

HACIA UNA NUEVA NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA: *RES COMMUNIS*

Julio TRUJILLO SEGURA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Justificación del estudio*. III. *Campo de estudio*. IV. *La calificación de res communis o la cosa común. El agua, valor común*. V. *La contradicción con la noción de aprovechamiento*. VI. *La nacionalización del agua*. VII. *El conflicto de la ausencia de una gestión pública eficaz*. VIII. *Hacia una nueva categoría del derecho de los bienes*. IX. *El valor económico y ambiental del agua*. X. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Las cantidades y calidades del agua varían según el espacio donde se sitúan y las condiciones de temporalidad. Al ser una materia fluida, es un elemento en constante movimiento, que circula por todos los ecosistemas y se transforma en ellos, a través de los distintos estados físicos: gas, líquido, sólido en su estado natural. Esta materia tiene una excelente composición química. Esto es, a lo largo de sus múltiples procesos naturales de transformación, el agua debe regresar a su estado natural y de pureza. Aunque el agua atravesase una infinidad de transformaciones físicas y químicas, finalmente tiene que regresar a su composición natural: H₂O. Sin importar el tiempo necesario para su regeneración, cada molécula de agua debe acabar el ciclo hidrológico en buenas condiciones para permitir su autorregeneración y perpetuar el ciclo de la vida en la Tierra.

* Secretaría de Medio Ambiente, Gobierno del Distrito Federal. Este artículo no refleja ninguna posición oficial, sino se trata de un artículo académico a título personal.

El agua tiene un papel fundamental y es un elemento clave para hacer posible la existencia de vida. Pero no se queda aquí; no sólo es el elemento natural que más compartimos con cualquier otro ser vivo. La materia orgánica en su mayor parte está compuesta de este precioso líquido. O sea, todos los seres vivos tenemos en común que nuestros organismos están constituidos sobre todo por el elemento agua. Entonces, el agua es, debido a sus características físicas y químicas en cualquier forma de vida, un bien fundamental, vital para la existencia misma del ser humano, tanto para sus actividades sociales —a sacralización del bautismo— como económicas, domésticas y recreativas, pero también para todos los demás seres que habitan nuestro planeta Tierra.

El agua puede ser dividida en razón de los regímenes jurídicos que le corresponden por su categoría. No es lo mismo el régimen de las aguas internacionales de los océanos, que son el ejemplo paradigmático que aborda la noción de *res communis*, que el de las aguas que compramos embotelladas en el supermercado.

Por ello, es necesario revalorizar su condición y naturaleza jurídica, porque en estos tiempos de incertidumbre y derroche, en los que es clara la ruptura de la humanidad con el equilibrio de la biosfera, una de las primeras consecuencias —visible y palpable— es la escasez del agua, tanto en cantidad como en calidad, que ya ha puesto en riesgo la sobrevivencia misma de la humanidad tal como la conocemos ahora.

Por tanto, nuestra relación con el agua está cambiando radicalmente, y algo que nos queda claro es que ya no podemos continuar en la premisa de que el agua es un recurso inagotable. El agua pasó de una caracterización de cosa común en el derecho romano, a un bien privado en la época moderna, para ser finalmente reconocida como un bien nacional.

La historia nos demuestra que tanto la privatización como la estatalización del recurso tienen sus respectivas ventajas, pero también ha demostrado que estas posturas encuentran límites que obstaculizan su efectiva protección y redistribución. Por ello, es necesario redescubrir o buscar una nueva naturaleza jurídica del agua, que atienda a sus características físicas, vitales y sociales.

Este estudio no tiene ninguna pretensión más allá de poner en la mesa de debate las distintas naturalezas jurídicas del agua, tal como las encontramos ahora, y en todo caso sentar alguna base para analizar su recalificación jurídica.

II. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

Cuando se pretende abordar un tema tan complejo como es el derecho al agua, es necesario hacer algunas referencias preliminares. La Ley de Aguas Nacionales (LAN), del 29 de abril de 2004, consagra la unidad jurídica del agua, pero no implica la unificación o armonización de sus regímenes. Efectivamente, existen en nuestro ordenamiento jurídico, varios regímenes especiales sobre el agua. Además de la LAN, existen disposiciones ambientales, civilistas, penalistas. Esta complejidad se ve incrementada al considerarse las legislaciones estatales en la materia. De hecho, esta reflexión tiene su origen precisamente en la ausencia de estudios sobre la multiplicidad de los regímenes del agua en relación con su naturaleza jurídica.

Nuestra carta magna, en su artículo 27, precisa que

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

El constituyente de Querétaro declaró que el agua es una propiedad originariamente de la nación. Con ello deducimos que se quiso consagrar un régimen de apropiación pública.

Además, señala este precepto que en todo momento el Estado mexicano puede recuperar el dominio por causas de utilidad pública:

La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

Sin embargo, este régimen rechaza la concepción del aprovechamiento privado y los usos del agua o del dominio de las aguas en materia civil. El artículo 27 sólo señala que el aprovechamiento de los elementos na-

turales susceptibles de apropiación será en beneficio social, pero no privado. Estamos, por tanto, lejos de una situación ideal o de un régimen jurídico único que gobierne el conjunto.

La organización y la clarificación de los regímenes del agua pasan necesariamente por la búsqueda de su propia naturaleza jurídica. La naturaleza jurídica responde a la definición siguiente: “lo que define en el derecho una cosa, lo que da su esencia, de la sustancia conforme a Derecho; el conjunto de los criterios distintivos que constituyen esa cosa en una noción jurídica”.¹

En el derecho ambiental existen algunas tentativas doctrinales para dar sustento a la naturaleza. Empero, estas tentativas son difícilmente aplicables al agua. Tal como lo argumenta la llamada *deep ecology*, corriente en la cual la naturaleza, y por tanto el agua, es un sujeto y no un objeto de derecho, como se expone en el ya célebre artículo del profesor Stone de 1972.² Este montaje que personifica el agua no resuelve en nada la cuestión de la naturaleza jurídica. Muchos teóricos consideran que el recurso hídrico no sería mejor protegido a través de su personificación, no sería una garantía para su protección el otorgamiento de su personalidad jurídica, y señalan que es preferible guardar su estatus de cosa.³

También tenemos que rechazar, pero esta vez con ciertos matices, la expresión propuesta por el profesor francés, Martin,⁴ como un “bien ambiental”. Aunque sea una propuesta interesante, en nuestro caso es demasiado reductora para un bien jurídico de la envergadura del agua. Porque, en efecto, la utilización del término “bien” permite la interpretación de la apropiación del agua.⁵

Las personas humanas no pueden ejercer el dominio absoluto y exclusivo sobre tal elemento de la naturaleza:

¹ Cornu, G., *Vocabulaire juridique*, París, PUF, 1992, pp. 532 y 533.

