

Miguel Valencia Mulkay
Artículo para la Revista Derecho Ambiental y Ecología de la
Barra Mexicana Colegio de Abogados.
2006

¿Por qué la cuestión jurídica del agua despierta tantos debates en los últimos años, mientras que en todos los tiempos y en todas las latitudes, las diferentes sociedades organizadas se dotaron de muy buenas reglas en este sentido? Dos órdenes de la realidad explican esta nueva preocupación: en primer término está el hecho de que los problemas del agua ya no se pueden arreglar estrictamente en el marco nacional de las sociedades organizadas y, por otra parte, el caso de que en ese nivel, más allá de los Estados Nacionales, son las reglas del mercado las que se imponen hoy en día.

Ante esta nueva realidad, como reacción al carácter dominante de la lógica económica que pretende en nombre de la "escasez" definir jurídicamente al agua como un bien económico, susceptible de apropiación e intercambio de acuerdo con las reglas del mercado, se han abierto dos nuevas perspectivas jurídicas: dotar al agua de un estatuto específico a escala mundial que garantice la integridad de la biodiversidad en la Tierra y la libertad de acceso al agua, por un lado, o recuperar la estructura profunda de la ley; recuperar la sensatez jurídica, destruida por la revolución sanitaria inglesa - del siglo XIX - y por la revolución higienista alemana - del siglo XVIII - por otro lado; es decir: recuperar el nivel de interacción social en la cual las decisiones se toman en la escala local adecuada y no en distantes administraciones todopoderosas. Los defensores de ambas perspectivas enfrentan dificultades jurídicas parecidas.

En derecho internacional, el único estatuto aplicable al agua dulce, por el momento, es el de recurso natural, al que se aplican los principios de base del derecho internacional clásico: la libertad de intercambios y la soberanía de los Estados Nacionales. Estos principios tienen un objetivo preciso: la coexistencia pacífica de los Estados. Sin embargo, en nuestros días otros asuntos, aparte de la coexistencia pacífica, interpelan a la humanidad entera en lo que concierne al agua dulce: la contaminación de los ríos, lagos, lagunas y humedales, los grandes trasvases, los consumos excesivos de agua y la degradación universal de esta materia esencial para la vida en la Tierra. El hecho de que más de un millón y medio de seres humanos se encuentren excluidos del acceso al

agua en el mundo, se ha convertido en un enorme desafío para la justicia en el mundo. El estatuto de recurso natural aplicado al agua, impide resolver los problemas que enfrenta la humanidad con relación al agua dulce, tanto en términos de su conservación, como en términos de su distribución.

En estos momentos, la ausencia de una calificación, de estatuto, y sobretodo de una jerarquía en los usos del agua, proporciona a la lógica económica su carácter dominante, pues es en este terreno en el que han sido definidos los recursos naturales. Mantener al agua bajo el simple estatuto de recurso natural nos conduce directamente a la creación de las bolsas o mercados del agua, tal y como existen para el petróleo o los productos mineros. La construcción de un estatuto mundial del agua deberá considerar la naturaleza vital e insustituible del agua, ya que sin una regulación internacional estructurada y coherente la hipótesis del Mercado se impondrá inevitablemente.

Si la conservación y la redistribución que garantice el acceso universal al agua son los objetivos que se persiguen a escala internacional, es necesario pensar en un estatuto que a la vez impida la apropiación, proteja contra la degradación y el despilfarro y permita la redistribución.

**BIEN COMUN, BIEN PUBLICO, PATRIMONIO COMUN, RES PUBLICA;
SENTIDO Y CONSECUENCIAS DE LOS CONCEPTOS UTILIZADOS.**

"Dos concepciones de bienes públicos mundiales se oponen, que nos conducen a dos mundos diferentes: el del mercado y el del patrimonio común universal" J. Gabas y P- Hugon, 2001)

El agua dulce y el ciclo hidrológico confrontan las normas fundamentales más evidentes: supervivencia de la especie humana y más ampliamente, la de la biosfera, por un lado, en tanto tratamos con uno de los ciclos reguladores vitales, y el respeto a las libertades humanas, por otro lado, ya que el acceso al agua es esencial para una vida con dignidad.

