

EL AGUA: PATRIMONIO DEL ESTADO O DERECHO DE LOS PARTICULARES

Carla HUERTA

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *El papel de la administración pública en la gestión del agua.* III. *Calificación del agua por el derecho público y regulación constitucional.* IV. *Ley de Aguas Nacionales.* V. *Bien de dominio público.* VI. *El agua como servicio público.* VII. *El agua como derecho.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las últimas décadas y sobre todo en los últimos años, hemos percibido una creciente preocupación por el agua y no solamente por su carácter escaso e indispensable y la forma en que se ha contaminado, sino también sobre la forma en que ha sido administrada y sus consecuencias.

La pregunta más importante es la relativa a la forma en cómo este bien ha sido regulado, y a si la calificación por el orden jurídico mexicano es adecuada o no, y si existen alternativas viables, como las relativas a la liberalización, por ejemplo. De dicha pregunta surge el título del presente ensayo, y plantea la cuestión de si debe considerarse al agua como patrimonio del Estado y permanecer sujeto a su control, o si se trata de un derecho del individuo y, por ello, jurídicamente debe retornar de manera plena a su esfera de acción. La respuesta puede ser adelantada, una situación no excluye a la otra, sino que se complementan en la protección del agua, ya que en realidad constituye un patrimonio de la nación, y el Estado es su garante.

Los actos administrativos que actualmente se llevan a cabo en nuestro país respecto del agua se sustentan en la regulación constitucional, que como expresión de la voluntad del pueblo ha impuesto diversas limita-

ciones al ejercicio de los derechos que corresponden a los actos que pueden verificarse respecto de este recurso.

El agua como recurso ha sido delimitada jurídicamente como bien del dominio público, pero también como servicio público, esta doble caracterización implica una regulación y control estricto por parte de la administración pública. La intervención del Estado es regulada por el derecho administrativo y se manifiesta principalmente en la concesión y los permisos.

Otra pregunta que trataré de responder es qué efectos tiene en la actividad administrativa la calificación del agua como derecho fundamental, como derecho subjetivo público e incluso como derecho humano, como se ha llegado a proponer. ¿Cuáles son entonces los deberes del Estado y cuáles los derechos de los individuos?, ¿cómo deben distribuirse las obligaciones para poder asegurar este bien?

El punto de partida es el hecho que el agua es afectada por su doble carácter constitucional de bien público y derecho fundamental, por lo que la regulación del agua debe evaluarse desde ambas perspectivas. Sobre todo por la necesidad de cambiar la concepción del alcance de la titularidad del Estado.

A su vez, el agua puede encontrarse afectada administrativamente de dos formas: como bien de dominio público y como servicio público (lo cual no es exclusivo del agua, ya que otros bienes tienen la misma afectación), lo que nos lleva a reconsiderar la forma en que el significado del servicio público ha evolucionado distanciándose de la teoría clásica.

Los diferentes usos del agua implican en consecuencia, una intensa intervención administrativa en virtud de su carácter público, por ser propiedad de la nación, a la cual se le aplican las limitaciones que corresponden a un bien de su naturaleza, esto es, medio ambientales y de uso y aprovechamiento en virtud de su escasez, que por lo mismo, y por su relevancia para la subsistencia de las personas, es considerado por el sistema jurídico como un derecho fundamental.

La gestión del dominio público hidráulico abarca actividades de muy diversa índole como puede ser el alumbramiento, el consumo, el tratamiento, la navegación, o la generación de energía eléctrica, por ejemplo. En consecuencia, cabe plantearse las siguientes preguntas: ¿cuál es la función del Estado en la gestión de un bien indispensable, pero escaso?, y si su apropiación debe ser considerada como un permiso tácito, uso

permitido en virtud de que no se encuentra prohibido, o si se requiere en cualquier caso de una autorización expresa por parte del Estado.

II. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA GESTIÓN DEL AGUA

La primera distinción que es necesario hacer para comprender la complejidad de la regulación del agua es que la administración pública realiza dos tipos genéricos de acciones, las de intervención y las de servicio o prestación.¹ Estos tipos de acciones pueden realizarse respecto del mismo bien, ya que son jurídicamente complementarias. La intervención se justifica no solamente porque la Constitución así lo determina, sino por la consideración de la necesidad del establecimiento de un servicio o del otorgamiento de ciertas prestaciones. El hecho de utilizar el término intervención no implica que la participación del Estado sea negativa o limitadora en todos los casos, ya que también puede referirse a acciones relacionadas con medidas de fomento.²

La intervención se manifiesta principalmente como regulación de la actividad privada y se fundamenta en una razón de interés público, uno de sus aspectos es la planificación nacional. Conforme a la Constitución y a la ley, la administración pública puede imponer limitaciones concretas. Estas medidas pueden ser de carácter preventivo y tienen como fin impedir la realización de actividades en determinados sectores o ejercer un control estricto, como son el caso del requisito de autorizaciones o registros. La intervención puede ser simultánea y se manifiesta por actos de control y supervisión, principalmente. O bien, pueden verificarse después de realizados los actos, en estos casos la intervención tiene más bien un fin correctivo.

Por otra parte, corresponde a la administración pública gestionar los bienes públicos ya sea directamente, a través de órganos de la propia administración pública; de forma mixta en la cual el capital privado colabora con la administración, y la indirecta, que confiere la posibilidad de entregar la ges-

¹ Durante algún tiempo se ha considerado al fomento como una forma de actuación autónoma de la administración pública, pero en el fondo se trata más bien de una forma complementaria de su actividad prestacional.

² La actividad de fomento según Villar Palasí, está relacionada con la administración indirecta del Estado y específicamente con la colaboración privada en los fines administrativos. *La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo*, citado por Martín Retortillo, Lorenzo, "Administración pública y el concepto de *Daseinvorsorge*", *RAP*, núm. 38, mayo-agosto 1962, p. 59.

tión de actividades públicas a empresas privadas. De las formas de actuación de la administración pública en general, nos interesan en especial los actos administrativos concretos que se verifican en relación con el agua y que posibilitan la actividad de los particulares en las actividades de suministro de aguas y gestión de servicios públicos. Siendo el caso de la concesión el que nos interesa analizar específicamente, dado que de ella dependen las actividades que pueden realizarse.

Un aspecto importante de la regulación del agua, es que la gestión de los bienes públicos puede ser realizada indirectamente a través de una tercera persona. La concesión es la forma usual de gestión indirecta, por medio de la cual se otorga la gestión de la actividad o de un servicio a los particulares, la titularidad, sin embargo, se reserva a la administración, y las condiciones de la gestión se regulan contractualmente. La gestión interesada es una alternativa para la administración del agua, en esta modalidad se concede al prestador del servicio o de la actividad una participación en los resultados económicos, o se realiza el concierto entre la administración y otras personas que pueden ser públicas o privadas para la prestación del servicio utilizando las instalaciones que la administración pública ya tenga establecidas.

