

Evolución del derecho de aguas en Colombia: más legislación que eficacia

Carlos Garizado Toro

Egresado del Programa de Derecho de Derecho de la Universidad del Norte en diciembre de 2011. Correo electrónico: charlesout8@hotmail.com

RESUMEN

Este documento tiene como objetivo el análisis, relación y descripción del Derecho de Aguas en Colombia desde tiempos de la colonia, pasando por la Independencia, el final del siglo XIX y comienzos del XX, hasta nuestros días.

El presente artículo busca destacar la eficacia o ineficacia de la legislación y su impacto dentro del medio ambiente, con el propósito de garantizar un referente teórico de obligatoria consulta que sirva de insumo jurídico en cuanto al conocimiento del Derecho de Aguas y la Política Hídrica en Colombia.

Palabras claves: Protección, Derecho de Aguas, Política Hídrica, agua y medio ambiente.

Edición 3ª y 4ª

En el gran conjunto de temas que guardan relación con una problemática de tanta actualidad como es la regulación jurídica de criterios que brinden protección al medio ambiente, la formulación y adopción de una Política Hídrica Nacional con base en normas que garanticen un adecuado manejo y conservación del agua como bien jurídico protegido por el Estado se erige como piedra angular, ocupando un lugar predominante en las actuales discusiones y debates que se conforman en torno a este. A pesar de las circunstancias favorables de Colombia frente a la problemática mundial del agua, diversos elementos conspiran hoy contra este recurso que, como patrimonio colectivo, es uno de los más importantes del país.

Como lo expresó la senadora Nancy Patricia Gutiérrez en el Salón Elíptico del Capitolio Nacional en el foro del 18 de marzo de 2005, *"el agua es uno de los recursos naturales de mayor importancia, por su innegable trascendencia en el mantenimiento de la vida, no sólo del hombre, sino de todas las especies vivas, y para el correcto funcionamiento de todos los ecosistemas. Es además un recurso esencial para la mayoría de actividades sociales y económicas, y por lo tanto constituye un importante factor de desarrollo. Por ello, en el manejo y aprovechamiento del recurso hídrico se conjuga toda la problemática del desarrollo sostenible: la necesidad de reconocerlo como un importante factor de producción, pero también como una de las claves para la preservación del ambiente"*¹.

Para contextualizar la magnitud de los recursos hídricos del país, es útil conocer ciertos hechos en el plano mundial y continental. Suramérica *"ostenta valores de escorrentías fluviales totales de mayor magnitud que otros continentes; en buena parte*

*de su extensión la disponibilidad per cápita es muy elevada, sólo superada por el continente oceánico, con escorrentías relativamente bajas pero mucho menos densamente poblada. Ahora, teniendo en cuenta que el territorio de Colombia se halla ubicado en su totalidad en la zona intertropical y buena parte dentro de los ambientes húmedos a superhúmedos (77%), es aplicable que la disponibilidad resulte muy superior en las zonas más lluviosas y menos pobladas y por contraste se tengan situaciones muy por debajo del promedio nacional en zonas áridas y subhúmedas, por lo general más densamente pobladas"*².

Esta repartición desigual de la población con respecto a las aguas dulces utilizables, plantea importantes cuestiones correspondientes al estado actual y perspectivas futuras de uso y manejo del recurso hídrico, elemento fundamental en cualquier tipo de desarrollo. Es así como, a raíz de la creciente relevancia de este tema, en Colombia se ha venido optando por una serie de reformas para establecer reglas unificadas en el manejo del agua en el país, teniendo como culminación de esa serie de iniciativas por parte del Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial (hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico (PNGIRH), compilada en un documento que *"establece los objetivos, estrategias, metas, indicadores y líneas de acción estratégica para el manejo del recurso hídrico en el país, en un horizonte de 12 años"*. Dicha Política fue oficializada el 19 de marzo de 2010.

