo y potasio en relación con el rendimiento por área. Un análisis hecho con la colaboración del Instituto de Suelos de Pinar del Río, a partir del montaje de la campaña de fertilización 2011-2012, arroja que en esta campaña varias decenas de toneladas de los tres nutrientes serán esparcidas sobre los suelos tabacaleros. Esto no quiere decir que se esté abusando del suelo con químicos, solo se aplica lo necesario en función del rendimiento de los cultivos a partir del cartograma agroquímico (análisis de suelo), el riesgo lo introduce el manejo: se debe aplicar la fertilización con posterioridad a un riego para que se disuelva y las plantas lo puedan tomar, de lo contrario, es desperdiciado. Si se aplica antes del riego, o después llueve, el riesgo de infiltración es casi seguro, por ser nuestros suelos tan lixiviados (muy fáciles de lavar por ser arenosos); en este caso no se aprovecha la fertilización y se contamina el manto freático. El mal manejo trae como consecuencias grandes posibilidades de contaminación, ya que la fertilización en tabaco es muy frecuente, es decir, en todas las campañas. En relación con otros cultivos, el tabaco es gran consumidor de fertilizantes.⁴⁵

La conexión entre el riego y la calidad del agua subterránea es casi directa a través del proceso de infiltración de químicos solubles bajo la zona radicular. WARQUENTIN⁴⁶ plantea que los nitratos infiltrados bajo la zona radicular se profundizan en pulsos en los años

44 Entrevista realizada a Teobaldo GUZMÁN CÁNDANO.

45 Entrevista realizada a José Ramón CABRERA ALFONSO.

46 WARQUETIN, B. P., *Protección de la calidad del agua subterránea...*, cit.

de precipitaciones extraordinarias o cuando hay agua en exceso almacenada en el suelo. Los pesticidas solubles también pueden infiltrarse. “Estos pulsos pueden mover la materia soluble a velocidades promedio de 10 a 100 centímetros por año. La pérdida de un centímetro de agua por debajo de la zona radicular mediante lixiviación podría resultar en una pérdida del orden de 5 kg de nitrógeno por hectárea, si la concentración de la solución del suelo es del orden de 50 mg por litro”.⁴⁷

Durante los años 2010 y 2011, la Red de Calidad de las Aguas del INRH detectó varios pozos de San Juan y Martínez con más nitrato del permitido por las normas de calidad cubanas,⁴⁸ cuyo límite es de 45 mg/l.⁴⁹ A partir de lo anteriormente planteado, si tenemos en cuenta que esa concentración fue encontrada en una zona eminentemente tabacalera y que el monitoreo de agua no abarca el resto de los pozos, de manera que los demás no están descartados de contaminación, es fácil establecer conexiones y plantearnos nuevas hipótesis comprobables. Debe ser responsabilidad de la Administración Pública, personificada en los organismos CITMA, MINAG, INRH y MINSAP, plantearse y comprobar estas posibles hipótesis y tomar medidas para proteger a la población y al agua en sí misma como recurso natural. La inexistencia de un plan de medidas en este caso pone de relieve la falta de percepción de riesgo en el INRH de la provincia y la escasa integración en el funcionamiento de estas instituciones, pues no fluyó la información, lo que las presenta como insuficientemente preparadas para proteger los recursos hídricos y, por ende, a la población y la economía ante riesgos de este tipo.

2.5. La relación agua-suelo: el riesgo de salinización

Los conocimientos sobre la estrecha relación agua-suelo sugieren la necesidad de efectuar estudios de este binomio donde quiera que se pretenda explotar agrícolamente la tierra, al respecto MOREJÓN⁵⁰ plantea que “Desde un punto de vista agroecológico, el conocimiento de la composición química del agua de riego es imprescindible, ya que cada tipo de cultivo tiene requerimientos nutricionales específicos”. Existe además el riesgo de salinización y/o sodificación de los suelos por el uso de agua de baja calidad para riego. Esta necesidad también se plantea en sentido inverso, pues en particular, la explotación de los recursos hídricos subterráneos,

47 *Ibidem.*

48 Entrevista realizada a Gabriel ARENCIBIA FERNÁNDEZ.

49 Norma cubana (NC) 827: 2010, Agua potable – requisitos sanitarios, elaborada por Comité Técnico de Normalización NC/CTN 3 de gestión ambiental, Oficina Nacional de Normalización.

50 MOREJÓN MIRANDA, Yilian, “Análisis del estado actual y tendencias previsibles de los recursos edáficos e hídricos en cuencas del Occidente de Cuba”, Tesis en opción al grado de Doctor en Ciencias, Programa de la Universidad de Alicante, Pinar del Río, septiembre de 2009, Capítulo 7, p. 223.

en vista de su utilización para riego, requiere de la implementación de estudios previos, no solo relacionados con los acuíferos, sino también con los suelos, a fin de evitar un impacto ambiental negativo en las características del agua.

Donde ya la tierra, como en Cuba, lleva siglos en explotación, el monitoreo regular de estos dos recursos puede permitir tomar medidas simples que eviten el deterioro del agua y el suelo y prevengan los temidos procesos de salinización desertificación. Hacemos tanto énfasis en el estudio y monitoreo del suelo y el agua, ya que como plantea SÁNCHEZ, el comportamiento de un suelo en contacto con el agua salada depende de las propiedades físicas iniciales de este y del contenido de sales del agua. Este autor también plantea que en el proceso de salinización revisten particular importancia los cambios que pueden ocurrir en la composición del suelo, por la precipitación de ciertas sales como carbonatos de calcio y magnesio, así como sulfatos de calcio provenientes de procesos naturales de la corteza terrestre. Uno de los procesos naturales de donde provienen sales presentes en los suelos de Cuba, como explica MOREJÓN, es el aerosol que se produce sobre el archipiélago como consecuencia de su insularidad. Es decir, que nuestra condición de isleños determina que por vía atmosférica ocurra deposición de sales marinas sobre el territorio nacional; una razón más para tomar medidas de protección respecto a la calidad y cantidad de agua con que se riegan los suelos.

La Estrategia Ambiental Territorial de Pinar del Río 2007-2010 plantea los problemas de suelos sobre una base de datos de 1985,⁵¹ en ello se evidencia el estancamiento que las investigaciones en este sector han tenido durante el "Periodo Especial" (27 años). Actualmente, investigadores del Instituto de Suelos y Fertilizantes trabajan en la caracterización de las aguas de riego y su relación con la salinidad y el suelo en general, como parte de un proyecto de maestría curricular. Hasta ahora los resultados parciales de su investigación, que analiza un periodo de diez años, arrojan que en cuanto a salinización por calcio, magnesio y sodio, no existen problemas en los cuatro municipios del macizo tabacalero, así tampoco con los niveles de dureza del agua; en cambio, en el municipio de Sandino, que hoy no forma parte de este grupo considerado como macizo tabacalero, la situación es diferente. Sandino ya no forma parte del macizo debido a la considerable disminución de su producción tabacalera, lo que es consecuencia, a su vez, de los problemas crecientes corroborados por la aludida investigación en cuanto a salinización y dureza del agua. En ese territorio la sobreexplotación del manto freático e intrusión salina provoca desde hace años el aumento de las sales minerales disueltas en el agua de riego y que influyen en el complejo de cambio de los suelos del municipio.⁵² Con este caso se

51 *Estrategia Ambiental Territorial, 2007-2010, cit.*, p. 11.

52 CABRERA ALFONSO, José Ramón, Resultados parciales del Proyecto de investigación de Maestría curricular de la Universidad Agraria de La Habana, Instituto de Suelos y Fertilizantes de Pinar del Río (datos no publicados).

pone una luz de alerta sobre la posibilidad real de que con las mismas causas y condiciones se obtengan iguales resultados en el resto de los municipios tabacaleros, con un costo ambiental y económico devastador para los cientos de familias que en Occidente viven del cultivo del tabaco y para la provincia en general.

No se puede perder de vista que la distancia que existe entre la llanura donde se cultiva el tabaco y la costa, en muchos tramos, como desde El Corojo, Barrigona, Las Cruces, Forteza, Hermanos Saíz, La Comuna, Galope y otros, no supera los 12 km, como la que hay desde la finca El Corojo, en el municipio de San Luis (solo 7 km),⁵³ y que las dos cuencas hidrogeológicas de la Llanura sur son abiertas al mar,⁵⁴ lo que las hace potencialmente vulnerables a la salinización por intrusión marina, máxime cuando el cambio climático está provocando un aumento del nivel del mar, que ya ha entrado en consideración inclusive en el Proyecto de estrategia 2011-2015.

2.6. Papel de las instituciones administrativas: MINAG, INRH, y de las formas de organización de la producción tabacalera en la gestión del agua y el control de la aplicación de las normas jurídicas vigentes

El artículo 98 de la Ley No. 81/97 expresa: “Todas las personas naturales o jurídicas que ejecuten acciones relativas a las aguas subterráneas, se ajustarán a las evaluaciones y dictámenes emitidos por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, con el fin de asegurar su explotación racional y evitar el agotamiento o degradación de esta agua”. Como hemos venido planteando, este mandato de la ley no se cumple cabalmente, ni el MINAG tiene un registro actualizado de los pozos en explotación, como tampoco lo tiene el INRH, lo que se debe a que hace más de una década que no se ejecuta ningún tipo de acción de control sobre los que están registrados, así como tampoco nuevos censos para detectar perforaciones ilegalmente ejecutadas o usos inadecuados como fosas sépticas.

De igual forma, tampoco las evaluaciones de disponibilidad de agua subterránea del INRH son exactas: “El esquema general del aprovechamiento hidráulico y de suelos de la República de Cuba” fue resultado de los estudios realizados por diferentes investigadores, fundamentalmente soviéticos, búlgaros y cubanos, de las reservas potenciales, aprovechables y las disponibles sobre los recursos hídricos de Cuba, el que data de la década de los años 80.⁵⁵ Hasta

53 Entrevista realizada a JOSÉ RAÚL ORTIZ.

54 Entrevista realizada a Gabriel ARENCIBIA FERNÁNDEZ.

55 “Paradigma del desarrollo hidráulico...”, *cit.*

la fecha, el INRH no ha hecho reevaluación de dicho esquema o ha dado continuidad al estudio detallado por zonas en la provincia.⁵⁶ En cuanto al Instituto de Suelos y Fertilizantes, como se planteó anteriormente, tampoco se han hecho reevaluaciones hasta la fecha.

En la situación actual, el Ministerio de la Agricultura, como usuario de agua, no está en condiciones de garantizar el uso racional de esta en cumplimiento del Decreto-Ley No. 138/97.⁵⁷ Las causas radican en que no cuenta para ello con una estructura o aparato asesor y controlador del riego. Los recursos humanos escasean a causa de la reorientación profesional de los que una vez fueron formados. Esto ocurrió por el cierre de plazas y la concentración de funciones en un mismo individuo, fundamentalmente aparejado a la presumible desmotivación económica en la base productiva y en las empresas agrarias como las de tabaco.

La concepción actual de la Dirección de Riego en la Delegación Provincial hace imposible que pueda haber supervisión eficiente y mucho menos una gestión funcional en la base; téngase en cuenta que solo la integra una persona, en quien recaen todas las responsabilidades relacionadas con el uso del agua. Las empresas de tabaco solo tienen una plaza en función del riego, que no siempre está ocupada por personal con la preparación requerida, hoy únicamente la Empresa de Tabaco de Pinar del Río cuenta con un técnico en riego. Estos compañeros desempeñan múltiples funciones, entre las que puede estar la logística de su empresa, lo que consecuentemente limita de manera considerable que puedan concentrarse en su función principal. En las CCS, CPA y UBPC no existen en lo absoluto técnicos de riego ejerciendo su profesión. Según las normas de la FAO, un técnico de riego con transporte puede atender adecuadamente la operación y manejo de riego de 500 ha, los datos más actuales del país indican que existe uno para más de 2000 ha, sin transporte.⁵⁸

El reglamento de riego establecido mediante la Resolución No. 190 de 2004 del MINAG es totalmente desconocido por los campesinos, y la dirección actual del Departamento de Inspección Estatal de Recursos Hidráulicos ignora su existencia. Este reglamento hasta el momento constituye letra muerta, ya que como se ha venido diciendo, no existen las estructuras administrativas y técnicas imprescindibles para su divulgación, implementación y control de su cumplimiento en la base.

56 Entrevista realizada a Gabriel ARENCIBIA FERNÁNDEZ, así como entrevista realizada a Nedy GARCÍA CAIRO.

57 El Decreto-Ley No. 138/97, artículo 4, plantea que: "Todo usuario de aguas terrestres, en atención a su deber de asegurar la utilización racional de éstas, estará obligado a:

- a) organizar, asegurar y controlar el aprovechamiento y el uso eficiente de los volúmenes de agua que se le hayan asignado, incluidas la evitación y la supresión de pérdidas por filtraciones, salideros, evaporación y desperdicio en sentido general;
- b) respetar el plan de asignaciones de agua, en función de que éste cumpla con su objetivo de asegurar la satisfacción de las necesidades económicas y sociales en él previstas;
- c) Facilitar a Recursos Hidráulicos el control del aprovechamiento y uso racional de este recurso natural".

58 Entrevista realizada a Rafael MARTÍNEZ FERNÁNDEZ.

El INRH⁵⁹ cuenta con redes de monitoreo para controlar importantes indicadores cuantitativos y cualitativos de las aguas subterráneas y superficiales, así como diferentes y variables del ciclo hidrológico, se cuenta con más de 2 000 puntos de observaciones pluviométricas, 12 estaciones climáticas y 46 hidrométricas, 2 450 pozos de observación de aguas subterráneas, 2 165 estaciones de monitoreo, control y vigilancia de la calidad del agua, y 82 laboratorios que, con diferentes programas, apoyan el trabajo de monitoreo en todo el país; así como con el personal calificado.⁶⁰

No obstante, estas redes no cubren la totalidad de las fuentes empleadas, especialmente los pozos. Las características de uno a otro pueden ser en extremo diferentes. No se domina qué relaciones dinámicas pueda tener cada uno con otras fuentes, por ejemplo, ríos, lagunas u otros componentes de la cuenca a las que pertenecen, por lo que la orden de cese de su explotación nace de una valoración basada en comparación con registros históricos del caudal del mismo y no de valoraciones hidrológicas con enfoque ecosistémico. Durante los últimos seis años, la presencia de intrusión salina en los pozos de la red de monitoreo en Pinar del Río no ha podido ser medida a causa de la ausencia de batómetros, instrumentos que realizan la tarea de extraer muestras de agua a diferentes profundidades, lo que aumenta el riesgo de no poder prever la salinización.

Para el MINAG, igualmente el cumplimiento del Decreto-Ley No. 138/93⁶¹ se dificulta aún más, ya que en primer lugar, la creación de nuevos sistemas de riego es aún una cuestión que avanza muy lentamente por los costos económicos que tiene, imposibles de asumir en la mayoría de los casos. Pero la eficiencia en el sistema tradicional del empleo de surcos es posible con una correcta asesoría a los campesinos, pero como ya se explicó, no existe la estructura ni el personal que se encargue de ello. Tampoco existen talleres especializados para la reparación y mantenimiento de los sistemas de riego y equipos de bombeo de la agricultura. Las entrevistas realizadas a los campesinos demuestran su gran desconocimiento acerca de los peligros medioambientales y económicos de la sobreexplotación de

59 El Decreto-Ley No. 138, artículo 7, plantea: “Recursos Hidráulicos será el organismo encargado de:
a) fijar el régimen de explotación de las fuentes, de modo que se asegure su aprovechamiento más eficiente, partiendo del principio de que las aguas superficiales y subterráneas integran un sistema unitario;
b) limitar o condicionar temporalmente el uso de las aguas terrestres, para garantizar su explotación racional en situaciones que así lo exijan, teniendo en cuenta, previa coordinación con la Junta Central de Planificación influencia de estas decisiones en el plan de producción de los cultivos afectados; y
c) ordenar el cese de la explotación de las aguas terrestres hasta que el usuario realice o adopte las medidas que se requieran para evitar su mal aprovechamiento o uso irracional”.

60 PARETAS, Juan José *et al.*, *Energía, agua...*, *cit.*

61 El Decreto-Ley 138/93, artículo 8, declara que: “Los ministerios de la Agricultura y [...] estarán específicamente obligados a: organizar los sistemas de regadío sobre bases científicas, teniendo en cuenta el uso racional del agua y la conservación de los suelos, incluidas las obras de drenaje correspondientes y las que posibiliten la recirculación de las aguas ya usadas dentro de los sistemas propios;
a) realizar estudios, investigaciones y trabajos de extensión de tecnologías de regadío, con la finalidad de mejorar la eficiencia en el uso del agua;
b) fijar rendimientos indicativos para los cultivos bajo riego, como instrumento para promover y evaluar la efectividad económica del uso del agua en este tipo de cultivos [...]”.

las fuentes, y en especial del manto acuífero. Tampoco son conscientes de la cantidad que pagan por el agua, lo que demuestra que las tarifas existentes no cumplen ninguna función reguladora.

Aunque el artículo 21 del Decreto-Ley No. 138/93 prohíbe, sin la autorización expresa y previa del INRH, construir o modificar pozos, instalar equipos de bombeo o modificar las especificaciones de instalación de estos y modificar las especificaciones de explotación fijadas para cada caso, cualquiera de estas acciones puede ser llevada a cabo sin que sea jamás del conocimiento del INRH o del MINAGRI, dado que en más de diez años, el INRH no ha efectuado una sola inspección estatal al sector cooperativo y a las UBPC, para comprobar o monitorear el nivel de cumplimiento de la legislación de aguas. Durante todo este tiempo, no ha sido objetivo de la Dirección de Inspección Estatal del Instituto incluir en el plan de objetivos de la provincia inspeccionar los equipos de bombeo de la agricultura y los pozos que están en explotación.

Los pozos de la agricultura que controla Recursos Hidráulicos son de un censo de 1985 a 1989, no sabe cuántos han surgido después. Gran parte de los pozos que sí tiene censados, no fueron sometidos nunca a la prueba de aforo (caudal que pueden dar). El agua contratada por las empresas agrarias no es exactamente la empleada por todos los motivos que ya se han ido explicando, y la Empresa de Aprovechamiento Hidráulico no tiene forma de saber el nivel de cumplimiento de los contratos en las fuentes que ellos no administran.

Las empresas agrarias son morosas en la entrega de la demanda hídrica, por lo que durante muchos años, el plan de uso del agua o el balance hídrico no refleja la realidad, queda incompleto. Actualmente, la dirección política del país ha exigido a los directores de empresa entregar a tiempo la demanda hídrica; no obstante, no existen medios jurídicos para compeler a los usuarios a efectuarla a tiempo, lo que hace presumir que si cesa la presión política, el cumplimiento de esta tarea estratégica queda desprotegido.

Luego de lo expuesto, podemos añadir que ninguna norma jurídica compele u organiza cómo desarrollar la gestión integrada de los recursos hídricos entre agricultura y el INRH.⁶² Como resultado, en el Instituto de Suelos y Fertilizantes no existe un registro organizado de las fuentes de agua para riego y su ubicación exacta. Ante los esfuerzos actuales de los investigadores de crearla, el INRH no presta la colaboración necesaria, exigiendo pago para aportar una información tan importante en la actualización de la base de datos para futuros análisis.

62 La REDCAL en 2009, 2010 y 2011 ha detectado presencia de cloro y nitratos por encima de las normas de calidad, sin que haya sido informado al Instituto de Suelos y Fertilizantes para que controle y proponga medidas al MINAG, que eviten contaminación en caso de que la actividad agrícola sea responsable, tampoco a los fines de evitar pérdidas económicas, sobre todo en el tabaco, que es especialmente vulnerable ante la presencia excesiva de cloro en el agua y por tanto en el suelo. *Vid.* entrevista realizada a Gabriel ARENCIBIA FERNÁNDEZ.

Una aproximación a los impuestos hidrológicos en Cuba

Carlos A. PÉREZ INCLÁN*
Yanelis FERNÁNDEZ PEÑA**

“Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

DECLARACIÓN DE RÍO
SOBRE EL MEDIO AMBIENTE
Y EL DESARROLLO***

* Doctor en Derecho (Universidad de Valencia, España) y Máster en Derecho Público. Profesor Principal de Derecho Financiero de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Especialista de la Dirección Jurídica del Ministerio de Comercio Exterior y la Inversión Extranjera.

** Licenciada en Derecho (Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana).

*** Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo. “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, Río de Janeiro, 14 de junio de 1992, Principio 16.

1. Necesaria introducción

El agua constituye un recurso natural escaso y vulnerable, imprescindible para la existencia de la sociedad y la vida del hombre, fundamental para respaldar la productividad económica y el bienestar social, y elemento básico de los ecosistemas hídricos y parte esencial para el sostenimiento de una buena calidad ambiental; lo que condiciona la necesidad de su aprovechamiento y preservación en tanto factor estratégico.¹

El crecimiento de la población humana y las actividades contaminantes específicas de los seres humanos dañan al medio ambiente. Los recursos hídricos, en tanto un componente inherente de los procesos de vida y desarrollo del hombre, son el elemento natural más expuesto a consumo masivo, contaminación y degradación y,

1 El derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos; incluyéndole diversos tratados y declaraciones internacionales de manera implícita o explícita.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a “un nivel de vida adecuado que le asegure [...] la salud y el bienestar”, incluida la alimentación y la vivienda, lo cual no es posible sin el acceso a una cantidad mínima de agua. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece una serie de derechos cuya realización requiere el acceso al agua y proclama que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia y que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce también de manera implícita el derecho humano al agua. El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental –ambos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– incluyen el derecho al agua, según la interpretación oficial del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer menciona expresamente el agua, señalando que las mujeres en las zonas rurales tienen derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, incluyendo el abastecimiento de agua y los servicios sanitarios, y la Convención sobre los Derechos del Niño afirma que todos los niños y niñas tienen derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el cual se asegurará, entre otros medios, mediante el suministro de agua potable salubre. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce “el derecho de las personas con discapacidad a la protección social, [...] incluidas medidas para asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable”.

Los acuerdos regionales reconocen también, de modo creciente, la importancia del saneamiento y el derecho humano al agua. Por ejemplo, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos incluye el derecho a “un entorno general satisfactorio” favorable a su “desarrollo”, lo cual resulta imposible sin el acceso al agua y al saneamiento. El Protocolo Adicional de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales protege “el derecho a vivir en un medio ambiente sano y contar con los servicios públicos básicos”. El Protocolo sobre Agua y Salud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, adoptado bajo los auspicios de la Comisión Económica para Europa, persigue proteger la salud y el bienestar asegurando un suministro adecuado de agua potable segura y un saneamiento adecuado para todas las personas. La Carta Árabe de Derechos Humanos llama a los Estados a proporcionar a todas las personas agua potable segura y sistemas de saneamiento adecuados.

El Derecho internacional humanitario también establece obligaciones relacionadas con el acceso al agua y al saneamiento, constituyen prioridad en las iniciativas internacionales en el contexto de la cooperación para el desarrollo, y varias declaraciones y resoluciones políticas internacionales incluyen igualmente el derecho humano al agua.

por ende, los más afectados por ello, a lo que se adiciona la incidencia del cambio climático en la disponibilidad de agua potable.

El agua se destina principalmente para la agricultura y la industria, pero los derechos humanos imponen la protección y la priorización del agua para uso doméstico y personal. Por ello, garantizar que los recursos hídricos comunes no resulten perjudicados por la contaminación procedente de la agricultura o la industria, así como el acceso universal al saneamiento –incluido el tratamiento adecuado y la eliminación o reutilización de los residuos humanos– es fundamental para proteger el medio ambiente y los recursos hídricos.

Los marcos jurídicos e institucionales constituyen la expresión formal de las intenciones que alberga un Estado, quien así suele demostrar su compromiso con el logro de unos objetivos determinados y su sostenibilidad. En consecuencia, por lo que respecta a la realización de los derechos al agua, las leyes y políticas proporcionan el marco necesario para garantizar el agua y su saneamiento, y garantizar un enfoque participativo en su aprovechamiento y preservación, procurando las herramientas necesarias para responsabilizar a las instituciones competentes del cumplimiento de las leyes y políticas y que los agentes pertinentes asuman sus correspondientes compromisos.²

En este orden, establece el Artículo 27 de la Constitución: “El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer más racional la vida humana y asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras. Corresponde a los órganos competentes aplicar esta política.” y “Es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del agua, la atmósfera, la conservación del suelo, la flora, la fauna y todo el rico potencial de la naturaleza”,³ a cuyo tenor el medio ambiente es un bien jurídico constitucionalizado.⁴ Ello

2 Una de las nuevas realidades con la que se encuentra el Derecho en ocasión de enfrentarse con la articulación de instrumentos que coadyuvan a la protección del medio es la enorme complejidad del problema ambiental; situación ante la cual, en tanto exige una respuesta integral del Derecho, todas las disciplinas jurídicas se ven en la necesidad de intervenir, aportando los instrumentos jurídicos que le son propios.

3 Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Especial, No. 2, de 24 febrero de 1976.

Así, la Carta Magna incluye el principio del desarrollo sustentable y el derecho de los ciudadanos a participar en los temas relacionados con la administración ambiental. Consagra también la posibilidad de realizar acciones para la protección de los recursos naturales como la tutela y la acción popular.

4 El medio ambiente no pertenece a la simple esfera de la garantía constitucional, sino que puede predicarse una juridización del concepto, a partir del reconocimiento de su existencia como un bien limitado, escaso y cuya protección interesa a los ciudadanos en virtud de la aplicación del principio de solidaridad. La protección del bien jurídico “medio ambiente” se configura como función pública, pues la efectiva tutela ambiental corresponde al Estado, lo que supone su responsabilidad en la garantía del bien jurídico ambiente y compromiso a velar por el uso racional de los recursos naturales.

significa la obligación de los poderes públicos a incorporar la protección ambiental en el ejercicio de sus actividades en tanto otorga al medio ambiente un contenido omnipresente en su política de actuación y le considera en sus actividades.

Asimismo, la Ley No. 81, de 11 de julio de 1997, "Del Medio Ambiente", establece los principios que rigen la política ambiental y las normas básicas para regular la gestión ambiental del Estado y las acciones de los ciudadanos y la sociedad en general, a fin de proteger el medio ambiente y contribuir a alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible del país, incluyendo dentro de las esferas específicas de protección del medio ambiente las aguas terrestres y las cuencas hidrográficas;⁵ y el Decreto-Ley No. 138, de 1 de julio de 1993, "De las Aguas Terrestres",⁶ desarrolla los principios básicos establecidos en la Constitución de la República en relación con las aguas terrestres.