² Stone, C., “Should trees have standing?”, *Southern California Law Review*, vol. 45, núm. 2, 1972.

³ Thomas, Y., “Nouveau sujet de droit?”, *Bull. S.F.P.J.*, París, mayo de 1997, pp. 5-10.

⁴ Martin, G., *Le droit à l'environnement, de la responsabilité civile pour fait de pollution, publication périodiques spécialisées*, París, 1978, pp. 113 y ss.

⁵ “Todas las cosas no son bienes. Es que se necesita la posibilidad de una apropiación para hacer de un bien de una cosa”, Carbonnier J., *Droit civil. Les biens*, París, Thémis, 1992, t. III, núm. 45.

Ahí donde el hombre no puede imprimir la marca de su voluntad y dejar la huella de su fuerza o de su genio, es ahí donde termina su derecho de propiedad, porque es ahí donde también se acaba su poder. Puede buscar en vano su acción sobre la mar donde la simple vista lo confunde, sobre el aire que puede respirar, sobre el agua de los ríos y de los torrentes que no sean de renovarse frente a él sin que pueda en un solo instante parar su curso. Aunque la ciencia del hombre puede comprimir el aire, descomponer el agua del mar, retener algunas parcelas de aguas cautivas, pero esta ocupación es restringida y efímera, elevando el genio humano atestiguamos también de su impotencia a ejercer sobre las cosas un verdadero derecho de propiedad.⁶

Así, el agua no puede ser un bien. Al contrario, tiene que ser asimilada a un bien compartido entre todos: una *res communis*. Aunque como veremos, sobre todo en el régimen civil, existen algunas aguas que son apropiables por razones históricas, sociales, económicas.

III. CAMPO DE ESTUDIO

Este estudio se enfocará exclusivamente en las aguas continentales. Este término se utiliza desde una perspectiva geográfica y en oposición con las aguas marítimas. Aunque esta división sea más teórica que real, porque es bien sabido que esta división entre agua dulce y agua salada tiene su origen esencialmente en la concentración y disolución de los minerales, en el agua que finalmente desemboca en los mares y océanos. Esto normalmente nos lleva a unificar la naturaleza jurídica de ambas aguas en una sola. Pero el estudio sobre las aguas marítimas es bastante amplio en la teoría, y existe un consenso sobre su naturaleza jurídica.⁷

La mayor parte de los conceptos jurídicos que utilizamos actualmente en el derecho ambiental provienen en línea directa del derecho ambiental y del derecho antiguo. Por tanto, estudiaremos el origen y en él redescubriremos la noción de *res communis*.

En derecho romano, la propiedad no era un derecho. En efecto, no sólo se limitaban los intereses privados, sino también los intereses públicos.

⁶ Dalloz, M. D., *Répertoire de législation*, París, XIX, p. 312.

⁷ Székely, A., *Comentarios sobre derecho del mar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 7.

Los juristas romanos partían del concepto material y social de cosa, como objeto del mundo exterior susceptible de apropiación y goce por el hombre. El derecho de propiedad sobre las cosas se identificaba como la cosa misma, *rei vindicatio*. Las que pertenecían a una persona formaban su *bona* o su *patrimonium*.⁸ Por ello, existía una distinción entre las cosas que podían ser objeto de apropiación individual *in nostro patrimonio* y los otros *extra nostrum patrimonium*. El resto de las cosas pertenecían a las sociedades humanas (mercados, teatros), a los dioses (cosas sagradas), y a la naturaleza (los animales salvajes).⁹

Otra de las divisiones hechas en el derecho romano es entre la *res extra commercium* y *res in commercio*. Las cosas fuera del comercio son aquellas que por su naturaleza o su afectación están fuera de forma absoluta de los actos de la vida jurídica, y en particular, no son susceptibles de ser alienadas. Las cosas comunes (*res communes*) están fuera del comercio.

Dentro de la concepción privatista, las *res communes* no pertenecen a nadie, y su uso es de todos.

Hay cosas que según el derecho natural, son comunes a todos los hombres; otras pertenecen al cuerpo; algunas no pertenecen a nadie, pero casi todas pertenecen a los particulares, y pueden ser adquiridas de diferentes formas. Según el derecho natural, el aire, el agua, el mar y las riberas son cosas comunes a todos los hombres.¹⁰

Esta clasificación de las cosas reconoce la existencia de deberes socialmente elementales. Entonces, se encuentra sometida al libre goce del género humano. Los romanos consideraban el derecho de goce de las cosas comunes como un atributo de la personalidad. Pero tenía un límite: no se debía lesionar el goce de los demás.¹¹

⁸ García Garrido, M. J., *Derecho privado romano*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 335.

⁹ Patault, A. M., *Introduction historique au droit des biens*, París, PUF, 1989, p. 80.

¹⁰ Digesto, libro I, título III.

¹¹ Ourliac y De Malafosse, *Derecho romano y antiguo derecho. Los bienes*, París, PUF, 1961, p. 6.

IV. LA CALIFICACIÓN DE *RES COMMUNIS* O LA COSA COMÚN*La noción de cosa común en los distintos regímenes del agua*

El agua es una cosa común, particular por sus características, por su valor económico, social y ambiental. El agua es indispensable a la vida, y fundamental a las actividades humanas. Por esto requiere ser reconocida como tal para elaborar una política hídrica, como en Brasil.

La doctrina ha dejado en el olvido durante mucho tiempo la noción del derecho romano, que se consideraba ya en desuso, especialmente a partir de la instauración del derecho moderno, que aboga por el reconocimiento y la expansión de los derechos y libertades individuales.

A. *Valor común de la humanidad*

La mayoría de la doctrina parte de que la no apropiación de las cosas comunes se debe esencialmente al hecho de su supuesta abundancia; pero esta concepción es muy discutible en estos momentos, en que el planeta sufre una escasez de agua dulce resultado de la degradación de nuestras actividades humanas. En un estudio del doctor Jean Robert¹² sobre la ecología política del agua, en el cual retoma a Carl Max, aquél expresa su incertidumbre en estos términos: “mi teoría de la economía política abarca toda la historia y también todo el metabolismo del hombre con la naturaleza. Sin embargo, hay dos cosas que escapan a ella: el aire puro y el agua limpia”.

Las cosas comunes existen en tan gran abundancia, que cada uno puede prever lo que es necesario sin que los otros sean privados.¹³ Las cosas comunes son aquellas que son tan abundantes, que el uso es común a todos; por lo tanto, la apropiación no tiene sentido. Empero, esta concepción es discutible,¹⁴ porque el agua es por naturaleza común a todas las personas y seres vivos.

¹² Robert, J., *Hacia una ecología política del agua*, México, p. 1.

¹³ Aubry y Rau, *Droit français*, París, LITEC, t. II, p. 234.