Antecedentes y desarrollo normativo

Antes del arribo de los españoles, la gran mayoría de los pueblos indígenas colombianos habitaban

1 Gutiérrez, N. (2005). Foro proyecto de ley de aguas. Extraído de: http://www.planeacion.cundinamarca.gov.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/memorias_ley%20del%20agua%20foro_congreso%20de%20la%20rep%C3%BAblica_marzo_2005.pdf

2 Colciencias. (2006). La potencialidad de los recursos naturales de Colombia. En: La base natural de Colombia. Pág. 65

en cercanías de abundantes fuentes de agua como ríos y lagunas, por lo que el dominio de las aguas era de uso común, es decir, no había ninguna clase de propiedad sobre ellas. Con el descubrimiento y la llegada de los españoles, las cosas cambiaron, como lo dice el autor Alejandro Vergara Blanco:

“Las aguas pasaron a ser iura regalia, bienes de Realengo, calidad jurídica esta última que vinculó, en definitiva, a las aguas con la Corona. A este vínculo jurídico estaban supeditadas las siguientes grandes características jurídicas del régimen indiano de las aguas. Para el acceso de los particulares al aprovechamiento de las aguas era necesario un acto de la autoridad, título este que recibió una variedad de usos terminológicos, siendo la expresión “merced” la que tendría uso más generalizado. “La merced” es, por lo tanto, un acto de autoridad, un concepto jurídico procedimental, es el acto final de un procedimiento concesional; el título del cual surgían ex novo, derechos de uso y aprovechamiento sobre las aguas a favor de particulares. No es adecuado, entonces, confundir este acto o título, con el derecho que nace a partir de él. En relación a los derechos de uso o aprovechamiento de las aguas, surge la necesidad de evitar perjuicios a anteriores titulares con nuevas Mercedes (defensa de los derechos de terceros), la necesidad de un uso efectivo dentro de cierto plazo, y del establecimiento de formas de distribución en caso de escasez. La intervención administrativa es intensa, por la previa publicitación que ha operado en el sector. La necesidad de previa merced, que corresponde entregarla a la autoridad, la fiscalización del uso efectivo del agua y la resolución de conflictos a través de la distribución, la evidencian. Por lo tanto, estos eran los principios jurídicos que en materia de aguas regían en la América colonial del siglo

XVIII, antes de la independencia de nuestras naciones”³.

Posteriormente, con la independencia, pasaron muchos años para que una norma tratara el Derecho de Aguas, por lo cual la primera que encontramos al respecto se trata de la Ley 55 de 1886, que destinó 8000 metros cúbicos diarios de agua para los centros poblados de Valle del Sogamoso⁴.

Ya en 1887 Colombia acoge el Código Civil de Andrés Bello, el cual en sus artículos 677 y 668 preceptúa que:

ARTÍCULO 677. <PROPIEDAD SOBRE LAS AGUAS>. Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

Exceptúense las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños.

ARTÍCULO 678. <USO Y GOCE DE BIENES DE USO PÚBLICO>. El uso y goce que para el tránsito, riesgo, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes.

Dicha norma es la primera referencia normativa específica que se hace con referencia a la propiedad de las aguas. Estos artículos escritos por Andrés Bello fueron inspirados en el Código Civil Napoleóni-

3 Vergara, A. (2004). Evolución y principios del Derecho de Aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile.” En: Derecho de aguas Tomo II, Universidad Externado de Colombia. Pág. 456.

4 Botero, V. (1939). Régimen Legal de aguas en Colombia Tomo II. Bogotá: Editorial Águila. Pág. 126.

co y en Las Sietes Partidas De Alfonso X, y en ellos se establece que las aguas son bienes de Unión, es decir, de la República, y que además son bienes de uso público. Posterior a dichas normas, se dieron facultades a los municipios para reglamentar el uso y goce de las aguas en los siguientes decretos: el número 1.662 de 14 de noviembre de 1902, en diario oficial 11.769 de 26 de noviembre de 1902; y el Decreto número 574 del 6 de Junio de 1905, en diario oficial 221 de 1905.