2. Los instrumentos económicos y los problemas ambientales

La consideración y protección del medio ambiente ha evolucionado de sus primarias concepciones de simple política social y económica de Estado, en la cual se enmarcó el derecho a la existencia del ambiente sano, para arribar a la noción jurídica del denominado bien ambiental, entendido como un bien público, limitado y escaso; noción de bien ambiental que "[...] supera la clasificación tradicional de propiedad privada y propiedad pública [...] puesto que su matriz es común, exhibiendo el carácter superador del in-

5 Prevé la Ley No. 81/1997, de 11 de julio, "Del Medio Ambiente", en sus POR CUANTO tercero y cuarto, "Es necesario consagrar, como un derecho elemental de la sociedad y los ciudadanos, el derecho a un medio ambiente sano y a disfrutar de una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza, en tanto los seres humanos constituyen el objetivo esencial del desarrollo sostenible." y "La protección del medio ambiente constituye un factor relevante a los fines de la defensa nacional y una garantía para nuestra soberanía, en tanto contribuye a asegurar la disponibilidad de los recursos naturales indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la población y facilitan la existencia de hábitats temporales para grandes núcleos poblacionales, lo que puede devenir factor relevante ante situaciones excepcionales". *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997.

Las acciones ambientales para un desarrollo sostenible se basan en los requerimientos del desarrollo económico y social del país y están fundadas, entre otros, en los principios siguientes: (i) La protección del medio ambiente es un deber ciudadano, (ii) Los recursos naturales deben aprovecharse de manera racional, previniendo la generación de impactos negativos sobre el medio ambiente, y (iii) La realización de actividades económicas y sociales por las personas naturales o jurídicas está condicionada por el interés social de que no se ejerza en perjuicio del medio ambiente.

Vid. Ley No. 81/1997, de 11 de julio, "Del Medio Ambiente". *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997.

6 *Vid.* Decreto-Ley No. 138/1993, de 1 de julio, "De las Aguas Terrestres". *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 9, de 2 de julio de 1993.

terés o derecho subjetivo singular o específico, a favor del interés indeterminado de todos a su conservación y desarrollo”.⁷ Desde esta perspectiva, el bien público ambiental es objeto de protección estatal y de intervención directa ciudadana y, por tanto, su conservación dependerá de la repercusión de los respectivos costos de su mantenimiento en la totalidad de los ciudadanos conforme a su capacidad contributiva y su capacidad de contaminación.

En este orden, la concepción jurídica de bien ambiental, en la cual se identifica la protección efectiva del medio ambiente, no pretende la simple obtención de recursos por la utilización de un bien público, sino que en virtud del principio de solidaridad, se exige el esfuerzo común de contribuir para la defensa y conservación del ambiente, desde una arista más activa que la responsabilidad por el daño, dada la existencia del derecho al ambiente sano reconocido por los órdenes constitucionales. Así, la utilización racional de los recursos naturales –preservando su conservación y aprovechamiento sostenible– implica incardinar la problemática ambiental en los medios e instrumentos de la función pública y estadual.

Las políticas ambientales se han desarrollado mediante el uso de diversas políticas de control ambiental. Sin embargo, es creciente la adopción de instrumentos de naturaleza económica de tipo intervencionista, destacando entre ellos la utilización de tributos que gravan la actividad productiva del agente contaminante y tienen como fin la conservación y cuidado de los ecosistemas y recursos naturales que resulten dañados.

Suele hablarse de tres tipos de instrumentos de política ambiental:

1. Instrumentos de regulación, entendidos como medidas institucionales que pretenden influir directamente en las pautas ambientales de los contaminadores a través de regular los procesos o productos utilizados, excluyendo o limitando la emisión de ciertos contaminantes o restringiendo la realización de actividades –en el espacio o en el tiempo– a través de otorgar licencias, fijar estándares, delimitar zonas; consistiendo en normas de obligado cumplimiento que se completan con un sistema de control que informa de posibles incumplimientos, sancionables económica y penalmente.
2. Instrumentos económicos o de mercado, donde se utilizan incentivos financieros para fomentar que los agentes económicos tomen decisiones que conduzcan a una situación ambientalmente más deseable que en ausencia del instrumento.
3. Persuasión moral y técnica, es decir, una categoría de instrumentos que a menudo se utiliza conjuntamente con los de tipo regulador o económicos, y donde la intervención del sector público consiste en motivar –directa o indirectamente– la adopción

⁷ ROSEMBUJ, Tulio, *Los tributos y la protección del medio ambiente*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, p. 259.

voluntaria de conductas más favorables desde el punto de vista ambiental, sin la utilización explícita de métodos coercitivos.

Los instrumentos económicos, de los que forman parte los instrumentos fiscales, son “todos aquellos que inciden en los costos y beneficios imputables a los cursos de acción alternativos que enfrentan los agentes; afectan por ejemplo la rentabilidad de los procesos o tecnologías alternativos, o el precio relativo de un producto o actividad, y en consecuencia las decisiones de productores y consumidores”,⁸ y mediante su uso se logra cumplir con dos objetivos. El primero, que los agentes económicos paguen el valor social de los recursos naturales y servicios ambientales de que hacen uso y, en segundo lugar, asumir los costos que provocan sobre otros al desarrollar sus actividades de producción o consumo, o bien, cuando realizan la disposición de desechos de ambas funciones económicas.⁹ La presencia de los instrumentos fiscales se ha incrementado continuamente en los últimos años, resultando cada vez más frecuente la utilización de las figuras impositivas con el fin de proteger el medioambiente.¹⁰ Su introducción en los sistemas fiscales puede producirse a través de la creación de nuevos tributos “medioambientales”, o adaptando las estructuras fiscales ya existentes a unos objetivos ambientales.

8 Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Instrumentos Económicos y Política Fiscal”, Resumen de XIV Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, 2003, disponible en <http://www.pnuma.org/forumofministers/14-panama/pan09nfe-InstrumentosEconomicos.pdf>

9 Dentro de la categoría de instrumentos económicos existe una amplia variedad de formas de aplicación. Incluye ayudas que puedan concederse a quienes procedan al desarrollo, la implementación o la modificación de tecnologías, procesos, instalaciones o equipos, y a quienes introduzcan cambios en la explotación de las aguas que signifiquen una disminución en sus usos y consumos o una menor aportación de cargas contaminantes a las aguas utilizables, ayudas a quienes realicen plantaciones forestales cuyo objetivo sea la protección de los recursos hidráulicos o procedan a la potabilización y desalinización de aguas y a la depuración de aguas residuales o a su reutilización, así como impuestos, la creación de mercados de permisos transables, y el pago por servicios ambientales, entre otros.

10 La protección del medio es un fin del Estado, quien está legitimado para articular instrumentos tributarios encaminados a la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados. Por ello, el Estado puede establecer medidas tributarias dirigidas a preservar el medio.

Los instrumentos tributarios tienen diferentes posibilidades de intervenir en la realidad socioeconómica. Pueden articularse medidas fiscales orientadas a encaminar comportamientos en una dirección acorde con la preservación del medio, y también establecerse tributos que graven situaciones relacionadas con la degradación del medio, con la finalidad de obtener recursos para asumir funciones de financiación de los gastos públicos.

De esta manera, es frecuente en la actualidad que los Estados utilicen el sistema fiscal para ejecutar políticas de carácter intervencionista, y encontrar tributos cuya finalidad principal exceda la mera obtención de recursos y se configuran como mecanismos reguladores de conducta; tributos que conviven con aquellos que tienen una finalidad orientada eminentemente a la obtención de recursos.

En lo referente a los tributos, la protección fiscal del medio puede basarse en el principio “quien contamina, paga” como expresión de solidaridad equitativa, así como fundarse en el principio de capacidad económica como expresión de solidaridad redistributiva.

El principio quien contamina paga refleja el efecto externo de una actividad económica que constituye el fundamento último de la tributación ambiental; convirtiéndose el impuesto en el instrumento idóneo para que el sujeto que provoca el daño medioambiental asuma los costes o perjuicios causados a terceros derivados de su propia actividad

La adecuada disponibilidad y calidad del agua es uno de los pilares del desarrollo nacional y condición necesaria para la mantención del bienestar y salud de toda población; para cuya consecución se trabaja arduamente. Así, a la política hídrica nacional no resulta ajena los instrumentos económicos y la Ley No. 81, de 11 de julio de 1997, “Del Medio Ambiente”,¹¹ establece el uso de la regulación económica como instrumento de la política, y concibe la gestión ambiental sobre la base del empleo, entre otras, de políticas tributarias, arancelarias o de precios diferenciados, para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente; mientras que la Ley No. 113, de 23 de julio de 2012, “Del Sistema Tributario”,¹² en su Título VIII, “De la Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente”, entre los tributos que tienen como fin la conservación y cuidado de los ecosistemas y recursos naturales que resulten dañados, incluye un impuesto por el vertimiento de residuales en las cuencas hidrográficas y un impuesto por el derecho de uso de las aguas terrestres, que tienen entre sus fines promover el desarrollo de una nueva cultura que permita al Estado y a los ciudadanos compartir plenamente la responsabilidad del cuidado y la gestión de los recursos hídricos en tanto bien escaso y costoso que es necesario preservar responsablemente, toda vez que, entre los instrumentos de la política ambiental, los impuestos ambientales se consideran medioambientalmente efectivos, y eficientes económicamente.

3. Los tributos y los problemas ambientales

La protección del medio es un fin del Estado, quien está legitimado para articular instrumentos tributarios encaminados a la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados. Por ello, el Estado puede establecer medidas tributarias dirigidas a preservarle.

Los tributos tienen su origen en la necesidad de las administraciones públicas de obtener recursos dinerarios para financiar sus actividades, pero no solo constituyen medios destinados a sufragar los crecientes gastos sociales, sino también para ayudar a la consecución de otros fines constitucionalmente refrendados, como es el caso de la protección ambiental, donde la tributación se manifiesta

11 *Vid.* Ley No. 81/1997, de 11 de julio, “Del Medio Ambiente”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 7, de 11 de julio de 1997.

12 *Vid.* Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 53, de 21 de noviembre de 2012.

como un mecanismo para incentivar la realización de conductas más respetuosas con el entorno natural.¹³

Así queda establecido en el artículo 3 de la Ley No. 113 de 2012, “Del Sistema Tributario”, que al definir la contribución de los tributos al desarrollo económico, señala: “Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos, han de constituir instrumentos de la política económica general y responder a las exigencias del desarrollo económico-social del país”,¹⁴ destacando el principio de

13 El carácter instrumental del tributo también se tipifica “[...] cuando el tributo aúna o superpone al fin fiscal otro orden distinto de aspiraciones, las cuales agruparemos bajo la denominación común de finalidades extrafiscales, en la medida en que aparecen como ajenas a los objetivos estrictamente recaudatorios y se dirigen a influir en la conducta de los contribuyentes de muy diversas maneras y con un sinfín de posibles objetivos”, y “[...] resulta perfectamente concebible que el tributo sirva para algo más que para obtener sumas de dinero. Es totalmente viable como vehículo de promoción de fines sociales, económicos o políticos siempre que éstos cuenten con amparo constitucional y resulten asumibles desde la atalaya de un Estado social [...]”. ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, “Los impuestos especiales como tributos medioambientales”, en J. Esteve Pardo (coordinador), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, pp. 229 y 230.

El tributo se configura como un instituto al servicio de la realización de los mandatos constitucionales, tanto aportando los recursos necesarios para financiar los gastos públicos como incidiendo sobre los comportamientos de las personas con la finalidad de alcanzar objetivos constitucionales. En este orden, las técnicas tributarias de intervención ambiental pueden realizar una función preventiva –las medidas fiscales tratan de anteponerse a la producción del perjuicio, incentivando comportamientos acordes con el medio o disuadiendo de los contrarios– o una función de restauración del medio –contribuyendo a la preservación del medio a través de la financiación de actividades de restauración, redistribuyendo, generalmente, los costes que ocasionan dichas medidas entre los sujetos contaminadores .

La utilización de los instrumentos fiscales con objetivos de protección ambiental en la fiscalidad cubana se retrotrae a la década de los años ochenta con el Decreto-Ley No. 44, de 6 de julio de 1981, “De los Ingresos al Presupuesto del Estado provenientes del Sector Estatal y de las Organizaciones Políticas, Sociales y de Masas”, y el Impuesto Forestal que, como una compensación parcial de los gastos en que incurre el Estado en la repoblación forestal y conservación del medio ambiente, establece. No obstante, no es hasta la primera mitad de la década de los noventa y la Ley No. 73, de 4 de agosto de 1994, “Del Sistema Tributario”, cuando los tributos ambientales, en su papel de instrumentos económicos para la protección ambiental, proponen el desplazamiento o traslación de la carga fiscal hacia las actividades nocivas para el entorno natural. *Vid.* Decreto-Ley No. 44/1981, de 6 de julio, “De los Ingresos al Presupuesto del Estado provenientes del Sector Estatal y de las Organizaciones Políticas, Sociales y de Masas”. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria Especial No. 2, de 6 de julio de 1981.

14 Puede afirmarse que todo tributo implica necesariamente la realización de efectos extrafiscales, en la medida en que estimula o desincentiva determinadas conductas; constituyendo la finalidad extrafiscal un imperativo que el legislador se impone para salvaguardar las garantías constitucionales del Estado. La concepción normativa del tributo manifiesta que las finalidades extrafiscales o no exclusivamente recaudatorias corresponden a una de las posibilidades con que cuenta el legislador en ocasión de configurar un determinado tributo. De acuerdo con su letra, el artículo 3 de la Ley No. 113 de 2012, “Del Sistema Tributario”, atribuye al tributo una triple finalidad. Una primera, principal, “medios para recaudar ingresos” y dos secundarias “instrumentos de la política económica general” y “responder a las exigencias del desarrollo económico-social del país”. La finalidad natural de los tributos es la de procurar ingresos al Estado para que este pueda financiar, acorde con lo recaudado, el conjunto de las necesidades colectivas a que se obliga, no obstante lo cual, los tributos pueden perseguir otros objetivos adicionales a los estrictamente recaudatorios. Así las cosas, si bien la razón recaudatoria constituye un factor cuya presencia resulta imprescindible al establecer un tributo, nada impide considerar otros aspectos inherentes a objetivos sociales o económicos en los que el ingreso público aparezca como subsidiario, resultando posible, consecuentemente, la utilización de un instrumento tributario de índole “extrafiscal”.

La extrafiscalidad, al decir de CASADO OLLERO, es una expresión vaga que apenas significa algo en sí misma, y con la que por contraposición pretende designarse todo aquello que se aleja de la función financiera, del fin recaudatorio propio de la imposición. No es posible ignorar que con la aplicación o el simple anuncio de cualquier tributo o con la preparación incluso de cualquier medida tributaria se desencadenan, directa o indirectamente, consecuencias no fiscales; razón por lo cual, hoy, es una opinión absolutamente compartida que la función fiscal y extrafiscal del tributo constituyen dos fenómenos inseparables que se presentan como las dos caras de una misma realidad. *Vid.* CASADO OLLERO, Gabriel, “Los fines no fiscales de los tributos”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, volumen XLI, No. 213, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Editorial de Derecho Financiero, mayo-junio de 1991, Madrid, España, p. 455.

la instrumentalización económica del tributo. Se consagra así la función extrafiscal del sistema tributario, dado que el tributo es uno de los medios utilizados por la política económica e integra los instrumentos fiscales de que suele disponer un Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente reconocidos.

En este orden, prevé el artículo 5 de la Ley No. 113 de 2012, “Del Sistema Tributario”, una definición de tributo que incluye la caracterización de los mismos como ingresos públicos “[...] con el objetivo de obtener los recursos necesarios para la satisfacción de los gastos públicos [...]”, y a continuación, señala “[...] y el cumplimiento de otros fines de interés general [...]”, que, vinculado con el citado artículo 3 de la Ley No. 113 de 2012, que prescribe servir los tributos como instrumentos de la política económica general, resulta que, junto a la función principal que debe atender todo tributo de recaudar ingresos públicos, también han de valer como instrumentos de la política económica general; funciones ambas relacionadas de modo que no es concebible la separación de tributos primordialmente fiscales de aquellos que tienen una función esencialmente extrafiscal.¹⁵

La tributación medioambiental está comprendida en el componente económico para la protección de los recursos naturales y encuentra su fundamento en los efectos jurídicos de la asimilación del bien ambiental, objeto de protección en virtud del principio de solidaridad; situando al deber solidario de contribuir para la protección del bien ambiental –en tanto la corresponsabilidad con la sociedad es fundamental para su cuidado y preservación– dentro del contexto de la obtención de las metas colectivas.¹⁶

Las técnicas tributarias de intervención ambiental se pueden realizar desde una perspectiva preventiva, a cuyo tenor las medidas

15 En este sentido, CHECA GONZÁLEZ, Clemente, “Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional”, *Revista Española de Derecho Financiero*, No. 40, 1983, p. 511.

No obstante, existen tributos que se han creado expresamente con fines extrafiscales, actuando el pago de los mismos como incentivo o desincentivo a ciertas conductas que el legislador desea fomentar o desincentivar respectivamente –como son los llamados tributos ambientales–, a los que puede aplicarse el término de “tributos no fiscales o extrafiscales”, con el que se designa un conjunto de detracciones patrimoniales coactivas que se agrupan con el criterio de finalidad recaudatoria o fiscal que realmente no persiguen. *Vid.* JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, Jorge, “El tributo ecológico y su carácter extrafiscal. Un estudio de las figuras autonómicas”, *Impuestos*, No. 1, 1996, p. 87.

16 “El impuesto medioambiental pone en práctica entonces lo que en términos económicos se conoce como la internalización de costes sociales negativos, y que, dicho de forma muy breve, supone que el sujeto que causa unos perjuicios a terceros como es el deterioro de la naturaleza en detrimento del resto de sus conciudadanos, y no los paga ni computa como gastos de la actividad que ha ocasionado el deterioro ambiental, termina pagándolos a fuerza de asumir el pago de un impuesto que funciona como mecanismo indemnizatorio...”. ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, “Los impuestos especiales...”, *cit.*, p. 232.

“[...] el tributo ambiental no tiene solo fin extrafiscal dominante, sino la financiación social de gasto público para hacer frente a la prevención (*no regret*), corrección y restauración, en su caso, del daño o perjuicio ambiental mediante la equitativa distribución de la carga tributaria”. ROSEMBUJ, Tulio, *Los tributos...*, *cit.*, p. 261.

fiscales tratan de anteponerse a la producción del perjuicio, incentivando comportamientos acordes con el medio o disuadiendo de los contrarios, o a través de la restauración del medio, donde el tributo contribuye a su preservación a través de la financiación de actividades de restauración, redistribuyendo, generalmente, los costes que ocasionan dichas medidas entre los sujetos contaminadores.

La fiscalidad ambiental posibilita incentivar aquellos comportamientos respetuosos con el medio –y así prevenir la degradación ambiental– y redistribuir los costes de la política ambiental entre los sujetos provocadores de los mismos. La función incentivadora previene la degradación ambiental, mientras que la función redistributiva contribuye a la financiación de la política ambiental desarrollada por las Administraciones Públicas, sin perjuicio ello de que la política ambiental se materialice en actuaciones de prevención o de restauración.

Las principales razones para el uso de tributos ambientales son:¹⁷

1. instrumentos especialmente eficaces para la internalización de las externalidades, es decir, la incorporación directa de los costes de los servicios y perjuicios ambientales –y su reparación– al precio de los bienes, los servicios y las actividades que los producen, y para contribuir a la aplicación del principio de pago por el contaminante y a la integración de las políticas económica y ambiental;
2. pueden proporcionar incentivos para que tanto consumidores como productores cambien de comportamiento en la dirección de un uso de recursos más eco-eficiente, para estimular la innovación y los cambios estructurales, y para reforzar el cumplimiento de las diferentes disposiciones normativas;
3. pueden aumentar la renta fiscal, susceptible de utilizar para mejorar el gasto en medio ambiente y/o para reducir los impuestos sobre el trabajo, el capital y el ahorro; y
4. pueden ser instrumentos de política especialmente eficaces para abordar las prioridades ambientales actuales, a partir de fuentes de contaminación como las emisiones del transporte, los residuos y los agentes químicos utilizados en agricultura.

17 Vid. Agencia Europea de Medio Ambiente, “El tributo ambiental. Aplicación y efectividad sobre el medio ambiente”, *Serie de Cuestiones Medioambientales*, No. 1, AEMA, Copenhague, 1996, p. 8.

En opinión de MAGADÁN DÍAZ y RIVAS GARCÍA, “El instrumento impositivo tendría en su haber, al menos cinco razones o argumentos para su diseño y aplicación: 1) Internaliza los costes ambientales externos. 2) Reorienta pautas de consumo y/o producción. 3) Mejora la eficiencia. 4) Estimula la aplicación de tecnologías más respetuosas con el medio ambiente y menos contaminantes. 5) Tiene un carácter finalista, en términos recaudatorios”. MAGADÁN DÍAZ, Marta y Jesús RIVAS GARCÍA, *Fiscalidad y medio ambiente en España*, Septem Ediciones S.L., 2004, p. 9.

Ello refuerza la idea de que la tributación ambiental se revela como uno de los instrumentos económicos más importantes para la protección del medio ambiente al atribuir al sujeto que contamina el coste real de su actividad, internalizando las externalidades –idea que se encuentra plasmada en el principio ambiental de “quien contamine paga”– y a lo que se adiciona que los tributos ambientales actúan como incentivo para la innovación tecnológica en las empresas. Asimismo, y siguiendo la *teoría del doble dividendo*, los ingresos generados por los tributos ambientales permitirían reducir otros tributos, de manera que el primer dividendo lo constituiría la protección y mejora del medioambiente en sí, y el segundo beneficio los cambios adicionales en el bienestar no relacionados con el medio ambiente que se consiguen con el tributo, y la mejora del sistema fiscal, especialmente en lo relacionado con la disminución de la carga fiscal proveniente del trabajo y el ahorro.

En esta línea, los tributos más representativos relacionados con el medio ambiente resultan ser:¹⁸

1. Tributos relacionados con la contaminación atmosférica, cuya estructura es complicada y varía según las estimaciones o mediciones de las emisiones, y depende del tipo de contaminante, el nivel de contaminación y la ubicación de la fuente emisora.
2. Tributos a productos energéticos, principalmente a la gasolina, aunque también afecta la electricidad y el combustible nuclear, y productos que contienen dióxido de carbono.
3. Tributos sobre los automóviles, que gravan las ventas de los automóviles, su propiedad, y su reciclaje y desguace, así como el cobro de derechos por el uso de caminos o carreteras.
4. Tributos por vertimientos, que distinguen la imposición a los productos que tienen alta probabilidad de contaminar los ríos y a las emisiones que se identifican mediante la fuente generadora.
5. Tributos por el uso del agua, que gravan lo que se podría denominar extracción o captación de agua, el uso del agua y los servicios de vertido y alcantarillado, y la contaminación producida.
6. Tributos por generación de residuos, cobrables por la recolección y por el tratamiento de residuos sólidos basado en el volumen

18 Para facilitar la medida de la efectividad de los tributos ambientales, estos se han clasificado en tres tipos principales, según sus principales objetivos programáticos: (i) tasas de cobertura de costes por ejemplo, creadas para cubrir los costes de los servicios ambientales y de las medidas de control de la contaminación, como el tratamiento de aguas (tasas de usuario) y que pueden utilizarse para gastos ambientales conexos; (ii) impuestos incentivo, creados para cambiar el comportamiento de los productores y/o consumidores; e (iii) impuestos ambientales de finalidad fiscal creadas principalmente para aumentar la recaudación. *Vid.* Agencia Europea de Medio Ambiente, “El tributo ambiental...”, *cit.*, p. 8.

de residuos generados por los hogares, y donde se identifican los tributos sobre los vertederos, la recogida y eliminación de basuras y sobre los residuos peligrosos.

7. Tributos por manejo de la biodiversidad y vida silvestre, relacionados con tarifas por la entrada a parques naturales, la práctica de caza y pesca de especies, la tala de árboles y gravámenes a los diferentes usos de suelo que implican cambios en la agricultura o silvicultura a otras actividades

En los tributos que recaen sobre las aguas se identifican:

1. Los tributos que gravan la extracción o captación de agua, que consideran en su configuración el origen del agua –es decir, si es subterránea o de superficie–, así como el uso que se va a dar a esta (básicamente si el uso va a ser doméstico o industrial). Suelen ser tributos gestionados por las regiones, por lo que las tarifas varían generalmente también en función de la región que lo aplica.
2. Los tributos que gravan el uso del agua y los servicios de vertido y alcantarillado, que se basan en el volumen de agua consumida y normalmente tratan de forma distinta el uso de agua doméstico del industrial.
3. Los tributos que gravan la contaminación de los vertidos, que establecen el gravamen en función de la cantidad y calidad de los efluentes, y prevén normalmente gravámenes diferenciados para cada unidad de contaminación.

Adicionalmente, suelen existir tributos o cargas que gravan el incumplimiento de las leyes existentes sobre el agua, como, por ejemplo, realizar vertidos por encima de los niveles permitidos, o utilizar agua sin los permisos necesarios, entre otros.

El análisis de los instrumentos fiscales sobre el agua, desde una perspectiva ambiental, deberá centrarse en su capacidad para conseguir efectivamente cambios de comportamiento; análisis que no puede obviar los principios de equidad, suficiencia y economía de gestión que deben ilustrar cualquier actuación fiscal. Así, la mayor potencialidad de la fiscalidad hidrológica reside en su capacidad para influir sobre el comportamiento de productores y consumidores en dos planos fundamentales: eliminar el uso excesivo del agua para evitar la sobreexplotación del recurso y reducir el vertido de residuos en el agua para ir dando un papel cada vez mayor a los procesos naturales en la recuperación de la calidad de las aguas.

4. La tributación ambiental y su tipología

La tributación o fiscalidad ambiental hace referencia al conjunto de tributos, o de elementos tributarios, de un sistema fiscal, cuyo objeto es preservar y mejorar el medioambiente, es decir, la consecución de un fin extrafiscal; tributos ambientales que pueden tener naturaleza de impuestos, tasas o contribuciones.

Los impuestos ambientales son aquellos tributos cuyo hecho imponible esté conformado por un acto o hecho relacionado con la mejora o la protección del medioambiente y el tributo se exija sin contraprestación alguna; mientras que la tasa ambiental grava la utilización privativa del dominio público, bien la prestación de servicios o la realización de actividades relacionados con la mejora o protección del medioambiente. Las contribuciones ambientales, por su parte, son aquellos tributos cuyo hecho imponible consiste en el aumento del valor de un bien privado como consecuencia de una actuación pública en materia ambiental, ya sea la realización de una actividad o la prestación de un servicio por parte de cualquier Administración.

Estos tributos participan de la naturaleza general de cualquier tributo, en tanto constituyen ingresos públicos nacidos de prestaciones pecuniarias exigidas por el Estado en uso de su poder tributario; características a las que se adiciona ser un instrumento de protección ambiental que influye en el comportamiento de los administrados.¹⁹ Su aplicación constituye un medio directo para atribuir un valor económico a la utilización de los bienes ambientales, obligando al sujeto pasivo del tributo a internalizar los costos que tal uso representa. De esta manera, no solo se consigue modificar el comportamiento de los administrados sino también, y como consecuencia inmediata de ello, obtener recursos para destinarlos a la protección del medioambiente.