Otra cuestión a destacar es que ni la gestión indirecta ni la interesada constituyen una privatización, la cual tampoco debe confundirse con la desregulación de un sector. La desregulación implica un cambio en el modo de regular que se refleja principalmente en una reducción de la intervención administrativa. El objetivo de estos procedimientos es flexibilizar el régimen jurídico para hacer más atractiva la participación, pero sin afectar el interés público. Desregulación, es el nombre que se le ha dado a la operación global de análisis del sector específico y de su regulación para la determinación de la forma en que éste ha de ser modificado para mejorar tanto su funcionamiento, como sus rendimientos.

En palabras de Sebastián Martín Retortillo la “privatización del sector público, no es, pues, otra cosa que la transferencia del mismo al sector privado”, y agrega que hay que distinguirlo de la privatización del sistema económico, que es además de lo anterior, la “reducción de su regulación coactiva y obligatoria por parte de los poderes públicos”.³ La privatización puede ser total o parcial e implica la transmisión de la propiedad estatal o de cierto

³ Retortillo Bacquer, S. Martín, “Las empresas públicas reflexiones del momento presente”, *RAP*, núm. 126, p. 104.

tipo de bienes, lo cual requiere de la respectiva desafectación del patrimonio público. Una privatización, incluso parcial, requiere en cualquier caso de un régimen regulatorio especial, lo cual no quiere decir que la privatización se refiera al derecho aplicable.

Tanto la privatización como la concesión son formas en que se posibilita la participación de los particulares en ámbitos que originalmente fueron reservados al Estado. La diferencia radica en que la concesión constituye un contrato administrativo típico; sus características están presididas por la formalidad de los mismos, que obedece a una estricta regulación y a la exigencia de numerosos requisitos. Los presupuestos de su celebración son la competencia de la administración y la concurrencia de la voluntad de la empresa interesada con capacidad plena para la celebración del acto. Según J. M. Auby, la concesión es un contrato nominado típico que se distingue de otros contratos nominados por su objeto y fin. Es una característica distintiva que en la concesión la prestación se dirige a los particulares y no a la administración pública, y la remuneración proviene de los usuarios.⁴

Usualmente se asignan estos contratos por medio de un concurso (el proceso de licitación), en el que el criterio de valoración de la proposición más ventajosa será junto al económico, el de mejor satisfacción de las necesidades relativas a la preservación del bien y mejor servicio, nunca el personal. Se lleva a cabo así, con el fin de impedir la discriminación o el favoritismo, ya que los procedimientos de selección de los contratistas deben basarse en la igualdad inicial de todos los interesados.

La cuestión en este caso se refiere a si la gestión del agua es una actividad de interés social o se trata simplemente de la prestación de un servicio, y de si debe ser catalogado como un servicio público o un servicio esencial. La legitimidad de la presencia estatal en este sector no es cuestionable, dado que en su debido momento se llevó a cabo la reserva pertinente de los recursos correspondientes conforme a lo establecido en el artículo 27 constitucional. Establecer la propiedad originaria de la nación, no implica, como se verá más adelante, una propiedad general y utilización libre del bien, sino la obligación del Estado de conservarla y proveer a su utilización racional y equitativa. En este mismo sentido se expresa Ignacio Burgoa, quien sostiene que no puede equipararse a la propiedad privada, ya que el Estado carece de

⁴ Auby y Ducos-Ader, *Grands services publics et entreprises nationales*, París, núm. 1, 1969, p. 200.

la potestad para usar, disfrutar o disponer de las aguas nacionales libremente como podría hacerlo un propietario ordinario conforme a derecho civil.⁵

III. CALIFICACIÓN DEL AGUA POR EL DERECHO PÚBLICO Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución mexicana establece el régimen jurídico del agua en el artículo 27, dentro del capítulo I del título I relativo a las garantías individuales, de conformidad con el cual, la propiedad de las aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la nación, y especifica el tipo de aguas a que se refiere en el quinto párrafo.⁶ Asimismo prevé que la nación tiene el derecho de transmitir el dominio de las aguas a los particulares y de constituir la propiedad privada. La capacidad para adquirir el dominio de las aguas de la nación se encuentra limitada por criterios relativos a la nacionalidad del titular y el lugar donde se ubican.⁷

⁵ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1982, p. 456.

⁶ El quinto párrafo del artículo 27 constitucional establece que son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquellas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de limite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o mas entidades o entre la república y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la república con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley.

⁷ El artículo 27 establece que sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de aguas. El Estado puede sin embargo, conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de

La terminología utilizada por el Constituyente es un tanto confusa, ya que puede hacer creer que si la propiedad originaria del agua corresponde a la nación, entonces todos los que integran ese concepto son titulares de la misma y por ende, pueden disfrutar libremente de ella. Esto no es así, ya que el concepto de “nación” es un concepto genérico que no necesariamente corresponde al de Estado y que no tiene un referente en la realidad, a diferencia del de “población”, por ejemplo. Por eso es que al constituirse el agua como un bien público y al haber atribuido al Estado la potestad de regular y imitar su uso y aprovechamiento, parece más bien que se requiere de una autorización para su explotación.

Para el derecho administrativo el término autorización se refiere a la forma mediante la cual se pueden superar los impedimentos jurídicos previstos en la normatividad para realizar una actividad, frecuentemente tiene carácter concesional, como si fuese una habilitación. La naturaleza jurídica de estos actos ha sido estudiada con detenimiento por el derecho administrativo. La autorización constituye una limitación impuesta a la actividad privada y se caracteriza por el hecho de constituir un permiso para realizar una actividad para la cual el particular se encuentra ya facultado. Sebastián Martín Retortillo considera que una autorización significa originariamente “operar la remoción de obstáculos y límites” para el ejercicio de derechos cuya titularidad le está previa, expresa y singularmente atribuida por el orden jurídico al sujeto autorizado, no se trata por lo tanto, de conferirle una facultad, sino tan sólo de permitirle el ejercicio de un derecho.⁸

La autorización es una forma de intervención administrativa de carácter preventivo, mediante la cual se valora la posible limitación del ejercicio de los derechos correspondientes en contraposición al interés general y cumple con el fin de controlar las actividades de los particulares. Por medio de este acto se comprueba el cumplimiento de los requisitos y condiciones previstas en la regulación para el ejercicio de una actividad determinada. En general

dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquellos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. Esta renuncia es conocida como la cláusula Calvo, la cual tiene por finalidad impedir la intervención al invocar la protección diplomática. Una importante restricción consiste en que en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, los extranjeros por ningún motivo pueden adquirir el dominio directo las aguas.