Igualmente, en ese periodo se expidió el decreto número 34 de 1905 ratificado por la Ley 5 de 1905, que facultó al gobierno para otorgar privilegios para la construcción de canales. Este decreto tenemos que analizarlo desde el punto de vista histórico, ya que hacia enero de 1903 se preparaba el Tratado Herrán-Hay, que daba derecho a la construcción del canal de Panamá por parte los EE.UU. En agosto de ese mismo año, el Congreso de Colombia rechaza dicho tratado y a raíz de esto EE.UU interviene, proclamándose en noviembre la separación de Panamá de Colombia. La República Independiente de Panamá fue reconocida de inmediato por el Congreso de los EE.UU. Así mismo, se firma el Tratado Hay-Bunau Varilla por el nuevo gobernador de Panamá, y los EE.UU. consiguen la autorización para continuar con la construcción del canal de Panamá y los territorios a ambos lados del canal, además de la plena soberanía en la Zona del Canal. Es aquí, un año y medio después, cuando el Congreso de Colombia en vista de lo sucedido faculta al Gobierno para otorgar privilegios en la construcción de canales.

Posteriormente se expidió la Ley 33 de 1910, la Ley 63 de 1911, y los decretos 932 de 1914 y 47 de 1915. Estas normas anteriormente descritas, otorgaban de manera general al Gobierno facultades para ha-

cer cesión de las aguas, o estos cedían directamente las aguas a entidades o personas específicas⁵.

En 1915, el Gobierno Nacional mediante decreto 47 de 1915 le revoca las facultades dadas a los concejos municipales para reglamentar el uso y goce de las aguas y se reserva todo lo relativo a estas en los asuntos administrativos. Del año 1918 en adelante se hicieron varias concesiones, y en el año 1924 se dictó el decreto número 338 relacionado con las aguas de la Zona Bananera⁶. En el año 1928, la Nación se reservó el dominio y uso de la fuerza hidráulica⁷ estableciendo el régimen para el otorgamiento de concesiones con ese fin, lo que contribuyó a enfocar a los recursos naturales como objetos dignos de conservación.

En 1946 se crea el Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas Y Fomento Eléctrico, primer intento administrativo para darle a un mismo recurso natural varios usos. A tal organismo se le asignó el estudio de las zonas susceptibles de ser regadas o desecadas económicamente, la regulación de corrientes para prevenir inundaciones, la erosión y obviamente la generación de energía eléctrica⁸.

Esta creación institucional que se acaba de reseñar fue precedida por la expedición de disposiciones sobre Derecho de Aguas que regularon el otorgamiento de concesiones, servidumbres y permisos, protección, aprovechamiento y sanciones en el caso de las corrientes de agua⁹.

5 Botero, V. (1939). Régimen Legal de aguas en Colombia Tomo II. Bogotá: Editorial Águila. Pág. 127.

6 Botero, V. (1929). Régimen Legal de aguas en Colombia Tomo I. Bogotá: Editorial Águila. Págs. 327 a 346.

7 Ley 113 de 1928.

8 Decreto 1381 y 1382 de 1940, 1300 de 1941, 1454 de 1942, 284 de 1946 y 2921 de 1946.

9 Decreto 1381 y 1382 de 1940, 1300 de 1941, 1454 de 1942, 284 de 1946 y 2921 de 1946.

En 1954 comienza un periodo del Derecho de Aguas, con la creación de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC), en el cual se adoptó en Colombia el enfoque institucional de utilización racional e integrada con propósitos múltiples de los recursos de agua, que se había venido empleando con éxito en los Estados Unidos desde 1933, cuando se creó la Tennessee Valley Authority (TVA) para llevar a cabo labores de desarrollo de la extensa cuenca hidrográfica del río Tennessee¹⁰. A la CVC se le asignó el desarrollo de los recursos naturales de la cuenca hidrográfica del alto Cauca y las vertientes del Pacífico vecinas a esta. Aun cuando los resultados que se esperaban de la CVC no fueron tan buenos como los de su vecino de la TVA, pronto se le adoptó en otras regiones del país, y fue así como entre 1957 y 1968 se crearon las siete primeras corporaciones autónomas regionales. Igualmente, en este periodo se continuó con la expedición de normas ambientales puntuales sobre pesca marítima y aguas dulces de uso público¹¹.