Así, para que un gravamen pueda calificarse de ambiental, su finalidad primordial debe ser la preservación del medioambiente; elemento finalista que puede referirse al destino de la recaudación del tributo, utilizable en diversas medidas de protección ambiental, o estar presente en todo el régimen jurídico del tributo desde su misma concepción y en el que se incorporan elementos de política ambiental; objetivos ambientales que normalmente aparecen vinculados a la idea de utilización racional de los recursos naturales que lleva implícito un componente de ahorro y de evitación de prácticas

¹⁹ La teoría hacendística se apoya en unos principios generales que orientan la construcción de los sistemas fiscales. Los principios que informan los tributos medioambientales no contradicen los principios tributarios generales –legalidad, igualdad y capacidad económica–, sino que, por el contrario, se complementan y potencian recíprocamente. A su vez, evidencian la importancia que revisten los tributos ambientales como instrumentos de protección del medioambiente.

–en general, perjudiciales– y no necesariamente recabar fondos para el fisco, o sea, una función prioritariamente recaudatoria.²⁰

El tributo ambiental se proyecta como expresión del deber de contribuir y ordena conforme a los principios de justicia que lo informan; configurándose de acuerdo con el principio “quien contamina, paga”, como expresión de la justicia que inspira su existencia; recayendo su hecho imponible sobre hechos, actos, actividades o situaciones que, por un lado, manifiestan degradación del medio o potencialidad para ello y, por otro, revelan la fuerza o potencia económica del contribuyente.

Constituye un instrumento que busca direccionar la conducta de los administrados en beneficio del medio ambiente sin importar el destino de sus recursos, en el caso de los impuestos y las tasas, o solventar alguna obra o actividad de carácter ecológico, en el caso de las contribuciones; de manera que su característica definitoria reside en su finalidad proambiental, que se manifiesta a través de un hecho imponible orientado a dirigir las conductas que pueden afectar al medioambiente o a subvencionar una obra que beneficie directamente a este.

5. Los recursos hidrológicos, la política económica del Partido y la actualización del modelo económico socialista cubano

En tanto el Partido Comunista de Cuba dirige políticamente, orienta y guía al pueblo y al Estado cubano, sus decisiones trascienden a todo el entorno económico, ideológico y jurídico del país.²¹ A tales efectos, resultan importantes, respectivamente, los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución²² y el

20 “... para que un tributo pueda calificarse de medioambiental o ecológico debe de generar un incentivo que redunde en la consecución del fin medioambiental perseguido (reducción de la contaminación, etc.), y “Los tributos ambientales son aquellos impuestos, tasas y contribuciones especiales –o figuras que integran rasgos propios de diversas categorías tributarias–, cuya estructura establece un incentivo a la protección ambiental o bien compensa los daños ocasionados al medio ambiente por los sujetos que soportan la carga tributaria”. MAGADÁN DÍAZ, Marta y Jesús RIVAS GARCÍA, *Fiscalidad...*, cit., p. 11.

21 El Artículo 5 de la Constitución cubana declara la condición de fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado que tiene el Partido Comunista de Cuba. Así:
“Artículo 5.- El Partido Comunista de Cuba, martiano y marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista”.

22 *Vid.* Partido Comunista de Cuba, “Resolución sobre los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución”, VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, *Documentos*, 2011, p. 47.

Proyecto de Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030: Propuesta de Visión de la Nación, Ejes y Sectores Estratégicos,²³ aprobados, en su caso, en ocasión del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba el 18 de abril de 2011 y el VII Congreso del Partido Comunista de Cuba el 19 de abril de 2016, en lo referido a las políticas fiscal y sobre los recursos hidráulicos, que resultan ser:

1. La política fiscal debe contribuir al incremento sostenido de la eficiencia de la economía y de los ingresos al Presupuesto del Estado, con el propósito de respaldar el gasto público en los niveles planificados y mantener un adecuado equilibrio financiero, tomando en cuenta las particularidades de nuestro modelo económico.
2. Mantener la aplicación de estímulos fiscales que promuevan [...] la protección del medio ambiente.
3. "... Enfatizar la conservación y uso racional de recursos naturales como los suelos, el agua, las playas, la atmósfera, los bosques y la biodiversidad, así como el fomento de la educación ambiental.

6. La Ley No. 113/2012, de 23 de julio, "Del sistema tributario", y los tributos hidrológicos

6.1. La Ley No. 113/2012, de 23 de julio, "Del Sistema Tributario"

Del conjunto ambiental, el recurso hídrico constituye uno de los elementos de la naturaleza más afectado por su excesivo consumo y la contaminación de los vertimientos industriales y domésticos; a lo que los instrumentos económicos de tipo fiscal buscan dar solución con el fomento del uso eficiente y adecuado del agua, a la vez que son expresión de la necesidad de salvaguardar la biodiversidad, de forma que se garantice la supervivencia en el planeta de las generaciones presentes y futuras.

El agua tiene dos modalidades de afectación principal. Por una parte, la contaminación química y biológica de procedencia industrial y doméstica que se descarga en los cuerpos hídricos sin tratamiento eficiente; y, por otra, el consumo inadecuado y desproporcionado del preciado líquido. Con miras a minimizar estas dos prácticas comunes de contaminación y afectación, la

²³ Vid. Partido Comunista de Cuba, "Proyecto de Plan Nacional de Desarrollo Económico y Social hasta 2030: Propuesta de Visión de la Nación, ejes y sectores estratégicos", 2016, p. 23.

Ley No. 113, de 23 de julio de 2012, “Del Sistema Tributario”, aborda la fiscalidad del agua desde las causas atribuibles a su descomposición natural y las que llevan a su agotamiento paulatino; reflejando un fuerte interés en su protección y conservación.²⁴

Síntesis de la experiencia obtenida durante la aplicación de la Ley No. 73, de 4 de agosto de 1994, la Ley No. 113, de 23 de julio de 2012, “Del Sistema Tributario”, de igual denominación, es expresión de las nuevas circunstancias y objetivos propuestos a alcanzar por el Estado cubano en su proceso de perfeccionamiento, y los tributos en ella establecidos están llamados a:²⁵

1. garantizar los recursos monetarios suficientes que permitan enfrentar las erogaciones que debe cumplimentar el Estado en función de la satisfacción de las necesidades generales de la sociedad cubana;
2. servir como mecanismo de redistribución de la riqueza;
3. convertirse en vía de estímulo a los sectores, las actividades y las conductas que contribuyen al desarrollo socioeconómico y desestimular aquellos que son contrarios a ello; y
4. fomentar la cultura tributaria y la responsabilidad que ostentan los ciudadanos y las entidades económicas en el cabal cumplimiento de las obligaciones tributarias, utilizándoseles

24 Dada su letra y alcance, la Ley No. 113 de 2012 muestra un fuerte interés en la protección del medio ambiente, en concordancia con las discusiones realizadas en el ámbito internacional por los lineamientos establecidos en la Cumbre de Río, estableciendo tributos por el uso o explotación de playas, bahías, recursos forestales y el vertimiento de residuales en cuencas hidrográficas que tributan a las bahías y por el uso de aguas terrestres, que tienen como fin la conservación y cuidado de los ecosistemas y recursos naturales que resulten dañados, y en común la utilización o explotación de recursos naturales.

“Se refuerza la protección del medio ambiente y los recursos naturales mediante los impuestos por el uso y explotación de las playas, el uso y explotación de bahías, el derecho de uso de las aguas terrestres, la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre, así como por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas”. *Vid.* Acuerdo No. VII-78, adoptado por la Asamblea Nacional del Poder Popular en la sesión del 23 de julio de 2012, correspondiente al Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura, en ocasión de aprobar –con las recomendaciones contenidas en el Dictamen conjuntamente elaborado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos y la de Asuntos Económicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular– la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 41, de 21 de septiembre de 2012.

25 “Con el cumplimiento estricto de esta Ley, una vez que sea aprobada por la Asamblea Nacional, el Estado tendrá un instrumento general de política económica, no solo para asegurar ingresos en la cuantía suficiente, sino para estimular los sectores, actividades y conductas que contribuyen al desarrollo socio-económico, sino también desestimular aquellos que son contrarios a ello y hacer crecer la cultura tributaria –apenas incipiente hoy– en la población y en las entidades económicas de todos los sectores y formas de propiedad”. *Vid.* Acuerdo No. VII-78, adoptado por la Asamblea Nacional del Poder Popular en la sesión del 23 de julio de 2012, correspondiente al Noveno Periodo Ordinario de Sesiones de la Séptima Legislatura, en ocasión de aprobar –con las recomendaciones contenidas en el Dictamen conjuntamente elaborado por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Jurídicos y la de Asuntos Económicos de la Asamblea Nacional del Poder Popular– la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 41, de 21 de septiembre de 2012.

como un instrumento general y activo de la política económica nacional.²⁶

Asimismo, la Ley No. 113 de 2012 ratifica el concepto de tributo sobre los pilares tradicionales de prestación pecuniaria y coactividad, reconociendo expresamente las funciones fiscal y extrafiscal que posee, a cuyo tenor este no solo tiene como objetivo obtener los recursos necesarios para la satisfacción de los gastos públicos, sino también el cumplimiento de otros fines de interés general; a lo que se adiciona la circunstancia de que cualquier utilización del tributo como instrumento para conseguir otros fines más allá de los estrictamente recaudatorios –e incluso pretender estos– no puede desconocer los principios de justicia tributaria. En tal sentido, la generalidad, la equidad de la carga tributaria y la capacidad económica se convierten en bases y criterios orientadores del establecimiento de los tributos en el entorno cubano, con lo cual toda actuación en materia tributaria debe estar presidida por su respeto a ellos.

6.2. Los tributos hidrológicos y la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”

Uno de los elementos centrales en la protección y preservación de los recursos hídricos es un marco jurídico fuerte, claro y completo que constituya el marco de actuación para todos los actores sociales.

La emisión de vertidos contaminantes degrada el agua de los ríos y lagos y, además, merma las posibilidades económicas de quienes viven en su entorno. No obstante, el perjuicio más grave es el agotamiento de las aguas aptas para el consumo humano en tanto estas constituyen un recurso escaso, y la contaminación, producida por los vertidos contaminantes, reduce aún más su disponibilidad.

La sociedad, con su uso abusivo, y fundamentalmente con los vertidos, interviene negativamente desequilibrando y afectando el ciclo hidrológico. Por una parte, el consumo, al producirse en grandes

26 Puede afirmarse que el sistema tributario que establece la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario” pretende responder, en términos generales, a principios de finalidad y de organización.

Los principios de finalidad pretenden que el conjunto de tributos cumpla con las finalidades éticas y económicas consideradas habitualmente como orientadores de la actuación de la Hacienda Pública. Así, desde un punto de vista ético o de justicia, un sistema tributario pretendería una distribución equitativa de los costes del sector público y sus figuras integrantes buscar la generalidad respecto a la tributación de las personas y magnitudes incididas, y la igualdad en el sentido de trato fiscal igual a los que son iguales en sus circunstancias personales y magnitudes impositivas. Desde un punto de vista económico, los tributos pretenderían la eficiencia y la neutralidad, que se consigue cuando no se afecta negativamente a las decisiones de los individuos y empresas respecto al trabajo, al ahorro, a la materialización de ese ahorro o a la asunción de riesgos. Al tiempo, el sistema tributario debe garantizar que el sector público coadyuve a la estabilidad económica, para lo que sus figuras y recaudaciones deben poseer la adecuada flexibilidad o elasticidad para ajustarse a las fluctuaciones de las magnitudes económicas.

Por su parte, los principios de organización pretenden que la estructura tributaria obtenga, respectivamente, la suficiencia, que exige recaudar lo necesario para cubrir las necesidades de financiación del gasto del sector público y, guardar un orden racional entre sus distintas figuras que facilite el cumplimiento tributario.

cantidades, agota las reservas de agua –lo que incluso ocasiona graves problemas a la fauna y a la flora que vive en ríos y lagos– y reduce las posibilidades de abastecimiento de la población. Por la otra, el consumo origina vertidos contaminantes que degradan las aguas. Esta situación de degradación ambiental, además de agotar las posibilidades de vida en su seno y de explotación económica, reduce la capacidad de aprovechamiento de esas aguas para el abastecimiento humano.

El consumo humano de agua afecta al ciclo hidrológico desde dos perspectivas, en tanto el consumo agota el recurso natural y por otra parte contamina las aguas disponibles, lo que exige un tratamiento unitario de la intervención humana. La unidad del ciclo hidrológico permite afrontar los problemas hidráulicos de un modo unitario, como problemas derivados del consumo humano, por lo que toda intervención tendente a preservar el medio hidráulico debe partir de su respeto.

Los impuestos por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuenca Hidrográficas y por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres componen, en su conjunto, las exacciones con que el Estado, a través de la Ley No. 113 de 2012, busca salvaguardar, tributariamente, la cantidad del recurso hídrico, proteger su calidad –en otros términos, con que propende mantener su buen estado ecológico– y preservar los ecosistemas y territorios que en forma de cauces, lechos o acuíferos son su soporte físico; elementos que conforman el dominio público hidráulico.²⁷ De ellos, el Impuesto por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuenca Hidrográfica tiene que ver directamente con la contaminación del recurso al gravar los vertidos contaminantes autorizados –aunque es claro que la calidad de las aguas pretendida no se identifica con evitar su contaminación a través de los vertidos, pues la calidad es un concepto más amplio que tiene sustantividad propia y que depende de un cúmulo de causas y circunstancias que pueden contribuir a su deterioro–, mientras que el Impuesto por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres atiende al volumen del agua usada o consumida.

Se establecen sustentados en una racionalidad ecológica en tanto justificados a partir de su relación con una problemática ambiental que se pretende afrontar a través de su aplicación – y de otros me-

27 “El tributo hidrológico es un tributo que se define por el adjetivo hidrológico”. “En un sentido estricto, los tributos hidrológicos serán los tributos que tienen como finalidad primordial coadyuvar a la política hidrológica, lo cual les acerca a los tributos extrafiscales.” Por su parte, en un sentido estricto “...el impuesto hidrológico puede definirse como el tributo que, desvinculándose su hecho imponible de cualquier actuación administrativa, tiene como finalidad primordial coadyuvar a la política hidrológica”. También en un sentido estricto, “[...] la tasa hidrológica se definiría como el tributo que, consistiendo su hecho imponible en la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas que benefician o afectan de forma especial a determinados sujetos, tiene como finalidad primordial coadyuvar a la política hidrológica”. PAGÈS I GALTÉS, Joan, “Tributos y planificación hidrológica”, en *El tributo y su aplicación. Perspectivas para el siglo XXI*, tomo II, obra homenaje al L Aniversario del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, coordinada por los Doctores César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, pp. 2075, 2088 y 2089.

canismos, en su caso–, y de acuerdo con los principios de suficiencia financiera, recuperación de los costes y justicia tributaria. Los principios de suficiencia financiera y recuperación de costes pretenden buscar la sostenibilidad del sistema, mientras que el principio de justicia tributaria informa su regulación al repartir la carga tributaria entre los usuarios, fundamentando el reparto –según su caso– en función no solo del volumen del agua usada o consumida, sino también de la contaminación al medio líquido. La Ley No. 113 de 2012 les concibe, dada su naturaleza, como tributos de un mercado carácter extrafiscal, que tienen como finalidad incentivar el uso racional y eficiente del agua y obtener recursos con los que preservar, proteger, mejorar y restaurar el medio hídrico.

6.2.1. El Impuesto por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas

De acuerdo con la Ley No. 113 de 2012, el *Impuesto por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas* grava el vertimiento de residuales en las cuencas hidrográficas del país, en los límites aprobados por las autoridades medioambientalistas; tributo este exigible sin perjuicio de las medidas administrativas por la violación de las regulaciones para la protección y conservación del medio ambiente y en adición a aquellos tributos que graven el uso o explotación de las bahías –con quienes es compatible.

Estructuración del Impuesto por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas

Del hecho imponible Un análisis del hecho imponible de los tributos medioambientales denota que su presupuesto de hecho más característico es aquel que parte del gravamen de la actividad económica contaminante. El principio de justicia que informa su configuración jurídica es “quien contamina, paga”, además de tener presencia en su configuración los principios de capacidad económica, que impide que el tributo recaiga sobre actividades no reveladoras de fuerza económica, y de igualdad tributaria, que se proyecta a través del cumplimiento del principio “quien contamina, paga”.

Los vertidos constituyen el fundamento para la realización del hecho imponible de este impuesto, que con su función finalista no solo busca la obtención de recursos financieros para la mejora y recuperación de la calidad de las aguas, sino que pretende también disuadir los vertidos existentes y prevenir la aparición de nuevos; y que, al gravar los vertidos de residuales, se constituye en un instrumento importante para reducir la contaminación de origen industrial, que más atenta contra la conservación del estado ecológico y químico del recurso hídrico. Se presenta el impuesto como un ingreso público articulado con el objetivo de proteger y mejorar,

tanto el agua como el medio en el que se desenvuelve esta, orientado a la financiación de aquellas medidas necesarias para restaurar el medio dañado por el vertido y a la estimulación de aquellos comportamientos que favorecen la preservación del agua.

Para disuadir el vertido de aguas residuales, primer causante de la degradación del medio acuático, el impuesto grava los vertimientos de residuales en las cuencas hidrográficas a partir del uso del recurso, adoptándose su consumo como parámetro indicador de contaminación. Igualmente, en tanto representa un mecanismo de resarcimiento para contribuir a financiar los gastos para la protección y conservación del medio ambiente, constituye un ingreso afectado. Sin embargo, en tanto diseñado para gravar solamente los vertidos autorizados, es censurable en el cuidado del agua respecto de los eventos donde la autoridad medioambientalista compruebe la existencia de un vertido carente de autorización.

Se aplica inicialmente para la protección de la cuenca hidrográfica que tributa a la Bahía de La Habana, previéndose su extensión gradual a otras bahías y a las restantes cuencas hidrográficas.

De los contribuyentes

En tanto el principio “quien contamina, paga” exige que la cualidad de contribuyente en los tributos ambientales recaiga en quien realiza la actividad degradante –no solo por razones de eficacia incentivadora sino, sobre todo, por razones de justicia tributaria–, son sujetos de este impuesto “[...] las personas jurídicas que utilizan los cuerpos receptores de las cuencas hidrográficas como lugar de destino de sus residuales [...]”, es decir, los provocadores de la degradación ambiental; subjetividad esta expresión de la responsabilidad social y ambiental de las empresas y del principio de equidad, en el sentido de que toda persona debe de colaborar de acuerdo con la carga contaminante vertida.

De la base imponible

Toda vez que la base imponible debe medir la intensidad con la que se realiza el presupuesto de hecho y cuantifica la concreción en cada caso del principio “quien contamina, paga”, la base imponible del impuesto se configura jurídicamente de acuerdo con dicho cuantificar, es decir, el vertido contaminante. Establece la Ley No, 113 de 2012 que la base imponible está constituida por el nivel de agresividad del vertimiento de residuales en las cuencas hidrográficas, a certificar –y actualizar– por el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, según corresponda, los volúmenes de vertimientos y su grado de agresividad.²⁸

28 El principio “quien contamina, paga” exige una evaluación directa y cierta de los componentes contaminantes, de forma que la cuantía del tributo se relacione con la degradación ambiental producida por el obligado tributario en cada caso concreto, e impone un método de determinación de la actividad contaminante producida y su intensidad. Desde esta perspectiva, la base imponible debe determinarse con el apoyo de datos reales.

Como es lógico, el método ordinario –y preferente– de determinación de la base imponible será la determinación directa, que comportará la instalación y mantenimiento de un mecanismo de medición directo del volumen del vertimiento y su agresividad.

Del tipo impositivo Prescribe la Ley No. 113 de 2012 que los tipos impositivos se establecen de conformidad con los niveles de agresividad y la forma directa o indirecta de verter los residuales, medidos en metros cúbicos (m³) diarios, de lo cual resulta que su determinación considera la función redistributiva de los costes ambientales producidos y la función de incentivo de aquellos comportamientos acordes con el medio.

Los tipos impositivos, según el nivel de agresividad del vertimiento, se establecen en la Ley Anual del Presupuesto, a cuyo tenor, para el ejercicio fiscal correspondiente a los años 2014, 2015 y 2016, las leyes No. 117/2013, de 20 de diciembre, “Del Presupuesto del Estado para el Año 2014”, No. 119/2014, de 19 de diciembre, “Del Presupuesto del Estado para el Año 2015”, y No. 120/2015, de 29 de diciembre, “Del Presupuesto del Estado para el Año 2016”, disponen, por metro cúbico vertido diariamente, los tipos impositivos siguientes, que se diferencian en función del tipo de vertimiento y de residual en orden a una idea de justicia:

Unidad de medida: pesos y centavos

Tipo de residual	Clasificación del cuerpo receptor		
	CLASE A	CLASE B	CLASE C
Vertimiento Directo			
Doméstico	0,80	0,50	0,30
Agroindustrial	1,20	0,80	0,50
Industrial	2,00	1,20	0,80
Doméstico	0,60	0,40	0,20
Agroindustrial	0,80	0,60	0,30
Industrial	1,40	1,00	0,70

Así, el cálculo de la cuota es el resultado de multiplicar la carga contaminante del vertido, expresada en unidades de contaminación, por el valor que se asigne a la unidad. Es decir, la base imponible está expresada en unidades de contaminación y el tipo impositivo en pesos y centavos por unidad de contaminación.

De la determinación y pago El impuesto se configura como un tributo periódico; circunstancia que es coherente con el hecho de que el vertido se produce de modo continuado en el tiempo. Señala la Ley No. 113 de 2012 que se paga trimestralmente, en el término de quince (15) días naturales siguientes al periodo que se liquida.

De incentivos económicos a la protección del medio hidráulico Justificado en los importantes costos que deben afrontar las actividades económicas para acoger una política de defensa del medio, y con una finalidad claramente incentivadora del ahorro y la calidad del agua, la Ley No. 113 de 2012 prevé la posibilidad que asiste a los obligados tributarios de promover ante la Oficina Nacional de Administración Tributaria de su domicilio fiscal, la modificación del gravamen por reducción de la carga contaminante o forma de verter los residuales para lo cual acompañarán la certificación correspondiente expedida por la autoridad ambiental. Asimismo,

para aquellos sujetos que viertan con un nivel de agresividad inferior al reconocido por las normas ambientales, la Ley Anual del Presupuesto establecerá bonificaciones de los tipos impositivos.

6.2.2. El Impuesto por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres

El Impuesto por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres constituye otro de los instrumentos económico-financieros establecidos en la Ley No. 113 de 2012. Grava la utilización de las aguas terrestres, cuya captación se realice directamente, desde obras o medios de conducción y distribución no administrados por terceros, ya sea con fines técnico-productivos o para la prestación de un servicio; se entiende como utilización de las aguas terrestres aquella captada directamente con los medios propios y recursos del usuario.

Estructuración del Impuesto por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres

Del hecho imponible Constituye el hecho imponible del impuesto la utilización de las aguas terrestres cuya captación se realice directamente, desde obras o medios de conducción y distribución no administrados por terceros, ya sea con fines técnico-productivos o para la prestación de un servicio; la utilización –consumo– del agua representa el objeto del tributo.

Como se aprecia, el hecho generador corresponde exclusivamente a la utilización de las aguas terrestres, la Ley no condiciona el hecho generador del tributo a la realización de conductas nocivas sobre el agua, elemento configurativo del hecho imponible en el caso de tributos retributivos y compensatorios, aunque influye para un uso racional del agua, dado que la contaminación hídrica también se manifiesta a través del consumo del valioso líquido. La configuración jurídica del hecho imponible parte de la equiparación entre consumo de agua y perjuicios ambientales; aludiendo el gravamen del consumo de agua al daño ambiental que produce este, con lo cual denota su conexión con el principio “quien contamina, paga”.

De los contribuyentes El contribuyente lo será aquella persona natural o jurídica que use las aguas terrestres, obtenidas directamente con sus propios medios y recursos, con fines técnico-productivos o para la prestación de un servicio. Así, nacida la obligación tributaria de la utilización de las aguas terrestres, el sujeto que explote estas es quien debe asumir su pago.

Para los ejercicios fiscales correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016, las leyes anuales del Presupuesto No. 117 de 2013, No. 119 de 2014 y No. 120 de 2015 eximen de su pago a las empresas de Aprovechamiento Hidráulico subordinadas al Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos.

De la base imponible	En general, la base imponible está configurada por el volumen de agua autorizado a cada usuario a captar directamente, así como las tasas de recargo por el exceso de consumo de agua; configuración jurídica que se muestra coherente con el hecho imponible y viene constituida por el volumen de agua consumida, medida en metros cúbicos.
Del tipo impositivo	Sobre las bases imponibles determinadas con base en el volumen de agua autorizado a cada usuario a captar directamente, para el ejercicio fiscal correspondiente a los años 2014, 2015 y 2016, las leyes No. 117 de 2013, No. 119 de 2014 y No. 120 de 2015 disponen un tipo impositivo de 0,0004 pesos por metro cúbico (m ³) consumido.
De la determinación y pago	Uno de los problemas más importantes que presentan los tributos ambientales es su gestión, a lo cual facilita la articulación de un sustituto del contribuyente. Así, este impuesto se paga mensualmente, en el término de los quince (15) días naturales siguientes al periodo que se liquida, en las oficinas de las Empresas de Aprovechamiento Hidráulico de cada territorio, correspondiente al domicilio fiscal del sujeto obligado a su pago, las que ingresan al Presupuesto del Estado –mensualmente– las cuantías recaudadas, en los diez (10) días hábiles siguientes al cierre del mes en que se percibió el tributo.

Naturaleza jurídica de los impuestos por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas y por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres

En relación con la naturaleza jurídica del Impuesto por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas y del Impuesto por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres, indudablemente se trata de tributos, en tanto provocan el nacimiento de una obligación, *ex lege* y no sancionadora, de pagar una suma de dinero para cubrir necesidades públicas, como son la protección y mejora de la calidad de las aguas; fundados en el principio “quien contamina, paga”. Sin embargo, su naturaleza se presenta compleja.

El Impuesto por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas se identificaría con la categoría de tasa, puesto que el hecho imponible se relaciona con la autorización administrativa para realizar los vertidos, sin perjuicio de su carácter parafiscal al asociarse su imposición a las actuaciones de protección y mejora de la calidad de las aguas receptoras del vertido. De manera similar el Impuesto por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres, pues se le paga por recibir derechos de uso del agua y, tradicionalmente, la utilización del dominio público ha dado lugar a la exacción de este tipo de tributo.

Así, la fiscalidad de las aguas transcurre bajo la figura de tasas con investidura de impuestos.

