

**ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD
DEL ARTÍCULO 37 BIS DE LA LEY DE AGUAS NACIONALES.**

**PROYECTO DE TESIS QUE PARA OIBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA A CONSIDERACIÓN DEL DR.
ARMANDO SOTO FLORES**

JULIÁN FLORES RUBIO



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 37 BIS DE LA LEY DE AGUAS NACIONALES.

Introducción	Página
CAPITULO PRIMERO	
1. Reseña Histórica de la Regulación del Agua en México	1
1.1 Época Prehispánica	1
1.2 Época Colonial	4
1.3 México Independiente	5
1.4 Constitución Federal de 1824	6
1.5 Las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y las bases Orgánicas de 1843	6
1.6 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857	6
1.7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917	8
CAPITULO SEGUNDO	
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	11
2.1 Características de las Aguas Nacionales	13
2.1.1 Inalienabilidad	13
2.1.2 Imprescriptibilidad	14
2.1.3 Inembargabilidad	15
2.2. Concesión	16
2.2.1 Modalidades de la concesión	18
2.2.2 Naturaleza jurídica de la concesión	19
2.2.3 Destino de la concesión	20
2.3 Ley de Aguas Nacionales	21
2.4 Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales.	38
2.5 Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua	38
2.6. Ley General de Bienes Nacionales	42

CAPITULO TERCERO

Clasificación de las Aguas Nacionales	46
3. Aguas Nacionales	46
3.1 Superficiales y del Subsuelo	47
3.2 Cuenca Hidrológica y Acuífero Geohidrológico	47
3.3 Zonas de Veda, Zona Reglamentada, Zona de Reserva	48
3.4 Título de Concesión	50
3.5 Caducidad de Volumen	52
3.6 Transmisión de Derechos	54
3.7 Derecho del Concesionario para Trasmitir Derechos	55
3.8 Omisión de la Autoridad de expedir los Decretos de Reserva y Zonas Reglamentadas	55
3.9 Zonas de Libre Alumbramiento en Acuíferos Declarados en Veda	55

CAPITULO CUARTO

Análisis del Artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales a la Luz de los Artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.1 Análisis del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales	60
4.2 Orden Público	72
4.3 Interés Público	73
4.4 Inconstitucionalidad del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales	79
4.5 Agua: Asunto de Seguridad Nacional	88
4.6 Problemática en la Regulación de los Bancos de Agua	90
4.7 Problemática en la implantación de los Bancos de Agua	96
4.8 Propuesta de Reforma a la Ley de Aguas Nacionales	105
Conclusiones	106

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Muchas veces se ha afirmado que para entender correctamente el presente, es necesario conocer el pasado y de esta manera proyectar el futuro.

Lo anterior se reitera cuando se estudia la Ley de Aguas Nacionales, la cual presenta diversos problemas en su aplicación, incluso desde la definición de conceptos. Ello se debe a que los legisladores al reformarla han omitido cuidar que sea congruente con las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, así como analizar su evolución histórica, para conocer las causas que motivaron su expedición, a fin de que responda efectivamente a las necesidades del orden social y con ello garantizar su eficacia.

Nuestro estudio tiene por objeto el análisis y consideraciones sobre la inconstitucionalidad del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales, la cual es reglamentaria del Artículo 27, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y regula la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales, cuyas características por ubicación geográfica y geohidrológica se dividen tanto en superficiales como del subsuelo.

Mediante el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de abril de 2004, se crea la figura jurídica de los Bancos de Agua, cuya operación se deja a cargo de particulares, los cuales incluso podrán fijar su precio. Lo anterior resulta violatorio de los artículos 25, 27 y 28 de nuestra Constitución Política; toda vez que una actividad estratégica y materia de seguridad nacional como lo son las aguas nacionales es exclusiva del Estado.