Si el estatuto de recurso natural impide encontrar una respuesta adecuada, el derecho internacional no tiene por el momento gran cosa que ofrecer. Conceptos tales como bien común o bien

público, cuyo sentido y significado varía según las culturas, las tradiciones jurídicas, las disciplinas, no existen realmente en el derecho internacional; tienen un sentido muy preciso sólo según el contexto en el que se aplican. De acuerdo con E. Le Roy, 2001, Las expresiones "bienes comunes" o "bienes públicos" carecen de sentido debido a la definición dada a la palabra "bien" por los juristas (....) Han impuesto la distinción siguiente entre "cosa" y "bien": una cosa no se convierte en un "bien" si no reúne dos condiciones: tener un valor pecuniario y ser susceptible de apropiación, en el sentido de alienación (...) El término de "bienes públicos" es por lo tanto inadecuado si se trata de reaccionar a la invasión de la lógica del mercado (...) En su acepción jurídica ordinaria, la noción de "bien" implica la mercantilización". En singular, el bien, particularmente el bien común, muy señalado por la tradición cristiana en el nombramiento de las finalidades de las comunidades desde el punto de vista moral, que puede servir de justificativo a casi todas las ideologías. Tiene una cierta equivalencia con otra palabra que pretende tomar distancia de la moral, pero persigue los mismos fines: interés, común, colectivo, pero no está exento de ambigüedades.

El calificativo aplicado al sustantivo "bien" da lugar a interpretaciones múltiples: ¿común o público? El sentido y la cobertura varían según se sitúe en el plan económico o político. En el pensamiento económico los términos común o público tienen un significado específico; este último designa aquellos bienes cuyo uso por unos ciudadanos no limita el uso de otros, situación de no-rivalidad y de no-exclusión, mientras que el calificativo de común se aplica generalmente a los bienes que tienen la característica principal de los bienes económicos, es decir: la escasez. En el plan político, la calificación de público, más que la de común o colectivo, presupone la definición política en un espacio público, de esas cosas o de ese bien-finalidad; espacio público donde la palabra "público" designa al mundo en lo que nos es común a todos y se distingue del lugar que poseemos individualmente (...) para vivir juntos en el mundo" (H. Arendt, 1988)

Existe en la tradición anglosajona el término de público que califica el trust, destinado a sobrepasar a la propiedad y a designar un guardian, para un en-común universal, inalienable aún para el Estado, incluso si históricamente este universal estaba restringido a la comunidad nacional. Se pueden observar las dificultades que existen al utilizar conceptos o estatutos ya existentes para conseguir nuestros objetivos y se pueden también analizar otros. Así, de la identificación de un interés público universal se podría deducir el patrimonio público universal, donde el patrimonio

conserva la idea esencial de la transmisión, en tanto que patrimonio-fin; donde lo universal, que no admite la exclusión, pueda ser reivindicado por cualquier ser humano, más allá de la dificultad de representar la humanidad, y dónde lo público contiene mas claramente la idea de una determinación política legítima.

Es posible concebir al agua dulce como una res pública, ya que el término latino de res - cosas - excluye la apropiación: "Las cosas de las cuales uno se puede apropiar son los bienes", y que en este concepto antiguo, la legitimidad política toma toda su dimensión.

En todos los casos, sin embargo, la idea central de esta nueva perspectiva frente a la lógica del mercado, permanece la de dotar al agua de un estatuto jurídico mundial que la sacralice, en el sentido que la excluya y la proteja de la libertad contractual: " Así el derecho sacraliza a la persona humana cuando proclama su indisponibilidad, o el medio ambiente, cuando lo sustrae de las leyes del mercado" (N. Rouland, 1991)

Los defensores de esta nueva perspectiva para el agua dulce (Foro Alternativo Mundial del Agua, Taller No. 2, L'Eau Chose Public, Ginebra , Suiza, marzo de 2005) fundamentan la reivindicación de un estatuto específico para el agua en el plano internacional, en los cinco principios que retoman en lo esencial los que describe Ricardo Petrella en su presentación sobre "el derecho al agua para todos" ante el parlamento belga en octubre de 2004:

1. El agua es un elemento irremplazable y esencial para la vida. Esta primera característica confiere al bien público una dimensión sagrada, en franco contraste con la tendencia actual a reducir todo a mercancías. En todas las culturas del mundo, el agua ha sido reconocida como sagrada e identificada como fuente de la vida, y como la vida misma.