En 1973 se expide la Ley 23, que establece lineamientos de política para orientar de manera explícita la gestión ambiental, determina los principios en que ella se debe basar y concede facultades al Presidente de la República para expedir un código en la materia, que va a integrar y a renovar toda la legislación que hasta el momento se había dictado al respecto en forma dispersa.

En efecto, se expidió el Decreto Ley 2811 del 18 diciembre de 1974, por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, el cual, en el libro II parte III, consagra la normatividad en materia del recurso hídrico del país.

“El aporte más significativo para la gestión del agua que se deriva del contenido del Código Nacional de los Recursos Naturales, corresponde al capítulo relacionado con el manejo de las cuencas hidrográficas como áreas de manejo especial. El interés se centraba en fortalecer las políticas y programas que ya se venían desarrollando en el país y para ello se establecieron las bases para los planes de ordenación de cuencas hidrográficas, precisando los criterios para su implementación desde los alcances de la finalidad, las condiciones para la priorización de la ordenación, la competencia de su declaración, llegando finalmente a desarrollar los elementos del contenido y las definiciones para su ejecución y administración”¹².

A la adopción del Código en mención le siguieron una serie de decretos y leyes que reglamentaron varios de sus campos, desde disposiciones sobre conservación y protección de las aguas, hasta otorgamientos de concesiones, clasificación de aguas y procedimientos de potabilización y suministro de agua para consumo humano, entre otros. Dichos decretos y leyes son¹³: Decreto 2811 de 1974, Libro II Parte III artículos 77, 78, 99, 134 y 138; Decreto 1449 de 1977; Decreto 1541 de 1978 artículos 44 a 66, 87 a 97, 104 a 106 y 211 a 231; Decreto 1681 de 1978; Ley 09 de 1979 artículos 51 a 55 y 69 a 79; Decreto 2857 de 1981; Decreto 2858 de 1981; Decreto 2105 de 1983; Decreto 1594 de 1984; Decreto 2314 de 1986; Decreto 79 de 1986 y el Decreto 1700 de 1989.

Con la llegada del nuevo orden constitucional de 1991, comenzó un cambio en la gestión ambiental pública, por lo cual se expidió la Ley 99 de 1993

¹² Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico*. Bogotá, D.C. Pág.17.

¹³ *Normatividad Ambiental y sanitaria*. Extraído de:

http://www.upme.gov.co/guia_ambiental/carbon/gestion/politica/normativ/normativ.htm#BM2_8_Normatividad_sobre_el_recurso_hidr

¹⁰ *Así nació la CVC*. Extraído de: <http://www.cvc.gov.co/vsm38cvc/>

¹¹ Decreto 376 de 1957 y 1875 de 1959.

que incluyó la creación del Ministerio del Medio Ambiente, posteriormente Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, institución rectora de la política ambiental. Precisamente uno de los primeros documentos de política en ser expedidos por el Ministerio fue el de *Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua* en 1996. En este documento, sustentado técnicamente con la *Estrategia Nacional del Agua*, el Ministerio definió las bases y los objetivos para manejar la oferta nacional del agua y atender los requerimientos

sociales y económicos del desarrollo en términos de cantidad, calidad y distribución espacial y temporal. De conformidad con lo anterior, desde la expedición de los lineamientos de política, la gestión de las autoridades ambientales, en la mayoría de casos, ha estado centrada justamente en el agua, y de hecho, esta ha sido reconocida como el eje de la gestión ambiental.”¹⁴