6.3. Los impuestos hidrológicos y las leyes presupuestarias

Una característica de la Ley No. 113 de 2012, “Del Sistema Tributario”, en la aplicación del sistema tributario cubano es su gradualidad y flexibilidad, que constituyen un elemento esencial; gradualidad que cuenta con una expresión práctica en el tiempo y en los tributos, mientras que una flexibilidad permite su perfeccionamiento en una adecuada adaptabilidad a las cambiantes circunstancias y cuya cadencia la establecen las transformaciones económicas que conforman hechos económicos.²⁹

Dado el carácter de la Ley del Presupuesto del Estado de habilitadora en materia tributaria,³⁰ es de significar que, en cuanto al Impuesto por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas, para el ejercicio fiscal correspondiente al año 2014, la Ley No. 117/2013, de 20 de diciembre, “Del Presupuesto del

29 Establece la DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA de la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”: “La aplicación de los tributos establecidos en el Libro Segundo, Título VIII de la presente Ley “Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente”, se realizará gradualmente al año posterior de su entrada en vigor, en tanto, mantienen su vigencia las disposiciones del Ministro de Finanzas y Precios referidas al Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, en lo concerniente a la explotación y conservación de los recursos forestales, naturales y artificiales, y la fauna silvestre, y por el Uso y Explotación de la Bahía de La Habana”, y la DISPOSICIÓN ESPECIAL QUINTA: “El Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente en el término de ciento ochenta (180) días naturales contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, certificará al Ministerio de Finanzas y Precios la relación de entidades que vierten en las cuencas hidrográficas, niveles de vertimientos y la caracterización de estos, para evaluar los tipos impositivos y cuencas que se aprobarán en la Ley del Presupuesto del año en que corresponda su aplicación”. Finalmente, la DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA dispone que “Los tipos impositivos, las bases imponibles y los sujetos de los tributos que se establecen en la presente Ley; solo pueden ser modificados por la Ley Anual del Presupuesto del año que corresponda”. *Vid.* Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”. *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Ordinaria No. 53, de 21 de noviembre de 2012.

30 Si bien pronunciamientos de naturaleza tributaria en la Ley del Presupuesto del Estado ya existían –pues en relación con la Contribución a la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el artículo 54 de la Ley No. 73/1994, de 4 de agosto, “Del Sistema Tributario, “Los tipos impositivos de esta contribución serán los que anualmente se determinen en la Ley del Presupuesto del Estado”, a cuyo tenor su tipo impositivo se establecía anualmente en la Ley del Presupuesto del Estado, así como también aquel de la Contribución Especial de los trabajadores beneficiarios de la Seguridad Social en determinados sectores y actividades–, la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”, refuerza su papel como fuente formal del ordenamiento jurídico tributario a manera de vehículo de reformas y puntualizaciones al régimen general fiscal establecido.

Así, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”: “Los tributos, cualquiera sea su naturaleza y carácter se rigen por: b) otras leyes que establezcan tributos específicos o los complemente, incluyendo la Ley del Presupuesto”, y establece su DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA que: “Los tipos impositivos, las bases imponibles y los sujetos de los tributos que se establecen en la presente Ley, solo pueden ser modificados por la Ley Anual del Presupuesto del año que corresponda”, de lo cual se derivan como consecuencias fundamentales que ciertos elementos esenciales de los tributos pueden sufrir variación con respecto a la regulación original y que solo se podrán realizar tales modificaciones a través de la ley presupuestaria, cuestión última de gran significación desde el punto de vista del respeto al principio de jerarquía normativa.

Es de destacar que la utilización de la Ley del Presupuesto del Estado como fuente de normas tributarias no es algo extraño en el panorama internacional, pues al ser esta contentiva de una previsión de ingresos públicos y una autorización de gastos públicos para un periodo de tiempo determinado, los ordenamientos jurídicos la habilitan para introducir ciertas modificaciones en el orbe regulador de los tributos, sobre la base de las distintas situaciones de índole económico-social que pueden darse de un año a otro.

Estado para el Año 2014”, dispuso su aplicación, conforme con lo establecido en la Ley No. 113, “Del Sistema Tributario”, durante el transcurso del año 2014, en las cuencas hidrográficas que tributan a la Bahía de La Habana, y estableció que el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos habrían de certificar los volúmenes de vertimiento y el grado de agresividad de estos, a los efectos de la determinación de la base imponible de este impuesto, así como las entidades sujetas a su pago, por estar autorizadas a verter residuales en los límites que se les aprueba; previsiones que reitera la Ley No. 119/2014, de 19 de diciembre, “Del Presupuesto del Estado para el Año 2015. Por su parte, la Ley No. 120/2015, de 29 de diciembre, “Del Presupuesto del Estado para el Año 2016”, dispone aplicar el impuesto a las entidades titulares de autorizaciones emitidas por las instancias facultadas del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, para realizar vertimientos en las cuencas hidrográficas Tadeo, Martín Pérez, Luyanó y la Bahía de La Habana.³¹

De igual manera, la Ley No. 117 de 2013 dispuso, acorde con lo establecido en la Ley No. 113, “Del Sistema Tributario”, el cobro del Impuesto por el Derecho del Uso de las Aguas Terrestres, para el ejercicio fiscal correspondiente al año 2014; que reiteran, respectivamente, para los ejercicios fiscales correspondientes a los años 2015 y 2016, las leyes No. 119 de 2014 y No. 120 de 2015.³²

A manera de conclusiones

1. La conservación del medio ambiente es un presupuesto esencial de la existencia humana y, por ende, de sus actividades.
2. El objetivo principal de un sistema tributario es financiar los gastos sociales, es decir, recaudar los ingresos necesarios para que el Estado financie los bienes y servicios públicos, el gasto social y aquellas otras actividades que tengan efectos económicos

31 Vid. Ley No. 117, “Del Presupuesto del Estado para el año 2014”, de 20 de diciembre de 2013, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 20 de enero de 2014; Ley No. 119, “Del Presupuesto del Estado para el año 2015”, de 19 de diciembre de 2014, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 9 de enero de 2015; y Ley No. 120, “Del Presupuesto del Estado para el año 2016”, de 29 de diciembre de 2015, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 12 de enero de 2016.

32 Vid. Ley No. 117, “Del Presupuesto del Estado para el año 2014”, de 20 de diciembre de 2013, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 5, de 20 de enero de 2014; Ley No. 119, “Del Presupuesto del Estado para el año 2015”, de 19 de diciembre de 2014, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 9 de enero de 2015; y Ley No. 120, “Del Presupuesto del Estado para el año 2016”, de 29 de diciembre de 2015, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria No. 1, de 12 de enero de 2016.

positivos para la sociedad. Sin embargo, es frecuente también que las estructuras tributarias se utilicen para promover ciertos objetivos de política económica.

Así, en tanto la protección del medio ambiente es uno de los retos actuales de nuestra sociedad, la fiscalidad ambiental se erige como un instrumento clave para las políticas ambientales, en apoyo del uso sostenible de recursos y de la presión fiscal a la contaminación.

3. El sistema tributario establecido en virtud de la Ley No. 113/2012, de 23 de julio, “Del Sistema Tributario”, no se limita a garantizar ingresos públicos con los cuales respaldar las decisiones de gastos públicos, sino que también se utiliza para la consecución de otros fines constitucionalmente legítimos y exigibles, no como instrumento exclusivamente recaudador, sino también para abordar problemas ambientales.
4. El pago de los impuestos por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas y por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres se justifica en la realización del principio de igualdad a través de la consecución de un medio ambiente adecuado. La contribución al sostenimiento de los gastos públicos se realiza en virtud del principio “quien contamina, paga”, que proyecta en estos impuestos los principios de igualdad tributaria y de solidaridad.
5. En tanto el recurso hídrico es uno de los elementos más contaminados en la modernidad, en el sistema tributario cubano, los impuestos por el Vertimiento Aprobado de Residuales en Cuencas Hidrográficas y por el Derecho de Uso de las Aguas Terrestres se configuran como las categorías que gravan los vertimientos líquidos a los cuerpos hídricos, el saneamiento de aguas y la utilización de los bienes del dominio público hidráulico. De esta manera, la utilización de instrumentos fiscales en la práctica tributaria cubana, en adición a también representar en el caso del agua una vía de redistribución de la renta, contribuye al desarrollo económico del país y a desplegar una cultura del agua en tanto la corresponsabilidad con la sociedad es fundamental para el cuidado y preservación de los recursos hídricos.

El impuesto por el uso de las aguas terrestres en Cuba: ¿tasa ambiental?

Liana SIMÓN OTERO*

* Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (Universidad de La Habana). Asesora Legal Tributaria de la Oficina Nacional de Administración Tributaria en la provincia Pinar del Río y profesora asistente de la Universidad de Pinar del Río.

1. Introducción

Muchos y muy diversos pueden ser los mecanismos de protección al medio ambiente, pues desde casi todas las ramas del Derecho, se pueden instrumentar formas o vías encaminadas a garantizar un ambiente sano. Dentro de esa amplia gama de garantías, uno de los mecanismos económicos y jurídicos que puede instrumentarse con este fin es el tributo, pues desde su propio diseño puede lograrse la obtención de ingresos al presupuesto del Estado, pero sobre todo la corrección de posibles conductas contaminantes.

Tal y como sostiene ARIZKUN CELA, “La utilización de instrumentos fiscales presenta algunas ventajas sobre otros instrumentos de política ambiental, que les hace más útiles para perseguir algunos objetivos. Los instrumentos fiscales no tienen la rigidez de las reglamentaciones, que solo pueden autorizar o prohibir, en un juego de blanco y negro, y pueden condicionar el comportamiento de los agentes económicos con premios o penalizaciones. Muchas de las afecciones ambientales no están relacionadas con el carácter nocivo o peligroso en sí mismos de los elementos utilizados, sino en el exceso de su uso o de su emisión, en este caso la utilización de mecanismos prohibitivos resulta menos adecuada que una política económica de condicionamiento”.¹

En consecuencia, durante los años noventa proliferaron en muchos países, fundamentalmente los nórdicos, la introducción de instrumentos fiscales para la protección del medio ambiente, lo que condujo a la denominada Reforma Fiscal Verde, “la cual puede definirse como la incorporación al sistema fiscal de elementos medioambientales, eliminando o suprimiendo las estructuras tributarias incentivadoras de comportamientos negativos para el entorno natural”.²

En la actualidad, los tributos ambientales han ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo como instrumentos efectivos de protección ambiental, y dentro de ellos los destinados a la protección del agua como recurso natural indispensable. En este tipo de tributos un papel especial lo han ocupado las tasas, debido a que la especial configuración de su hecho imponible les facilita la obtención del fin extrafiscal.

1 ARIZKUN CELA, Alejandro, *La fiscalidad ambiental sobre el agua: experiencias autonómicas*, disponible en <http://www.econ.unavarra.es/arizkun/Webs/hojaper/PubRec/LA20FISCALIDAD20SOBRE20EL20AGUA.pdf> consultado el 09/01/2016.

2 LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, Tomás J., Fernando LARA DE VICENTE y Ángel B. GÓMEZ PUERTO, “Medio Ambiente y Reforma Fiscal: una Propuesta Autonómica”, *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, Editorial La Ley, No. 73, enero 2005.

En nuestro país, si bien la Constitución establece en su artículo 27 que el Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país, y que es deber de los ciudadanos contribuir a la protección del medio ambiente, al menos en el ámbito tributario esto no ha tenido un desarrollo sistémico y eficiente. La vigente Ley Tributaria, Ley No. 113/2012, ha establecido un conjunto de tributos que expresamente refieren su finalidad de proteger el medio ambiente, entre los cuales se encuentra el Impuesto por el Uso de las Aguas Terrestres, cuyo carácter de impuesto ambiental pretendemos valorar críticamente en este trabajo.

2. La protección del medio ambiente como fin extrafiscal del tributo: las tasas ambientales

La propia naturaleza económica de los tributos trae consigo que, aun cuando su fin pueda ser esencialmente recaudatorio, su instrumentación produzca efectos más allá de la obtención de ingresos. En principio, estos efectos, aunque necesariamente deben ser tomados en cuenta, poseen un carácter secundario, y solo son valorados con el objetivo de no afectar el fin primordial, la recaudación. En este sentido, PATON GARCÍA sostiene que “no es posible concebir un tributo que sea puramente recaudatorio y ajeno a cualquier efecto no fiscal, como tampoco será posible encontrar tributos exclusivamente extrafiscales, encontrándose en la práctica una mixtura del fin recaudatorio y de los fines extrafiscales”.³

Ahora bien, cuando esos posibles efectos secundarios se convierten en el fin principal del tributo, cuando su objetivo fundamental no es obtener ingresos, sino influir en la sociedad desde otros puntos de vista, entonces estamos haciendo referencia a los denominados tributos extrafiscales. Tal y como argumenta VARONA ALABERN “[...] el tributo puede, además, dirigirse hacia fines distintos de los recaudatorios, mostrándose como instrumento idóneo para lograr otros objetivos constitucionales de gran interés público, como son, por ejemplo, la redistribución de la renta, el fomento del empleo o la protección del medio ambiente”.⁴

A este tipo de tributos se les designa también como tributos de ordenamiento, por la capacidad que poseen para incidir en ámbitos más amplios que el tributario, y según sea mayor o menor la

3 PATON GARCÍA, Gemma, “Las políticas fiscales y el Estado de Bienestar”, disponible en <http://www.ual.es/congresos/econogres/docs/Institucional2/Paton.pdf>

4 VARONA ALABERN, Juan Enrique, *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*, Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2009, p. 20.

manifestación de la finalidad extrafiscal que persigan, se les clasifica en tributos propios y tributos impropios. “Dentro de la extrafiscalidad cabe, por tanto, distinguir los tributos que son genuinamente recaudatorios pero que contienen elementos extrafiscales ajenos a la fiscalidad, de aquellos otros que en su fundamento y estructura están concebidos para lograr un objetivo de carácter extrafiscal. En rigor, solo estos últimos pueden calificarse de tributos propiamente extrafiscales”.⁵

Los tributos extrafiscales impropios vienen siendo aquellos tributos que dentro de su configuración admiten determinados elementos que persiguen fines distintos al recaudatorio, ya sea a través de incentivos fiscales, deducciones o bonificaciones, o a través del aumento de la carga tributaria. A manera de ejemplo, podemos citar dentro del primer supuesto la Resolución No. 13 de fecha 25 de mayo de 1999, del Ministerio de Finanzas y Precios, que en su primer apartado dispone una bonificación del 50 % del pago del Arancel de Aduanas para las importaciones de maquinarias, equipos, partes de equipos y accesorios, que constituyan, como sistema, una tecnología para el control y tratamiento de residuales de instalaciones existentes, que reduzcan significativamente las cargas contaminantes que están emitiendo al medio ambiente. Muestra del segundo supuesto lo constituye el artículo 39, inciso b), de la también derogada Ley No. 77, “De la Inversión extranjera”, de fecha 5 de septiembre de 1995, al establecer que cuando concurre la explotación de recursos naturales, renovables o no, puede aumentarse el tipo impositivo del impuesto sobre utilidades, por decisión del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, hasta un 50 %.

Por su parte, los tributos propiamente extrafiscales, según VARONA ALABERN, deben poseer determinadas características. “En primer lugar, el tributo debe perseguir con claridad una finalidad no recaudatoria [...] En segundo lugar, la estructura interna del tributo debe impregnarse de los aspectos extrafiscales [...] deben informar sus elementos esenciales con tal intensidad que sin estas notas extrafiscales el impuesto perdería su lógica interna y quedaría notablemente desfigurado, [y] en tercer lugar, como corolario del requisito anterior, el tributo debe fomentar las conductas u operaciones acordes con la finalidad extrafiscal perseguida, para lo cual es necesario que incorpore mecanismos que reduzcan la carga tributaria cuando los contribuyentes realicen actos encaminados al logro de la finalidad extrafiscal y viceversa, esto es, que la aumenten cuando muestren una actitud contraria a la misma”.⁶

El tributo extrafiscal tiene a fin de cuentas una finalidad conductista, pues persigue persuadir al contribuyente para que mantenga

5 *Ibidem*, p. 24.

6 *Idem*, pp. 28 y 29.

conductas más beneficiadas fiscalmente, a la vez que lo disuade de efectuar aquellas que reciben mayor carga tributaria.

Uno de los fines más importantes que persiguen los tributos extrafiscales es la protección del medio ambiente, y en este sentido se puede hablar de tributos ambientales o ecológicos. La tributación ambiental ha estado marcada por el principio económico “quien contamina paga”, según el cual el sujeto que contamina es el encargado de sostener el coste derivado de paliar el daño ambiental; no obstante, este principio ha sido ampliado al punto de atribuirle efectos que de una primera interpretación no se desprenden.

Este principio no se aplica solamente al ámbito fiscal, pudiéramos afirmar que es más propio de otros espacios jurídicos, pues cuando la conducta contaminante es demasiado agresiva para el medio ambiente, puede llegar a constituir una infracción administrativa o incluso un delito, por lo que en estos casos pudiera aplicarse la máxima de “quien contamina paga”, la que sigue siendo muy simplista para un tema tan complejo.

En el ámbito tributario, la conducta que constituye el hecho imponible del tributo, aun cuando pueda resultar perjudicial para el medio ambiente, es lícita, pues teniendo en cuenta el grado de contaminación y la posibilidad real de evitarla, el legislador ha decidido utilizar otros mecanismos económicos para proteger el medio ambiente más allá del Derecho sancionatorio.

Algunos autores se refieren a los tributos ambientales como de naturaleza reparadora. En ese sentido, SOLER ROCH afirma que estos tributos responden “al principio según el cual quien perjudica el medio ambiente debe reparar el daño causado mediante una aportación económica que financiará, de modo genérico o específico, una parte del gasto ocasionado por la protección medioambiental”.⁷

Desde nuestro punto de vista, el establecimiento de los tributos ambientales está marcado por el principio de capacidad económica, no basta que la actividad contaminante sea lícita y que sea difícil evitarla a través de una sanción, resulta imprescindible que esta sea indicadora de capacidad contributiva, pues incluso cuando el fin perseguido sea extrafiscal, el instrumento utilizado sí es fiscal y por tanto tiene que adaptarse a los principios de justicia tributaria que rigen esta materia. Sobre este aspecto, JIMÉNEZ HERNÁNDEZ sostiene que “al diseñar un tributo cualquiera el legislador debe ser muy cuidadoso de gravar una efectiva manifestación de capacidad contributiva, situación que se complica en el caso de los tributos ambientales, ya que el hecho imponible debe corresponder con una

7 SOLER ROCH, María Teresa, “El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental”, en *Tratado de tributación medioambiental*, volumen I, Editorial Thompson - Arazandi/Iberdrola, Pamplona, 2008, p. 101.

actividad nociva para el medio ambiente que a la vez sea indicativa de una determinada capacidad económica”.⁸

Es por este motivo que precisamente el principio de capacidad económica es el que fundamenta o sostiene la posibilidad de utilizar al tributo con fines ajenos al fiscal, y no el argüido principio de “quien contamina paga”. Teniendo en cuenta la finalidad perseguida, podemos hablar de variantes de tributos ambientales:

- “Los denominados tributos ‘redistributivos’ o de ‘recuperación de costos’, que han sido los primeros en implementarse con el objetivo de financiar la protección ambiental mediante la recuperación de los costos públicos ocasionados por el sujeto contaminante.
- Los más modernos, tributos ‘incentivadores’ o de ‘modificación de conductas’, que se establecen con la intención única de mejorar el comportamiento ambiental de los productores y consumidores y sin ninguna intención de obtener rendimientos.
- Los tributos que aplicándose a productos o actividades contaminantes o perjudiciales para el medio ambiente, se establecen con finalidad fundamental de aumentar la recaudación por esta vía. [...] Se habla en estos casos de ‘impuestos ambientales de finalidad fiscal’”.⁹

En este mismo sentido, MAGADÁN argumenta que “Para facilitar la medida de la efectividad de los tributos ambientales, se han clasificado en tres tipos según sus principales objetivos programáticos:

1. *tasas de cobertura de costes* por ejemplo, creadas para cubrirlos costes de los servicios ambientales y de las medidas de control de la contaminación, como el tratamiento de aguas (tasas de usuario) y que pueden utilizarse para gastos ambientales conexos (tasas identificadas ‘*ear marked*’);
2. *impuestos incentivo*, creados para cambiar el comportamiento de los productores y/o consumidores; e
3. *impuestos ambientales de finalidad fiscal*, creados principalmente para aumentar la recaudación”.¹⁰

8 JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, Jorge, “El tributo ecológico y su carácter extrafiscal. Un estudio de las figuras autonómicas”, en *Impuestos*, volumen I, ISSN 0213-0548, Año 12, No. 1, 1996, p. 92.

9 Universidad Británica de Keele, disponible en www.keele.ac.uk, citado por ÁGUILA CARRALERO, Alisvech y Judith NAVARRO RICARDO, “Consideraciones sobre la tributación ecológica como una alternativa para la protección ambiental”, *Revista Cubana de Derecho Ambiental*, Año I, número 4, abril-junio, 2011, s/p.

10 MAGADÁN, Marta, *Distribución territorial de la tributación ambiental y el consumo de agua*, disponible en http://www.clmeconomia.jccm.es/pdfclm/magadan_clm_15.pdf, consultado el 09/01/2016.

En menor o mayor medida, las tres modalidades provocan efectos positivos en la protección del medio ambiente, si bien debemos resaltar que los tributos incentivadores son los propiamente extrafiscales, y aunque su configuración resulta más compleja, son mucho más efectivos para el logro de su finalidad ambientalista.

Las actividades que generalmente pueden resultar perjudiciales al medio ambiente, porque implican uso y/o disfrute de este, en principio siempre conllevan una autorización administrativa y se constituyen en una utilización o aprovechamiento especial del dominio público, es por esto que las tasas, como tributo cuyo hecho imponible prevé este tipo de situaciones, cobra un lugar especial dentro de la tributación ambiental.

Si bien el principio de capacidad contributiva resulta controversial en el ámbito de la tributación ambiental, en el caso particular de las tasas este dilema se agrava, pues en contrario se enarbolan los principios de provocation de costes y de equivalencia. GARCÍA FRÍAS sostiene que “La tasa no utiliza como parámetro fundamental la capacidad contributiva, sino el coste del servicio, a pesar de que esta se deba tener en cuenta por su carácter de tributo a la hora de fijar la cuantía de la prestación”.¹¹ En este mismo sentido, VILLEGAS argumenta que “La tasa tiene límites que son naturales a su propia conformación objetiva y que están referidos a su cuantía [...] De allí que la fijación del monto no pueda tomar en cuenta circunstancias inherentes a la persona o a los bienes del obligado (que son hechos generadores del impuesto), sino únicamente circunstancias atinentes a la actividad vinculante en sí misma, por ser ella y no otra cosa, lo que genera la obligación de tributar tasas”.¹²

Según el principio de equivalencia, debe existir cierta proporción entre la cuantía del tributo y el costo del servicio que constituye el hecho imponible de la tasa; lo cual ha sido criticado por autores como FONROUGE, quien ha sostenido que “la cuantía de la tasa no es elemento que pueda influir en su configuración jurídica”¹³ y VALDÉS COSTA, quien ha manifestado que “La cuantía de la contraprestación en sí misma no puede determinar un cambio de naturaleza jurídica. Pero si se tiene en cuenta el fundamento de la tasa, que sin duda es el de imponer una obligación a quienes dan lugar al funcionamiento de determinados servicios estatales, forzoso es establecer alguna relación entre el producto de las tasas y las necesidades financieras del servicio. Aunque no se exija una igualdad entre el producto de la recaudación y costo del servicio, es necesario buscar alguna

11 GARCÍA FRÍAS, Ángeles, “Los fines extrafiscales en las tasas”, en *Tasas y Precios Públicos en el ordenamiento jurídico español*, Instituto de Estudios Fiscales, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 174.

12 VILLEGAS, Héctor B, *Curso de Finanzas, Derecho financiero y tributario*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 101.

13 FONROUGE, Giuliani, *Derecho Financiero*, tomo 2, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 992.

relación. Ella puede encontrarse en una razonable equivalencia entre ambos rubros, la que a nuestro juicio deriva del principio de que el producto de la recaudación de las tasas debe tener como único destino las necesidades financieras del servicio correspondiente”.¹⁴

A nuestro modo de ver, el problema relativo a la limitación de la cuantía de la tasa al coste del servicio y al principio de equivalencia se suscita debido a tres cuestiones básicas: en primer lugar, porque se concibe a la tasa como contraprestación, y como bien sostiene PÉREZ ROYO, “dicho concepto, entendido en su sentido técnico-jurídico, queda reservado para las prestaciones sinalagmáticas y en ningún caso para los tributos, que son prestaciones unilateralmente impuestas o coactivas”;¹⁵ el contribuyente no paga porque recibe una contraprestación, no estamos hablando de precios públicos, la obligación no nace de la prestación del servicio o actividad, la obligación nace de la ley, el contribuyente paga porque tiene el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos, lo que en el caso de la tasa la obligación de pago, se vincula con un actuar del Estado por una cuestión de ingeniería fiscal, ya que cada tributo va a contribuir a la obtención de ingresos de una manera diferente.

En segundo lugar, porque se ha dejado de estimar que si fijamos la cuantía de la tasa teniendo en cuenta aspectos como la importancia del servicio, su utilidad social y particular, la jerarquía del órgano que lo presta o el costo general y por individuo, podría darse el caso de que el contribuyente no pueda enfrentar el pago de la obligación, porque los criterios para llevar a cabo la cuantificación nada tienen que ver con su capacidad contributiva. Por ello es que consideramos que las tasas, incluyendo, por supuesto, las ambientales, sí se acogen al principio de capacidad contributiva, el que no tiene por qué ser valorado de la misma forma que en los impuestos, pues en la configuración de las tasas la capacidad contributiva puede ser asumida a partir de estudios económicos (nivel de vida, salario promedio, etc.), que permitan determinar tasas ajustadas a las circunstancias concretas donde se impongan.

El otro aspecto que incide en este criterio, específicamente en el ámbito ambiental, es precisamente el mencionado principio “quien contamina paga”, ya que siguiendo esta regla, el contribuyente solo debe aportar en la medida que contamina y no según el fin incentivador que persiga la tasa.

En resumen, podemos sostener que los elementos cuantificadores de la tasa ambiental no dependen del coste que la conducta conta-

14 VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho tributario*, Editoriales Depalma, Themis, Marcial Pons, Buenos Aires, Santa Fe de Bogotá, Madrid, 1996, pp. 159 y 160.

15 PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero y tributario. Parte General*, Editorial Arazandi, Navarra, 2010, pp. 47 y 48.

minante provoque, sino que se derivan de la finalidad perseguida y de los principios de justicia tributaria.

Otro aspecto controversial ha sido el fin o destino específico de las tasas ambientales, aunque esto se debate en las tasas, en sentido general, en este contorno cobra mayor significación.