¹⁴ Malaurie et Aynes, *Droit civil. Les biens*, París, Cujas, 1992, p. 163.

B. *El agua, valor común*

La noción de valor común es una derivación de la versión de la *res communis*, que existe en el derecho continental desde siempre, y, por tanto, también en el orden jurídico mexicano, aunque en estos momentos en los que la escasez del agua es una realidad tangible puede ser considerada a partir de un criterio económico.

En efecto, a diferencia de otras cosas comunes, como el aire o el agua de mar, el agua dulce tiene un valor económico incuestionable. Esto hace necesaria la distinción entre bien y cosa. Por eso, si se califica al agua como un valor universal, se le tiene que dar una nueva categoría jurídica. Aunque generalmente la noción de valor se inscribe perfectamente en la lógica del derecho subjetivo, y todos los valores tienen como característica la individualidad y la apropiación, sin embargo, en razón del valor común del agua, ésta tiene la particularidad de oponerse a esa caracterización; así, sólo puede hablarse de su aprovechamiento.

V. LA CONTRADICCIÓN CON LA NOCIÓN DE APROVECHAMIENTO

El régimen jurídico nacional del agua tiene como base el artículo 27 constitucional y su ley reglamentaria.

La apropiación privada o propiedad pública son las alternativas sobre las cuales se funda el derecho al agua. No obstante, la preferencia entre uno u otro modelo se debe más a circunstancias históricas que a un verdadero análisis de la naturaleza jurídica del agua.

Con el triunfo del pensamiento moderno emanado de la Revolución francesa triunfa la propiedad privada como el instrumento jurídico por excelencia para permitir el pleno desarrollo de los individuos, ofreciéndoles el poder absoluto sobre sus bienes. Esa voluntad de apropiación responde a dos instintos: el deseo de potencia y el miedo a la carencia, porque ser dueño significa a la vez la posibilidad de gozar a su antojo del bien y tener el poder de disponer de reservas en caso de necesidad.

Con la llegada de las ideas marxistas se complementó el concepto de apropiación, transfiriendo una parte del patrimonio de los individuos al patrimonio del Estado. El sistema de la propiedad pública se impuso. Dicho eso se entiende mejor el derecho actual del agua. Pero como el agua tiene

una especial naturaleza y desempeña un papel intrínseco para la vida misma, no puede ser tratada como una cosa ordinaria. Por ello, su naturaleza jurídica rechaza la apropiación total, tanto privada como pública.

El rechazo de la apropiación privada

El principio de la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera más absoluta sin caer en una prohibición por parte de la ley. Este principio ilustra perfectamente la concepción y la idea del modernismo, en el que predomina la lógica liberal e individual, donde la búsqueda de un rendimiento económico óptimo prevalece sobre todos los demás valores, aunque sean sociales, y, claro está, también ambientales. En esta lógica, el derecho de la propiedad es el único elemento moderador en contra del despilfarro provocado por la industrialización. De frente al agotamiento de los recursos naturales, un sinnúmero de reglas intervinieron para limitar las prerrogativas de los derechos de propiedad, en nombre de la protección ambiental, disociando del derecho de la propiedad, el derecho de destruir.

Aun cuando existan corrientes doctrinales, sobre todo de la escuela anglosajona, que consideran que el derecho de la propiedad clásica sigue siendo el mejor de los instrumentos jurídicos para la protección del medio ambiente y de los recursos naturales, lo cual incluye al agua, esta concepción no resiste al posicionamiento del interés general como piedra angular del derecho público.

A. La privatización del agua

Son tres los argumentos sobre la necesaria privatización del agua: uno de carácter económico, otro jurídico, y el último, político.

El primero, de vocación económica, parte de la concepción de que cada individuo busca la plusvalía de su propiedad; por tanto, la actitud de cada propietario es la de valorizar su bien, y por tanto, protegerlo.

El segundo argumento, de orden jurídico. No tenemos que olvidar que uno de los derechos mejor y más protegidos por el derecho continental, y por ende, nuestro derecho mexicano, es el derecho de propiedad. De esta suerte, el propietario cuenta con múltiples mecanismos e instrumentos jurídicos para defender sus bienes contra cualquier afectación directa o indirecta. Sin embargo, esta argumentación solamente será válida cuando

el propietario de la naturaleza sea un buen guardián y siempre que el fin primario no sea la protección ambiental.

Finalmente, el último argumento, de orden político. Bajo la influencia de la tesis estadounidense de la “New Resource Economics”, el pensamiento liberal sostiene que la protección de las riquezas naturales es necesariamente reforzada por el derecho de la propiedad privada.¹⁵ Este análisis está hecho tomando en cuenta el desastre ecológico del sistema de la economía de planificación del antiguo bloque soviético.¹⁶

Para los liberales, el comportamiento de cada individuo con el libre acceso a los recursos comunes lleva a la destrucción del mismo, y sólo la apropiación privada permite una adecuada gestión y racionalización que facilita la preservación de los recursos naturales.¹⁷

Esta idea no es nueva. Incluso, se podría remontar a los tiempos de la Grecia antigua; pero en razón de los ámbitos de este estudio sólo se hará alusión al tristemente célebre artículo de Garrett Hardin, “Tragedy of the Commons”,¹⁸ que defiende la privatización a capa y espada, en el cual, para abogar a favor de la privatización de los recursos naturales, nos describe una situación en el campo medieval inglés:

Imaginemos un pasturaje en libre acceso. Donde la tendencia será que cada pastor va a intentar aprovechar al máximo para que sus animales pastoreen. Según eso este tipo de trato no puede resultar de manera satisfactoria durante tantos siglos. Si las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantienen el número de individuos y de animales bajo los límites de la sustentabilidad de la tierra. Pero llegará fatalmente un día decisivo donde la estabilidad social, fin desde luego siempre deseado, se realizará. Y a partir de ese momento la lógica implacable inherente de los bienes comunales se engendrará en tragedia.

¹⁵ Falque, M., “Propriété privée et environnement”, *Ecologie et liberté (une autre approche de l’environnement)*, París, Litec, 1992, p. 149.

¹⁶ Los ejemplos son múltiples, que van desde la catástrofe nuclear de Tchernobil en Ucrania pasando con el desastre del agotamiento del mar de Aral por el cultivo de algodón, sin mencionar el estado de la mayoría de los ríos de la región.

¹⁷ Smith, R., “Privatiser l’environnement”, en Smith, F., *Ecologie et liberté (une autre approche de l’environnement)*, París, Litec, 1992, pp. 24-52.

¹⁸ Hardin, G., *Tragedy of the Commons*, Reino Unido, Science, 1968, vol. 162, pp. 1243-1248.