⁸ *Derecho administrativo económico*, Madrid, Distribuciones la Ley, 1988.

se puede calificar como un acto reglado, declarativo y favorable para la realización de una actividad. Lo mismo puede afirmarse de otro tipo de actos como los permisos o las licencias.

En el artículo 27 constitucional no solamente se fundamenta la propiedad privada de las aguas, sino que se establece de manera clara la potestad del Estado para intervenir en su regulación, protección y preservación, esto en virtud de la utilización del término “originario” para calificar a la propiedad, lo cual independientemente de sus razones históricas, políticas y filosóficas, tiene como consecuencia jurídica que la propiedad individual es dependiente de esta propiedad colectiva y puede por ello ser calificada como derivada. La propiedad puede, por lo tanto, transmitirse en los términos en que la nación lo determinó en la Constitución a través del Poder Constituyente o el órgano reformador en su caso. De la misma opinión es Schmill quien considera que esta institución no solamente refleja la soberanía nacional, sino también la facultad ilimitada del Poder Constituyente.⁹

Sin embargo, la propiedad no se transmite ilimitadamente, ya que la propia Constitución prevé la posibilidad de recuperar las aguas cuando medie causa de utilidad pública que lo justifique, mediante indemnización. Otra de las limitaciones al derecho de propiedad de las aguas se encuentra prevista en el tercer párrafo de este artículo que prevé la facultad para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como para 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. El titular de esta facultad, es según la Constitución la nación, y como se trata de una entidad no identificable, estas funciones son atribuidas en nuestro sistema jurídico a las autoridades administrativas federales y locales, dependiendo de su ámbito competencial y de conformidad con las leyes específicas de la materia.

De hecho la simple calificación como de interés público constituye una limitación, la cual solamente puede ser hecha por una norma con

⁹ Schmill, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Porrúa, 1971, pp. 445-447.

rango de ley.¹⁰ El concepto de interés público opera como justificante de determinadas acciones por parte del Estado. Es un concepto vago que funciona como cláusula general habilitante de la actuación pública en nombre de un bien jurídico protegido por el ordenamiento. El interés público puede identificarse en términos generales con alguno de los fines del Estado mismo, y es la pauta de actuación a la que la administración pública ha de sujetarse. Debe señalarse sin embargo, que el interés público es el objetivo de la acción de todos los que conforman la colectividad y no solamente del Estado. De tal forma que al establecer el artículo 7o. bis de la Ley de Aguas Nacionales en su fracción VII que el control de la extracción y la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas superficiales y del subsuelo es de interés público, impone a este bien, una restricción que justifica la intervención administrativa.

Del tercer párrafo se derivan entonces, varias limitaciones, primero, las denominadas modalidades que son impuestas por vía de ley a las facultades de uso, disfrute y disposición del bien que derivan del derecho de propiedad; segundo las que deriven de las normas que tengan por objeto el aprovechamiento del agua en beneficio social y tercero, las limitaciones que deriven de las disposiciones jurídicas en materia ambiental y ecológica.

En virtud de la relevancia del agua como recurso, se establece en este mismo párrafo la facultad del Estado para regular los asentamientos humanos, las limitaciones correspondientes para la ejecución de obras públicas, la planeación de la fundación y el crecimiento de los centros de población con el objeto de establecer las provisiones adecuadas, usos, reservas y destinos de aguas; así como para preservar y restaurar el equilibrio ecológico y para la destrucción de los elementos naturales, así como los daños que la propiedad privada pudiera sufrir en perjuicio de la sociedad.

En ese mismo párrafo se establece expresamente que las aguas del subsuelo pueden ser alumbradas libremente mediante obras artificiales y pueden

¹⁰ De conformidad con lo previsto por el Código Civil Federal, tenemos que las principales limitaciones son que los derechos privados sólo pueden renunciarse cuando no afecte directamente al interés público, y no perjudique derechos de terceros (artículo 6o.). Asimismo se prevé que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán declarados nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario (artículo 8o.).

ser apropiadas por el dueño del terreno. Sin embargo, el Ejecutivo Federal puede reglamentar su extracción y utilización e incluso establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional, cuando lo justifique el interés público o se afecten otros aprovechamientos.

Finalmente, el quinto párrafo señala que las aguas no incluidas en la enumeración que hace, deben ser consideradas como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero cuando se localicen en dos o más predios, el aprovechamiento de éstas debe ser considerado de utilidad pública, y quedar sujeto a las disposiciones que dicten los estados.¹¹

En los casos a que se refiere el párrafo quinto del artículo 27, el dominio de las aguas que corresponde a la nación, término que juristas ilustres como por ejemplo Óscar Morineau,¹² han señalado que es equivalente al de propiedad, es inalienable, inembargable e imprescriptible, esto último sobre todo por lo que a la prescripción adquisitiva se refiere. En consecuencia, la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, solamente puede realizarse mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes (de aguas y medio ambiente, principalmente).

IV. LEY DE AGUAS NACIONALES

La Ley de Aguas Nacionales¹³ es reglamentaria del artículo 27 constitucional. Su artículo 1o. establece que es de observancia general en todo el territorio nacional, y que sus disposiciones son de orden público e interés social, ambas calificaciones tienen por objeto establecer limitaciones a los particulares en el ejercicio de sus derechos en relación con las aguas nacionales. Estos derechos se encuentran regulados con gran precisión en la ley, pues regula la explotación, uso o aprovechamiento de di-

¹¹ Cabe señalar que la utilización del término “utilidad pública” conlleva implícitamente una expropiación automática por disposición constitucional que no requiere de indemnización, ya que en principio, la propiedad nunca fue privada.

¹² Consúltese Morineau, Óscar, *Los derechos reales y el subsuelo en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, 1997.

¹³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de diciembre de 1992, en vigor a partir del 2 de diciembre de 1992.

chas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable.

El concepto de agua nacional incluye, tanto por disposición constitucional como legal, todas las aguas que forman parte del territorio nacional, sean superficiales o del subsuelo, en los términos previstos por el artículo 27 constitucional.

En la nueva Ley de Aguas Nacionales de 1992 fueron incluidos importantes elementos relativos a la preservación del agua, ya que su aspecto ecológico y su calidad de recurso indispensable, escaso y frágil fueron considerados.

Esta ley regula la administración del agua, la competencia de la Secretaría (actualmente Semarnat) y la Comisión Nacional del Agua, 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 (agrícola, en generación de energía eléctrica, en otras actividades productivas y el uso público urbano).