La doctrina latinoamericana ha fundamentado la división de las especies tributarias basándose en dos aspectos básicos del tributo: “los elementos constitutivos del *presupuesto de hecho* y el *fin* perseguido con su creación o el *destino* de su producto”.¹⁶ Sobre el particular, compartimos el criterio sostenido por VALDÉS COSTA cuando afirma: “En cuanto al destino es indudable que integra la noción de tasas y contribuciones, ya que no se justificaría de modo alguno que la ley asignara el producto de estos tributos a destinos ajenos a las necesidades del servicio o la obra que constituyen su fundamento esencial por integrar su presupuesto de hecho. El desconocimiento de este requisito haría perder a la prestación el carácter de tasa o de contribución”.¹⁷

Resulta digno resaltar que a este razonamiento se le ha criticado que el fin de la tasa concluye con la recaudación, por lo que la asignación del ingreso forma parte del Derecho presupuestario, no del Derecho tributario, y en correspondencia, los recursos obtenidos a través de este tipo especial de tributo deben ser destinados a financiar los gastos generales del presupuesto, sin afectaciones particulares; también se ha argumentado que si se recauda más cantidad de la necesaria para cubrir el gasto al que el producto de un tributo se encuentra afecto, esto podría ocasionar problemas prácticos en la gestión presupuestaria al recibir unas cantidades adicionales que forzosamente deben destinarse a un fin que ya se encuentra cubierto.¹⁸

A pesar de estos argumentos, apreciamos que las tasas, desde su propia concepción, nacen ligadas a una actividad o servicio, por lo que el principio de no afectación lo consideramos propio de los impuestos; en las tasas el fin específico de su recaudación permite una mayor legitimación social del tributo y puede simplificar el problema de la distribución de los ingresos. “La afectación encuentra asimismo [...] sentido en los tributos extrafiscales [...]. Si para un tributo de esta naturaleza la finalidad extrafiscal ocupa un papel especialmente relevante, resulta coherente que se quieran destinar

16 VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho tributario*, cit., p. 91.

17 *Ibidem*, p. 92.

18 Vid. VILLEGAS, Héctor B., *Curso de Finanzas...*, cit., p. 92; FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho financiero español*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 93 y SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1963, p. 258.

las cantidades derivadas de su recaudación a afrontar los gastos vinculados al logro de aquel objetivo”.¹⁹

A nuestro juicio, coincidiendo con autores como GIANNINI²⁰ y gran parte de la doctrina española,²¹ consideramos que poseen el carácter de tasas tributarias las obligaciones pecuniarias coactivas que se cobran por el uso especial de las cosas de dominio público. Aunque VALDÉS COSTA argumenta que este caso “corresponde en principio, a remuneraciones que el Estado recibe con el carácter de prestación por la utilización de bienes. La circunstancia de que estos bienes integren el dominio público y estén sometidos a un régimen especial en cuanto a su enajenación y uso no implica necesariamente que las prestaciones que efectúen los particulares por su uso adquieran naturaleza tributaria”;²² lo que sí defendemos, teniendo en cuenta que la utilización de los bienes de dominio público no nace de un negocio jurídico, y en consecuencia, dicha exacción cumple con todos los presupuestos para ser considerada tributo y específicamente tasa.

Entre las tasas ambientales más comunes, podemos encontrar aquellas aplicadas al uso del agua, la biodiversidad y la explotación sostenible de la vida silvestre. En particular, las tasas creadas con el fin de proteger el agua pueden gravar su extracción o captación o pueden recaer sobre su uso y los servicios de vertido y alcantarillado. “Los tributos que recaen sobre el uso del agua y sus vertidos (*water user charges* o *waste water charges*) suelen basarse en el volumen de agua consumida y normalmente tratan de forma distinta el uso de agua doméstico del industrial, estos tributos suelen ser regionales o municipales, por lo que los tipos de gravamen varían mucho incluso dentro de un mismo país”.²³

3. Las tasas ambientales en Cuba: especial referencia al uso de las aguas terrestres

La Constitución cubana, aunque se refiere en su artículo 27 a la protección del medio ambiente, al menos de forma clara y expresa no regula el deber de contribuir a los gastos públicos, ni prevé

19 VARONA ALABERN, Juan Enrique, *Extrafiscalidad...*, cit., p. 43.

20 GIANNINI, Achille Donato, *Instituciones de Derecho tributario*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1957, p. 556.

21 PÉREZ ROYO, Fernando, *Derecho financiero...*, cit., p. 42.

22 VALDÉS COSTA, Ramón, *Curso de Derecho tributario*, cit., p. 168.

23 MAGADÁN, Marta, *Distribución territorial...*, cit., p. 290.

al tributo como instrumento de recaudación o de política económica;²⁴ en correspondencia, la regulación del Sistema Tributario Cubano y su posible utilización con el fin extrafiscal de proteger al medio ambiente solo cuenta con rango de ley.

Es en el año 1994 cuando por primera vez podemos vincular estos dos conceptos, la Ley No. 73, "Del Sistema Tributario", de fecha 4 de agosto de 1994, estableció en su artículo 4 que "los tributos además de ser medios para recaudar ingresos, han de constituir instrumentos de la política económica general y responder a las exigencias del desarrollo económico-social del país", con lo cual se estaba posibilitando el camino para una posible tributación extrafiscal, permitiendo así el establecimiento de tributos ambientales.

Sí debemos reconocer que en materia de aguas, ya el Decreto-Ley No. 138, "De las aguas terrestres", de fecha 1ero de julio de 1993, establecía en su Sección Segunda, "De los mecanismos económicos para estimular y promover el uso eficiente de las aguas terrestres", artículo 10, que "Todo usuario no doméstico de aguas terrestres estará obligado a tributar por el derecho de uso siempre que la capte directamente con sus propios recursos desde obras o medios de conducción y distribución no administrados por terceros, ya sea con fines técnico-productivos o para la prestación de un servicio".

Por su parte, la Ley No. 81, "Del Medio ambiente", de fecha 11 de julio de 1997, dispuso en su artículo 61 que "El uso de la regulación económica como instrumento de la política y la gestión ambiental se concibe sobre la base del empleo, entre otras, de políticas tributarias, arancelarias o de precios diferenciados para el desarrollo de actividades que incidan sobre el medio ambiente"; lo que complementaron los artículos 62²⁵ y 63²⁶ del propio cuerpo legal al establecer que se determinarían los impuestos convenientes para la protección del medio ambiente y las deducciones y exenciones necesarias en ese sentido.

24 Vid. SIMÓN OTERO, Liana, "El deber de contribuir como fundamento del Sistema Tributario: un reto para el constitucionalismo cubano", *Boletín de Actualidad Tributaria*, Boletín No. 7/2013, ISSN 0210-2919, pp. 42-46.

25 Artículo 62.- "Corresponde al Ministerio de Finanzas y Precios, oído el parecer del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente y demás órganos y organismos correspondientes, determinar los aranceles e impuestos que resulten convenientes para la protección del medio ambiente".

26 Artículo 63.- "Sobre la base de las políticas y disposiciones que se establezcan, derivadas de los artículos anteriores, podrán adoptarse, entre otras, las medidas siguientes:

- a) Reducción o exención de aranceles a la importación de tecnologías y equipos para el control y tratamiento de efluentes contaminantes;
- b) Reducción o exención de aranceles a la importación de materias primas o partes necesarias para la fabricación nacional de equipos o instrumentos destinados a evitar, reducir o controlar la contaminación y degradación ambiental;
- c) Autorización, en casos excepcionales, de la depreciación acelerada de inversiones realizadas en el desarrollo, compra o instalación de equipos, tecnologías y procesos que favorezcan la protección del medio ambiente;
- d) Otorgamiento excepcional de beneficios fiscales o financieros a determinadas actividades que favorezcan el medio ambiente".

Si prestamos especial atención a la Ley ambiental, nos percatamos que circunscribe la posibilidad de crear tributos ambientales al caso particular del impuesto, lo que en principio pudiera parecer no demasiado relevante, dada la regulación general de la Ley Tributaria vigente es ese momento; sin embargo, el análisis que vamos a efectuar nos demostrará que ese precepto ha macado, a nuestro juicio no con efectos positivos, toda la tributación vinculada a la protección del medio ambiente, pues ha forzado a darle el tratamiento de impuesto o, en su defecto, de ingreso no tributario a todos aquellos tributos que pudieran tener naturaleza diversa, por ejemplo, que pudieran configurarse como tasas.

Debemos comenzar este examen con el Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la protección del medio ambiente, “este novedoso impuesto, que por primera vez aparece formando parte de un sistema fiscal cubano con esta Ley No. 73/1994, se establece sustantivamente por disposición de los artículos 50, 51 y 52 de la misma. Constituyendo su regulación un mero esbozo del mismo ya que se deja en manos del ministro de Finanzas y Precios la determinación de la casi totalidad de los elementos esenciales del impuesto, y sus reglas para la cuantificación y pago de la cuota tributaria”.²⁷

Siguiendo la fórmula empleada en dicha Ley, es a través de sus disposiciones complementarias que podemos conocer la verdadera instrumentación del referido impuesto, pues su regulación legal solo nos aclara que puede establecerse tanto por el mero uso de un recurso natural como por su explotación, es decir, por la obtención de beneficios por parte del operador.

No obstante, coincidimos con VALDÉS LOBÁN cuando sustenta que “Del análisis sistémico de la denominación del tributo, el hecho imponible constitutivo del mismo y los sujetos pasivos que lo realizarían, podríamos concluir interpretando que la frase utilizada por el legislador al final del título del Impuesto –... y para la protección del medio ambiente–, no significa que se extienda la objetividad del mismo a gravar la protección del medio ambiente en sentido amplio –como si fuera un típico tributo ambiental, de los que últimamente se tienen bastantes noticias–, sino más bien se expresa la voluntad finalista del gravamen que nos ocupa: coadyuvar a la protección del medio ambiente, a través de la imposición por la utilización y explotación de los recursos naturales, parte esencial de aquél”.²⁸

Durante el tiempo de su vigencia, este impuesto nunca tuvo una reglamentación general, como sí ocurrió con otros tributos, sino que el Ministerio de Finanzas y Precios, amparado en el mencionado artículo 52 de la Ley No. 73/94, dictó tres resoluciones que regularon varias modalidades de este.

27 VALDÉS LOBÁN, Eurípides, *La imposición sobre el consumo en Cuba. Valoración crítica y propuesta de reforma*, Publicaciones Universidad de Alicante, Alicante, 2002, p. 318.

28 VALDÉS LOBÁN, Eurípides, *La imposición sobre el consumo en Cuba...*, cit., p. 319.

La primera de ellas fue la Resolución No. 50, de fecha 29 de agosto de 1996,²⁹ la que expresa en su exposición de motivos que “Es necesario regular las normas para la aplicación del Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, en lo concerniente a la explotación y conservación de los recursos forestales y la fauna silvestre”.

La segunda fue la Resolución No. 51, de fecha 29 de octubre de 1997, la que en uno de sus POR CUANTO argumentó que se hacía “necesario establecer las normas para la aplicación del Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente en lo concerniente a los cánones por la ejecución de una actividad minera y a las regalías por la explotación de recursos minerales; así como del derecho de superficie para la construcción de instalaciones de procesamiento”.

La Ley No. 76, “Ley de Minas”, de fecha 21 de diciembre de 1994, promulgada meses después de la mencionada Ley Tributaria, estableció en su artículo 41, inciso i), y en el artículo 75 y siguientes, la obligación de todos los concesionarios de pagar al Estado, según el caso, el derecho de superficie, los cánones por la ejecución de una actividad minera y las regalías por la explotación de recursos minerales que igualmente se establecían en esa Ley; por lo que podemos interpretar que expresamente se le está otorgando el carácter de tributo, particularmente de impuesto, a los cánones o regalías, los que debemos entender se concibieron como desarrollo del mencionado Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente.

Por último, se dictó la Resolución No. 36 de 21 de diciembre de 1999, en la que se expuso que “Teniendo en cuenta el deterioro ambiental que presenta la Bahía de La Habana, y como parte de las medidas encaminadas a alcanzar un desarrollo socioeconómico sostenible, se hace necesario establecer las regulaciones jurídicas que posibiliten la aplicación del Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, por el uso o explotación de este importante recurso natural”.

La técnica legislativa seguida para la reglamentación de este impuesto no fue la mejor, sobre todo si tenemos en cuenta que nunca se reguló de manera general y abarcadora todos los supuestos que podían conformar el hecho imponible del tributo, sino que esto se fue haciendo, en palabras de VALDÉS LOBÁN, “como una especie de *‘legislación a la carta’*”.³⁰

Desde la propia concepción del impuesto en la Ley No. 73/94, y del análisis de sus posteriores regulaciones complementarias, se vislumbra

29 La primera resolución fue dictada en esta fecha, aun cuando la Ley No. 73/94 establecía en su DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA que el Impuesto por la Explotación y Utilización de los Recursos Naturales y para la Conservación del Medio Ambiente entraría en vigor en 1995. Nótese que en este precepto ni siquiera se utiliza correctamente el nombre del tributo, técnica legislativa poco feliz.

30 VALDÉS LOBÁN, Eurípides, *La imposición sobre el consumo en Cuba...*, cit., p. 319.

una característica distintiva en su hecho imponible: “uso o explotación de los *recursos naturales*”, bienes que en nuestro país son de dominio público,³¹ por lo que el nacimiento del tributo se está vinculando a la utilización o aprovechamiento de este tipo de bienes y, en consecuencia, se está configurando una tasa y no un impuesto.³²

Ahora bien, desde el punto de vista de su finalidad, tampoco podemos defender que se trate de un tributo ambiental propiamente dicho, pues en principio no se grava solo la conducta contaminante, ni los elementos cuantificadores de la potencial tasa están diseñados para modificar la conducta del sujeto pasivo. Por demás, nunca fue instrumentado para el caso del uso de las aguas terrestres.

La mencionada Ley No. 73/94 mantuvo su vigencia hasta el año 2012, pues el 1ero de enero de 2013 entró en vigor la Ley No. 113 de 21 de noviembre de 2012, ley tributaria promulgada como parte de la nueva política fiscal cubana encaminada a incrementar la eficiencia económica y los ingresos al presupuesto del Estado.

Esta nueva ley fue aprobada en el marco de la implementación de los Lineamientos de la política económica y social,³³ aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba el 18 de abril de 2011 y en el Séptimo Periodo Ordinario de Sesiones de la VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular el 1 de agosto de 2011.

La vigente Ley No. 113/12 dedicó su Título VIII a la Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente,³⁴ nombre que prácticamente heredó de su predecesora, pues aun cuando se haya utilizado la categoría general tributación (además en plural), en lugar de impuesto, en el

31 *Vid.* artículo 15, inciso a), de la Constitución de la República de Cuba, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, edición Extraordinaria, No. 3, de fecha 31 de enero de 2003, p. 10.

32 Aun cuando la Ley No. 73/94 establece en su artículo 11, inciso c), que la tasa es el tributo por el cual el obligado a su pago recibe una contraprestación de servicio o actividad por parte del Estado, en sus artículos 64,65 y 66 regula una Tasa por la Radicación de Anuncios y Propaganda Comercial en los espacios públicos o privados con proyección pública.

33 Los lineamientos establecen que: “El sistema tributario debe avanzar gradualmente en amplitud para elevar su eficacia como elemento redistribuidor del ingreso, a la vez que contribuya a la aplicación de políticas encaminadas al perfeccionamiento del modelo de gestión económica; El sistema tributario estará basado en los principios de la generalidad y la equidad de la carga tributaria. En su aplicación se tendrá en cuenta la capacidad económica de los sujetos obligados a su cumplimiento y las características de los territorios. Se establecerán mayores gravámenes para los ingresos más altos, a fin de contribuir, también por esta vía, a atenuar las desigualdades entre los ciudadanos”. “Información sobre el resultado del Debate de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución”, La Habana, 2011, p. 11.

34 La propia Ley No. 113/12 estableció en su DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA que “La aplicación de los tributos establecidos en el Libro Segundo, Título VIII de la presente Ley, ‘Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente’, se realizará gradualmente al año posterior de su entrada en vigor, en tanto, mantienen su vigencia las disposiciones del Ministro de Finanzas y Precios referidas al Impuesto sobre la Utilización o Explotación de los Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, en lo concerniente a la explotación y conservación de los recursos forestales, naturales y artificiales, y la fauna silvestre, y por el Uso y Explotación de la Bahía de La Habana”. En la actualidad, a través de la Ley No. 119, Ley del Presupuesto del Estado para el año 2015, de fecha 19 de diciembre de 2014, de una forma u otra entraron en vigor todos los tributos que conforman el referido Título VIII.

aspecto material esto no cambió mucho, porque se les denominó impuestos a todos los tributos previstos en dicho título.

En el presente caso, se reguló un hecho imponible general, a partir del cual se establecieron cinco impuestos concretos. El artículo 238 de la Ley estableció que “Se regulan bajo el presente Título los tributos por el uso o explotación de playas, bahías, recursos forestales y el vertimiento de residuales en cuencas hidrográficas que tributan a las bahías y por el uso de aguas terrestres, que tienen como fin la conservación y cuidado de los ecosistemas y recursos naturales que resulten dañados”. Del análisis de este precepto se desprende que la Ley Tributaria se deslinda del canon y las regalías³⁵ previstos en la mencionada Ley de Minas, pues en el referido título no prevé la actividad minera como materia imponible. No obstante, somos del criterio que el régimen especial regulado en la Ley No. 76/94 sí posee naturaleza tributaria, más allá de que su propio Capítulo XIV se denomine “Del Régimen Tributario”, pues aunque la Ley No. 113/12 circunscribe los tributos a tres especies concretas: impuestos, tasas y contribuciones (como lo hacía la anterior Ley No. 73/1994), la denominación de canon o regalía no impide que dichas obligaciones coactivas respondan, en su esencia, a esta clásica distinción tripartita; máxime si analizamos que el canon se cobra por la ejecución de una actividad minera, de ahí que realmente su hecho imponible lo constituya el otorgamiento de la concesión, requisito *sine qua non* para poder usar o explotar un recurso mineral, y que conforma indudablemente la estructura de una tasa. En el caso de la regalía ocurre algo similar, pues su hecho imponible se conforma por la propia explotación del mineral, y en correspondencia también puede ubicarse dentro del concepto de tasa.³⁶

Desde el punto de vista extrafiscal la Ley de Minas tampoco nos aporta la presencia de tasas ambientales, pues su configuración no depende de las posibles afectaciones al medio ambiente, se trata por tanto de tasas cuyo fin esencial se desdibuja entre la obtención de ingresos y el espíritu proteccionista que pudo haber inspirado la norma.

35 No me refiero al derecho de superficie, ya que evidentemente estamos en presencia de un derecho real.

36 En contra se ha aducido lo regulado por la Ley No. 76/94 en su artículo 79, inciso c): “Como negación de la naturaleza tributaria de esta exacción, aparece la idea del pacto entre las partes [...]. Al dejarse la posibilidad de que la cuantía del gravamen se modifique en virtud de los intereses de las partes, se aleja mucho de poder configurar este gravamen en correspondencia con los principios que ordenan el deber de contribuir. Por ello se nos asemeja más esta figura a un acto de naturaleza privada”. *Vid.* LÓPEZ CLEVÓ, Alejandro Ernesto, “La actividad minera a cielo abierto en Cuba como materia imponible de la tributación orientada a la protección del Medio Ambiente”, inédito, 2013, p. 64. En nuestra defensa, podemos argumentar que el referido artículo regula la base imponible de la potencial tasa y la referencia a “el valor que expresamente se pacte” puede interpretarse como “el método de determinación de la base que expresamente se pacte”, lo que no sería descabellado si tenemos en cuenta que la sujeción al método de presunción directa en principio es voluntaria; aunque, por supuesto, reconocemos la mala regulación de la norma analizada, lo que tiende a la profusión de interpretaciones diversas. *Cfr.* REGUIRO ALE, Vladimir, “La protección del medioambiente en el sistema tributario cubano”, *Tesis doctoral*, Valencia-La Habana, 2001, p. 133 y ss.

Dentro del mencionado Título VIII de la Ley No. 113/12 se previeron 5 tributos:³⁷ el Impuesto por el uso y explotación de las playas, el Impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas, el Impuesto por el uso o explotación de bahías, el Impuesto por la utilización y explotación de los recursos forestales y la fauna silvestre y el Impuesto por el derecho de uso de las aguas terrestres, en el que centraremos nuestro análisis.

Una simple lectura de sus denominaciones, y particularmente de sus hechos imponible, pone en tela de juicio su clasificación como impuestos, al menos en cuatro de los casos estamos hablando de uso y/o explotación de recursos naturales, lo que, como ya vimos, constituye el hecho imponible de una tasa; solo en el caso del Impuesto por el vertimiento aprobado de residuales en cuencas hidrográficas, concordamos con su configuración, pues no podemos considerar que el vertimiento de residuales constituya uso o explotación de las cuencas hidrográficas, las que naturalmente no tienen esa función.³⁸

El objetivo de una tasa ambiental³⁹ por el uso de las aguas terrestres debe estar encaminado a influir sobre el comportamiento de productores y consumidores para eliminar el uso excesivo del agua, evitando así la sobreexplotación del recurso; sin embargo, esto solo se logra si dicho tributo está correctamente configurado, si sus elementos cuantificadores están diseñados para desestimular los altos consumos e incentivar el uso eficiente.

La disponibilidad y utilización de las fuentes de agua en nuestro país presenta serias dificultades, fundamentalmente por el estado técnico y la mala praxis en la infraestructura para el aprovechamiento hidráulico. “Esto ocasiona la pérdida de más de 1 500 millones de metros cúbicos de agua que pueden recuperarse cada año, siendo la actividad agrícola, con el 60 % del consumo nacional, la que más incide al estar en esta las mayores reservas de ahorro del recurso, al igual que un mayor aprovechamiento de 69 embalses, que están subutilizados, incluido el riego de la actividad cañera”.⁴⁰

37 La Ley No. 113/12 estableció en su DISPOSICIÓN ESPECIAL PRIMERA: “Se faculta al Consejo de Ministros para establecer otros tributos y modificar o actualizar los hechos imponible de los ya previstos, por el uso o explotación de recursos naturales y para la protección del medio ambiente, cuando las condiciones así lo aconsejen”. No podemos dejar de tener en cuenta las amplias facultades que en materia tributaria esta propia Ley le otorga al gobierno cubano; aun cuando haya avanzado mucho en la configuración de los elementos principales del tributo, la ausencia del Principio de Reserva de Ley en nuestra realidad constitucional se hace sentir.

38 También resulta digno resaltar las regulaciones de los artículos 88, inciso k), relativo al Impuesto sobre Utilidades, y 344 y 345, relativos a la Tasa por radicación de anuncios y propaganda comercial, todos de la Ley No. 113/12, además del supuesto previsto en la Ley No. 118, en su artículo 36, apartado 4, los que permitirían afirmar que estamos ante tributos ambientales impropios.

39 Nos referiremos a este tributo como tasa, aun cuando se le denomine formalmente impuesto, teniendo en cuenta su verdadera naturaleza.

40 Los datos fueron tomados de la versión ejecutiva de *La Política Nacional del Agua*, consultada el día 16/04/2015, en http://www.hidro.cu/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=34

La Política Nacional del Agua propuesta por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos establece veintidós principios rectores, de ellos hay dos que se refieren expresamente al régimen fiscal, teniendo en cuenta que se reconoce que el sistema tributario no contribuye al ahorro y que la medición de los consumos tiene baja cobertura tanto en el servicio de abasto humano como en el aprovechamiento de las fuentes.

El sexto de estos principios establece que el agua tiene valor económico, se paga por su uso y derechos, por lo que todas las personas naturales y jurídicas están obligadas a pagar por los servicios de provisión de agua y de acueducto y alcantarillado, según la capacidad de pago de los usuarios, penalizando las ineficiencias y estimulando el ahorro. Plantea este principio que se pagarán tributos por recibir derechos de uso del agua y por el vertido de efluentes, además de remediar los daños ocasionados.

El séptimo de los principios se refiere a que los cobros y ahorros deben revertirse en el sector híbrido, las finanzas recaudadas por los servicios de agua y las exportaciones serán reinvertidas. Según esta política, la recaudación proveniente de los tributos, las contribuciones y las penalidades por derechos, así como los fondos provenientes de los impuestos aportados por las empresas operadoras del agua, retornarán al sector.

Si bien se evidencia de la redacción de estos principios el desconocimiento de la teoría elemental de los tributos y de la legislación en la materia, sí podemos extraer dos elementos esenciales dignos de ser rescatados; por una parte, el hecho de que deban establecerse tributos (particularmente tasas) por el uso del agua y los servicios de acueducto y alcantarillado, y por otra, el destino específico que debiera dársele a dicha recaudación.

Tal y como vimos, nuestra actual ley tributaria grava realmente mediante una tasa el uso de las aguas terrestres, pero no cualquier uso, sino que su hecho imponible encierra dos elementos fundamentales que definen el objeto del gravamen en la forma que ya lo había establecido el mencionado Decreto-Ley No. 138/93.

El primer elemento consiste en que la captación del agua debe ser realizada de manera directa por el sujeto pasivo con sus propios medios y recursos, es decir, no queda gravado el uso de las aguas que se suministren por terceros. El segundo elemento se refiere a que esa captación se realice con fines técnico-productivos o para la prestación de un servicio, por lo que tampoco está sujeta a la tasa aquella captación que se realice para uso doméstico.

Ahora bien, la cuestión está en dilucidar si es objeto de gravamen toda la captación que cumple estos requisitos o solo la autorizada, pues la base imponible de la tasa está conformada por el volumen de agua autorizado a cada usuario a captar directamente por la autoridad competente, así como las tasas de recargo por el exceso de consumo de agua.⁴¹

41 Vid. artículos 13 y 14 del Decreto-Ley No. 138, "De las aguas terrestres", de fecha 1^{er} de julio de 1993.

La autoridad competente en materia de aguas terrestres, según lo establece la mencionada Ley No. 81/97 en su artículo 97 y el Decreto-Ley No. 138/93 en su artículo 2, es el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, organismo encargado de establecer el régimen de explotación de las fuentes de agua, las limitaciones y condicionantes temporales del uso de las aguas terrestres para garantizar su explotación racional, en situaciones que así lo exijan, y ordenar el cese de la explotación de las aguas terrestres hasta que el usuario realice o adopte las medidas que se requieran para evitar su mal aprovechamiento o uso irracional.⁴²

En concordancia, dicho organismo promulgó la Resolución No. 58, de fecha 8 de noviembre de 1995, que mantuvo con carácter permanente la vigencia de los índices de consumo de agua para los sectores de la economía no agrícola, que habían sido aprobados con carácter temporal mediante la Resolución No. 45 de fecha 15 de octubre de 1991; la Resolución No. 21, de fecha 15 de abril de 1999, que regula estos índices para el sector agrícola; la Resolución No. 421, de fecha 1 de diciembre de 2012, que regula las tarifas en pesos cubanos (CUP) y pesos convertibles (CUC) para el cobro de los servicios de provisión, abasto de agua, y servicios de saneamientos, que prestan las entidades del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos al sector no residencial (la propia norma establece la tasa por recargo) y la Resolución No. 6, de fecha 29 de enero de 1996, que dispone las Reglas para el cobro del derecho de uso y el servicio de provisión de aguas terrestres.