Con esta teoría Hardin intenta demostrar que la falta de derecho privado solamente nos puede conducir a la ruina de los recursos naturales. Pero aun cuando esta teoría tenga sus adeptos y sea bastante popular, sus fallas son numerosas. En primer lugar, parte del principio de que los pastores buscan lucrar con su actividad y, por tanto, intentarán sacar provecho al máximo de los terrenos comunales cosas que en una sociedad comunitaria, como lo era la campiña inglesa en la Edad Media, no se daba. En segundo lugar —como indica Vandana Shiva,¹⁹ en réplica a esta teoría— en el caso de que la población rebase los límites de la sustentabilidad, da igual que sean tierras comunales o privadas; la tragedia hará ver sus efectos.

Lo anterior comprueba que la propiedad privada tiene sus limitaciones, y su sustento es seriamente cuestionable al momento de proteger efectivamente los recursos naturales, y antes de ser un sistema eficaz es un medio de defensa contra la *socialización de la naturaleza*. El rechazo del bien común no es la única caracterización desfavorable de esta teoría.

B. *La negación del interés general*

Como hemos visto, la propiedad privada está lejos de ser el instrumento adecuado para la protección del medio ambiente. Sólo es eficaz en circunstancias particulares, mas no en el ejemplo de Hardin, cuando el fin principal es el lucro del propietario, que a fin de cuentas coincide con la necesaria protección y preservación del entorno.²⁰ Es justamente en los casos en los cuales los bienes naturales en presencia no tienen un valor económico, en los que los propietarios pueden tomar posturas contrarias a la protección ambiental.

La protección al medio ambiente no puede ser totalmente garantizada en todas las hipótesis, porque siempre estará bajo la premisa y el interés absoluto que es el propietario quien podría determinarla. Estas tendencias naturales y legítimas del propietario de querer usar libremente a su antojo sus bienes lo conducen inevitablemente al despilfarro, al abuso y al deterioro ambiental, y en el caso que nos ocupa, a la contaminación de las aguas.²¹

¹⁹ Shiva, V., *La guerre de l'eau, l'aventure*, París, 2003, pp. 40 y 41.

²⁰ Martin, G., "Propriétaire privée et droit de l'environnement", *Revue du CEDRE*, París, vol. I, PUF, 1980, p. 274.

²¹ Barale J., "Le régime juridique de l'eau, richesse nationale", *Revue du Droit Public*, París, 1965, p. 608.

En efecto, los mecanismos de reparación del daño por el sistema de la responsabilidad civil protegen al propietario del bien lesionado, y de forma indirecta al medio ambiente. Pero dicha reparación únicamente se aplica por el daño que afecta al dueño del bien, mientras que en la mayoría de los casos ecológicos tienen repercusiones que rebasan las escalas jurídicas de temporalidad y localidad, y el ejercicio de las acciones que correspondan dependen necesariamente de la voluntad del propietario.

De este modo, la apropiación privada puede resultar negativa para el interés general. Sin embargo, esta postura resulta ser absolutamente *contra natura* cuando el objeto de apropiación es el agua. Por sus particularidades, este bien no encuadra con las reglas fijadas por los derechos adyacentes a la propiedad. La explicación es que la apropiación exige una definición de los límites dentro de los cuales el propietario puede ejercer sus prerrogativas. Un ejemplo de ello es la utilización del cerco o el de cerrar²² el predio para delimitar la propiedad. Esta técnica no es útil para dominar y determinar el agua que fluye y que traspasa las tierras. Aun cuando el marco jurídico actual permita la apropiación del agua —la apropiación del agua está regulada en la carta magna;²³ en el Código Civil Federal,²⁴ para el régimen común del dominio de las aguas,²⁵ y en la Ley de Aguas Nacionales, el régimen específico al agua²⁶— es difícil

²² Artículo 842 del Código Civil: “También tiene derecho y en su caso obligación, de cerrar o de cercar su propiedad, en todo o en parte, del modo que lo estime conveniente o lo dispongan las leyes o reglamentos, sin perjuicio de las servidumbres que reporte la propiedad”.

²³ “Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada... Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional”.

²⁴ Artículo 933 del Código Civil: “El dueño del predio en que exista una fuente natural, o que haya perforado un pozo brotante, hecho obras de captación de aguas subterráneas o construido aljibe o presas para captar las aguas pluviales, tiene derecho de disponer de esas aguas; pero si éstas pasan de una finca a otra, su aprovechamiento se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones especiales que sobre el particular se dicten”.

²⁵ El capítulo V del Código Civil trata el tema del dominio de las aguas.

²⁶ Artículo 17 de la LAN: “Es libre la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales superficiales por medios manuales para uso doméstico conforme a la fracción LVI del Artículo 3 de esta Ley, siempre que no se desvíen de su cauce ni se produzca una

calificar y precisar cuál derecho es aplicable para el caso a una determinada agua.

El consumo del agua aparenta ser de forma *abusus*, característica y prerrogativa del derecho de propiedad.²⁷ Los glosadores consideraron el derecho de la propiedad integrado por tres facultades: *ius utendi* o *usus*, *ius fruendi* o *fructus* y *ius abutendi* o *abusus*, es decir, la facultad de usar la cosa, la facultad del propietario de hacer de uso suyo los frutos y la facultad de gravar la propiedad y disponer de ella.²⁸ Sin embargo, la realidad del agua es otra, incluso si es profundamente desnaturalizada, desvirtuada, contaminada después de su utilización, ésta no desaparece definitivamente. El agua como sustancia puede ser temporalmente transformada (podemos hablar de miles de años), pero tarde o temprano será restituida a su ciclo natural. Incluso cuando su utilización conlleva su evaporación, no es consumida en el sentido del *abusus*, porque recayera bajo la forma de lluvia en algún lado del planeta.

Por esas razones de casi perpetuo movimiento, el agua como cosa cambia también de propietario y de estatus jurídico. Esto es, una misma agua puede ser primero un *res nullius* cuando cae en forma de lluvia sobre un predio; después pertenece al propietario del predio receptor, que la puede utilizar o no; continúa incorporándose a un río, tomando así su estatus de aguas nacionales, conforme al artículo 27 constitucional, para finalmente acabar en los océanos retomando su estatus inicial de *res communis*; al ser aguas internacionales. Frente a este ciclo hidráulico, la propiedad privada no garantiza la conservación ni la redistribución del preciado líquido. Escapa a los alcances de este estatus. No obstante, cada persona intentará agotar el recurso disponible antes que otro lo haga en su lugar. Frente a un elemento tan inestable, el derecho de la propiedad no establece límites ciertos, como se establece por cierto con los terrenos o predios.

alteración en su calidad o una disminución significativa en su caudal, en los términos de la reglamentación aplicable”. Artículo 18 de la LAN: “Las aguas nacionales del subsuelo podrán ser libremente alumbradas mediante obras artificiales, sin contar con concesión o asignación, excepto cuando el Ejecutivo Federal establezca zonas reglamentadas para su extracción y para su explotación, uso o aprovechamiento, así como zonas de veda o zonas de reserva”.