2. Un bien público implica responsabilidad colectiva. Ya que es esencial e irremplazable, únicamente los poderes públicos pueden ser responsables en un contexto de solidaridad. Una sociedad es solidaria mientras está compuesta por ciudadanos responsables frente a la vida de los demás, del conjunto de la sociedad y de las generaciones futuras.

3. La existencia de un bien común traduce la presencia de una autoridad pública, de un poder público legítimo que funda el poder jurídico, legal. Después de la Revolución Francesa la legitimidad de la autoridad política se deriva del pueblo. De esta forma, la res

publica ha sido crecientemente asociada a la soberanía nacional, expresándose en la propiedad, la gestión y el control del bien público. La idea de la soberanía del pueblo (de la nación) se ha enriquecido progresivamente por la de democracia, por lo cual el pueblo ejerce su poder de manera directa y/o representativa, y por la de los derechos humanos.

4. La integración de los tres regimenes de propiedad, de gestión, y de control bajo la responsabilidad de los poderes públicos es lógica e inevitable para que la autoridad y la soberanía popular puedan ser ejercidas efectivamente.

5. Un bien público se somete a las reglas de la democracia, al menos en las sociedades que se definen como tales. La democracia no se aplica a los bienes privados y mercantiles. El mercado es extraño a la democracia, como lo es a los derechos que, para él, no existen.

OTRA PERSPECTIVA JURÍDICA DEL AGUA

La formidable amenaza que significa la lógica económica para la conservación del agua y el libre acceso al agua limpia nos obliga, sin embargo, a buscar fundamentos jurídicos a mayor profundidad con el fin de encontrar una perspectiva jurídica verdaderamente alternativa.

De acuerdo con Ivan Illich, Jean Robert nos propone: Reescalar las políticas del agua. Volver a las fuentes de la comunalidad (commonality). Recuperar la "estructura profunda de la ley"(Water is a commons, Chap.. 4) Al sustituir a la resolución comunitaria de posibles conflictos ligados al agua por una administración distante, la "revolución sanitaria"(del Siglo XIX) estableció las bases para la pérdida de la estructura profunda de la ley que caracteriza a las legislaciones modernas, prescriptivas. Los proyectos del agua deben estar dirigidos a la recuperación de la "estructura profunda de la ley", esto significa, el nivel de interacción social en el cual la gente, al "llegar a acuerdos" en asuntos concretos centrales, crean los lazos que mantienen unidas a las comunidades. Entre tales asuntos centrales, el agua es primordial.

En su libro Water is a commons, Jean Robert nos informa que

Gianozzo Pucci ha escrito en Florencia un texto titulado Acqua risorsa o gratuita meraviglia que resume en pocas páginas mucho de esta perspectiva jurídica alternativa; extraemos una parte de su relato:

NI PÚBLICO, NI PRIVADO: COMÚN

..... En una época en la que el dominio publico se ha rendido a la privatización¿ qué significado puede tener la frase "el agua es pública?¿ qué significado puede tener para los sabios de mi pueblo?(... Tan lejos como pueden llegar las memorias, el derecho del caminante a beber de los manantiales que eran potables naturalmente ha sido reconocido por todos los pueblos, aun los más bárbaros. Este derecho está basado en los supremos valores de las sociedades preindustriales, como:

- · libertad igual a todos los seres humanos, que requiere que el agua sea libre, pues los ricos de acuerdo con su sed no pueden beber más que los pobres.
- · la fundamental gratuidad que es- en tanto que cada uno de nosotros nació gratuitamente-el principio en torno al cual está fundada la naturaleza.

El retiro del uso libre de toda el agua de la colina de mi pueblo fue resentida por todos los viejos habitantes de mi pueblo como un intolerable ataque a sus costumbres, un robo, una nueva calamidad, una ofensa a su solidaridad, un caso de mal de ojo.