También se encuentran previstas diversas obligaciones para la administración pública relativas a la seguridad como el control de avenidas y la protección contra inundaciones, la prevención y control de la contaminación de las aguas. La ley regula también aspectos financieros como la participación de la inversión privada y social en obras hidráulicas federales, la recuperación de inversión pública; el cobro por explotación, el uso o aprovechamiento de aguas nacionales y bienes nacionales, y determina cuales son los bienes nacionales a cargo de la Comisión; la inversión en infraestructura hidráulica; las infracciones y sanciones correspondientes.

El régimen obligacional previsto en esta ley implica un estricto control de las actividades hidráulicas, ya que deben inscribirse los títulos de concesión, de asignación y los permisos, su suspensión, terminación y los actos y contratos relativos a la transmisión total o parcial de la titularidad de las concesiones. En virtud del hecho de que las aguas son de propiedad nacional su explotación requiere de un estricto régimen de aprovechamiento y control. Sin embargo, de conformidad con la ley no se requiere concesión, para la

explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales en pequeña escala para generación hidroeléctrica.

La explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales en actividades industriales, de acuacultura, turismo y otras actividades productivas, se puede realizar por personas físicas o morales mediante el previo otorgamiento de la concesión respectiva por la Comisión. Sin embargo, las actividades de acuacultura efectuadas en sistemas suspendidos en aguas nacionales, no requieren de concesión si no se desvían los cauces, y siempre que no se afecte la calidad de agua, la navegación, otros usos permitidos o los derechos de terceros.

La ley establece que es de interés público el control de la extracción y de la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas superficiales y del subsuelo, así como la promoción, ejecución de las medidas y acciones necesarias para proteger la calidad del agua, realizar las medidas necesarias para evitar que basura, desechos, materiales y sustancias tóxicas, y lodos producto de los tratamientos de aguas residuales, contaminen las aguas superficiales o del subsuelo.

Las personas físicas o morales requieren de un permiso de la Comisión para descargar en forma permanente, intermitente o fortuita aguas residuales en cuerpos receptores que sean aguas nacionales o demás bienes nacionales, incluyendo aguas marinas, así como cuando se infiltren en terrenos que sean bienes nacionales o en otros terrenos cuando puedan contaminar el subsuelo o los acuíferos. La Comisión mediante acuerdos de carácter general por cuenca, acuífero, zona, localidad o por usos puede sustituir el permiso de descarga de aguas residuales por un simple aviso, con lo que se simplifica el proceso.

La Comisión debe expedir las normas oficiales mexicanas en materia de aguas que se requieran o las que soliciten los usuarios, así como en los casos en que con motivo de las obras cuya realización pudiera afectar el régimen hidráulico e hidrológico de los cauces o vasos propiedad nacional o de las zonas federales correspondientes, y en los casos de perforación de pozos en zonas reglamentadas o de veda los cuales requieren además el permiso correspondiente.

De lo anterior puede concluirse que el agua constituye un recurso de gran relevancia para el Estado, por lo que el legislador tomó el cuidado de regular minuciosamente las facultades de la autoridad administrativa,

su capacidad de intervención, así como los derechos y obligaciones de los particulares en relación con el agua.

V. BIEN DE DOMINIO PÚBLICO

Si bien el artículo 27 constitucional califica la titularidad del agua como originariamente de la nación, lo cual se refiere, según la mayoría de los autores al dominio eminente y principalmente, a la soberanía que el Estado ejerce sobre el territorio, a la correspondencia de las aguas y tierras a ese elemento fundamental del Estado,¹⁴ este artículo establece también que la propiedad de la misma puede ser atribuida a los particulares de conformidad con las limitaciones y según los procedimientos previstos en la Constitución y las leyes correspondientes. El citado precepto habla de la transmisión del dominio¹⁵ del agua a efectos de constituir la propiedad privada, que es una forma de propiedad derivada de la que corresponde a la nación, razón que justifica la expropiación de este tipo de bienes con fundamento en la utilidad pública.

El dominio público puede ser destinado al uso común, que en principio es igual para todos, pero podría distinguirse entre uso común general y uso común especial. El uso común del agua debe ser libre en principio, cuando se trata de actividades ordinarias como beber, nadar, bañarse. El uso común especial, como la navegación por ejemplo, y el privativo, requieren de un título administrativo legitimante, generalmente de una concesión. El uso privativo es el que se da cuando la ocupación excluye el uso por otros, y el uso normal es el que corresponde al destino principal del bien al que afecte, que sería el caso del uso por la autoridad administrativa.¹⁶

La propiedad estatal o nacional es la que corresponde al Estado como persona jurídica y política, pero es distinta de la propiedad originaria en la medida en que si autoriza al uso, disfrute y disposición del bien atribuido o afectado de manera genérica y exclusiva al Estado, y que equiva-

¹⁴ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 5, pp. 456 y ss.

¹⁵ El dominio es el poder de usar y disponer libremente de lo suyo, la propiedad implica las facultades de uso, disfrute y disposición de un bien. En realidad, ambos términos son utilizados en el mismo sentido en el artículo 27 constitucional.

¹⁶ Sobre el uso consúltese Jiménez Blanco, Antonio, en Parejo, Alfonso *et al.*, *Manual de derecho administrativo*, Madrid, 1990, p. 451.

le al dominio directo.¹⁷ La determinación del tipo de bien y las facultades específicas del Estado respecto del mismo son especificadas por la Ley General de Bienes Nacionales.¹⁸

Las aguas nacionales son bienes nacionales de conformidad con lo previsto en el artículo tercero, fracción I, y de conformidad con el artículo 4o. de la Ley se encuentran sujetos al régimen de dominio público previsto en la misma. En el artículo sexto se especifica que están sujetos al régimen de dominio público de la Federación los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7o. de la Ley General de Bienes Nacionales.¹⁹

El artículo 9o. de la Ley General de Bienes Nacionales establece que los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación están bajo la jurisdicción exclusiva de los poderes federales, excepto aquellos inmuebles que la Federación haya adquirido con posterioridad al 1o. de mayo de 1917 y que se ubiquen en el territorio de algún estado, en cuyo caso se requiere el consentimiento de la legislatura local respectiva.

¹⁷ Burgoa, Ignacio, *op. cit.*, nota 5, p. 488.

¹⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 2004.

¹⁹ El artículo 7o. de la Ley establece que son bienes de uso común: I. El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional; II. Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley federal del mar; III. El mar territorial en la anchura que fije la Ley federal del mar; IV. Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales; V. La zona federal marítimo terrestre; VI. los puertos, bahías, radas y ensenadas; VII. Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público; VIII. Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional; IX. Las riberas y zonas federales de las corrientes; X. Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas, construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables; XI. Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia; XII. Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia; XIII. Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del gobierno federal y las construcciones levantadas por el gobierno federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten, y XIV. Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes que regulen bienes nacionales.