En el presente estudio, se analizan las reformas hechas al Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales del 30 de noviembre de 2006, específicamente al apartado de la Comisión Nacional del Agua, como

órgano administrativo desconcentrado de aquella, que en su nueva estructura incluye a las Coordinaciones de Bancos de Agua. También se estudia el tema relacionado con la clasificación de aguas nacionales tanto superficiales como subterráneas; las comprendidas en zonas declaradas en veda, zonas reglamentadas y zonas de reserva.

En virtud de la problemática de la implantación de los Bancos de Agua, se indica la conveniencia de ciertas reformas, para que se perfeccione nuestra legislación en esta materia, con objeto de detener la inmoderada explotación, que de seguir, provocará sequía en todo el territorio nacional con las graves consecuencias que ello implica.

El análisis y consideraciones sobre la inconstitucionalidad del artículo 37 de la Ley de Aguas Nacionales, se efectuará en cuatro capítulos. En el primero se realiza una reseña histórica de la regulación del agua en México; en el Segundo se estudia la regulación constitucional y legal del agua en México; en el Tercero se efectúa la clasificación de las aguas nacionales, entre las que se incluyen las superficiales y del subsuelo; cuencas hidrológicas y acuíferos geohidrológicos, zonas de veda, reglamentadas y de reserva, así como las de libre alumbramiento; en el Capítulo Cuarto se plantea la inconstitucionalidad del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales, considerando los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para ello se define a las áreas estratégicas; se analiza a la aguas nacionales como materia de seguridad nacional y se detalla la problemática en la regulación e implantación de los bancos de agua, y por último se presentan las conclusiones.

CAPITULO I

1. Reseña Histórica de la Regulación del Agua En México

1. 1 Época Prehispánica.

La tradición legislativa sobre las aguas nacionales ha sido profusa y prolongada a través de nuestra historia, su difusión, investigación y enseñanza han sido soslayadas, principalmente entre los profesionales del derecho, al grado que podría afirmarse que su conocimiento ha sido casi exclusivo del dominio de ingenieros y de un muy reducido número de abogados que han tenido que intervenir en la solución de los problemas hidráulicos que día a día se presentan en diversos aspectos en todo el territorio nacional.

Investigaciones realizadas en obras de cronistas e historiadores del México antiguo y de la Nueva España, no permiten localizar disposiciones específicas sobre las aguas, no obstante que los imperios que poblaron el México precolombino, sobre todo las culturas Olmeca, Maya, Zapoteca, Tolteca, Azteca, Texcocana entre otras, obedecían a un orden político y tenían sus leyes autóctonas consuetudinarias no escritas, de tradición oral y reveladas de generación a generación, sin dejar de considerar sus códigos y pinturas.

Algunos historiadores ante la ausencia del derecho escrito de los naturales del territorio mexicano se concretaron a negar la existencia de sus leyes, sin embargo en contra de tales opiniones son de mencionarse a modo de ejemplo, particularmente, las ochenta leyes expedidas por el Huey Tlatoani Texcocano Nezahualcoyotl reveladas a la publicidad por su tataranieta, el historiador Fernando de Alva Ixtlixochitl; resultando interesante y oportuno mencionar que aquellos pueblos estaban sujetos a señores particulares y todo el Estado a un supremo jefe, que era el Rey que con gran autoridad y sumo respeto eran atendidas sus decisiones aún cuando estas leyes no estaban escritas se

perpetuaba su conocimiento en la memoria de los hombres, en su tradición y en sus pinturas, en donde no había súbdito que no conociera las mismas, dado que los padres de familia e instructores en las escuelas las enseñaban a sus hijos y alumnos, para evitar su violación y en consecuencia prevenir el castigo. Las pinturas representaban en si las leyes sin duda infinitas sobre ordenamientos normativos de conducta que garantizaban el óptimo desarrollo, desempeño y aplicación en bien común del recurso vital. Sin embargo su estudio ha sido limitado por expertos en antropología o arqueología, a los que se dejan dichos aspectos.