Tal vez tres cosas puedan ayudarnos a resolver estas preguntas:

- · un breve análisis de la relación entre lo

- publico y lo privado en los últimos siglos;
- · una definición de los conceptos "recurso" y "contaminación" en las sociedades industriales avanzadas;
 - · una clarificación de la naturaleza jurídica, física y social del agua

EL GENOCIDIO DE LA GRATUIDAD

Lo "público" y lo "privado" son dos mitades que resultan de la partición del viejo derecho a la posesión comunitaria de los elementos naturales que se estima son necesarios para la subsistencia. La tradicional ley de los comunes garantizaba el acceso a estos elementos, a los más pobres y a los más débiles, y al hacer esto se protegían a estos elementos, lo que en esencia consistía en el libre acceso a estos elementos. Tradicionalmente, tomar en cuenta la libertad de acceso de los más débiles a los elementos comunes, implica también el cuidado gratuito del medio ambiente. Por esta razón creo que el discurso ambientalista no tiene ningún futuro, si no parte de nuevo de este concepto:

- · al ligar el cuidado de la Naturaleza con la libertad de acceso a las fuentes de la subsistencia de los pobres,
- · al redescubrir los " commons" y establecer una política para su recuperación.

Cuando los "commons" se polarizan en dos mitades, creando lo público y lo privado, las acciones inspiradas por uno u otro polo son igualmente destructivas para los derechos comunitarios, y como no existe buena vigilancia de sus localidades, también para la Naturaleza misma. Existen periodos en los cuales el dominio público parece triunfar y todo se nacionaliza a un enorme costo para las localidades. Luego, vienen los tiempos en los que, por

reacción, todas las soluciones parecen estar en la esfera de lo privado, como ha sucedido en los últimos años. Pero en lo que concierne al agua que fluye libremente por el territorio, ambas modalidades tienden a causar un grave daño a la relación social y a los elementos naturales. El abuso privado del agua acarrea el confinamiento de los manantiales, la contaminación y la erosión de las pendientes de las montañas y la perforación indiscriminada de pozos a creciente profundidad. El público da testimonio de esta degradación con indiferencia, negándose a recurrir a los instrumentos a la mano para la defensa de los valores originales y los derechos de los más débiles, los que naturalmente respondían a los valores ligados al medio ambiente y a las raíces profundas de la solidaridad.

Los abusos del poder público contra las poblaciones locales han tenido igualmente efectos desastrosos. Afirmar que el agua es pública equivale en los hechos a dar poder sobre nuestra agua a una persona en la capital del país, lo que significa alguien muy lejano, mucho más dispuesto a llegar a acuerdos con los poderes fácticos y a ignorar a los más humildes del territorio involucrado. La guerra que se ha librado contra los mundos indígenas y campesinos de Europa tuvo y aún tiene características de genocidio cultural y biológico que ha eliminado grupos étnicos enteros, pero, también, una inmensa variedad de plantas, animales y tipologías de elementos naturales (cuando un manantial o un bosque se contaminan, para los que viven cerca de ellos, equivale a la desaparición del pan y los frutos).

Existe una connivencia fundamental entre la esfera del dominio público y la del privado: aunque se pelean entre ellos por la cuestión de "quién es el jefe" , ambos están de acuerdo en quitarle la tierra a la gente de humilde condición. Tal parece como si una asociación de abogados profesionales trabajaran mundialmente para eliminar sistemáticamente los legados legales de la Cristiandad, del Islam, de los Vedas y de otras grandes tradiciones que fundaron la ley sobre los derechos de los pobres..... Eliminar la gratuidad del agua naturalmente potable constituye un nuevo capítulo de la eliminación de las condiciones esenciales para que la mansedumbre sea una virtud.

DEL AGUA COMO UN COMMONS AL AGUA COMO UN RECURSO: EL

ADVENIMIENTO DE LA CONTAMINACIÓN INDUSTRIAL

Cuando la gente experimenta el agua como un commons, la consideran un elemento que tiene sus propios límites. Muy necesaria para la subsistencia, sin embargo, no se le considera, aunque sea limitada, como escasa en el sentido económico estricto. La abolición del agua como un commons inaugura un nuevo orden ecológico. No solo se transfiere todo el control a estructuras burocráticas y procesos mentales abstractos, también se concreta un cambio radical en la actitud de los seres humanos frente a la Naturaleza. El agua pierde su naturaleza, su sabor. El agua, que era un regalo de la Naturaleza, se convierte en H₂O.....