La relevancia de la calificación del agua como de uso común radica en que de conformidad con el artículo 8o. de la Ley General de Bienes Nacionales todos los habitantes de la República pueden usar los bienes de uso común, sin más restricciones que las establecidas por las leyes y los reglamentos administrativos. Sin embargo, también prevé que para efectuar aprovechamientos especiales sobre los bienes de uso común, se requiere de concesión, autorización o permiso otorgados con las condiciones y requisitos que establezcan las leyes respectivas.

Esta es a su vez, la razón que justifica la previsión en la Constitución de la facultad del Estado para imponer modalidades a la propiedad privada con fundamento en el interés público, concepto genérico y en ocasiones vago, que debe ser precisado por la ley y la jurisprudencia, y no solamente por la doctrina.²⁰ Asimismo, la noción de beneficio social, se convierte en una razón que permite limitar el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Los criterios rectores de las acciones limitadoras por parte del Estado deben ser la realización de una distribución equitativa de la riqueza pública, en pocas palabras, cuidar el patrimonio y preservarlo para garantizar su subsistencia.

Tanto el interés público como el beneficio social constituyen conceptos jurídicos indeterminados de orden funcional, que sirven para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión. Sin embargo, no implican necesariamente una sectorización o demanialización, ya que tampoco se refiere de manera necesaria a bienes públicos.

Como bien de dominio público se imponen al Estado diversas obligaciones entre las cuales destacan la preservación del agua, para lograr este objetivo se le faculta para emitir la regulación necesaria para proveer un desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. Esto tiene como consecuencia, que el uso privativo del agua se encuentra limitado en su aprovechamiento por el interés público.

²⁰ El *Diccionario jurídico* del Instituto de Investigaciones Jurídicas propone la siguiente definición de interés público: “el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”, México, UNAM-Porrúa, 1996, p. 1779.

Esto se debe a que el interés público precede al individual, en palabras de Fleiner puede sostenerse que “el interés público debe anteponerse al derecho individual y al interés individual y no puede ser sacrificado a él bajo ninguna circunstancia.”²¹ Según Gordillo, el interés público no es el interés de un grupo de individuos “tomados como masa”, sino la suma de una mayoría de intereses individuales concretos y coincidentes. Considera que cuando una mayoría de individuos puede encontrar su interés personal en servicio, entonces es de interés público, como en el caso del servicio de aguas.

Los posibles destinos del agua o actos relacionados con dicho bien son el uso (que según la ley incluye el consumo), el aprovechamiento, la explotación, y el alumbramiento.²² De conformidad con el artículo 3o. de la Ley de Aguas Nacionales, el uso se refiere a la aplicación del agua a una actividad que implique el consumo, parcial o total de ese recurso (fracción LII); el aprovechamiento comprende la aplicación del agua en actividades que no impliquen consumo de la misma (fracción VII); la explotación consiste en la del agua en actividades encaminadas a extraer elementos químicos u orgánicos disueltos en la misma, después de las cuales es retornada a su fuente original sin consumo significativo (fracción XXVII); el alumbramiento a su vez se refiere a la extracción del agua del subsuelo.

Estas actividades son reguladas de manera diferenciada dependiendo del tipo de aguas de que se trate y sus destinos, en relación con las aguas nacionales superficiales. El artículo 17 de la Ley de Aguas Nacionales establece que su explotación, uso y aprovechamiento por medios manuales para uso doméstico²³ es libre, siempre que no se desvíen de su cauce ni se produzca una alteración en su calidad o una disminución significativa en su caudal.

Este precepto establece que no se requiere concesión para la extracción de aguas marinas interiores y del mar territorial, para su explota-

²¹ Fleiner, Fritz, *Einzelrecht und öffentliche Interesse*, citado por Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 189.

²² Los usos relativos a la navegación o producción de energía eléctrica no son materia de la Ley de Aguas Nacionales.

²³ La fracción LVI del artículo 3o. de la Ley de Aguas Nacionales establece que se entiende por “uso doméstico”, la aplicación de agua nacional para el uso particular de las personas y del hogar, riego de sus jardines y de árboles de ornato, incluyendo el abrevadero de animales domésticos que no constituya una actividad lucrativa en términos del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ción, uso o aprovechamiento, salvo aquellas que tengan como fin la desalinización, las cuales si son objeto de concesión.

El alumbramiento de las aguas nacionales del subsuelo mediante obras artificiales es libre de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Aguas Nacionales, en virtud de que así lo establece la Constitución. Es un derecho fundamental que solamente puede ser limitado 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, salvo en esos casos, no se requiere de concesión o asignación.

No obstante, la Ley establece que la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo son gravables. Esto se debe a que a pesar de un derecho fundamental, el titular del bien es la nación, y con el cobro de derechos se pretende equilibrar el acceso a este recurso. Las contribuciones fiscales correspondientes deben estar determinadas por ley. En las declaraciones fiscales correspondientes, el concesionario o asignatario debe señalar que su aprovechamiento se encuentra inscrito en el Registro Público de Derechos de Agua. El artículo 14 bis 5, en su fracción XVI establece que los usuarios del agua deben pagar por su explotación, uso o aprovechamiento bajo el principio de “usuario-pagador” de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal de Derechos.

Dado que se trata de un bien de dominio público, los usos restringidos requieren de concesión, la Ley de Aguas Nacionales define en su artículo 3o., fracción, XIII, la concesión como el título que otorga el Ejecutivo federal, a través de la autoridad competente (“la Comisión” o el organismo de cuenca que corresponda), para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y de sus bienes públicos inherentes, a las personas físicas o morales, de carácter público o privado.²⁴ De conformidad con el artículo 20 de la Ley, en virtud del carácter público del agua, la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales por parte de personas físicas o morales debe realizarse mediante concesión o asignación otorgada por el Ejecutivo Federal de conformidad con lo previsto por la Ley y sus reglamentos, así como el título y las prórrogas que se emitan.

Previamente se señaló que las autorizaciones implicaban un cierto tipo de permiso para realizar actividades que se encuentran reservadas o atribuidas al Estado, por lo que cabe cuestionarse cuál es la diferencia entre

24 Por disposición legal, la concesión excluye expresamente, los títulos de asignación.

la concesión y el permiso. La concesión es un acto administrativo, unilateral, de tipo contractual en virtud de la forma en que se verifica, sobre todo por el proceso de licitación y el título concesionario. Los permisos son un tipo de autorización que operan en un sector en el cual la autoridad ha restringido jurídicamente la actividad de los particulares, y mediante los permisos remueve el obstáculo que se había impuesto para la participación en cierta actividad o en el disfrute de un bien. La gran diferencia es que la concesión crea un derecho que no existía previamente en la esfera de los particulares, y sin ella no es posible actuar.