²⁷ A la luz del artículo 830 del Código Civil, donde el propietario puede gozar y disponer de una cosa con la sola restricción con la única limitaciones y modalidades que fijen las leyes, se interpreta que puede usar de su cosa hasta el punto que puede destruirla.

²⁸ Soto Álvarez, C., *Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil*, México, Limusa, 1982, p. 158.

Esta contradicción entre el derecho de propiedad y la naturaleza del agua, como es su condición de perpetuidad, se ve reflejada tanto en la Constitución, el Código Civil y la Ley de Aguas Nacionales, con la noción de apropiación y la no utilización de dueño.

Así, al no ser un derecho de propiedad, pero tampoco de uso, estamos frente a un derecho *sui generis*. Su régimen jurídico es complejo, tal vez hasta inexplicable, porque se quiso hacer del agua un elemento susceptible de apropiación y someterlo a las reglas del derecho de la propiedad, cuando en realidad el régimen jurídico del agua no tiene su lugar en el derecho de los bienes, porque no es un bien, sino una cosa común a la humanidad.

2. *El rechazo de la apropiación pública*

El otro mecanismo previsto por nuestro ordenamiento jurídico para la apropiación de las cosas, en este caso para los recursos naturales, y particularmente para el agua, es a través de la nacionalización de los recursos. De manera especial, a partir del siglo XX y con el proceso de la descolonización, surgió el mecanismo de la nacionalización de los recursos; fundamentalmente éste se presentó para los recursos energéticos y mineros.

La nacionalización tiene como fin devolver a su lugar de origen los atributos, no el derecho de propiedad. A mediados del siglo XIX, el pensamiento socialista, el primero en tomar conciencia sobre los peligros (riesgos) que puede provocar la acumulación de la riqueza, quiso resolver la cuestión social por la colectivización o la nacionalización de la propiedad individual. Para poder justificar esta pretensión, se invirtieron los términos del derecho a la propiedad con la noción de la propiedad originaria como la propiedad colectiva. Desde entonces, es la propiedad individual la que figura como usurpadora de esa propiedad originaria común atribuida a la nación.

En su obra *Teoría de la nacionalización*, Katzarov define la nacionalización como “la transformación de un interés público de orden superior de un bien dado o de una cierta actividad que son o pueden ser el medio de producción o de intercambio en el sentido amplio de la palabra, en bien o actividad de la colectividad —Estado, comuna, cooperativa— con el fin de que su utilización inmediata o futura sea para el interés general y no más al privado”.²⁹

²⁹ Katzarov, *Théorie de la nationalisation*, París, éd. de la Baconnière, 1960, p. 226.

Muy rápidamente el Estado se dio cuenta de que el control de los recursos vitales de un país era tan importante o hasta más que los medios de producción. Por ello, en la Europa del siglo XIX surgió una ola de nacionalizaciones de los recursos mineros con la nacionalización de los subsuelos. En el caso mexicano, durante el virreinato, el territorio era considerado propiedad de la Corona como real patrimonio, incluyendo el subsuelo. Una vez lograda la Independencia, se reconoció la facultad en materia de subsuelo a los poderes legislativos de los estados, lo cual fue confirmado por la Constitución de 1857. Por ello, en 1883 se reformó la Constitución para que el Congreso de la Unión legislara en materia minera. En 1884 se expidió el Código de Minas, y en 1892, una Ley Minera. Estos ordenamientos eliminaron de plano la tradición hispánica de propiedad del territorio. Tal Código establecía, entre otros aspectos, los siguientes: que las minas y placeres formaban un inmueble distinto del suelo; que la propiedad de esos inmuebles se adquiere en virtud de descubrimiento y denuncia, mediante concesión; se concede la propiedad de las minas por tiempo ilimitado, y que son propiedad del dueño del suelo, sin necesidad de denuncia ni adjudicación especial.³⁰

En esa lógica de apropiación de los subsuelos por parte del Estado, la nacionalización de las aguas continentales siguió el paso. Pero como veremos, esta nacionalización del agua se transformó en una estatalización del agua. Es precisamente la calidad del Estado soberano con su poder de gestionar en nombre del interés colectivo según las circunstancias, lo que provoca la confusión de su actuar.

El Estado es el único que puede actuar en los dos registros, tanto en la gestión pública como en la gestión privada; por ello, tampoco nos ofrece todas las garantías de eficiencia que amerita.

VI. LA NACIONALIZACIÓN DEL AGUA

La nacionalización del agua es un proceso casi lineal que ganó fuerza con la Constitución de 1917.

Durante la Colonia la propiedad de aguas guardó una similitud fundamental con el régimen del suelo y del subsuelo, pues se trataba de bienes que formaban parte del patrimonio de la Corona española, como se acre-

³⁰ Espinosa Fernández, J., *Evolución constitucional de la regulación de la energía. Regulación del sector energético*, México, IJ, 1997, p. 49.

ditó en su momento con la bula del papa Alejandro VI. Desde la legislación colonial se han distinguido las aguas de dominio público irreductible a propiedad particular; las de propiedad privada mediante merced real o concesión, y las aguas comunales. Con la Independencia de México la propiedad de las tierras y aguas de la Corona española en territorio nacional se transmitieron a la nación mexicana. El régimen de aguas no fue determinado por los estados hasta la Constitución de 1857. En esa Constitución se estableció la facultad de la Federación para legislar en materia de vías generales de comunicación. El Código Civil de 1870 incluyó a los ríos como bienes de propiedad pública.³¹

Hasta que no se expidió la Ley sobre Vías Generales de Comunicación, los usos del agua tenían que ver exclusivamente con el derecho civil; por ello, tanto la concepción que se tenía era el pleno reconocimiento de la propiedad privada de las aguas, y no se conceptuó ninguna clase o tipo de aguas con carácter de propiedad o dominio público.

Tuvimos que esperar la promulgación de la Ley sobre Vías Generales de Comunicación de 1888, que incluyó con ese carácter a todos los ríos limítrofes y navegables. A partir de ese momento inició el proceso de la nacionalización de las aguas continentales en México y lo que constituyó el parteaguas decisivo en el manejo del ramo, y sobre todo en lo que se refiere a la relación entre el poder público y la propiedad privada. Esta ley, que fue emitida por el Congreso de la Unión, era una ley reglamentaria de una fracción del artículo 72 de la Constitución de 1857, principalmente por la facultad del Congreso de dictar leyes sobre vías generales de comunicación, postas y correos. Retomando así la idea de la propiedad de los ríos por parte del Estado federal del Código Civil de 1870.