La transformación del agua comunitaria en un recurso para las actividades productivas es la forma más radical de degradación ambiental y el origen material de la contaminación y de la proliferación de la escasez del agua naturalmente potable, lo que constituye la verdadera miseria hídrica del hombre contemporáneo.

LA PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA FÍSICA Y JURÍDICA DEL AGUA COMO UN DEBER PÚBLICO HACIA LOS HUMILDES Y EL MEDIO AMBIENTE

En la Naturaleza, las características cualitativas y cuantitativas del agua están asociadas a un lugar concreto: es la cantidad y la calidad que existe en ese lugar como en ningún otro la que debe definir los derechos de sus habitantes. Poner esta situación en sentido contrario no puede sino iniciar un círculo de escasez que nunca se cierra..... Los diversos habitantes de la Tierra tienen derechos de agua diferentes de acuerdo con su lugar de residencia..... Los verdaderos derechos del agua de aquellos cuyas tradiciones dan acceso a fuentes deben considerar la adaptación fisiológica lo que la legislación puede considerar como no potable, puede ser potable para ellos y mejor que el agua tratada por medios tecnocráticos.

El agua tiene por la tanto la naturaleza jurídica de un derecho civil o... de una libertad cívica de acceso. Los derechos cívicos de esta clase no pertenecen ni a los partidos del estado, ni a los privados. Por el contrario, son parte de los derechos de posesión de cualquier comunidad de residentes de una misma cuenca. Los derechos del agua son por lo mismo los derechos específicos de "los que comparten la misma agua". Mientras más se respeta el agua , mas los residentes se sienten dispuestos a limitar sus necesidades, de acuerdo con las calidades y cantidades locales.

Las condiciones de un bien cívico -esto es: aquello que la comunidad considera bueno- es consubstancial.... con las leyes físicas del agua: el agua es la única sustancia que en su ciclo continuamente pasa a los estados liquido, sólido y gaseoso. En cada cuenca existe una expresión de que en su conjunto el agua siempre tiene una cantidad finita; lo único que el ser humano puede hacer es variar la intensidad o "velocidad" de su auto depuración.

POLÍTICA DEL AGUA

A la luz de esta consideraciones es posible reconocer ciertas guías para el mejor uso del agua:

- Aumentar la capacidad y la intensidad de la auto depuración natural del agua
- Proteger la gratuidad de los usos legítimos y tradicionales del agua, extendiéndolos a usos de poco peso económico, pero de gran significado cultural y energético
- Reconfirmar los derechos de posesión de las comunidades de residentes y ribereños sobre las fuentes de agua y demandar al estado y a los poderes locales que sean un escudo y una garantía de estos derechos.

- Fiscalizar de una manera conspicua y con tarifas progresivas, a todos los grandes consumidores de agua, sean públicos o privados, de manera que el despilfarro se vuelva muy costoso para el despilfarrador.
- Reconstruir en cada cuenca la matriz de auto depuración, evitando la separación de la gestión del agua que se paga de los demás elementos esenciales para el ciclo: bosques, pendientes de montañas, parteaguas, redes hidrográficas, etc
- Fijar para cada cuenca un techo máximo, es decir: racionar el agua de acuerdo con la capacidad local de autodepuración del agua y el uso correcto de las pendientes de las montañas y los pozos.
- Promover formas de tecnologías de depuración que involucran a la gente y las hacen responsables, al mejorar su cultura hídrica.
- Finalmente, pero no menos importante, dejar correr grandes cantidades de agua sin tuberías por el territorio.

Este es el recuento de Pucci que nos abre otra perspectiva jurídica del agua: recuperar la estructura profunda de la ley; recuperar la sensatez jurídica. Es urgente salir de la trampa Estado-Mercado.

La crisis hídrica que padecen un número creciente de países, producto directo del aumento en el uso de excusados ingleses, lavados a presión, bombas, tuberías y drenajes de gran diámetro; producto de la aplicación de los conceptos de Estado y Mercado, obliga a repensar las premisas jurídicas en las que se fundó el mundo moderno, si es que queremos que la especie humana

tenga un futuro. La política y la legislación nacieron con los problemas del agua.

Ing. Miguel Valencia Mulkay