De conformidad con la fracción XL del artículo 3o. de la Ley de Aguas Nacionales, la autoridad administrativa puede otorgar dos tipos de permisos, los relativos a la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, así como para la construcción de obras hidráulicas u de otro tipo relacionadas con el agua y los bienes nacionales (a los que se refiere el artículo 113 de la Ley), los cuales tienen carácter provisional en tanto se expide el título concesional,; y los permisos de descarga que requieren de un título emitido por la autoridad a las personas físicas o morales de carácter público y privado, para la descarga de aguas residuales a cuerpos receptores de propiedad nacional.

La concesión opera como una excepción a la prohibición de actuación en un ámbito reservado al Estado, se puede decir que temporalmente se le permite el ejercicio del derecho que se limitó jurídicamente al prever que el agua es un bien de dominio público, que lo recupera, o bien, que adquiere un derecho nuevo, el de gestión parcial del bien. La concesión se presenta como una excepción a la prohibición general de realizar determinadas actividades reservadas, puede no referirse a un servicio en sentido estricto, sino a una actividad especial, ya sea de carácter industrial o comercial, que por alguna razón el Estado no ha asumido.

Los derechos de una concesión, así como las obligaciones se confieren a un particular o empresa privada que va a asumir los riesgos de la explotación para poder obtener los beneficios de la misma. Mediante esta figura jurídica se atribuye a un particular un derecho de explotación sobre determinada actividad, que previamente fue reservada al Estado, eliminando total o parcialmente la titularidad privada. La concesión es una excepción a la exclusividad pública que dispone parcialmente el ejercicio de la actividad respectiva en el sector reservado.

Las concesiones pueden ser de dominio público o de servicio público.²⁵ Según García-Trevijano Fos, “la concesión en sus dos versiones de servicios públicos y demaniales puede dar lugar a actos administrativos enlazados o ligados, pudiendo hablarse de filiación de concesiones”.²⁶ En el caso del agua, en México, las concesiones son más bien de dominio público, y aun cuando también pueden existir concesiones de servicio de suministro o distribución del agua, siguen siendo de dominio público. Se puede decir que el dominio público es el fundamento de la concesión de servicio público.

Las concesiones de servicio público pueden ser de dos tipos si las clasificamos de acuerdo con el tipo de actividad que se puede realizar por medio de ellas: *a)* de servicio público, esta vez entendido en su sentido estricto, como actividad de prestación directa al público de servicios de interés general; o bien *b)* industriales o económicas, cuando se trata de desempeñar una actividad económica monopolizada. Ambas operan en ámbitos de monopolios legales o administrativos y conceden derechos de explotación a particulares interesados en ello.

Para Fernando Albi, la concesión industrial se encuadra en otra de las modalidades gestoras, y además en su opinión contradice el concepto de la institución que consiste en la “cesión al particular de una esfera de actuación originariamente administrativa”. En su concepción, el intervencionismo económico es lo contrario, es la regulación administrativa de una esfera de actuación originariamente privada.²⁷

La calificación de la naturaleza de la concesión depende de la legislación específica del servicio. Las industriales derivan del hecho de la existencia de un monopolio estatal y se rigen de acuerdo a las cláusulas del contrato que se celebre entre el Estado y el concesionario. Las concesiones de servicio público derivan de la previa declaración por ley del servicio público y de la respectiva reserva al sector público de la actividad correspondiente.

²⁵ Fernando Albi hace un extenso estudio sobre las concesiones y sus modalidades en su *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, en él hace referencia básicamente a la concesión de obra y servicio, la concesión demanial, la concesión industrial, y la concesión de *status*; Madrid, 1960, pp. 502 y ss.

²⁶ García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1991, p. 242.

²⁷ *Ibidem*, p. 507.

El régimen legal de las concesiones en relación con el agua implica una minuciosa regulación por parte de la Ley de Aguas Nacionales en virtud del doble condicionamiento del agua como bien público y como derecho fundamental. Es por ello que el artículo 14 bis de la Ley de Aguas Nacionales en su fracción VII establece que el Ejecutivo Federal debe asegurar que las concesiones y asignaciones de agua estén fundamentadas en la disponibilidad efectiva del recurso en las regiones hidrológicas y cuencas hidrológicas que correspondan, y debe instrumentar mecanismos para mantener o reestablecer el equilibrio hidrológico en las cuencas hidrológicas del país y el de los ecosistemas vitales para el agua.

Cuando se trate de la prestación de los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico, incluidos los procesos que estos servicios conllevan, la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, se realizará mediante asignación. Los derechos amparados en las asignaciones no pueden ser objeto de transmisión. La asignación de agua se rige por las mismas disposiciones que se aplican a las concesiones, salvo en la transmisión de derechos, y el asignatario debe ser considerado como concesionario para efectos de la Ley. Desde el punto de vista administrativo el cambio de nombre, no menoscaba el carácter de concesión de servicio público del acto administrativo.

Las concesiones y asignaciones crean derechos y obligaciones a favor de los beneficiarios en los términos de la Ley, pero no son los mismos. Los títulos de concesión o de asignación se encuentran regulados con precisión en la Ley, tanto por lo que a su contenido (artículo 23), como por lo que al término de la misma y a sus prórrogas se refiere, a las obligaciones (artículo 29, los asignatarios tienen ciertas obligaciones suplementarias, artículo 29 bis) y derechos (artículo 28, principalmente a explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales, los derechos del asignatario son distintos, artículo 29 bis 1).

Las concesiones de dominio público no pueden ser modificadas salvo en los términos que la propia Ley establece, ya que el tercer párrafo del artículo 25 de la Ley de Aguas Nacionales señala que solamente pueden ser afectados los derechos del concesionario con fundamento en una disposición jurídica aplicable y siendo debidamente fundada y motivada la afectación. Esta facultad de la administración pública en virtud de la Ley de Aguas Nacionales, no puede ser equiparada a cláusulas accesorias. El grado de limitación de la concesión no debe impedir la realización de la

actividad en virtud de las cláusulas legales que la autoridad puede incluir en la concesión. La intención de la Ley en las disposiciones que regulan la concesión es garantizar el principio de igualdad y la seguridad jurídica. El cambio de las condiciones conforme a las cuales se otorgó la concesión puede acarrear la suspensión o la revocación, y en los casos en que la revocación no implique incumplimiento por parte del concesionario debería mediar indemnización.

En última instancia, en el proceso de concesión, se debe buscar el equilibrio entre la seguridad jurídica que la concesión debe proporcionar al particular y el interés público que el Estado debe proteger.

VI. EL AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO

La idea de servicio público surge con el afán de sustituir la noción de poder público por la noción de servicio a la causa de solidaridad social. El objeto es dar satisfacción regular y continua, razón por la cual se aplica al servicio público un régimen especial de derecho público, y se justifica la modificación de dicho régimen dependiendo de las circunstancias.