Siguiendo a MESSERSCHMIDT, “tanto los actos contaminantes permitidos como aquellos que por su gravedad pueden tipificar ilícitos, son susceptibles de ser gravados por un tributo ecológico [...] el no gravar a quien realiza el ilícito conlleva un trato diferenciado a aquel que contamina pero en los índices permitidos; siempre que el hecho imponible se configure con carácter genérico, el gravamen al ilícito no resultaría una sanción [...] resulta en extremo difícil delimitar en el presupuesto de hecho de los tributos los actos ilícitos de los ilícitos”.⁴³

En contrario, HERRERA MOLINA argumenta que “Un impuesto ecológico que gravara tales conductas equivaldría (respecto de aquellas hipótesis lógicamente comprendidas en el hecho imponible que constituyan infracciones o delitos) a una sanción de dudosa constitucionalidad por su carácter objetivo y por incurrir en un *bis in idem* [...] sería contraria al principio de capacidad económica [...] si la conducta se sanciona no es preciso añadir una medida fiscal disuasoria [...]”.⁴⁴

42 Vid. artículo 7 del Decreto-Ley No. 138, “De las aguas terrestres”, de fecha 1^{er} de julio de 1993.

43 Loc. cit. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel, *Derecho tributario ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 65.

44 HERRERA MOLINA, Pedro Manuel, *Derecho tributario ambiental... cit.*, p. 65.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que es gravable el volumen de agua efectivamente captado, que se integra por el volumen autorizado más el exceso de agua consumido. Otra cosa es la captación de agua realizada sin que cuente con el debido permiso, la cual consideramos que también es gravable, debido a que la autorización no es un elemento definitorio del hecho imponible del tributo, el cual sigue siendo legal, pues el uso del agua no está expresamente prohibido.

Sin lugar a dudas, como hemos visto, la configuración de los elementos cuantificadores básicos del tributo es lo que determina que podamos considerar a una tasa como tributo propiamente ambiental, porque solo a través de la disposición de la base imponible y del tipo impositivo, podemos influir directamente en la conducta del contribuyente, ya que “(...) se convierten en el medio de evaluar el esfuerzo ecológico que deban realizar los contaminadores para frenar la contaminación ambiental”.⁴⁵

En el caso analizado, la Ley Tributaria establece en su artículo 27 la cuantificación del hecho imponible, pero a través del artículo 278 deja a la Ley del Presupuesto del Estado el establecimiento del tipo impositivo, el que, hasta el momento, ha sido fijado en un 0,0004 pesos por metro cúbico (m³) consumido.⁴⁶

Desde la perspectiva ambiental, el hecho de que la base imponible se integre por el volumen de agua efectivamente captado pudiera incentivar a los usuarios a reducir su consumo mediante programas de ahorro, con el objetivo de disminuir el tributo a pagar, pero al ser el tipo impositivo una alícuota fija el sujeto va tributar en la misma medida sin importar si es mayor o menor su consumo, por lo que al final no se logra incentivar el uso eficiente de las aguas terrestres. Si a esto le sumamos que las empresas de aprovechamiento hidráulico siempre han estado exentas del pago del tributo⁴⁷ y que no está sujeto al pago el sector residencial, los contribuyentes quedan prácticamente reducidos al sector agropecuario, siendo ínfima la recaudación por este concepto.

En este sentido, la regulación de tipos impositivos progresivos permite establecer escalas diferenciadas del monto de la tasa en relación con el uso del agua, lo que estimula al contribuyente a utilizar

45 VAQUERA GARCÍA, Antonio, *Fiscalidad y Medio Ambiente*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 175.

46 Este tributo, debido al carácter gradual de la implementación del Sistema Tributario aprobado mediante la Ley No. 113/12, comenzó a aplicarse en el año 2014, no desde la entrada en vigor de dicha disposición jurídica en el año 2013. En el año 2014 el tipo impositivo fue establecido por la Ley No. 117, “Ley del Presupuesto del Estado”, de fecha 20 de diciembre de 2013; para el año 2015 por la Ley No. 119, “Ley del Presupuesto del Estado”, de fecha 19 de diciembre de 2014, y en el año 2016 por la Ley No. 120, “Ley del Presupuesto del Estado”, de fecha 29 de diciembre de 2015.

47 Para el año 2016, *vid.* Ley No. 120, “Ley del Presupuesto del Estado”, de fecha 29 de diciembre de 2015, artículo 105.2.

solo la imprescindible para el desarrollo de su actividad; pudiéndose diseñar escalas altas cuando se sobrepasen determinados niveles, diferenciadas incluso teniendo en cuenta las particularidades de cada sector.

Conclusiones

Uno de los fines más importantes que persiguen los tributos extrafiscales es la protección del medio ambiente, siendo las tasas la modalidad que más se vincula con este fin, dada la particularidad de que su hecho imponible contiene el uso de los bienes de dominio público. En consecuencia, desde la configuración de tasas ecológicas, se puede regular el uso y consumo del agua, contribuyendo de esta forma a su protección.

En nuestro país, la vigente Ley No. 113/12 dedicó su Título VIII a la Tributación por el Uso o Explotación de Recursos Naturales y para la Protección del Medio Ambiente, y le otorga el carácter de impuesto al tributo que grava el uso de las aguas terrestres, aun cuando estamos hablando del hecho imponible de una tasa.

En sentido general, este tributo grava el volumen de agua efectivamente captado, pero la configuración de sus elementos cuantificadores (tipo impositivo fijo) no está encaminada a lograr un cambio de conducta en el sujeto pasivo, por lo que al final, no se logra incentivar el uso eficiente de las aguas terrestres.

La protección penal del agua en Cuba

Carlos Alberto MEJÍAS RODRÍGUEZ*

*“Últimamente el derecho ecológico es un
pretexto genial,
aunque naturalmente, así como está hoy
en prisión
el transportador en pequeño de drogas,
el que vende en la esquina las drogas,
igualmente lo voy a estar yo,
si me pongo a orinar en el río,
pero no será encarcelado el que causa
la verdadera contaminación”.*

ZAFFARONI**

* Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana).

** Alternativas a la prisión”, discurso pronunciado en el encuentro internacional “La experiencia del penitenciarismo contemporáneo: aportes y experiencias”, celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en la ciudad de México, con la coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del Distrito Federal y la II Asamblea de Representantes del Distrito Federal de México.

1. Introducción

A

unque poco a poco en las legislaciones foráneas el abanico defensor sobre los sistemas ecológicos y medioambientales se amplía hacia otros postulados, no se puede objetar que el agua sigue siendo el presupuesto básico de tutela en los cuerpos penales, quizás por ser también esta esfera una de las características esenciales del Derecho hidráulico y su pertenencia al amplio concepto de Derecho ambiental.¹

Tradicionalmente, y a partir de la entrada en vigor de los Códigos Penales de 1979 y 1988, la protección jurídico-penal en Cuba se ha centrado también de manera prioritaria en la atmósfera y el agua; acorde con las proyecciones que aconsejan que estas esferas se constituyan como los elementos más representativos de la vida en nuestro planeta.

A la par, esta atención del Derecho penal está ligada a que, progresivamente, la contaminación de las aguas es una conducta ilícita que se está consolidando en la conciencia social como alarmantemente dañosa, situación que queda confirmada porque el problema de la contaminación hidrológica, al igual que, en general, el de la crisis ambiental, no es ni temporal ni sectorial, sino permanente y afecta de forma conjunta a todos los países; y también porque según reportes de Naciones Unidas, el 80 % de todas las enfermedades y más del 30 % de todas las muertes que se producen en el mundo son consecuencia directa o indirecta del consumo de agua contaminada.²

Con estas premisas es que puede asimilarse la posición de quienes han venido entendiendo que desde el Derecho penal, se hace necesario tipificar como delito aquellas conductas más graves que supongan un atentado intolerable contra las fuentes y abastos hídricos y en las que, además, también puede verse vulnerada, ya sea directa o indirectamente, la salud, la vida de las personas, las plantas y los animales.

Así, la protección penal del agua se encuentra básicamente en los delitos que protegen el medio ambiente y también en aquellas conductas ligadas a la usurpación o sustracción de esta fuente, cuestión que se puede apreciar bajo el rubro de los delitos contra la propiedad o los derechos patrimoniales, como más adelante veremos.

1 MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, "Protección penal del agua", en *Cuadernos de Política Criminal*, segunda época, 82, España, Año 2004, p. 44 y ss.

2 A/res/ 58/217, ONU, Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/58/485)]. Decenio Internacional para la Acción, "El agua, fuente de vida", 2005-2015.

En ese mismo orden, muy recientemente, algunos autores se han pronunciado por la protección jurídica penal del agua, atendiendo a la irresponsabilidad que pudiera tener su uso doméstico y de servicio público³ de manera dilapidadora e indiscriminada, y más aún, entidades como la Academia Internacional de Ciencias Ambientales de Venecia (IAES) han querido retomar el tema de los delitos medioambientales –entre ellos la protección al agua– y volver a ponerlos en el centro de la escena de la justicia penal internacional.⁴

En nuestro entorno, hay que señalar que el estudio sobre la protección jurídica penal del agua resulta novedoso, en tanto no son prolíferas las investigaciones ni los pronunciamientos académicos sobre el tema, en buena medida, porque arraigados en las corrientes positivistas, la polución del agua no siempre estuvo presente como delito en los proyectos legislativos que precedieron la ruptura que hubo en las primeras décadas del siglo pasado con el Código penal español de 1948. Es así que el antecedente legislativo más cercano se encuentra en las infracciones previstas para el delito de Hurto del Código de Defensa Social del año 1936 y en las contravenciones sanitarias reguladas en el Libro tercero del propio texto penal cubano.⁵

De todas formas, cualquiera que fuere la proyección legislativa en sede penal, dado su carácter diverso y multidisciplinario, en la actualidad sus estudios jurídicos se insertan como parte del llamado “Derecho de Aguas”, que ha sido definido como aquellos principios y normas jurídicas que disciplinan el dominio, el uso, el aprovechamiento y la preservación de las aguas, así como la defensa contra los daños que sobre ella recaigan.⁶

3 BARBA ÁLVAREZ, Rogelio, “El agua como derecho fundamental y su protección jurídico-penal”, revista *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 2011, pp. 213-229.

4 Uno de los objetivos de la Academia Internacional de Ciencias Ambientales es generar debates en torno a los temas más acuciantes que enfrenta la humanidad, traducidos a nivel local. Uno de ellos es, sin duda, el tema del acceso al agua y el cuidado de las fuentes hídricas. Bersano, Lara, “Hacia la Corte Penal Medioambiental”, Academia Internacional de Ciencias del Ambiente de Venecia – IAES, disponible en <http://www.revistaadn.com/website/index.com> consultado el 23 de octubre de 2014.

5 El artículo 574 reguló una serie de infracciones establecidas por las leyes especiales dictadas durante la ocupación norteamericana con el fin de mejorar la salubridad pública, entre ellas, en el inciso 5) se sancionaba con privación de libertad de uno a sesenta días o multa de una a sesenta cuotas o ambas, al que ensuciare las fuentes o abrevaderos públicos; y en el inciso 8, de igual manera se sancionó la infracción del Decreto Presidencial No. 943 de 19 de octubre de 1912; el No. 66 de 3 de enero de 1934, sobre abastecimiento de aguas, y el No. 1440 de 6 de octubre de 1922, sobre embotellados de aguas y refrescos. MARTÍNEZ, José Agustín, *Código de Defensa Social vigente en la República de Cuba*, editor Jesús Montero, La Habana 1939, pp. 436 y 437.

6 POMPEU, Cid Tomanik, “Águas Doces no Direito Brasileiro”, en Aldo da Cunha Rebouças, Benedito Braga y José Galizia Tundisi, *Águas Doces no Brasil – Capital Ecológico, Uso e Conservação*, 2da. edición, Escrituras Editora e Distribuidora de Livros Ltda., São Paulo, Brasil, 2002, p. 559.

Es nuestra propuesta, por tanto, contribuir al análisis exegético de las figuras delictivas relacionadas con la protección al agua, partiendo del diseño que aparece en el Código Penal cubano de 1988, para dejar consignadas de *lege data* las posibles interpretaciones y posiciones asumidas por el legislador; para también, y de *lege ferenda*, establecer las posibles reformulaciones que la realidad jurídico-penal obliga a realizar sobre este preciado bien jurídico, tomando como referente político-criminal la “Política Nacional del Agua”, aprobada en diciembre de 2012, que incluye el proceso de elaboración de una nueva Ley⁷ que modernizará los conceptos de la gestión del agua.⁸

2. La protección del agua en el ámbito jurídico-administrativo y sus relaciones con el Derecho penal

Puede decirse que la protección medioambiental, y muy especialmente el agua, encuentran una respuesta elocuente en el ámbito administrativo. La Ley No. 81 de 1997, “Del Medio Ambiente”, reenvía al Código Penal la represión de aquellas conductas que de una forma u otra dañen el ambiente; y de igual manera el Decreto-Ley No. 200 trata de resolver, por vía contravencional, algunas irregularidades en materia ambiental. En lo que respecta al agua, se cuenta con el Decreto No. 199 de 1995, “De las contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos” y el Decreto No. 211 de 1993, que regula las contravenciones del servicio de acueducto y alcantarillado.

Son válidas para la protección del agua en esfera administrativa, las disposiciones del Capítulo XI de la Ley No. 81 de 1997, sobre el régimen aplicable por vía contravencional, la cual incluye multas cuyas cuantías se fijan para cada caso, sin perjuicio de las demás sanciones accesorias aplicables⁹ y más adelante, la propia Ley hace

7 Se encuentra vigente el Decreto-Ley No. 138, “De las Aguas terrestres”, de 1 de Julio de 1993. Hasta esta fecha tenía vigencia la Ley de Aguas de España del 13 de junio de 1879, promulgada por Real Decreto del 19 de enero de 1891. Fuente: *El Agua en Cuba, un recurso estratégico*, colección Estadísticas, del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH), entidad encargada de organizar y dirigir, en coordinación con los organismos competentes, la protección de las aguas terrestres, las cuencas, los cauces naturales, las obras y las instalaciones hidráulicas contra los peligros de contaminación, el azolvamiento y otras formas de degradación y deterioro, así como el control sistemático de la calidad de las aguas.

8 Nota del periódico digital *CUBASI*, publicada el miércoles, 16 octubre de 2013, con el título “Cuba prepara nueva ley para modernizar gestión del agua”, disponible en <http://www.cubasi.cu/cubasi-noticias-cuba> consultado el 4 de febrero de 2015.

9 Ver artículos 67 y 68 de la Ley No. 81 de 1997.

referencia al sistema de responsabilidad civil cuando las personas responsables, por su acción u omisión, dañen el medio ambiente, las que además están obligadas a cesar en su conducta y a reparar los daños y perjuicios que ocasionen.

La mencionada Ley No. 81 especifica la protección por contaminación de las aguas, y establece en su artículo 93 la calidad y cantidad existente que se requiere para el consumo público, así como la necesidad de adoptar medidas cuando se transporten por vía marítima sustancias contaminantes, promoviendo a la par la reutilización de las aguas residuales con la utilización de tecnología de calidad.

Previamente, también se habían instituido un grupo de disposiciones jurídicas que, hasta el presente, constituyen la legislación complementaria a la Ley No. 81, donde se establece la protección a las aguas destinadas al consumo humano, como es el caso del Decreto-Ley No. 54, "De disposiciones sanitarias básicas"; la Ley No. 41, "De Salud Pública"; la Resolución No. 67, "Sobre la calidad del agua potable" y el Decreto No. 139, que sancionó el "Reglamento de la Ley de la Salud Pública".

Siguiendo con el sistema contravencional en esta materia, el Decreto No. 199 de 1995, dictado por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, estableció un grupo de contravenciones de las regulaciones para la protección y el uso racional de los recursos hidráulicos, entre ellas algunas que en su momento colisionaron con el contenido de las normas penales, tal y como ocurrió con el artículo 1, inciso e), que previó como contravención los vertimientos directos o indirectos que constituyan o puedan constituir la contaminación de las aguas terrestres o un peligro de que se contaminen estas, estableciéndose sanciones pecuniarias entre 20 y 50 pesos en moneda nacional.

Más tarde, el Decreto-Ley No. 200, de 22 de diciembre de 1999, mantuvo como contravención en el inciso h) del artículo 9, el vertimiento de desechos de cualquier naturaleza a la zona costera, con multa ascendente hasta los 500 pesos; y asimismo, el Decreto-Ley No. 212, de fecha 8 de agosto de 2000, en su artículo 16, inciso g), prohibió la disposición final de los desechos sólidos y líquidos provenientes de cualquier actividad, en zonas costeras cuando tales actos no cumplieren con las normas de vertimientos previamente establecidas. Por último, se destaca el Decreto No. 211 de 1996, sobre las "Contravenciones del Servicio de Acueductos y Alcantarillado", que contiene un régimen sancionador por el que se pueden imponer multas, el decomiso y la obligación de restituir los daños ocasionados.

Las acciones de vertimiento de aguas albañales y el drenaje de aguas superficiales aparecen como contravenciones en estos instrumentos

jurídicos, sin embargo, tales disposiciones relativizan la efectividad en su aplicación, pues no existe en ellas complementariedad y un criterio uniforme para fijar la contravención y aplicar la medida correspondiente, en tanto estas no son excluyentes, y como se advierte de su contenido, la autoridad competente pudiera sancionar indistintamente por la misma conducta, fundamentándose en uno otro Decreto.¹⁰

De todas formas, este panorama legislativo nacional indica el interés de no tolerar la contaminación del agua, lograr la preservación y el uso racional de las aguas terrestres y marítimas, proteger mediante un grupo de regulaciones administrativas el correcto funcionamiento de las obras hidráulicas y fuentes hídricas e incluye la prohibición de realizar determinadas obras y otras actividades –por personas naturales o jurídicas–, que puedan producir el vertimiento de sustancias tóxicas o impedir las funciones hidrorreguladoras.

En el ámbito internacional, existe también otro grupo de regulaciones con efectos vinculantes para los Estados firmantes, que propenden a proteger por vía administrativa los recursos hídricos.

La “Convención sobre Alta Mar”, en su artículo 24, declara el carácter obligatorio, para los Estados que son parte, de dictar normas para la protección de las aguas contra los hidrocarburos vertidos de los buques. En su artículo 25 establece que todos los Estados están obligados, en primer lugar, a tomar medidas contra el vertimiento de desperdicios radioactivos para evitar la contaminación de las aguas, teniendo en cuenta las normas dictadas por los organismos internacionales con competencia sobre el tema, y en segundo lugar, a colaborar con estos en la adopción de las medidas antes mencionadas.

También el Protocolo de 1996, relativo al “Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias”, está diseñado para la protección de las aguas marinas, fomentar una mejor utilización de estas y lograr la conservación de los recursos que en ellas se encuentran. Se plantean así con carácter preventivo los objetivos fundamentales dirigidos a preservar las aguas marinas contra cualquier situación de contaminación y adoptar medidas eficaces, para evitar, reducir y eliminar la contaminación causada por el vertimiento o la incineración en el mar de desechos u otras materias.

El referente que hemos expuesto sobre las regulaciones administrativas nacionales e internacionales coloca el centro del debate para la aplicación consecuente del Derecho penal en esta esfera, en dos aspectos que no se pueden soslayar.

10 VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, *Derecho ambiental cubano*, colectivo de autores, 2da. edición actualizada La Habana, 2006, p. 249.

El primero es que se observa una gran dispersión normativa que diluye la eficacia del sistema de protección legal y contravencional. Debe entenderse que la normativa penal trata de regular las conductas humanas más lesivas, en tanto rompen la armonía y la interacción del hombre con el ambiente; por ello, las conductas delictivas deben constituir un peligro de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas acuíferos y no el simple acto de arrojar una sustancia u objeto al agua; proceso este de selección de bienes jurídicos relevantes en los que debe contribuir la norma administrativa.

Para determinar la gravedad del perjuicio, elemento diferenciador entre sanciones administrativas y penales, deberá atenderse al grado de contaminación, al valor contaminante del producto, la mayor o menor dificultad para la regeneración del medio natural dañado, etc., que en cada oportunidad han de ser valorados por el juzgador. De ahí que sea necesario ir eliminando del digesto penal, las formas exageradas y realmente desproporcionadas de adelantamiento a las barreras de protección penal con invasión del ámbito de las competencias administrativas de actuación en esta materia, lo que sin dudas originaría en el presente y futuro, irreversibles problemas de yuxtaposición de normas e ilícitos, a lo cual se une la criticada profusión de leyes penales en blanco y de elementos normativos extrapenales.¹¹

El segundo asunto está relacionado con la solución de los conflictos que originan en estos casos la presencia de las figuras paralelas. Tal y como hemos visto, las políticas seguidas con respecto a la protección jurídica del agua han encontrado respuesta no solo en sede penal, sino también en la administrativa. De ahí que como suele ocurrir, se produzcan criterios de valoración y aplicación entre los encargados de hacer cumplir las normas administrativas y las normas penales, cuyo alcance logra su máxima expresión con las limitaciones que establece el principio de *non bis in idem*.

Aunque el principio *non bis in idem* se ha gestado jurisprudencialmente desde el campo del Derecho penal, hoy su regencia se extiende al Derecho administrativo sancionador, al desplazarse su ámbito de aplicación al veto de la doble incriminación (administrativa y penal). Como expone GÓMEZ PÉREZ: “El auge alcanzado por el Derecho administrativo sancionador, es en cierto modo, una consecuencia de la descarga de los sistemas penales recargados, que han evacuado los tipos delictivos de escasa relevancia jurídica en el orden penal hacia los sistemas normativos sancionadores de la Administración; y es también el resultado de una tendencia a la administrativización del Derecho Penal, con base al principio de mínima intervención penal”.¹²

11 CARMONA DELGADO, Concepción, *Curso de Derecho penal español*, Parte Especial II, *Delitos contra los recursos naturales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 54.

12 GÓMEZ PÉREZ, Ángela, “El principio *non bis in idem*, sanciones penales y sanciones administrativas”, Tesis de Maestría, Universidad de Valencia, España, 2000, pp. 1-120.

Solo razones de política criminal explican las variadas opciones, y a menudo contradictorias, del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas,¹³ sin embargo, la pluralidad de tipificaciones normativas (penales y administrativas) es con frecuencia el resultado de técnicas legislativas no depuradas, que requieren de un cuerpo de operadores muy competente si se pretende impedir que se quebrante el veto de la doble incriminación por un mismo hecho.¹⁴

Igual sucede con las cuestiones prejudiciales suspensivas, que tienden a surgir en la jurisdicción económica y repercuten cuando la selección de las figuras penales rebasa los marcos de la mínima intervención. Así podemos verlos en la justicia ambiental, desarrollada por los tribunales en el ámbito de la justicia económica, cuya competencia alcanza el conocimiento y solución de los litigios ambientales,¹⁵ decisiones estas que pudieran acarrear conflictos con la justicia penal.

3. El agua como objeto tridimensional de tutela pena: medioambiente, salud y economía

HORMAZABAL había apuntado que: "... todo bien jurídico en sede penal debe ser capaz de cumplir una función de límite a la potestad punitiva del Estado, en cuya base se exige al legislador que oriente su actividad a la producción de normas penales que protejan –exclusivamente– bienes jurídicos; también, una función teleológica, en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales, condicionando su sentido y alcance; una función exegética, para concebir el núcleo material del injusto otorgando contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad y por último, una función garantizadora, en la que el bien jurídico sea capaz de indicar qué y por qué se protege".¹⁶

Todos estos cometidos se cumplen respecto a la protección penal del agua. En primer lugar, porque alejados de cualquier concepción *ius naturalista*, el agua se convierte en un bien cuya necesidad para la existencia de la vida es constante y universal. Es creciente la consideración del agua como un bien escaso, un bien de todos que

13 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y R. T. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, volumen II, 6ta. edición, 1999, p. 162.

14 GÓMEZ PÉREZ, Ángela, "El principio *non bis in idem*...", *cit.*

15 COBO ROURA, Narciso, "La justicia ambiental ante las Salas de lo Económico en Cuba", *Revista Cubana de Derecho*, No. 15, enero - junio de 2000, Ediciones Unión Nacional de Juristas de Cuba, La Habana, pp. 16-23.

16 HORMAZABAL MALAREE, Hernán, "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho", en *El objeto protegido por la norma penal*, 2da. edición, Editorial Cono sur, Santiago de Chile, 1992, p. 9.

afecta no solo al medio ambiente, sino que también puede afectar y, en ocasiones de forma muy importante, a la salud de las personas. Sin lugar a dudas, podríamos afirmar que sin el agua o, encontrándose esta contaminada, puede peligrar la vida humana o la salud de las personas¹⁷ y provocar daños irreparables para la estabilidad y el desarrollo socioeconómico de los Estados. En segundo lugar, se justifica penalmente su protección por el reconocimiento constitucional que ella tiene como deber y derecho fundamental, lo cual obliga a su preservación como patrimonio social y nacional en beneficio de las generaciones presentes y futuras, como también fue definido de manera general en el artículo 2 de la Ley del Medio Ambiente en Cuba, al expresarse que este es patrimonio e interés fundamental de la nación.

El Estado ejerce su soberanía sobre el medio ambiente en todo el territorio nacional y en tal sentido tiene el derecho de aprovechar los recursos que lo componen, según su política ambiental y de desarrollo. Por ello la protección jurídico-penal del agua sin dudas responde también a la política ambiental del Estado cubano.¹⁸

La Constitución de la República elevó a rango constitucional el deber de todas las personas naturales y jurídicas de proteger la naturaleza y dispuso en el artículo 27, que “[...] para asegurar el bienestar de los ciudadanos, el Estado y la sociedad protegen la naturaleza e incumbe a los órganos competentes y además a cada ciudadano velar porque sean mantenidas limpias las aguas, la atmósfera, y que se proteja el suelo, la flora y la fauna”.

Tales pronunciamientos con un sentido antropocentrista hacen evidente que la protección de la naturaleza ha estado en función del bienestar del hombre, lo que se pone de manifiesto de manera elocuente en el espíritu y contenido de todo el ordenamiento jurídico ambiental.¹⁹

No obstante, la tutela penal del agua, tal y como aparece estructurada en el Código penal cubano, aun cuando ha sido privilegiada respecto a otros delitos medioambientales, es todavía asunto pendiente, en tanto la esfera particular de protección no es abarcadora de toda la gama de afectaciones y daños que pudieran recaer sobre ella.

17 Son escalofrantes los datos que sobre la salud produce la contaminación del agua: cada año millones de personas contraen enfermedades como diarreas y filariasis (1 000 millones por cada patología), tracoma (500 millones) y esquistosomiasis (200 millones), a parte de los 25 000 seres humanos que fallecen cada día en el mundo subdesarrollado a causa de la mala calidad del agua.