No obstante la falta de documentos respecto a la legislación de nuestros antepasados precolombinos, no hay duda alguna, en que los antiguos pobladores de México, contaban con ellas, máxime cuando consideraban a dicho recurso como producto de una deidad; al considerar a este elemento como vital para todo ser viviente, siendo los hombres los principales administradores del mismo, y por tanto obligados al cuidado y preservación de su calidad y cantidad, encargados a su vez de mantener en beneplácito a la deidad que les otorgaba la gracia del aprovechamiento.

Como ejemplo de la importancia que daban al recurso, encontramos deidades como CHAC, TLALOC entre otros; lo que hace suponer que si dentro de sus sistemas teocráticos divinizaban el agua, dicho liquido era considerado divino, y por tanto un “res nullius” o “res comunes” , es decir de uso público o uso común, no susceptible de apropiación exclusiva o privativa, estando siempre bajo los designios del Soberano o Sumo Sacerdote, sin que existiera particularmente un régimen legal de la propiedad o dominio de las aguas.

Es innegable destacar, que aún cuando no se tuviesen leyes escritas, nuestros antepasados dejaron como legado diversas muestras palpables de su adelantada ingeniería en utilización, distribución, control, abastecimiento, prevención y control de inundaciones, construcciones de acueductos, acequias, presas, y repartición en

riego, inclusive inventores del sembradío sobre el agua (chinampas). Por la importancia del recurso vital denominaron regiones de acuerdo a su asentamiento, como el caso del “Anáhuac” cuyo vocablo significa “Junto al Agua”, como fuera conocida la región habitada por los Aztecas, muestra indiscutible de conceptualizar la idea de vida “junto al agua” o “cerca de ella”, asimismo se servían del agua para la pesca, la navegación, sobre los bien trazados canales y acueductos que maravillaron a los conquistadores a su entrada a la Gran Tenochtitlán.

Algunos historiadores como Fray Bernardino de Sahún en su obra “Historia General de las Cosas de Nueva España”¹, nos regala una serie de clasificaciones respecto a este vital liquido, expresando que “el agua de la mar se le llama teotatl, y no quiere decir dios del agua, ni dios agua, sino agua maravillosa en profundidad y grandeza; llámase también ilhuicaatl, que quiere decir agua que se juntó con el cielo, porque los antiguos habitantes de esta tierra pensaban que el cielo se juntaba con el agua en la mar, como si fuese una casa; que el agua son las paredes y el cielo está sobre ellas; también se le denominaba ueyatl, o neyeucatlán, que quiere decir, grande, temerosa y fiera, llena de espumas de olas y de montes de agua, agua amarga, salada y mala para beber, donde se crían muchos animales que están en continuo movimiento. A los ríos grandes llaman atoyatl, que quiere decir, agua que va corriendo con gran prisa; los antiguos de esta tierra decían que los ríos todos salían de un lugar que se llama tlalocan, que es como paraíso terrenal, el cual es lugar de un dios que se llama Chalchihuitlicue, y también decían que los montes que están fundados sobre él, que están llenos de agua, y por de fuera son tierra, como si fuesen vasos grandes de agua, o como casas llenas de ella, y que cuando fuere menester se romperán los montes y saldrá el agua que dentro está, y anegará la tierra...”

¹ Sahagún de Fray Bernardino, “Historia General de las Cosas de la Nueva España”, Editorial Alfa, p. 472.

1.2 Época Colonial

A partir del año 1521 en que fuese realizada la conquista y hasta el año de 1821 en que se consuma la independencia, la legislación de agua en el país tiene la influencia directa de la legislación española, formándose las instituciones que debían regirla, por tanto esta etapa legislativa es la que constituye el origen y la fuente histórica de nuestras leyes.