Las características del servicio público son: 1. Que es una actividad del Estado, 2. Tiene un régimen de derecho público (puesto que se pretende satisfacer el interés colectivo); 3. La organización corresponde al Estado, 4. El procedimiento de la acción administrativa es la prestación, y 5. Su fin es la satisfacción de una necesidad del público. El servicio público no se refiere a los actos de autoridad del Estado, sino a los que implican cuestiones relativas a la economía y eficiencia, prestación continua del servicio, no necesita ser realizado de manera exclusiva por el Estado.

Según la concepción de Auby, al servicio público le corresponde un régimen jurídico específico que no tiene que ser necesariamente el de derecho público, de acuerdo a su finalidad de interés general. El régimen jurídico aplicable es para él, más bien la consecuencia que la causa de la calificación como servicio público, la presencia de elementos exorbitantes no basta para ofrecer un criterio inequívoco de clasificación. En todo caso el servicio público no puede caracterizarse por la aplicación exclusiva y predominante del régimen de derecho público. El criterio de servicio público debe buscarse en las actividades de las personas públicas en el fin de interés general y puede

también apoyarse en indicios de aplicabilidad de normas exorbitantes de la actividad.²⁸

La concesión administrativa es un acto por medio del cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público, o la explotación y aprovechamiento de bienes de dominio del Estado. Es un acto administrativo de tipo mixto que se conforma por tres elementos: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato.

El término “servicio público” se refiere a una actividad creada con el fin de satisfacer una necesidad pública, de interés general que de otro modo quedaría mal, insuficientemente satisfecha o insatisfecha.

En virtud de su carácter de bien de dominio público, el uso y aprovechamiento del agua se encuentra ya limitado, pero también puede ser delimitado como servicio público, dada su naturaleza de necesidad de primer orden que debe ser satisfecha por el Estado. Por lo que resulta posible afirmar que posee un doble carácter de bien público y servicio público, lo cual implica dos formas no excluyentes, sino en general complementarias, de limitar administrativamente un bien de la relevancia del agua.

En la noción actual de servicio público predomina el sentido material, entendido como actividad, “la misión de servicio público” como la llaman J. M. Auby y Ducos-Ader.²⁹ Por servicio público se entienden aquellas actividades que la administración pública realiza para los individuos como prestación en sentido amplio. Es decir, hay que entenderlo como actividad encaminada a proporcionar bienes o servicios a la comunidad, a asegurar su producción y su existencia en el mercado.

Pero no se trata solamente de una actividad prestacional en el sentido social, sino también y principalmente en sentido económico; entendido como la realización de actividades industriales y como la capacidad de actuación de empresas públicas, pero no en régimen de competencia, sino en posición privilegiada resultado de la reserva de un sector económico al Estado en función de un interés público prevalente que ha de ser atendido; entendido así, son más bien “servicios de interés económico general”.

Tampoco se debe incurrir en el error generalizado de reducir la actividad pública a la de servicio público, la primera es mucho más extensa; además como acertadamente afirma Francisco Jiménez de Cisneros no hay una iden-

²⁸ Auby, *op. cit.*, nota 4, pp. 14 y ss.

²⁹ *Ibidem*, p. 24.

tificación necesaria entre servicio público y formas de prestación por órganos o empresas públicas.³⁰

El término servicio público engloba diversas actividades dirigidas a satisfacer necesidades de primer orden de los ciudadanos; pueden ser servicios en sentido estricto o bien prestaciones. En todo caso, el término servicio público sirve para atribuir un sector de la actividad económica a la administración pública; la actuación privada puede llegar a verificarse, sin embargo, en forma de gestión indirecta a través de la concesión.

El contrato de gestión de servicios públicos tiene su fundamento en una previa declaración legal del servicio público respectivo, del servicio de suministro de agua por ejemplo, mediante una reserva al sector público ya sea con monopolio o sin él. La declaración de servicio público tiene por objeto excluir la libertad de empresa y constituir un monopolio administrativo, y se justifica en el tipo de bien al que se refiere, la necesidad a satisfacer, fiscalmente o para ordenar un sector, sirve también para garantizar la equidad en la distribución o acceso a cierto tipo de bienes.

La gestión puede ser directa por la administración pública o indirecta por particulares. En este caso nos interesa solamente el supuesto de la gestión indirecta por medio de la cual los particulares pueden gestionar una actividad titularidad del Estado. La concesión de servicios es factible cuando éstos tienen un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. Este contrato se caracteriza por su limitación temporal; toda concesión debe estar sujeta a un plazo, éste es generalmente prorrogable, pero el plazo debe ser establecido en cualquier caso. El contratista está sujeto a lo estipulado en el contrato de servicios y tendrá derecho a percibir de los usuarios las tarifas aprobadas por la administración. Es posible, sin embargo, que debido al interés que la administración tenga en la gestión del servicio conceda a los prestadores una subvención.

En el contrato de suministro de agua, la obligación del contratista o concesionario consiste en la prestación de un servicio que en principio corresponde a la administración pública, distribuir el agua con el derecho correlativo de recibir el precio establecido, de conformidad con el régimen tarifario correspondiente. Este contrato tiene su fundamento en la concesión, contrato en el que se determinan las condiciones y la duración del mismo, de confor-

³⁰ Jiménez de Cisneros, Cid, *Los organismos autónomos en el derecho público español*, Madrid, 1987, p. 343.

midad con la ley. La administración pública se reserva la posibilidad de supervisar el debido cumplimiento de lo pactado. Es un contrato que en general se rige por las normas del derecho administrativo.

El artículo 20 de la Ley establece que cuando se trate de la prestación de los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico, incluidos los procesos que estos servicios conllevan, la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, se realizará mediante asignación por la autoridad competente. Los derechos amparados en las asignaciones no pueden ser objeto de transmisión.

Según Antonio García-Trevijano Fos, la concesión de dominio público otorga derechos subjetivos, al administrado en específico, el ejercicio de un servicio público. Los requisitos son la titularidad del Estado, pues el dominio es la base de la concesión de servicio público que legitima la intervención administrativa. En su opinión, el concesionario adquiere algo que antes no formaba parte de su patrimonio, de tal forma que la concesión es constitutiva.³¹

El tipo de concesión que nos interesa analizar es la de servicio público en relación con el abastecimiento de agua que refleja una interconexión de una concesión de dominio público con una de servicio público subordinada. Esta puede constituirse de distintas maneras, partiendo del hecho que de conformidad con el artículo 115 constitucional, fracción III, inciso a son competencia de los municipios los servicios públicos de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales. De tal forma que el servicio puede ser prestado por el municipio que cuente con la concesión de aguas públicas respectiva (a menos que cuente con aguas propias),³² que el municipio conceda la prestación del servicio a un particular, o que un particular que cuente con la concesión de aguas respectiva explote el servicio de abastecimiento. Aun cuando en estos dos últimos casos puede producirse la filiación de las concesiones prevalece en opinión de García-Trevijano la concesión de dominio público, ya que el servicio público depende de ella.³³

Cabe destacar que podemos llegar a la misma conclusión en virtud de que la concesión de dominio público precede a la de servicio, en virtud de que el agua es un bien de dominio público estatal y es indispensable

³¹ García-Trevijano Fos, José Antonio, *op. cit.*, nota 26, p. 238.