18 El artículo 75 de la Ley del Medio Ambiente, relativo al Capítulo XIII, “Régimen de Responsabilidad Penal”, refiere que: “Las acciones u omisiones socialmente peligrosas prohibidas por la ley bajo conminación de una sanción penal, que atenten contra la protección del medio ambiente, serán tipificadas y sancionadas a tenor de lo que dispone la legislación penal vigente”.

19 VIAMONTES GUILBEAUX, Eulalia, *Derecho ambiental*, cit., p. 56.

La que pudiéramos denominar genéricamente “*tutela penal del agua*”, como aquella en la que el objeto material del delito es el agua, con independencia de cuál sea el objeto formal protegido en cada caso, se estructura de manera tridimensional en diversos títulos y capítulos de la actual Ley 62 de 1988,²⁰ contentiva del Código Penal cubano.

Esa triple protección del agua, como objeto de tutela en la Ley penal, no es el resultado de una postura ecocéntrica o autonómica de ciertos bienes jurídicos;²¹ más bien ella responde a la conexidad que indefectiblemente tiene el agua con un grupo de derechos colectivos e individuales y de ahí su carácter antropocéntrica,²² supra-individual y difusa,²³ la cual requiere de una concreción conforme con el sentido y alcance que debe tener como bien jurídico-penal.

En lo referente a las nomenclaturas adoptadas por el legislador, también se observan fisuras relacionadas con la conceptualización que tiene la esfera de protección. Ello se observa en la descripción distintiva sobre las aguas y los llamados ecosistemas acuáticos, contentivos, como su nombre lo indica, de todo lo referente a las aguas, sean estas terrestres o marinas.

La obligación de proteger y conservar los ecosistemas acuáticos persigue como fin garantizar su uso para la satisfacción de las diversas necesidades de la sociedad en general y respetar el equilibrio de estos ecosistemas y los recursos naturales contenidos en los mismos. En la actualidad, el agua está considerada, como dijimos, un recurso difícilmente renovable debido a las alteraciones ocasionadas en su ciclo hídrico y su uso inadecuado, lo que ha provocado la disminución de las disponibilidades a grandes escalas de este recurso.

Partiendo del hecho de que los ecosistemas acuáticos constituyen una unidad indivisible y orgánica dentro del planeta, se puede afirmar que las afectaciones del ecosistema acuático-terrestre se manifiestan directamente en el ecosistema acuático-marino y viceversa, por ende, los traumas que sufren los ecosistemas marinos, en casi todos los casos tienen un reflejo en los ecosistemas acuáticos terrestres. De ahí que no haya méritos para separar ambas esferas

20 Cuando se menciona esta ley contentiva del Código Penal, se incluyen las modificaciones introducidas por los Decretos-Leyes No. 140 de 13 de agosto de 1993, No. 150 de 6 de junio de 1994 y No. 175 de 17 de junio de 1997, y por la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999.

21 SÁNCHEZ ZAPATA, Sebastián, “La protección penal del medio ambiente: análisis del art. 338 del Código Penal colombiano sobre minería ilegal”, revista *Actualidad Jurídica Ambiental*, Año 2014, pp. 9 y 10.

22 CARMONA DELGADO, Concepción, *Curso de Derecho...*, cit., p. 53.

23 De esta manera, para proteger el agua, se debe proteger el suelo, el aire, la flora, la fauna, en fin, todos los recursos naturales existentes en la cuenca hidrográfica y en su entorno. FERNÁNDEZ MOREIRA, Vescijudith, “La eficacia del sistema de protección y reutilización del agua en España y Brasil. Un análisis jurídico-ambiental derivado de la política de la unión europea”, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Año 2011, p. 42.

de protección, como lo hace el legislador cubano, refiriéndose a la salud y luego a la economía.

Otra de las cuestiones pendientes con respecto a la protección del agua es la evaluación que requiere su tutela jurídico-penal dentro del Sistema nacional de áreas protegidas y en las Regiones especiales de desarrollo sostenible, en respaldo a las regulaciones establecidas en el Decreto No. 201 del 23 de diciembre de 1999, en aras de darle una respuesta a las agresiones y violaciones más graves que pudieran estar presentes en cada una de las zonas especiales donde aparece este recurso.²⁴

Por todo lo explicado, es conveniente señalar una vez más la importancia que tendrá para el Derecho penal, la política ambiental que sigue la nación y, por tanto, una armonía entre ambos sistemas en evitación de contradicciones o incongruencias entre una u otra, que luego originen incomprendimientos, lagunas y vacíos legislativos, como los que hoy se observan.

Siguiendo el esquema que aparece en nuestra Ley penal, la protección penal del agua en el ámbito económico es admitida como una derivación de los llamados delitos económicos.²⁵ Los delitos ecológicos normalmente se engloban dentro de la categoría del Derecho penal económico, pero no por efecto del desarrollo de una noción “amplia” de este. Lo integran más por su significación social que por coherencia conceptual o sistemática.²⁶

En este sentido, se ha reconocido también que los recursos hídricos, además de ser un bien ambiental, están conceptualizados como bienes económicos de doble naturaleza, pues por una parte son intrínsecos en su importancia por la necesaria utilización en diversos procesos productivos y por otra, las afectaciones derivadas de la polución del agua pudieran recaer sobre los consumidores instituidos en la sociedad, como agentes económicos relevantes,²⁷ afectándose de esta manera su salud.

Definitivamente, el recurso del agua le sirve al ser humano, a los animales y a la industria y sus reservas también proporcionan

24 El Decreto No. 201 del año 1999, sobre el sistema nacional de áreas protegidas, prevé un grupo de áreas de especial protección, tales como de Reserva Natural, Parque Nacional, Reserva Ecológica, Elemento Natural Destacado, Reserva Florística Manejada, Refugio de Fauna, Paisaje Natural Protegido y Área Protegida de Recursos Manejados.

25 MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “Estrategias, necesidades y urgencias del Derecho penal económico en Cuba”, revista *Justicia y Derecho*, No. 20, año 11, Publicación Semestral, Tribunal Supremo Popular, junio 2013, La Habana.

26 RIGHI, Esteban, *Derecho penal económico comparado*, Madrid, 1991, p. 324.

27 GARCÍA GARCÍA, María Jesús, “Técnicas preventivas de protección ambiental en el régimen de uso y utilización del dominio público hidráulico”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2003, p. 49.

beneficios, en tanto esta ocupa el 70,8 % de toda la superficie y de ella dependerá en el futuro la vida en el planeta. De ahí que ante la diversidad de su empleo, en el ámbito económico se hayan determinado un grupo de fuentes contaminantes, en correspondencia con los ecosistemas que la protegen, entre las que se encuentran: las industriales,²⁸ las agropecuarias y las domésticas.²⁹

De *lege ferenda* pudiéramos decir que la expresión, el alcance y el ámbito de tutela penológica más importante que puede hallar el legislador con respecto al agua, atendiendo a que ella misma contiene los valores necesarios como para ser un bien jurídico particular a proteger, se encuentran en la Ley del Medio Ambiente, la que ha declarado como esferas específicas de protección el Sistema de aguas y ecosistemas acuáticos,³⁰ el que comprende las aguas terrestres³¹ y marítimas³² y las cuencas hidrográficas, entre otras, teniendo muy especialmente en cuenta:

- la racionalidad de este recurso natural y su protección especial como parte del ecosistema;
- los actos relativos a la utilización y liberación de organismos vivos modificados por la biotecnología u otras sustancias o productos que puedan afectar la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica o generar riesgos a la salud humana, animal o vegetal;

28 Se ha identificado que en la industria los principales contaminantes que transportan las aguas residuales que tributan a las aguas terrestres y costeras son: petróleo y ácidos y álcalis, sólidos suspendidos, metales pesados, sales, detergentes, cianuros, solventes halogenados, materia orgánica, nutrientes, gérmenes patógenos, y plásticos. Estas aguas contaminadas producen afectaciones en el hábitat de las especies marinas y organismos acuáticos, provocan un envenenamiento a estos seres vivos y pueden producir efectos indirectos sobre la salud humana ante niveles elevados de tóxicos y su persistencia alta. Ejemplos de estas fuentes contaminantes son: mataderos y empacadoras, la industria azucarera y el desarrollo de sus derivados, fábricas de papel y celulosa, fábricas de bebidas y licores, fábricas de conservas, productos lácteos y cárnicos.

29 ANTÚNEZ SÁNCHEZ, Alcides FRANCISCO y RAFAEL BATISTA CONTRERAS, "Marco teórico legal del delito penal ambiental, tratamiento en el derecho cubano", revista *Pensamiento Penal*, febrero 4 de 2013, Argentina, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar> consultado el 3 de octubre de 2015.

30 Artículo 92 y siguientes de la Ley No. 81, sobre el Medio Ambiente. "La gestión del agua y de los ecosistemas acuáticos se realizará de acuerdo con las disposiciones siguientes: a) Es obligación de todas las personas naturales y jurídicas la protección y conservación de las aguas y de los ecosistemas acuáticos en condiciones que permitan atender de forma óptima a la diversidad de usos requeridos para satisfacer las necesidades humanas y mantener una equilibrada interrelación con los demás recursos naturales.; b) La gestión de todos los recursos naturales contenidos en los ecosistemas acuáticos respetará su equilibrio y el de los ecosistemas con los que esté relacionado y c) Para asegurar un adecuado desarrollo del ciclo hidrológico y de los elementos que intervienen en él, se prestará especial atención a los suelos, áreas boscosas, formaciones geológicas y capacidad de recarga de los acuíferos".

31 Artículo 94. A los efectos de la Ley 81, se entiende por aguas terrestres tanto las superficiales como las subterráneas.

32 Artículo 99. La protección de las aguas marítimas comprende la de las aguas marítimas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica, en la extensión que fija la ley y los recursos marinos existentes en ellas. Ley 81.

- las condiciones de calidad y cantidad requeridas para el consumo humano;
- el tratamiento adecuado de todas las descargas en los cursos de agua y en las bahías, aguas costeras, lacustres, represadas, subterráneas, o de cualquier otro tipo, de sustancias susceptibles de provocar contaminación, de afectar otros usos previstos o previsibles o de alterar el equilibrio de los ecosistemas;
- el tratamiento adecuado de las aguas residuales de conformidad con las normas establecidas por el Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos;
- y la protección de las cuencas hidrográficas.

Esta es la guía que proponemos en el futuro, para luego establecer una arquitectura legislativa, cuyo diseño propenda un catálogo de conductas delictivas activas u omisivas, peligrosas o dañosas para este recurso natural.

Conforme con lo explicado, en el estudio exegético de las conductas delictivas debemos asumir posiciones críticas sobre la vaguedad que en la actualidad tiene la respuesta asumida por el Código Penal cubano, el que pretendió, sin lograrlo, aproximarse a la protección del agua como parte del medio ambiente; cuya expresión legislativa en el artículo 194, en su Sección quinta y con el rubro “Contaminación de las Aguas y de la Atmósfera”, con marcadas insuficiencias taxativas, solo hace referencia a la salud humana, para por otra parte dejar expectante, utilizando un diseño legislativo defectuoso, la protección del agua en la esfera económica, a través de los artículos 238 y 239, rubricadas con la misma nomenclatura de “Contaminación de las Aguas”.

Veamos en uno y otro caso el contenido y el enfoque jurídico-penal de protección, con las propuestas que se derivan del estudio de estos ilícitos penales.

4. El delito de contaminación de las aguas en el ámbito de la salud colectiva

Esta figura delictiva aparece como bien jurídico individual en el Título tercero del Libro segundo de la Ley No. 62 de 1987,³³ agrupando delitos contra la seguridad colectiva y específicamente en la Sección quinta del Capítulo V se reguló un grupo de delitos contra

³³ La Ley No. 62 sufrió modificaciones a mediante las Leyes No. 140 de 13 de agosto de 1993, No. 150 de 6 de junio de 1994 y No. 175 de 17 de junio de 1997, y por la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999.

la salud pública, para contemplar en el inciso primero del artículo 194 del texto penal, la Contaminación de las Aguas.

En este sentido, se dispone que se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas al que:

- a) arroje en las aguas potables objetos o sustancias nocivas para la salud;
- b) contamine cuencas de abasto de aguas superficiales o subterráneas que se utilizan o puedan ser utilizadas como fuente de abastecimiento para la población;
- c) omita cumplir las disposiciones legales tendentes a evitar la contaminación de la atmósfera con gases, sustancias o cualquier otra materia dañina para la salud provenientes de industrias u otras instalaciones o fuentes;
- ch) teniendo a su cargo la operación de una instalación de abastecimiento de agua potable a la población, por negligencia o incumplimiento de las normas establecidas, dañe la calidad del agua, poniendo en peligro la salud de la población;
- d) teniendo a su cargo la operación de una instalación para el tratamiento de aguas residuales domésticas, industriales o agropecuarias, por negligencia o incumplimiento de las normas establecidas, cause la contaminación de corriente de aguas superficiales o subterráneas o del mar.

2. La sanción prevista en el apartado anterior se impone siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad.

4.1. Elementos relativos a la estructura típica

4.1.1. Bien jurídico

Como habíamos consignado *up supra*, el bien jurídico protegido en el Capítulo V es de titularidad colectiva, de ahí que el sujeto pasivo de cada una de las infracciones penales expresadas en el artículo 194 necesariamente es la colectividad y no una sola persona o personas determinadas, ya que todos los ciudadanos son susceptibles de sufrir los perjuicios en su salud y bienestar en general.

No es menester entrar en las disquisiciones doctrinales que originan la diversidad de bienes tutelados bajo un mismo rubro, como de común aparecen en los delitos contra la colectividad, cuya conceptualización encamina una expectativa social que es necesario proteger y que se deriva de situaciones objetivas traducidas en un

estado de confianza y de tranquilidad respecto al desarrollo de actividades tan peligrosas, que se ven menoscabadas con estas conductas infractoras.³⁴

Asimismo, por encontrarse entre delitos de naturaleza tan compleja, es preferible valorar una concepción amplia sobre la protección en el ámbito de la salud pública, que entienda el nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad y a la generalidad de los ciudadanos, buscando su protección, como expone MUÑOZ CONDE, “[...] en el conjunto de condiciones que positivamente garanticen y fomenten la salud de los ciudadanos”.³⁵

La estructura delictiva consagrada en el apartado primero califica como una figura de peligro concreto, y la proyección legislativa dominada por el principio de subsidiariedad, empleada en el apartado segundo, tiende aparentemente a desnaturalizar como objeto directo de protección el “agua”. La remisión a una conducta más grave en caso de un delito de un resultado lesivo de mayor entidad –entiéndase daños concretos a la salud de una persona– serían precisamente las personas los sujetos pasivos de los correspondientes delitos perpetrados contra sus respectivos intereses individuales y no el bien jurídico material “agua”; para en todo caso desviar la imputación y la pena hacia un delito de mayor entidad, cual pudiera ser aquellos que encontramos entre los delitos contra la vida y la integridad corporal de las personas.

Por esta razón, el delito tiene un carácter pluriofensivo y coincidimos con CARMONA en que desde el punto de vista técnico, como de justicia material, la única vía correcta para solventar este problema concursal es la del concurso de delitos entre la figura delictiva de peligro y la de resultado lesivo, puesto que se trata de infracciones diferentes –de peligro o riesgo colectivo una y de lesión individual la otra– que tutelan bienes jurídicos diferentes: medio ambiente y vida o salud de las personas.³⁶

4.1.2. Sujetos

El delito puede ser cometido por cualquier persona, sea natural o jurídica, dada la convencional y genérica expresión “al que”. De todas formas, supuestos como el que aparece en los incisos ch) y d) del mencionado artículo 194, determinan la presencia de un sujeto con una esfera de actuación limitada por el cargo que debe ostentar.

34 MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, Colectivo de Autores, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 67.

35 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 8va. edición, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 475.

36 CARMONA DELGADO, Concepción, *Curso de Derecho...*, cit., p. 74.

tar y cuya posición de garante le obliga al cumplimiento irrestricto de las normas establecidas para la operación de una instalación de abastecimiento de agua potable a la población (inciso ch); o aquellas normativas establecidas para realizar la operación de una instalación para el tratamiento de aguas residuales domésticas, industriales o agropecuarias.

4.1.3. Conducta típica y elementos normativos

Las diversas modalidades de conductas que aparecen descritas en el artículo 194 al reunir dos o más acciones u omisiones antijurídicas autónomas en una sola norma hacen entender que se trata de una figura mixta acumulativa;³⁷ en expresión a la diversidad de conductas que pueden ser jurídicamente relevantes.

La estructura delictiva expone en cada uno de los incisos las acciones u omisiones que pudieran recaer sobre el objeto de protección, apareciendo indistintamente conductas tales como las de “arrojar objetos y sustancias nocivas” en el inciso a), “contaminar”, en los incisos b), c) y d), así como “dañar la calidad del agua” en el inciso ch), lo que denota una redacción que entendemos pudo ser objetivizada únicamente con el verbo contaminar, partiendo de cómo son definidos aquellos actos que afecten o alteren la calidad y pureza del agua.

Es una característica de los delitos medioambientales, entre los cuales los ilícitos relacionados con la protección al agua no escapan, que los elementos normativos de la conducta enuncien los requisitos propios de los llamados “delitos de peligro”, en los que se adelanta la barrera punitiva estatal, a efectos castigar la acción al margen del resultado, con el fin de prevenir conductas lesivas a un ambiente adecuado. En el supuesto de estudio pudiéramos decir que está descrito en las diferentes conductas un peligro potencial e hipotético, quedando también el resultado dañoso subyacente en el apartado 2) del propio artículo, devenido esencialmente por el resultado lesivo a la salud humana.

En cada una de las modalidades aparece el núcleo de la acción típica. De esta manera, en el inciso a) es arrojar; en los incisos b) y d) contaminar y en el ch) dañar, cuyos actos pueden ser ejecutados directa o indirectamente.

No debe traer problemas interpretativos el verbo arrojar, indicando la acción de lanzar o verter sobre aguas potables objetos o sustancias nocivas para la salud. No importa, por tanto, si el agua se encuentra depositada en recipientes, tanques, cisternas u otro lugar, lo

37 La figura mixta acumulativa constituye una norma con pluralidad independiente de conductas delictuosas. Se trata de un problema de técnica legislativa, la cual puede decidir al legislador a reunir dos o más acciones u omisiones antijurídicas autónomas en una sola norma, aun cuando cada una de ellas configure, por la previsión exhaustiva de sus características, un delito independiente. QUIRÓS PÍREZ, Renén. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 146.

trascendente será que el destinatario y usuario de las aguas potables sea la población, puesto que es su salud la que se pretende proteger.

El verbo “arrojar”, en relación con las afectaciones a la salud, convierte la figura descrita en el apartado a) en un delito de peligro concreto, pues en ningún momento exige que se verifique la contaminación efectiva, sino únicamente que se arrojen los contaminantes. Más complicado será, a efectos probatorios, determinar que los objetos o las sustancias arrojadas al agua puedan ser nocivas y dañar la salud; en tanto el carácter de nocividad de una sustancia lo da tanto su composición como su uso específico. El precepto en cuestión hace referencia a la nocividad en general de algunas sustancias para la salud y no a la particular que en casos concretos pueden tener algunas sustancias para algunas personas.³⁸ De todas formas la respuesta en el ámbito probatorio tendrán que darla las autoridades competentes y muy especialmente aquellas asociadas a los servicios de salud pública destinadas a las labores sanitarias de higiene e epidemiológica, a través del dictamen que emitan sus laboratorios sobre la calidad del agua.

En atención a los verbos contentivos en el catálogo de conductas, la cuestión interpretativa más importante se plantea en el alcance de la expresión “contaminar”; referida a un cambio indeseable de las propiedades físicas, químicas y biológicas del agua, que puede provocar efectos negativos en los diferentes componentes del medio ambiente. La contaminación se produce cuando el hombre introduce en el ambiente, directa o indirectamente, agentes físicos, químicos, biológicos o una combinación de estos, en cantidades que superan los límites máximos permisibles.

Se señalan como fuentes principales de contaminación: los desechos del agua doméstica; los residuos industriales; la escorrentía, que es el movimiento producido por el agua de las tierras cultivadas y la lluvia ácida.³⁹ Tampoco es suficiente para la protección de las aguas, comprobar si el vertido cumple con las concentraciones registradas en una tabla de parámetros, sino que es necesario asegurarse de que todos los vertidos y otras actividades humanas, que tengan alguna incidencia sobre las aguas, no afectan su calidad.

38 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal...*, cit., p. 475.

39 Estas fuentes contienen una serie de elementos que se califican como elementos contaminantes, entre los que suelen destacar los siguientes: Agentes patógenos: se trata de bacterias y virus que son las principales transmisoras de enfermedades o causantes de las altas tasas de morbilidad en algunos países. Se encuentran principalmente en aguas residuales humanas y proceden de vertidos industriales, destacándose las procedentes de mataderos, industrias de conservas vegetales, etcétera. Residuos que demandan oxígeno: se trata de desechos orgánicos aportados por efluentes domésticos e industriales, desechos que a su vez son descompuestos por bacterias aerobias que en este proceso también necesitan oxígeno, por lo que la ausencia de este genera la desaparición de peces y otras formas de vida acuática. Nutrientes vegetales y minerales: principalmente nitratos y fosfatos, que como tales nutrientes facilitan el nacimiento de plantas y algas. Proceden de las aguas residuales domésticas e industriales y sobre todo de la escorrentía de suelos cultivados. Así, la intensificación agrícola favorecida por la técnica poco ecológica de los monocultivos o la utilización de productos químicos como pesticidas o fertilizantes.

Dañar la calidad del agua potable, en lo concerniente a las previsiones del inciso ch), es sinónimo de una disminución de los componentes básicos que determinan su empleo para la población, sea contaminándola con agentes contaminantes, sustancias químicas, biológicas o radiológicas, en cualesquiera de sus estados físicos y formas; o afectándola con otros agentes naturales como puede ser la lluvia, agua de ríos, mares, etc., que alteren su composición y declaren su inaptitud para el abastecimiento y el consumo de la población.

La conducta del inciso a) debe ser activa, mientras que las expresadas en los incisos b), ch) y d) pueden ser realizadas por acción u omisión del sujeto activo, siendo de aceptación las conductas omisivas impropias.

El inciso c) es de simple omisión y en cuanto a las conductas descritas en los apartados ch) y d), se admite la posibilidad en comisión por omisión. Asimismo, estos preceptos indican la presencia de normas penales en blanco, ante el incumplimiento de las normas establecidas para la instalación de abastecimiento de agua potable a la población o de aguas residuales domésticas, industriales o agropecuarias.

Ese inciso d) hace referencia a la contaminación en ocasión o por motivo del tratamiento de aguas residuales domésticas.⁴⁰ Se trata de aquellas instalaciones que trasladan desechos domésticos de la ciudad y también a las industriales o agropecuarias, que son las aguas que arrastran residuos de industrias, portadoras de un gran número y diversidad de agentes contaminantes, como: detergentes, minerales, sales metálicas, productos agrícolas, residuos de los animales y ciertos compuestos químicos que son usados como plaguicidas y fertilizantes, o aquellos derivados del petróleo.

Pudiera llamar la atención del interprete la complejidad que origina la ingente cantidad de normas jurídicas extrapenales que les serán aplicables, a lo que se suma la concurrencia de la potestad administrativa de los que intervienen en la instalación de abastecimientos de agua potable, aunque estén bajo la guía del Instituto Cubano de Recursos Hidráulicos,⁴¹ órgano que ha establecido un grupo de normas técnicas concernientes al abastecimiento de agua para los acueductos; sobre las aguas recreacionales, minerales y medicinales; el tratamiento y disposición de aguas residuales; el drenaje pluvial urbano, normas sobre hidrología, obras e instalaciones hidráulicas, así como las referidas al riego, el drenaje y el control de la contaminación.

40 El artículo 95 de la Ley del Medio Ambiente establece que las aguas residuales de la actividad económica y social, antes de ser vertidas al medio ambiente, tienen que recibir el tratamiento correspondiente para que no contaminen los embalses y cuerpos de aguas terrestres y marítimas.

41 Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos (INRH). Entidad encargada de organizar y dirigir, en coordinación con los organismos competentes, la protección de las aguas terrestres, las cuencas, los cauces naturales, las obras e instalaciones hidráulicas contra los peligros de contaminación, azolvamiento y otras formas de degradación y deterioro, así como el control sistemático de la calidad de las aguas.

4.1.4. Elementos subjetivos

En lo referente al carácter subjetivo de la conducta, esta puede realizarse dolosamente, abarcadora también del dolo eventual, la imprudencia y la negligencia, como formas principales de manifestarse la culpabilidad.

El dolo del autor en el apartado a) tiene que estar dirigido hacia la conducta simple de arrojar las sustancias y no necesariamente hacia la contaminación, de ahí que se requiera la necesidad de que el sujeto activo sepa que la sustancia que arroja es contaminante; en caso contrario el delito puede ser imprudente, sin obviar en determinados supuestos la posible existencia del error de tipo.

En lo referente al apartado b), no necesariamente tiene que existir una intención de envenenar o contaminar las aguas, basta que la intención sea la de deshacerse de sustancias no deseadas de una forma indebida y estaríamos bajo la mirada también de actos negligentes.

4.1.5. Penalidad

Hay una clara violación del principio de proporcionalidad en el enunciado de las consecuencias jurídicas derivadas de las conductas infractoras, pues ante conductas de distinto carácter, léase de peligro, de resultado dañoso, intencionales, e imprudentes, la sanción es la misma y, por ende, no se tuvo en cuenta el grado de peligro social que en cada una de ellas entraña el bien jurídico protegido.

A ello pudiéramos añadir que la sanción para el sujeto que contamina aguas únicamente vinculadas con la economía, como más adelante veremos, recibe el mismo tratamiento que aquel que contamina las aguas destinadas al consumo humano, de tal manera que con ese tratamiento punitivo se minimiza el valor de la salud humana.

5. El delito económico de contaminación de las aguas

En el artículo 238 del Código Penal cubano se sanciona con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas al que:

- a) arroje objetos o sustancias nocivas en ríos, arroyos, pozos, lagunas, canales, o en lugares destinados a abreviar el ganado o las aves, poniendo en peligro su salud o su vida;
- b) arroje objetos o sustancias nocivas, en aguas pesqueras o en criaderos de especies acuáticas.

2. Si, como consecuencia de los hechos a que se refiere el apartado anterior, se causa la muerte o el daño en la salud de las especies referidas, la sanción es de privación de libertad de seis meses a dos años.

Por su parte, el artículo 239 penaliza al que vierta, derrame o descargue sustancias perjudiciales para la economía nacional o residuos que contengan tales sustancias en las aguas territoriales o en la zona económica marítima de la República, con sanción de multa de mil a diez mil cuotas.