Esa redacción fue tomada directamente del Código Civil francés, que debido a sus características geográficas tenía sentido, pero no se ajustaba al caso mexicano, pues nuestro país no cuenta con una red nacional de navegación por río. El artículo 538 del Código francés reza: “Los Ríos navegables o flotables son dependientes del dominio público”, pero su régimen de dominio público se asemeja más a la configuración del suelo que al del agua. El agua no constituye el elemento esencial de la navegación, pero las características de longitudinales y transversales del cauce de la corriente de agua, esto es, la apropiación del agua por parte del Estado, tiene que hacerse como una vía de comunicación. Esta idea fue retomada por

³¹ *Ibidem*, p. 49.

la ley de 1888. Pero con esto no se estableció la propiedad federal de las aguas, sino la jurisdicción: “Corresponde al ejecutivo federal la vigilancia de estas vías... y la facultad de reglamentar el uso público y privado de las mismas”. Por lo cual, se desprende que carecía de derechos de propiedad aunque el gobierno federal haya procedido a otorgar concesiones. De este modo, poco a poco el Estado mexicano empezó a quebrantar la propiedad privada del agua y a establecer un nuevo régimen de legalidad.³²

En 1902 se expidió la Ley de Bienes Muebles e Inmuebles de la Federación, que limitó las concesiones a veinte años. Este plazo tan corto impidió las inversiones. Éste es un ejemplo clásico de un ordenamiento técnicamente bien concebido, pero de resultados desastrosos. Por ello, en 1908 se reformó la Constitución con el propósito de facultar al Congreso para definir cuáles son las aguas de jurisdicción federal y expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de aquéllas.³³ La ley del 18 de diciembre de 1902 y la reforma constitucional de la fracción XXII del artículo 72, del 20 de junio de 1908, introdujeron finalmente el concepto de dominio público sobre corrientes declaradas federales. De estas leyes se desprende que no existía la propiedad privada de las aguas y que sólo se tenía acceso a ellas mediante concesión del poder público.³⁴ Sobra decir que esta nueva concepción fue retomada por el Poder Constituyente de 1917.

Gracias a esas reformas, en 1910 se expidió la Ley de Aguas, última ley porfiriana en la materia. Ésta fue la primera ley federal específica sobre las aguas nacionales, y también la primera que abandonó la noción absurda de la navegabilidad, que había permeado hasta entonces en la legislación federal. Gustavo Domínguez³⁵ considera esta ley como

la más audaz y atrevida, ya que consolidó el nuevo orden legal basado bajo el principio de que las aguas de jurisdicción federal son de dominio público y de uso común, y en consecuencia, inalienables e imprescriptibles, con lo cual se sentaron las bases para la extinción del mercado de aguas. Esta ley fue escrita por capitalistas para una nueva era de capitalismo que entonces empezaba a surgir en México.³⁶

³² Aboites Aguilar, L., *El agua de la nación*, México, CIESAS, 1998, pp. 81-94.

³³ Espinosa Fernández, J., *op. cit.*, p. 50.

³⁴ Cabrera, Luis, *Obras completas*.

³⁵ Domínguez, G., *El aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista legal*, citado por Aboites, *op. cit.*, p. 88.

³⁶ Kroeber, *El hombre*, citado por Aboites, *op. cit.*, nota 33, p. 88.

El punto culminante de esta evolución es el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución de 1917. Con su promulgación se rompió de forma radical con la Constitución de 1857,³⁷ sobre los términos de las relaciones entre la esfera pública y la privada. Así se estableció el predominio del interés público por encima de los derechos de los particulares.

En la lógica socialista del nuevo Estado mexicano posrevolucionario, el artículo 27 establece que la propiedad originaria sobre el suelo, el subsuelo y las aguas pasan a formar parte de la soberanía de la nación, que es encarnada por el gobierno federal. En realidad, no se trata de eliminar la propiedad privada, sino de crear y fortalecer los elementos jurídicos de dominio público y de los bienes nacionales para que puedan transmitirse a los particulares mediante concesiones. La importancia de este artículo constitucional también radica en el sustento jurídico para que el Estado procediera al reparto de tierras, aguas y bosques entre comunidades despojadas o entre simples grupos carentes de esos recursos productivos. Como constatamos, las disposiciones no sólo reconocen el derecho de las colectividades, sino que marcan la prioridad por ellas si competían frente a derechos de particulares.

No nos acaba de sorprender la riqueza jurídica y la visión precursora de la Constitución de 1917, que no sólo innova con los reconocimientos de los derechos sociales, sino que reconoce la preocupación para la preservación del medio ambiente como un fundamento constitucional, cosa inédita para la época. Efectivamente, el reconocimiento de un derecho para la protección y preservación del medio ambiente es de reciente reconocimiento. La preocupación para proteger el entorno se da en los inicios de los años setenta con los primeros deterioros ambientales atestiguados científicamente

³⁷ Iniciativa, artículo 27 del proyecto de Constitución, referente a la propiedad en la República, presentada por varios diputados en la sesión celebrada el 25 de enero, exposición de motivos: “El artículo 27 tendrá que ser el más importante de todos cuantos contenga la Constitución que el H. congreso viene elaborando. En este artículo tienen por fuerza que sentarse los fundamentos sobre los cuales deberá descansar todo el sistema de los derechos que pueden tenerse a la propiedad raíz comprendida dentro del territorio nacional. Porque en el estado actual de las cosas, no será posible conceder garantía alguna a la propiedad, sin tener que determinar con toda precisión los diversos elementos que la componen, dado que dichos elementos corresponden a los elementos componentes de la población nacional y en la revolución que felizmente concluye, cada uno de estos últimos ha levantado para justificación de sus actos, la bandera de la propiedad en demanda de protección para sus respectivos derechos, habiendo, por lo tanto, variadas banderas de propiedad que representen intereses distintos”.

y la aparición de las primeras normas ambientales modernas, esto es, en las épocas de la Conferencia de Estocolmo.

La presencia de esta base constitucional ambiental en la carta magna de 1917 no es coincidencia. Es, de hecho, uno de los preceptos fundamentales. Para entenderlo, es necesario remitirse a la obra de don Andrés Molina Enríquez, *Los grandes problemas nacionales*, y a la del constituyente don Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución*.

No fue circunstancial la redacción del artículo 27, ya que tenía un propósito bien específico: las reivindicaciones del sector campesino. Efectivamente, la reforma agrícola se basaba en una eficaz redistribución de las tierras y de las aguas nacionales.

El Estado tiene como deber, buscar un punto de equilibrio entre el aprovechamiento de los recursos naturales —como puede ser el agua— para el buen desarrollo del país, y su preservación para un mejor aprovechamiento del mismo, así como para prevenir su escasez. O sea, ir hacia un desarrollo sustentable. Como dice el doctor Brañes,³⁸ el aprovechamiento del recurso está subordinado a la conservación del mismo.