³² La discusión sobre las aguas que son propias de las entidades federativas o de los municipios, es una cuestión que no deja de plantear serias dudas.

³³ García-Trevijano Fos, José Antonio, *op. cit.*, nota 26, p. 243.

para que los municipios en la esfera de su competencia otorguen la de servicio público.

Agustín Gordillo a su vez señala que corresponde al derecho justificar la denominación del acto y un régimen intervencionista, el cual sólo tiene sustento constitucional suficiente cuando previamente se ha conferido un privilegio o monopolio bajo forma de concesión.³⁴

VII. EL AGUA COMO DERECHO

1. *Como derecho subjetivo*

Los derechos en abstracto son los previstos en las normas, también denominados derecho objetivo, el derecho subjetivo y su reclamo depende del ejercicio, de la situación en la que el individuo se encuentra frente a la norma, de ella deriva una posición frente al Estado en el caso del agua, por tratarse de un derecho subjetivo de carácter público. Por lo que se puede afirmar que los son derechos subjetivos existen solamente cuando el individuo se ubica en el supuesto. De tal forma que el derecho surge directamente de la Constitución, por lo que al uso común se refiere.

El derecho al agua como derecho subjetivo público es oponible por el titular frente al Estado, es el contenido de una potestad jurídica que deriva de la relación entre el gobernado y la autoridad o el Estado. El contenido del derecho es la propiedad privada, la obligación de la autoridad es de abstención de no intervenir en el ejercicio del derecho, ni el uso, ni el goce, ni en la disposición del bien, de no lesionarlo o vulnerarlo, no disminuirlo, es una obligación pasiva. En virtud del amparo se constituye como una garantía para el individuo, que sirve también para remover obstáculos. Pero no es un derecho absoluto.

Como derecho subjetivo público su carácter es de impedir la intervención o limitación del derecho, tiene como principal característica obligar al Estado. En un Estado prestacional, las obligaciones se transformarían en un deber positivo de garantía de acceso al bien en cuestión, en un Estado social en cambio, solamente puede garantizar que el acceso será equitativo en los términos en que el propio derecho lo permita. Por la naturaleza del bien al que se refiere su uso y consumo no puede ser libre,

³⁴ Gordillo, *op. cit.*, nota 21, p. 200.

ya que constituye una necesidad básica, por lo tanto, la demanialización es un requisito necesario de su regulación y protección, ya que solamente atribuyendo al Estado la responsabilidad sobre su preservación y control del uso se puede considerar que existe una garantía de acceso o de ejercicio de este derecho.

El artículo 25 de la Ley de Aguas Nacionales, constituye el fundamento legal directo del derecho subjetivo en sentido estricto, ya que establece que una vez otorgado el título de concesión o asignación, el concesionario o asignatario “tendrá” el derecho de explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales durante el término de la concesión o asignación, conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus reglamentos. Es como si el derecho no hubiese existido previamente, o fuese dependiente del acto administrativo que lo reconoce.

2. Como derecho fundamental

El agua al ser regulada en el artículo 27 de la Constitución, técnicamente fue incluida en el apartado relativo a las garantías individuales, por lo que puede comenzar por ser considerado como un derecho fundamental. Son derechos que gozan de una especial protección jurídica, como el amparo, que tiene como efecto restituir el derecho. Ya que el Estado mexicano no es un Estado de bienestar, es posible preguntarse ¿si constituye un derecho subjetivo público, un derecho de prestación, una libertad, o solamente una posición frente al Estado en virtud de la concesión?

De conformidad con la Constitución y la Ley de Aguas Nacionales la modalidad de la intervención es variable, puede ser mínima como en el caso de establecer deberes de comunicación o presentación de informes, hasta el grado de exigir requisitos formales para operar en determinados sectores, la comprobación de los mismos y la imposición de obligaciones. En consecuencia, puede llegar a traducirse en una verdadera intervención y limitación del ejercicio de los derechos individuales delimitando el contenido de los mismos, o bien obligando a prestaciones forzosas a los particulares.

El agua es, de conformidad con el artículo 14 bis 5 de la ley, un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la sociedad, así como prioridad y asunto de seguridad nacional.

Como prestación requiere de un Estado social que pudiera garantizarlo, un Estado de bienestar tendría que asumir el compromiso individual de abastecer y distribuir el agua, así como de garantizar el servicio de abastecimiento y distribución del agua. Sin embargo, el uso del agua por ser un bien común tiene restricciones que tiene por objeto evitar su apropiación.

3. *Como derecho humano*

El agua como derecho humano presentaría a los Estados una serie de retos, primero porque su fuente primaria se encontraría en el derecho internacional, segundo porque al integrarse a un sistema jurídico deberían de suprimirse las limitaciones que existen en relación con su uso y aprovechamiento, y tercero porque el Estado tendría que garantizar no solamente el acceso equitativo y suficiente del agua a todos los habitantes del territorio nacional, sino que además asegurarlo a futuro.

Otro problema es que por el carácter del agua de bien escaso, no puede ser considerado un derecho de tipo económico y social, ni siquiera un derecho de la tercera generación, sino de la cuarta, un derecho de la humanidad y, por lo tanto, no solamente debería ser garantizado dentro de un Estado, sino que tendría que ser compartido con quienes carecen de él, y como el medio ambiente mismo, tiene que ser preservado para las generaciones futuras.

Si el agua fuese considerada un derecho humano, al cual corresponden todas las propiedades que la teoría atribuye a este tipo de derechos, entonces, aun cuando hay casos en que se puede considerar que su uso no está restringido, no puede de ello inferirse que se convierta en un bien que puede ser de libre apropiación general.

Como conclusión se puede afirmar que el uso del agua por ser un bien común es restringido con el objeto evitar una apropiación ilimitada o abusiva. Por lo que la doble calidad del agua de derecho y bien de dominio público no solamente es compatible sino necesaria, es coherente con la relevancia de este recurso. Su protección y defensa específica presenta un reto tanto para las autoridades como para los particulares y en especial, para los usuarios de servicios públicos de distribución del agua. Por ello, se debe buscar el equilibrio entre la seguridad jurídica que la concesión debe proporcionar al concesionario, a los suministrados y el interés público que el Estado debe proteger.