En esta época en que, como ya se mencionó, influyó en nuestra formación jurídica la legislación española, La legislación de Indias solamente contiene unos cuantos dispositivos relacionados con las aguas, pero remite a la vieja legislación española que por disposición expresa de las cédulas reales se aplicó durante toda la Colonia en nuestro territorio. Fundamentalmente, influyeron tres ordenamientos: el Fuero Juzgo, el Código de las Siete Partidas de Alfonso El Sabio y la Novísima Recopilación de la Leyes de España, de los siglos VII, XIII y XIX, respectivamente.

En esta legislación se encuentran varias disposiciones que regulan las aguas, que en opinión de Lánz Cárdenas² dichos cuerpos legales estaban profundamente influidos por la legislación musulmana, toda vez que España estuvo dominada durante ocho siglos por los árabes. Las aguas eran de la Corona y solamente se permitía su uso mediante mercedes reales (que en algunos países sudamericanos se siguen denominando así y en México se llaman concesiones)

El sistema de propiedad de las tierras y aguas mexicanas se pretendió fundamentar en la bula de Alejandro VI, Intercoetera, del año de 1493, emitida con motivo del descubrimiento de América para resolver los conflictos entre Portugal y España y por la cual se dividió el mundo entre las dos potencias, pasando a ser

² Lanz Cárdenas, José Trinidad, "Régimen Jurídico de las Aguas Interiores en México", en Modernización del Derecho Mexicano, Reformas Constitucionales y Legales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1993. p. 282.

propiedad de la Corona y de los monarcas españoles las tierras y aguas que al respecto se fijaban o señalaban en el decreto papal.³

Como antecedente relevante tenemos que en el año de 1761 fue publicado el Reglamento General de Medidas de Aguas, siendo éste el primer cuerpo legislativo en el país con una completa regulación sobre el agua, y en el que se reunían varias disposiciones de la legislación Española, entre ellas aquella que determina que todas las aguas son para uso público y común; por tanto no se presumen en cuanto a uso personal como propias; siendo la regalía un derecho de imperio que pertenece al monarca y sólo a él y no a otro alguno le compete el derecho de repartir las aguas; siendo nulas y de ningún valor las quasi-posesiones en las cuales se descubriere que la regalía no ha entrado en la distribución de la mano real; de lo anterior resulta una de las primeras clasificaciones del dominio eminente y directo del Monarca, en donde el uso público de las aguas deviene de un derecho natural, y el uso privado sólo podía hacerse mediante concesión o merced otorgada por el Monarca, ya que las aguas eran consideradas como bienes de la corona o realengos.

1.3 México Independiente

México instauro la forma federal en 1824, después de un largo periodo de coloniaje; sus referentes fueron la Constitución norteamericana de 1787 y la Constitución de Cádiz de 1812. Del examen somero de las Constituciones y su relación con las leyes específicas podemos puntualizar lo siguiente:

³ Ob. Cit. P. 283

1.4 Constitución Federal de 1824

Como se aprecia en el artículo 50, fracción II relativo a facultades del Congreso General, se desprende que tanto la Federación como los estados podían legislar en la materia de caminos y canales.

1.5 Las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y las Bases Orgánicas de 1843

Ambas Constituciones de corte centralista, no contienen ninguna disposición con referencia al tema del agua.

1.6 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857

No existe disposición expresa en el artículo 27 respecto de la propiedad de las aguas, sí se establece que la propiedad de las personas no puede ser ocupada sin su consentimiento, sino por causa de utilidad pública y previa indemnización.

La primera legislación que regula específicamente las aguas propiedad de la Nación ya en el México independiente, lo constituye el Código Civil de 1870, consecuencia del estudio, y recopilación del Lic. Justo Sierra O'Reilly; por orden del presidente Benito Juárez, Código que fuera autorizado por el Congreso el 8 de diciembre de 1870, para entrar en vigor el 1º de marzo de 1871, una vez restaurada la República perturbada por la intervención Francesa.