La Constitución estableció un régimen jurídico que fue precisado por otras reformas constitucionales sobre la protección y conservación, cuyo objetivo era una explotación sustentable de los recursos naturales para que fuera siempre una fuente de riqueza nacional que sirviera para el desarrollo y bienestar de las personas, y para lograr ese objetivo se necesitaba velar por su conservación —la conservación del recurso significa que el Estado podrá utilizar de su potestad administrativa, acción de policía administrativa— siempre lo que dictara el interés general, así como evitar su desaparición y/o mal gestión, como puede ser la disminución del recurso tanto en cantidad como en calidad, y fomentar el desarrollo sustentable, el punto de equilibrio entre el bienestar social y el buen desarrollo de los ciclos naturales; en otras palabras, que la acción del hombre no tuviera un impacto significativo que pudiera perturbar de forma grave o irreversible la biosfera, esfera primaria de espacio o campo de desarrollo. Sin este zócalo, simplemente no sería viable la propia existencia.³⁹

³⁸ Brañes, Raúl, *Derecho ambiental mexicano*, México, Fundación Universo Veintiuno, 1987, pp. 76 y 77.

³⁹ Trujillo Segura, J., “La Ley Nacional de Aguas como un instrumento para el desarrollo sustentable”, *Régimen jurídico del agua. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, IJ, 2007, pp. 382-384.

El otro instrumento jurídico que avala la propiedad originaria de la nación sobre las aguas continentales es la LAN, ley reglamentaria del artículo 27 constitucional, que es de observancia general en todo el territorio nacional; sus disposiciones son de orden público e interés social. El objeto de la Ley es regular la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable, como indica su artículo primero.

Esta ley es el instrumento que regula la administración del agua; señala que la autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes corresponde al Ejecutivo federal, pero puede ser ejercitado por la Comisión Nacional del Agua, como lo es actualmente. La CNA es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat). La Ley regula también la organización y participación de los usuarios, la programación hidráulica, el uso o aprovechamiento de aguas nacionales y sus derechos correspondientes, las concesiones y asignaciones, su procedimiento de otorgamiento y revocación, así como los derechos y obligaciones de los concesionarios. Asimismo, regula el Registro Público de Derechos de Agua, la transmisión de títulos, la reglamentación de la extracción y utilización de aguas nacionales, el establecimiento de zonas de veda o declaración de reserva de aguas y las diversas formas de uso.

La Ley de Bienes Nacionales viene a reforzar este esquema jurídico. Esta ley tiene como objeto regular los bienes que constituyen el patrimonio de la nación y establecer el régimen de dominio público de los bienes federales. En su artículo 3 contempla los bienes nacionales, señalando entre ellos los comprendidos en el cuarto párrafo del artículo 27 constitucional; es decir, los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores, así como los bienes de uso común, descritos en el artículo 7 de la propia ley. En la fracción VIII del artículo 7 estipula que los cauces de corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional son bienes que por disposición expresa de los artículos 4 y 6 están sujetos al régimen de dominio público de la Federación, y de acuerdo con el artículo 13 las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables, no quedando sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.

VII. EL CONFLICTO DE LA AUSENCIA DE UNA GESTIÓN PÚBLICA EFICAZ

En teoría, la propiedad pública está integrada por elementos que no pueden ser objeto de apropiación privada, como hemos visto. Pero con el tiempo y la mutación del Estado en esa marcada tendencia liberal, la noción originaria perdió su particularidad. Soló la afectación garantiza la especificidad del dominio público. El dominio público es presentado como la propiedad privada de las personas públicas. Aunque sea incuestionable el hecho de que la propiedad pública es distinta de la propiedad privada. Pero “el derecho de la propiedad de las personas públicas sobre el dominio público es de la misma naturaleza que el derecho de la propiedad de las personas privadas”.⁴⁰ El derecho positivo retiene una definición global de la propiedad pública. En efecto, el artículo primero de la Ley General de Bienes Nacionales afirma la unidad de la propiedad pública por parte del Estado.⁴¹ La distinción entre el dominio público y el privado es la clasificación interna del conjunto de los bienes y donde la propiedad es el elemento común, ya sea público o privado, pertenece a alguien.⁴² Bajo este fundamento, se volvió banal hacer el paralelismo entre la propiedad privada y la pública. De este modo, se pueden encontrar en la propiedad pública, los mismos vicios que en la propiedad privada al momento de proteger los recursos naturales. En otras palabras, la efectividad del dominio público para proteger y gestionar el recurso hídrico es más teórico, por la falta de una gestión adecuada por parte de las autoridades competentes, como lo demuestran las estadísticas sobre la calidad del agua en México.⁴³

Según datos recientes, la cantidad de agua disponible en México ha descendido en una forma dramática en los últimos cincuenta años. En este periodo la disponibilidad bajó 60%, y la tendencia se incrementó. La con-

⁴⁰ Sobre este tema existe una controversia doctrinal. Por una parte, algunos teóricos consideran el derecho administrativo como un derecho de guardia y de sobreintendencia (Proudhon), mientras que por otra parte hablan de la propiedad administrativa (Hauriou).

⁴¹ “Artículo 1. La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto establecer: I. Los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación; II. El régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal”.

⁴² Chapus, R., *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, t. II, pp. 334 y 335.

⁴³ Para más datos sobre la calidad y situación del agua en México véase “Agua”, *La Jornada*, México, diciembre de 2005.

ducta humana ha afectado de manera negativa el ciclo hidrológico, provocando la disminución de la oferta del agua frente a una demanda creciente. Las principales causas son la explosión demográfica, el alto desarrollo económico y la contaminación del recurso, que hace disminuir su calidad. Por lo tanto, la escasez del mismo es por culpa de nuestras actividades. De la disponibilidad que existía antes, 11,000m³ por persona, considerada como alta, actualmente se dispone de poco más de 4,500m³, situación considerada intermedia. Pero en el norte, centro y noreste del país, donde se concentran más de 70% de la población y más de 60% de la industria y de la economía, se cuenta con menos de 2,000m³ por habitante, situación considerada extremadamente baja, pero de seguir así, se calcula que en menos de veinte años la media del país va a estar en menos de 4,000m³. En total hay 653 acuíferos, de los cuales 102 están sobreexplotados, entre ellos la cuenca de Lerma-Chapala. Existen más de 17 acuíferos con problemas de intrusión salina, sobre todo en Baja California, y finalmente a este panorama desolador se tiene que sumar la deforestación del país, la degradación de los suelos y la alta contaminación de las masas de agua del país.

Así las cosas, también es ilógico que las autoridades públicas adquieran bienes ambientales amenazados por las deficiencias de la propiedad privada si está en la incapacidad de cuidarlas correctamente. Vemos cómo la distinción entre lo privado y lo público pierde su interés cuando estamos frente a un bien de carácter ambiental, puesto que lo que nos importa es la protección de los recursos naturales, y por desgracia en muchos casos la gestión del Estado es menos efectiva que la del sector privado.