5.1. Elementos relativos a la estructura típica

5.1.1. Bien jurídico

Esta figura delictiva al estar comprendida dentro de las infracciones penales que afectan la economía y en el contexto del moderno Derecho penal económico, deben inscribirse en el rubro de los llamados “delitos económicos” al tener presente que las acciones u omisiones delictivas descritas afectan determinados derechos e intereses económicos de índole supraindividual y no se encuentran distantes de los daños y perjuicios que directamente se les pudiera producir al patrimonio de la colectividad o a los bienes públicos o privados de las empresas.⁴²

Antes habíamos expuesto las consecuencias que para el desarrollo económico pudieran derivar actos de contaminación ambiental y especialmente cuando recae sobre el agua. Esa constituye la necesidad de tutela en este ámbito, que en la actualidad se acrecienta en los Estados modernos como parte de las arremetidas que aparecen ante la presencia de las llamadas y criticadas “sociedades de riesgo”, en esa huella apocalíptica que en estos tiempos van dejando algunos pronunciamientos políticos y jurídicos en su enfrentamiento irracional al desarrollo postindustrial.

Según HERZOG “[...] hay, efectivamente, muchos lugares en los que uno puede sentirse angustiado por el peligro de nuestra moderna civilización: en las proximidades de una central nuclear, de una zona de almacenamiento de residuos tóxicos, de una central purificadora, de una estación de maniobras, de un campo de ejercicios militares, de una fábrica química...”,⁴³ entre otros peligros en los que se inscriben los cambios climáticos, la desertificación y la sequía.

42 MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto, “Estrategias, necesidades y urgencias...”, *cit.*

43 HERZOG, Félix, *Los límites del derecho penal para controlar los riesgos sociales*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1993, p. 317 y ss.

Ese modelo social va propiciando una mayor atención del Derecho penal, invocando una tutela hacia bienes jurídicos colectivos o supraindividuales y proponiendo mayor severidad en la imposición de las penas; de ahí que sea común en los códigos penales modernos añadir ilícitos contra el medio ambiente o agravar los ya existentes, bajo la sombra de un peligro permanente de bienestar.⁴⁴

En tal contexto es que se presenta la contaminación de las aguas como delito económico, en el que resulta necesario reprimir el daño y la puesta en peligro de los avances y la buena marcha de la economía, ante la comisión de actos provocadores de un riesgo que no es tolerado por la sociedad y consecuentemente parece necesaria la intervención punitiva del Estado.

El impulso que contrae el desarrollo industrial para redundar positivamente sobre la economía nacional y mejorar la calidad y el nivel de vida de las personas, requiere de un control efectivo del progreso industrial y su ponderación respecto a los costes medioambientales. De esta manera, el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber de todos los ciudadanos de conservarlo, como se dispone en la Ley No. 81 de 1997, incluye e involucra muy especialmente a las entidades y organismos, como portadores esenciales de los agentes contaminantes.

Un grupo de causas se identifican en la economía con respecto a la contaminación de los ecosistemas acuáticos, entre ellas, el estado deficiente de la redes de alcantarillado; el estado crítico de las plantas de tratamiento; el inoperante funcionamiento de las lagunas de estabilización; el agravado déficit de cobertura de tratamiento de residuales, deficientes sistemas de tratamiento y el decrecimiento en el aprovechamiento y reuso de los residuales líquidos en la industria y la actividad agroalimentaria.

En este sentido, hay que decir que la ley penal cubana aquí también adolece de una amplitud de protección, al limitar con una idea ecológica restrictiva su objeto de protección hacia las aves, el ganado, los criaderos de peces, las zonas pesqueras y las zonas económicas marítimas; sin atender bienes indispensables para el desarrollo industrial y socioeconómico como los bosques, la vegetación, plantaciones, etcétera; u otras áreas que resultan necesarias resguardar para la sostenibilidad del desarrollo económico o aquellas otras de consumo estatal, industrial, agrario, alimentario, biotecnológico y energético, que forman parte de la diversidad de los procesos productivos y de prestación de servicios en la nación.

44 CABEZAS CHAMORRO, Sebastián y Taibi Pietro SFERRAZZA. *Derecho penal de riesgos. Mantención de principios del Derecho penal clásico o liberal vs. Solución de conflictos de las modernas sociedades*, disponible en <http://www.carlosparma.com.ar/sebastianchamo.htm> consultado el 5 de marzo de 2015.

La discusión jurídica penal, tal y como fue planteada en el estudio que hicimos de la contaminación en el ámbito de la salud, girará en torno a la naturaleza del delito en el ámbito de la economía, ya sea esta como especial esfera de protección o ligada al resto de las conductas protectoras del agua. También el debate se proyectará a la vinculación de estos delitos en el catálogo bienes jurídicos de carácter personal y a la instrumentalización en las estructuras delictivas, con una técnica legislativa que resuelva los disímiles conflictos que originan en su redacción y certeza los llamados delitos de peligro.

5.1.2. Sujetos

Las personas naturales, empresas y entidades, sean estas de capital privado como las que corresponden a las actividades económicas empresariales del Estado, tienen la obligación de hacer lo posible para evitar posibles afectaciones al ambiente, independientemente de la posición de garante que ocupen sus directivos y funcionarios. De ahí que estas conductas pueden ser cometidas por cualquier persona, aunque sea conocida y común la participación de las personas jurídicas en estos ilícitos, dada la alta incidencia que tienen en los procesos industriales y la presencia de sus residuales como agentes contaminantes.

Asimismo, especial será la participación y concurrencia en estos delitos de sujetos con obligaciones especiales, en razón del cargo que desempeñan en la evitación del riesgo y de los peligros que entrañan estas conductas, por la negligencia y el incumplimiento de las medidas necesarias para evitar las afectaciones y los daños que originan la contaminación ambiental de la naturaleza descrita en la ley.

5.1.3. Conducta típica y elementos normativos

Con respecto a los ilícitos relacionados con la contaminación del agua, tal y como se expone en los artículos 238 y 239, debemos decir que estamos ante delitos estructuralmente homogéneos con los previstos también en el artículo 194.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de delitos de mera actividad, en la que solo se exige el acto contaminador de arrojar, verter, derramar o descargar objetos o sustancias perjudiciales o nocivas. De esta manera, el delito puede ser de peligro concreto y de resultado dañoso, como lo señala el apartado segundo del artículo 238.

La conducta típica está integrada por varios verbos, que a su vez se constituyen como de acción u omisión realizada por el sujeto

activo. El legislador ha utilizado el término arrojar, para cuya interpretación resulta idóneo atender a las explicaciones que antes dimos sobre el delito de contaminación de las aguas en la esfera de protección a la salud, incluyendo el análisis de las aguas para individualizar la sustancia y si esta contamina física o químicamente los ríos, arroyos, pozos, lagunas, canales o lugares destinados a abreviar el ganado o las aves; o aquellas destinadas a la pesca o criaderos de especies acuáticas. Por su parte, el vertimiento como fenómeno jurídico-penal es más propio de los procesos industriales que generan los desechos contaminantes, así como las posibles mezclas o diluciones de las aguas residuales de la planta con los drenajes pluviales y otras aguas.

5.1.4. Exigibilidad y elementos subjetivos

Ambas figuras pueden ser realizadas con dolo y culpa, siendo admisible el dolo eventual. No obstante, la polémica pudiera plantearse en el desconocimiento del agente comisor de que la sustancia o el objeto que ha utilizado diligentemente en el vertimiento resultó ser un agente contaminante, tóxico o dañino para la salud y la vida animal, lo que entendemos, de quedar demostrado, lo eximiría de responsabilidad penal. De ahí la posibilidad de que pudieran aceptarse las eximentes del error de tipo o de prohibición –válido para todos los delitos relacionados con la contaminación medioambiental–, según correspondan al caso en concreto.

El reproche penal recaerá, por tanto, sobre la actitud inconsecuente asumida por el autor, quien conociendo por el desempeño de las actividades socioeconómicas que realiza o debiendo presumir que los objetos y agentes que arrojará o verterá son contaminantes, decide, no obstante, arrojarlos en lugares y zonas de interés y desarrollo económico, razones por las que tendrá que asumir las consecuencias derivadas de su actuación y los perjuicios para la salud y la vida animal que dolosa, imprudente o negligentemente ejecute.

5.1.5. Penalidad

Si atendemos a la relevancia del peligro enunciado en el injusto y al daño ecológico que puede derivar los actos contaminadores, el examen de las penas aplicadas por el legislador no dejan dudas de que las sanciones privativas de libertad y las de multas recogidas en ambos artículos son exiguas.

Asimismo será propio de la investigación criminal evaluar los perjuicios derivados de la acción u omisión a efectos de la responsabilidad civil exigible al comisor.

6. La protección penal del agua en la esfera patrimonial

Como parte del Título decimotercero del Código Penal, concerniente a los delitos contra los derechos patrimoniales, aparece en el artículo 325 del Capítulo segundo, el delito de sustracción de electricidad, gas, agua o fuerza, sancionando al que sustraiga fluido eléctrico, gas, agua o fuerza, de instalación personal o colectiva; con merecimiento de una pena de privación de libertad que pudiera oscilar de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

6.2. Elementos relativos a la estructura típica

6.2.1. Objeto de tutela y naturaleza jurídica

El antecedente de este delito aparece en el Código Defensa Social, el que reguló como delito de Hurto, la sustracción ilícita de agua de una instalación ajena, en el inciso 2 del artículo 529, ubicación que bajo la rúbrica de los delitos contra la propiedad, fue reprimida con pena mínima de un mes y máxima de seis años, en dependencia del valor de lo hurtado.

En la actualidad, este delito ataca un grupo de bienes jurídicos materiales, instrumentales, cosas o expectativas económicas valiosas, observándose en la norma una posición dualista sobre el objeto de protección, en tanto el artículo no solo hace referencia al agua *stricto sensu*, sino también a los fluidos eléctricos, de gas o fuerza.

Si atendemos a la esencia de los delitos contra el patrimonio, conocemos que a través de los mismos se lesiona el patrimonio –globalmente considerado– mediante la pérdida de una parte integrante del mismo. Estos delitos, por tanto, se dirigen normalmente contra determinados derechos particulares y/o colectivos integrantes de este. Lo que sucede, como dice CONTRERAS, es que estos derechos no aparecen incluidos en el tipo legal, por lo que la totalidad de ellos pueden ser objeto de ataque.⁴⁵

Refiriéndonos al objeto de nuestro estudio, la doctrina se ha esmerado en el reconocimiento que tienen las aguas como bienes nacionales de uso público, por lo cual no es posible su apropiación directa por parte de los particulares como derecho subjetivo, y es que debido a ello, el legislador establece para su aprovechamiento privado, la posibilidad de obtener un derecho real que recae sobre ellas, que consiste en su uso y goce.

45 CONTRERAS ENOS, Marcos, *Usurpación de aguas. Agua y justicia penal*, Santiago, Chile, febrero de 2013, disponible en <http://www.repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/pdf> consultado el 7 de diciembre de 2015.

Esta titularidad jurídica es denominada: “derecho real de aprovechamiento de aguas”.⁴⁶ Los derechos de aprovechamiento de aguas no son sino la contracara de la declaración estatal, consistente en que las aguas son bienes nacionales de uso público, declaración de la cual emana la pretensión de que todo uso de las aguas por los particulares deba ser concedido por el Estado, a través de una concesión de aguas, de la cual nace el derecho de aprovechamiento de estas.

Conforme con lo señalado, solo en el contexto de las aguas destinadas al consumo humano o industrial cabría distinguir, según su origen, entre derechos de aguas “constituidas” o “concesionales” y los derechos de aguas “reconocidos”, lo cual limitaría en demasía el concepto mixto de patrimonio que ha seguido la doctrina penal cubana.⁴⁷

Lo decisivo es que efectivamente se produzca un “perjuicio patrimonial”, es decir, que tras una comparación del patrimonio del sujeto pasivo antes y después de la disposición patrimonial, pueda afirmarse que después de ella, su patrimonio, como tal, se ha visto perjudicado desde alguno de los puntos de vista en que puede concebirse este. Cosa distinta sería agenciarse indebidamente el derecho al uso, disfrute y aprovechamiento sobre las aguas, típico de una conducta relacionada con el ejercicio arbitrario de derechos.⁴⁸

A los efectos de este artículo, el concepto jurídico de “agua” responde a las diferentes orientaciones que existen sobre este bien, ya sean terrestres, subterráneas, marítimas, superficiales, acumuladas en depósitos naturales o artificiales, como pudieran ser en lagos, lagunas, pantanos, charcas, ciénagas, estanques, embalses, etcétera.

Las aguas, al menos las del mismo cauce, normalmente son fungibles, esto es, presentan entre sí una igualdad de hecho que las hace considerarlas como del mismo poder liberatorio por pertenecer al mismo género y encontrarse en el mismo estado. De igual forma, el agua es siempre una cosa corporal, mueble e intangible, así como objetivamente consumible y normalmente fungible.

El agua es un bien corporal, su corporeidad o tangibilidad, empero, normalmente no puede afirmarse, en tanto comúnmente el agua se encuentra en un estado tal que no tiene una delimitación espacial

46 ALCALDE SILVA, Jaime, “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, julio 2014, disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718> y www.scielo.cl/scielo.php?consultados el 7 de marzo de 2015.

47 GOITE PIERRE, Mayda, *Delitos contra los derechos patrimoniales, Derecho penal Especial*, Colectivo de Autores, tomo III, Editorial Félix Varela, La Habana, 2003, p. 128.

48 Este delito viene recogido en el artículo 159. 1. de la Ley No. 62 (Código Penal cubano), el cual establece que el que, en lugar de recurrir a la autoridad competente para ejercer un derecho que le corresponda o razonablemente crea corresponderle, lo ejerza por sí mismo, en contra de la voluntad expresa o presunta del obligado, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres meses o multa hasta cien cuotas. 2. Si se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas para ejecutar el hecho y siempre que éste, por sus resultados, no constituya un delito de mayor entidad, la sanción es de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

que haga posible su detentación. Cuando el agua es un bien corporal, su corporeidad o tangibilidad y ajenidad no son atributos que puedan predicarse. Es la carencia de dichos atributos, como ha dicho ETCHEBERRY,⁴⁹ y no el carácter inmueble que erróneamente algunos le atribuyen al agua lo que justifica la necesidad de contar con figuras especiales distintas a las clásicas figuras de apropiación.

6.2.2. Sujetos y culpabilidad

El delito, tal y como acontece con las apropiaciones, los apoderamientos y las sustracciones, puede ser ejecutado directamente por personas naturales y jurídicas, con una actitud dolosa y con el ánimo de beneficio personal, sea este para sí o para terceras personas; llevando el comisor de la conducta el propósito tácito o manifiesto de usar el agua obtenida previamente por una vía ilegítima.

6.2.3. Conducta típica

La sustracción se constituye como el apoderamiento sin consentimiento, cometido por el sujeto activo, cuyo acometimiento requiere inobjetablemente de la utilización mecanismos o *modus operandi*, que le permita asegurar y aprovecharse de los abastos de agua instalados para la colectividad o aquellos que están bajo un régimen de propiedad personal, sin que se requiera constatar una efectiva imposibilidad en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento por parte de su titular, solo medible a los efectos de cuantificar –de ser posible– los perjuicios ocasionados por el delito cometido, aun cuando a efectos penales, estos bienes son considerados de inestimable valor.⁵⁰

Teniendo en cuenta la descripción de la conducta, bastaría la mera distracción del curso de las aguas, produzca afectaciones económicas o no a sus propietarios; redacción que resulta cuestionable en atención a que le otorga un carácter extremadamente formal al delito y a la lesión o gravedad que debe recaer sobre el patrimonio ajeno, inadmisibles para un Derecho penal mínimo en el que las conductas relevantes, ya que conductas o actos de apropiación sin lesión pueden ser corregidas por la vía administrativa.

La presencia del dolo pudiera dar lugar a actos tentados y la conducta por el momento consumativo califica como de resultado. De igual forma, el simple hecho de extraer agua de un cauce no puede

49 ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte Especial*, tomo III, 3ra. edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pp. 374-377.

50 Se ha demostrado que cada metro cúbico de agua que consumimos encierra un gasto de 14 centavos dólar para el país, en relación con el producto químico empleado y el consumo energético; no obstante, en lo que respecta al valor nominal y cuantificable del agua, deben acogerse los criterios expuestos por el Tribunal Supremo Popular, a través del Dictamen No. 120 del 10 de marzo de 1981.

ser incriminado como delito de apropiación, su relevancia jurídico-penal se presentará cuando la extracción signifique un positivo perjuicio para el destino, la utilización y el aprovechamiento constituido, siempre que el patrimonio se halle, como se ha explicado, bajo la esfera de dominio de entes públicos o privados.

Precisamente uno de los defectos que se observan en la norma es el contenido de la parte objetiva de la conducta típica, la que refiere con respecto a la sustracción, que esta debe producirse en una instalación personal o colectiva, elemento normativo que entendemos origina dificultades, tanto sustantivas como procesales, tras el examen de la norma administrativa contravencional que de igual manera pretende corregir a los infractores.

La sustracción del agua puede originarse por un sinnúmero de *modus operandi*, empleando medios y formas –manuales y/o mecánicas– para obtener ilícitamente el agua de fuentes de abasto o almacenamiento, pozos, presas, abrevaderos o instalación hidráulica, etc., hasta desviar el cauce de un riachuelo o laguna, de ahí el paralelismo que se pudiera producir entre el alcance ilimitado de actuaciones que tienen lugar según el tipo penal y las violaciones establecidas en el régimen de contravenciones para los servicios de acueducto y alcantarillado, tal y como se describen en el Decreto-Ley No. 211 de 1996.

Entre las contravenciones de ese Decreto-Ley se encuentran: utilizar equipos de bombeo para extraer agua directamente de las tuberías maestras del acueducto; obtener el agua sin la debida autorización desde las redes técnicas de los sistemas de acueductos; usar el agua con fines distintos a aquellos para los que fue autorizado, o ceder total o parcialmente el servicio en beneficio de un tercero; tener instalado los servicios de acueducto y alcantarillado sin haber suscrito el contrato establecido; reconectar el servicio de agua del acueducto cuando se hubiere suspendido por razones técnicas o por morosidad en el pago; alterar el funcionamiento de hidrómetros para impedir que registre el verdadero consumo y por último, alterar o manipular, sin estar debidamente autorizado, las válvulas reguladoras de la red pública de abasto de agua.

Asimismo, es de consideración la previsión normativa del Decreto-Ley para casos de alteraciones a los equipos medidores del fluido de agua o el “contador del agua”, propios de un delito de Estafa y no de Hurto, como fue señalado desde hace un buen tiempo por la doctrina y el órgano superior de justicia cubano,⁵¹ en tanto, como dijo CASASUS, “en verdad no se trata de uso de energía, sino de consumo [...]”.⁵²

51 En la sentencia No. 45 de 10 de marzo de 1949, el Tribunal Supremo de Cuba refirió que cuando las alteraciones se hacen al contador mismo, el hecho es constitutivo de estafa. Por todos, MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal...*, cit., p. 312.

52 CASASUS, Juan J. E., *Código de defensa social y Derecho penal complementario*, 2da. edición, tomo III, Editorial Molina y Compañía, 1950, p. 23.

De esta forma, y teniendo en cuenta que estas conductas son penalizadas por la vía administrativa, lo que impide la intervención del Derecho penal, poco margen le queda a este último para reprimir acciones asociadas a la sustracción de las aguas destinadas al consumo social, institucional, empresarial o industrial.

Quedaría entonces la posibilidad de intervención en sede penal de aquellos actos de apropiación que pudieran afectar las aguas marinas o fluviales, embalses y presas, cuyo cuestionamiento devendría por constituir actos irrelevantes a efectos de su tutela en el orden penal. Por ello nos parece más aconsejable redireccionar el ilícito penal mejorando su redacción y contenido, con la descripción del acto dañoso y merecedor de sanción penal, cual pudiera ser la sustracción, extracción o captación ilegal de aguas en periodo de sequía, lo que obedece a los preocupantes periodos de escasez de agua en todo el territorio, como viene apareciendo durante los últimos años. De esta manera, la conducta sería verdaderamente relevante a efectos del requerimiento de una pena al transgresor, dados los graves riesgos hidrológicos que ello origina.⁵³

6.2.4. Penalidad

Después de lo expresado con respecto al régimen contravencional, debemos significar que el estudio sobre la protección del agua en la esfera patrimonial requiere en primer orden una mirada minimalista que determine la reconversión al ámbito del Derecho administrativo, sancionador de las manifestaciones relativas a la sustracción del agua. No obstante, la pena prevista para este polémico ilícito es, a nuestro criterio, suficiente, en atención a la dañosidad de los actos que pueden ser ejecutados.

7. A modo de conclusión

A través del Derecho penal, la protección del agua como parte del medio ambiente supone una mejor protección de los recursos naturales, así como de su entorno cultural y territorial del que forma parte. Ello necesariamente requiere de una evaluación legislativa dirigida a la necesidad de integrar, como un todo, las figuras que como elementos del subsistema básico ambiental pudieran aparecer diseminadas en el digesto penal. De esta manera, en el futuro, la norma penal cubana, siguiendo los lineamientos estratégicos de la Ley del Medio Ambiente, tendrá que adoptar una postura de protección penal sobre el medio ambiente, que comprenda el con-

⁵³ Los antecedentes de esta modalidad delictiva, aparece por primera vez en el artículo 326 f del Código Penal Español de 1995. CARMONA DELGADO, Concepción, *Curso de Derecho...*, cit., p. 67.

junto de relaciones, reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc., que son necesarias proteger en sede penal.

La protección penal del agua se incardina hacia las aguas terrestres y dentro de ellas hacia las superficiales y las subterráneas; así como las aguas marítimas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica en la extensión que fija la Ley. Tanto en aguas interiores del Estado como en el mar territorial, la tutela penal descansa en el principio del “bien para la colectividad”, a tono con la protección de bienes jurídicos colectivos⁵⁴ y, definitivamente, su tutela está dirigida a la preservación del equilibrio hidrológico y al aprovechamiento, conservación y protección de los recursos hídricos y sus fuentes, los que en sentido general son destinados a la agricultura, la industria, al consumo humano y animal, sin obviar el tratamiento adecuado que debe dársele a las aguas residuales.

El agua, como especial y necesario objeto de protección en el ámbito del Derecho penal, de igual manera, debe tener como parte de su óptica de tutela, componentes que incluyan la vida y la salud humana y animal, así como a la economía; materializándose en los distintos elementos que integran el ambiente natural interno y transfronterizo. En consecuencia, asumimos una posición eco-anthropocéntrica con las características de tratarse de un bien autónomo y colectivo, requerido de una tutela jurídica del ambiente sobre la base del llamado “antropocentrismo moderado”,⁵⁵ que parte de las previsiones constitucionales y la Ley de Medio Ambiente, por cuanto junto a la puesta en riesgo de la salud de las personas, se consagra la protección de otros peligros para el ambiente natural, referente tanto a los recursos naturales básicos, como en sus manifestaciones mediales de carácter abiótico (agua, aire, suelo) y biótico-orgánico (flora y fauna).

La ley penal cubana, aunque durante estos años ha pretendido establecer algunos parámetros de tutela al agua, es omisa a las previsiones recogidas en la Ley del Medio Ambiente, y del estudio de las figuras delictivas, se observan ciertos defectos técnicos y olvidos inexplicables, respecto a comportamientos peligrosos y dañosos para ese preciado bien, dadas las nuevas y muy diversas formas de contaminación que pudieran cometerse, tanto por personas naturales como jurídicas, limitándose la responsabilidad penal a la simple realización o provocación de vertidos. Ello indica la necesidad de una mayor y mejor tutela penológica.

54 MATA MARTÍN, Ricardo M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997, pp. 12 y 13.

55 Hay diferencias entre las dos posiciones antropocéntricas que existen: una posición intermedia o moderada y la radical. En la primera, se considera al ambiente como bien autónomo, lo que trae como problema si tenemos que esperar una lesión o puesta en peligro de este bien jurídico. En la segunda, le quita autonomía a los bienes colectivos, que coincide con los postulados de la Escuela de Frankfurt en que solo es una forma de adelanto de protección de los bienes individuales, esto es, existe una relación de dependencia con ellos. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales*, disponible en sitio <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus> consultado el 24 de febrero de 2014.

La disparidad e incongruencia legislativa en el orden penal con respecto a la protección del agua aparece ante la mirada aislada y desintegradora del agua como bien jurídico; el que, inobjetablemente, por su contenido, esencia y naturaleza es único y omnicomprensivo de su protección, tanto en el ámbito de la salud colectiva como de la economía; por lo que de *lege ferenda* corresponde una referencia unitaria y homogénea del objeto de protección que hemos estudiado.

El basamento para unificar la protección sobre el agua, como parte del medio ambiente, viene determinado por el uso público de este bien, el que presupone la lesión a cualquier tipo de agua, sea potable o no. Todas las aguas están destinadas al uso público, sean en ríos, manantiales, humedales, etc., sin importar las formas de su uso, sea para el consumo humano, agrícola o industrial.

La sanción penal en esta materia debe operar como un instrumento más del sistema legal vigente, de acuerdo con el principio de mínima intervención, con la expresa finalidad de lograr una efectiva protección del agua y distintiva del paralelismo que en la actualidad tienen las conductas delictivas con el sistema contravencional vigente. Para ello, en determinados supuestos y atendiendo a la dañinidad social de la conducta, es aconsejable que las condiciones objetivas de punibilidad relacionadas con el "grave daño" o los "considerables perjuicios" formen parte de las estructuras típicas básicas y no como figuras privilegiadas.

DERECHO DE AGUAS: ESTUDIOS CUBANOS

A través de múltiples trabajos realizados por profesores y técnicos, de la mano rigurosa y experimentada del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Andry MATILLA CORREA, en *Derecho de aguas: estudios cubanos* existe la línea común de la postulación de un Derecho de aguas, que se desea técnicamente más perfeccionado que el actual, moderno, que aborde las preocupaciones fundamentales en las legislaciones más avanzadas del Derecho de aguas en el mundo. A esos efectos, en esta obra se exponen, desde múltiples perspectivas, temas presentes en el Derecho de aguas y se postulan distintas líneas de su evolución en esa dirección de modernidad.

Materias como el derecho humano al agua, la consideración ambiental del recurso hídrico, las formas de utilización y protección, el régimen de servidumbres, los caudales ecológicos, el tratamiento tributario del agua, la protección penal a través de distintos tipos delictivos, las fórmulas organizativas públicas para la gestión de las agua, así como el tratamiento de estos temas por el Derecho internacional, han sido magistralmente planteadas en este título; por tanto, el lector podrá sentir que nada de lo que es contenido natural del Derecho de aguas está fuera de esta obra y que junto con temas que pueden calificarse como “clásicos”, se encuentran estudiadas las principales líneas de evolución del Derecho de aguas.



ISBN: 978-959-300-150-2



9 789593 001502