A continuación se mencionan las leyes expedidas en cuanto a la regulación del agua, posteriores al Código Civil de 1871:

La Ley de Vías Generales de Comunicación de 1888, solo se refería a las aguas en cuanto a su navegación y concesiones de energía. Cabe señalar, que a su amparo se otorgaron múltiples concesiones, sobre todo en la época porfiriana, respecto de compañías textiles que utilizaban el agua para generación de energía.

Decreto que revalidó las concesiones de los estados para utilizar aguas federales del 17 de diciembre de 1896.

Dentro de esta época, cabe mencionar también a los Códigos Sanitarios de 1891 y 1894, la Ley de Ocupación de Terrenos Baldíos de 1894, la Ley de Clasificación de Bienes Inmuebles de la Federación de 1892, los Códigos y Leyes Mineros de 1884, 1892 y 1909 y como ordenamiento más importante, con cierto orden y sistema, tanto en sus materias como en los órganos a quienes correspondía el manejo de las aguas, la Ley sobre Aprovechamientos de Agua de Jurisdicción Federal del 13 de diciembre de 1910.

En el año de 1902 fue promulgada la Ley sobre Régimen y Clasificación de Bienes Federales⁴, que es el antecedente inmediato de la Ley General de Bienes Nacionales; legislación que precisa por vez primera para el Derecho Hidráulico Mexicano, que las aguas consideradas como propiedad de la Nación eran inalienables e imprescriptibles, reguló en forma pormenorizada los usos de las aguas, prohibió su uso sin concesión o confirmación de derechos preexistentes; estableció el orden de preferencia en los usos dando reglas de clasificación objetiva para ello y de indiscutible orden público, consignó sanciones por faltas o delitos cometidos respecto de las aguas nacionales; estableció la caducidad de las concesiones por el no uso de las aguas y la reversión de los bienes relacionados, con las concesiones, resultando en este sentido inclusive más previsor y racional que la actual Ley de Aguas Nacionales.

⁴ Acosta Romero, Miguel, Segundo Curso de Derecho Administrativo, 2ª. Ed., México, Porrúa, nota 10, p. 339

En 1908 se reforma la Constitución, a fin de facultar al Congreso de la Unión para determinar cuáles eran las aguas de jurisdicción federal, así como para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las mismas.

En consecuencia se expide la Ley sobre Aprovechamiento de Aguas y Jurisdicción Federal de 1910, la que contempla la clasificación de las aguas, es de señalar que tenía ciertas deficiencias, siendo hasta el año de 1917 en que se expide la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyos artículos 27 y 123, consagran la conquista del movimiento nacional de libertad y justicia en pro de los derechos fundamentales, y por lo que toca a la regulación jurídica del agua, después de numerosas leyes y reglamentos, se modificó el concepto de la propiedad, a una función de naturaleza social, desarrollando el uso colectivo del agua, en primer término con respecto a la irrigación y posteriormente para la generación de energía eléctrica y fuerza motriz, usos públicos y domésticos; creándose por vez primera órganos específicos encargados de manejar el agua, previniendo su control y su administración en forma equitativa, con miras hacia el futuro para preservar y controlar en forma razonada el uso de este vital elemento de la naturaleza.

1.7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917

En el artículo 27 Constitucional, se establece el principio de que la propiedad de las tierras y aguas del territorio corresponde a la nación originariamente. Con la reforma al párrafo quinto de dicho precepto en 1945, se incluye a las aguas subterráneas.

En el año de 1926 es promulgada la Ley sobre Irrigación con Aguas Federales, instituyendo la existencia de un órgano específico con facultades para hacer los estudios y ejecutar obras de irrigación, como lo fue la Comisión Nacional de

Irrigación, antecedente directo de la Secretaría de Recurso Hidráulicos, actualmente Comisión Nacional del Agua.