Posterior a los *Lineamientos de Política para el Manejo Integral del Agua* se expedieron las siguientes leyes y decretos que son la normatividad legal vi-

Norma	Número	Año	Epígrafe
Ley	161	1994	Por la cual se organiza la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, se determinan sus fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.
Decreto	1600	1994	Por el cual se reglamenta parcialmente el Sistema Nacional Ambiental -SINA- en relación con los Sistemas Nacionales de Investigación Ambiental y de Información Ambiental.
Decreto	1933	1994	Por el cual se reglamenta el artículo 45 de la Ley 99 de 1993.
Ley	373	1997	Por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua.
Decreto	1729	2002	Por el cual se reglamenta la Parte XIII <sic>, Título 2, Capítulo III del Decreto-Ley 2811 de 1974 sobre cuencas hidrográficas, parcialmente el numeral 12 del artículo 5° de la Ley 99 de 1993 y se dictan otras disposiciones.
Decreto	1604	2002	Por el cual se reglamenta el parágrafo 3o. del artículo 33 de la Ley 99 de 1993 de las comisiones conjuntas
Decreto	3100	2003	Por medio del cual se reglamentan las tasas retributivas por la utilización directa del agua como receptor de los vertimientos puntuales y se toman otras determinaciones y sus modificaciones.

14 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico*. Bogotá, D.C. Pág.14.

15 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico*. Bogotá, D.C. Págs. 119 y 120.

Resolución	104	2003	Por la que se establecen los criterios y parámetros para la clasificación y priorización de cuencas hidrográficas.
Decreto	155	2004	Por el cual se reglamenta el artículo 43 de la Ley 99 de 1993 sobre tasas por utilización de aguas y se adoptan otras disposiciones y sus modificaciones.
Decreto	1443	2004	Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 2811 de 1974, la Ley 253 de 1996, y la Ley 430 de 1998 en relación con la prevención y control de la contaminación ambiental por el manejo de plaguicidas y desechos o residuos peligrosos provenientes de los mismos y se toman otras determinaciones.
Resolución	240	2004	Por la cual se definen las bases para el cálculo de la depreciación y se establece la tarifa mínima de la tasa por utilización de aguas.
Resolución	865	2004	Por la cual se adopta la metodología para el cálculo del índice de escasez para aguas superficiales a que se refiere el Decreto 155 de 2004 y se adoptan otras disposiciones.
Resolución	1433	2004	Planes de saneamiento y manejo de vertimientos, PSMV, y sus modificaciones.
Decreto	2570	2006	Por el cual se adiciona el Decreto 1600 de 1994 y se dictan otras disposiciones
Decreto	1900	2006	Por el cual se reglamenta el párrafo del artículo 43 de la Ley 99 de 1993 y se dictan otras disposiciones
Resolución	672	2006	Por la cual se establece la metodología para el cálculo del índice de escasez para aguas subterráneas a que se refiere el Decreto 155 de 2004 y se adoptan otras disposiciones.
Decreto	1324	2007	Por el cual se crea el registro de usuarios del recurso hídrico y se dictan otras disposiciones.
Decreto	1323	2007	Por el cual se crea el Sistema de Información del Recurso Hídrico (SIRH).
Decreto	1480	2007	Por el cual se priorizan a nivel nacional el ordenamiento y la intervención de algunas cuencas hidrográficas y se dictan otras disposiciones
Ley	1151	2007	Plan Nacional de Desarrollo. Modifica los artículos 42, 44, 46 y 111 de la Ley 99 de 1993.

Es así como el Plan Nacional de Desarrollo (PND) Ley 1151 de 2007 incorporó como una de sus líneas de acción la denominada Gestión Integral del Recurso Hídrico (GIRH). La estrategia más relevante a través de la cual se sustentará el logro de estos objetivos, es la formulación y adopción de una Política Hídrica Nacional a través del Consejo de Política Económica y Social (CONPES). El PND planteó que esta política debía ser el resultado del trabajo coordinado entre el Minambiente, el DNP y el IDEAM, así como de la participación de otros actores relevantes. Fue así como el 19 de marzo de 2010 se realizó el foro de oficialización de la Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico, con el objetivo de orientar la planificación, administración, seguimiento y monitoreo del recurso hídrico a nivel nacional bajo un criterio de gestión integral del mismo.