Vemos que la apropiación, tanto privada como pública, tiene sus límites. Los estados encuentran su más grande limitación en su espacio geográfico y sus fronteras políticas internacionales, que van en contra del principio de la unidad universal del agua, porque no se puede dividir o fraccionar el agua como la tierra. Se observa además que el sistema de gestión del recurso por parte del estado, y en nuestro caso por la CNA, no impide el riesgo de la escasez del mismo; al contrario, la puede incrementar, como el caso de la concesión otorgada a la empresa Lala en la comarca lagunera.⁴⁴

La apropiación pública es el sistema mejor adaptado contra el riesgo del agotamiento de algunos recursos, pero en general, son los recursos consumibles y con valor económico como las minas o el petróleo, que son

⁴⁴ <http://www.jornada.unam.mx/2002/07/07/mas-leche.html>

fundamentales para el desarrollo económico del país, y al fin y al cabo pueden ser sujetas a un uso abusivo para el bienestar de la colectividad.⁴⁵ Por el contrario, esta lógica es inoperante en el caso del agua, por ser un bien común, recurso vital e imprescindible; no puede ser sometido a un uso excesivo ni exclusivo. Todos tenemos derecho al acceso al agua.

VIII. HACIA UNA NUEVA CATEGORÍA DEL DERECHO DE LOS BIENES

El agua es un bien natural, que se caracteriza por su gran movilidad y por su presencia en todos los elementos de la naturaleza. Es un elemento que no puede ser totalmente destruido, e independientemente de cuál sea su uso, siempre será restituido de una forma o de otra al medio acuático. Esta movilidad impide toda apropiación real y permanente. Esta observación nos permite clasificar al agua bajo la categoría de cosas comunes. Los seres humanos, con toda la ciencia y tecnología que han desarrollado, no pueden ejercer el dominio exclusivo y absoluto, porque su producción y autorregeneración del agua se nos escapa por completo.

Por ello, sea cual sea el sistema aplicable al agua, el hombre siempre ha tenido conciencia de que el agua pertenece a todos, porque es el elemento que ordena la vida y tiene el carácter de un bien que se renueva sin cesar; por tanto, no puede ser la propiedad de uno solo.⁴⁶

La imposibilidad de la apropiación se debe a sus características físicas y su papel indispensable en la vida y desarrollo de la vida humana. Sólo la calificación jurídica de cosa común toma en cuenta la naturaleza de la misma, aunque algunos juristas afirmen que esa naturaleza jurídica es consecuencia de la falta de la protección del agua,⁴⁷ y postulan que el régimen de las libertades ligado con el estatus de la cosa común constituye la legitimación de los abusos. Pero el problema no es su naturaleza jurídica, sino los intereses sectoriales —agroindustria, industria contaminante— contradictorios a la preservación a este recurso.

⁴⁵ Remond, Gouilloud M., *Du droit de détruire (essai sur le droit de l'environnement)*, París, PUF, 1989, p. 126.

⁴⁶ Gazzaniga, J. L., "La propriété de l'eau", *P. A.*, núm. 103, 13 de septiembre de 1983, p. 14.

⁴⁷ Martin, G., *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, publication périodique s spécialisées, 1978, pp. 125-127.

Empero, esta argumentación no es válida, porque como usuarios de un bien común no tenemos la total libertad de hacer lo que queramos sobre el recurso. El agua es una *res communis*, y no una *res nullius*. Al ser común, un recurso sólo puede ser sometido a un derecho de uso que no lo agote y que deje intacto el derecho de uso a los demás usuarios, además de que tiene un valor económico y ambiental innegable.

IX. EL VALOR ECONÓMICO Y AMBIENTAL DEL AGUA

El agua dulce tiene un valor especial, por su rareza y su disponibilidad. A diferencia del agua salada del mar, el agua dulce es útil en su estado original, y, por tanto, su valor es real. El agua tiene su valor para cada tipo de usuario. Pero este valor depende del uso que se le hace y en dónde. Para algunos, su valor es casi nulo, y para otros, inestimable, lo que nos lleva a reflexionar si el agua tiene un valor en ausencia de su explotación para las actividades humanas.

Aquí entramos en el problema del daño ambiental puro, que es el daño causado a la naturaleza salvaje sin repercusión inmediata y aparente sobre las actividades humanas. En general, la reparación no se dará porque se privilegia la reparación de los daños económicos del usuario del recurso, cosa que no se da en el daño ambiental, al ser autónomo, por lo cual es imposible estimar el valor del agua cuando está fuera de la esfera comercial.

El agua continental tiene un valor ambiental, o sea, entra en una nueva categoría jurídica, con la particularidad de que no pertenece a nadie. El agua por sí sola es un valor, pero tenemos que partir de que pertenece a una categoría que escapa a la propiedad privada y a la propiedad pública. Los usuarios tienen ciertos límites, no pueden destruir ni contaminar. Tienen la obligación de la conservación. Pero no tenemos que confundir con el derecho sobre el agua, que es un derecho temporal que se debe transmitir de un usuario a otro para que pueda acceder al recurso en las mismas condiciones. De este modo, el agua es un recurso insustituible, y no puede ser reemplazada tanto para nosotros, generación presente, como para las generaciones futuras. No sólo en su cantidad, sino también en su calidad. La única vía que tenemos para preservar el recurso es imponer la reparación del daño en especie. Éste constituye el gran reto para la recatalogación del agua como una *res communis*.

Finalmente, la última pregunta que tenemos que hacernos partiendo de que cada individuo puede utilizar el agua es la siguiente: ¿es posible considerar un verdadero derecho en el sentido de un derecho subjetivo?⁴⁸ La respuesta es negativa. Los derechos subjetivos, como la propiedad, tienden a crear principalmente derechos más que deberes, y en nuestro caso concreto es la necesaria constitución de deberes a los usuarios lo cual nos lleva a redescubrir la naturaleza jurídica del agua como un bien común que tanto los individuos como las personas jurídicas tienen que cuidar para poder satisfacer nuestras necesidades actuales y las de las generaciones futuras, y garantizar así la existencia misma de la vida sobre la tierra.

X. CONCLUSIÓN

No hay derecho a alterar la calidad del agua ni a despilfarrar este precioso líquido, y vemos que los regímenes actuales no logran este fin, ya que los asimilamos como una apropiación fungible, y que como pagamos, tenemos todos los derechos. Pero con un régimen del agua como cosa común la carga de responsabilidad se invierte a todos los usuarios, porque debe ser preservada en nombre de todos y para todos, pero también en nombre de nuestro medio ambiente, entorno sin el cual la vida sería simplemente inviable.

⁴⁸ Ost, François, *Le juste milieu (pour une approche dialectique du rapport homme-nature), images et usages de la nature en droit*, Bruselas, PU, p. 54.