Para el año 1929 se expide la Ley de Aguas de Propiedad Nacional, siendo más amplia en la definición de las aguas propiedad de la Nación, completando el régimen legal de las aguas y las competencias de los órganos del Estado encargados de su aplicación, la cual estableció la posibilidad de decretar vedas absolutas o relativas en las explotaciones de las aguas, así como la suspensión de trámites de solicitudes de concesiones, por el agotamiento de los recursos de las corrientes; y como dato importante limitó las posibilidades de las concesiones otorgadas para ventas de agua, y amplió las causas de caducidad de las concesiones⁵.

Dicha legislación fue reformada en el año de 1934, con la Ley de Aguas de Propiedad Nacional, reformada en los años de 1942 y 1952, vigente hasta el año de 1971.

La Ley Federal de Aguas de 1971, comenta Miguel Acosta Romero, abrogó cinco leyes, siendo éstas: La Ley de Aguas de Propiedad Nacional de 1934; la Ley de Riego de 1934; la Ley Federal de Ingeniería Sanitaria de 1947;⁶ la Ley de Cooperación para Dotación de Agua Potable a los Municipios de 1956,⁷ las cuales fueron codificadas en la referida Ley de 1971. Este ordenamiento fue reformado en 1986, como resultado de las reformas constitucionales al artículo 115, que

⁵ Hernández Rodríguez María de Lourdes, apunta en su trabajo titulado "Aspectos Legales del Agua en México y su Impacto en el Agua Subterránea", que es a partir de esta ley de 1929, que se incluye en el concepto de aguas nacionales, las de los manantiales que brotan en cauces, vasos ribera, playas y zonas marítimas de propiedad nacional y que fomenta la explotación de éstas, Revista Regiones y Desarrollo Sustentable, Año II, Colegio de Tlaxcala, pp. 116 y 117.

⁶ En esta ley se declaró de utilidad pública la construcción de obra de agua potable y alcantarillado del país, de esta manera, se justificó la intervención del Gobierno Federal en la Prestación de los servicios, desplazando a algunos municipios, según afirma Aboites Aguilar, Luis en su obra "El Agua de la Nación. Una historia política de México (1888-1946), México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 1988, p. 166.

⁷ Ibidem, p. 166. Esta Ley señala Luis Abortes, "Dio facultades al gobierno federal para participar en la administración de los sistemas de agua potable y alcantarillado, por lo menos mientras corría el período de recuperación del crédito otorgado..."

establece que compete al municipio la prestación de los servicios de agua potable, drenaje y alcantarillado; por lo tanto, los sistemas de agua potable y alcantarillado que dependían de la Secretaría de Recursos Hidráulicos, según comentario de Andrés Serra Rojas, quedaron a cargo de los municipios.⁸

En 1989, se crea la Comisión Nacional del Agua, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, la cual se había creado en 1976 al publicarse la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como las Secretarías de Pesca y Desarrollo Urbano y Ecología.

Con la expedición de la Ley Federal de Aguas, a su vez derogada por la actual Ley de Aguas Nacionales promulgada el 1° de diciembre del año 1992, la que sufrió una serie de reformas adiciones y derogaciones por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de abril de 2004; una de ellas forma parte de la materia del presente estudio, como lo es la conformación de la figura de Bancos de Agua.

⁸ Reseña don Jorge Fernández Ruiz, que la idea de servicio público llegó a México con la Constitución Gaditana, aunque pasó desapercibida; en la Constitución de 1824, si bien no se emplea la locución, sí se refiere a varias actividades que hoy son reconocidas como servicios públicos –educación y correos–, siendo la Constitución de 1857, donde sí se emplea el término y en la de 1917, se utiliza la locución con diferentes significados. Derecho administrativo (servicios públicos), México, Porrúa, 1995, pp. 24-26.

CAPÍTULO II

Regulación Constitucional y Legal del Agua en México.

2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con la Constitución de 1917, se inicia en México una nueva era de regulación jurídica del agua, caracterizada por la reivindicación del dominio eminente que, como queda dicho, el Estado mexicano ejerce sobre su territorio e implica la propiedad originaria como expresión de la soberanía, que no admite otro poder superior o igual al suyo, según se desprende del texto del artículo 27 Constitucional.