En este orden de ideas, podemos decir que la evolución de la legislación colombiana sobre el manejo de los recursos hídricos y protección del medio ambiente es muy dispersa y ha seguido, por una parte, la misma trayectoria de las corrientes de pensamiento que en la materia se han manifestado en el mundo, y por otra, ha respondido en parte a los enfoques de solución de necesidades que en el país se han presentado con relación a la misma. Siendo la legislación un producto del sistema social que trata de satisfacer la demandas de este, y a la vez intenta apoyar su mantenimiento o supervivencia, la normatividad ambiental en materia de recursos hídricos no podía estar ajena a los requerimientos que en su campo le formulase el sistema.

Es una evolución que en concepto de diversos autores, ha ocurrido paralelamente a los cambios sociales, económicos, políticos y científicos que han ocurrido en la posición del hombre y de la sociedad

frente al aprovechamiento y conservación de la naturaleza y del hábitat que ha construido.

No obstante, existe una ineficacia parcial de las normas para prevenir la destrucción y contaminación de las aguas y por ende del medio ambiente. En tal virtud, la mera expedición de las normas ambientales no ha implicado necesariamente que estas se hayan cumplido íntegramente, ni que hayan cumplido los efectos que se han perseguido con su formulación. El desfase entre la disposición sustantiva y la efectividad de los procedimientos y del aparato administrativo encargado de su cumplimiento, con frecuencia, ha sido grande. Las causas de este desfase hay que encontrarlas en los conflictos legales y fallas institucionales de variada índole y complejidad.

Como ejemplo de lo anterior, hoy la gran mayoría de corporaciones autónomas, que en total llegan a 33, tienen jurisdicciones y funciones que coinciden con la de los departamentos y otras autoridades, lo cual ha redundado en superposición y duplicación de actividades afectando la correcta gestión ambiental.

Es por ello que a veces tal normatividad ha estado compuesta de disposiciones que van más allá de lo factible de obtener en la regulación de las conductas individuales y grupales. Esto ha sido así cuando se las ha colocado en la esfera de lo deseable, con la consecuencia de que una parte de ella no se haya aplicado o no haya generado efectos positivos en el comportamiento de los asociados. En tales casos, las disposiciones se han convertidos en metas hacia las cuales hay que llegar algún día, más que en normas que han debido cumplirse en su totalidad.

Bibliografía

- Vergara, A. (2004). *Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile*. En: Derecho de aguas Tomo 2, Universidad Externado de Colombia.
- Botero, V. (1929). *Régimen Legal de aguas en Colombia Tomo 1*. Bogotá: Editorial Águila.
- Botero, V. (1939) *Régimen Legal de aguas en Colombia Tomo 2*. Bogotá: Editorial Águila.
- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. (2010). *Política Nacional para la Gestión Integral del Recurso Hídrico*. Colombia. Bogotá, D.C.
- Colciencias. (2006). *La potencialidad de los recursos naturales de Colombia*. En: La base natural de Colombia.
- Normatividad Ambiental y sanitaria*. Extraído de: http://www.upme.gov.co/guia_ambiental/carbon/gestion/politica/normativ/normativ.htm#BM2_8_Normatividad_sobre_el_recurso_hidr
- Así nació la CVC*. Extraído de: <http://www.cvc.gov.co/vsm38cvc/>
- Gutiérrez, N. (2005). *Foro proyecto de ley de aguas*. Extraído de: http://www.planeacion.cundinamarca.gov.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/memorias_ley%20del%20agua%20foro_congreso%20de%20la%20rep%C3%BAblica_marzo_2005.pdf