Afirma Jorge Fernández Ruiz, que el Constituyente de Querétaro diseñó un esquema tripartito de propiedad hidráulica, en primer lugar aparecen las aguas de propiedad nacional listadas en el párrafo quinto de dicho numeral; figuran luego las de propiedad particular, porque “cualquiera otra corriente de agua no incluida en la numeración anterior, se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atravesase”, y en tercer término las de propiedad de los estados de la Federación, las cuales vienen a ser aquellas que sin ser propiedad de la nación, su curso pasa de una finca a otra, por lo que en los términos del quinto párrafo in fine del citado precepto, su aprovechamiento “se considerará como de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los estados”⁹.

Para el presente estudio nos avocaremos a la determinación contenida en el párrafo quinto del numeral 27, de la Carta Magna que en lo conducente expresa:

“Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originalmente a la

⁹ Fernández Ruiz, Jorge, “Servicios Públicos Municipales”, México, INAP-UNAM, 2002, p. 202.

Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

...

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 permanente 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 de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas, en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite 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 más 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 fija la ley. 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. Cualquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la

propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizan en dos o más predios, el aprovechamiento de éstas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y 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, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales o substancias a que se refiere el párrafo cuarto...”.

Conforme versa el párrafo quinto del artículo 27 Constitucional¹⁰, corresponden originariamente a la Nación las aguas comprendidas en su territorio, cuyos derechos son inalienables e imprescriptibles; en donde además su explotación uso y aprovechamiento sólo podrá realizarse mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal.

2.1 Características de las Aguas Nacionales

2.1.1 Inalienabilidad

El término inalienabilidad proviene del latín *in*, partícula privativa y de *alienare*, enajenar, que es la calidad atribuida a ciertos derechos que los imposibilita de ser enajenados, de manera que no es posible que cambien de titular mediante cualquier acto jurídico entre particulares: como compra venta, donación, permuta,

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Duodécima Edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007.

cesión, subrogación, cualquier forma de gravamen (hipoteca, prenda, usufructo), o fideicomiso. La doctrina ha utilizado también la expresión “imposibilidad de transmisión de bienes o derechos personales”.¹¹

Miguel Acosta Romero señala al hablar de la inalienabilidad de los bienes de dominio público que “no son susceptibles de ser transmitidos, en todo o en parte, a los particulares y que su titular siempre será el Estado, mientras permanezcan en el dominio público; esto entraña una serie de efectos que son concomitantes, tales como la imprescriptibilidad y la inembargabilidad de esos bienes. Los entes públicos y los particulares únicamente podrán usar, aprovechar y explotar esos bienes, conforme lo determinen las leyes”.¹²

Para Urbano Farias, el carácter de inalienable quiere decir que están fuera del comercio, por lo que no pueden ser vendidas o cedidas, ni hipotecadas, ni puede constituirse sobre ellas ningún derecho real, ni realizarse sobre ellas ningún acto de aplicación de dominio¹³.

2.1.2 Imprescriptibilidad

Por otra parte, la imprescriptibilidad, de imprescriptible y éste, a su vez, del latín *in*, partícula negativa, y de *praescribo*, *preceptuar*, se traduce como la calidad de algunas relaciones jurídicas que no desaparecen por el mero transcurso del tiempo¹⁴.

La doctrina acepta, en general, la definición de prescripción contenida en el artículo 1135 del Código Civil que indica que es un medio de adquirir bienes

¹¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Porrúa, México, 2004 p.454.

¹² Acosta Romero, Miguel, “Teoría General del Derecho Administrativo”, 3ª. Edic., México, Porrúa. p. 558

¹³ Farias, Urbano, “Derecho Mexicano de Aguas Nacionales” México, Aldina, 1993, p. 49

¹⁴ Diccionario Jurídico Mexicano, p. 401.

(prescripción adquisitiva) o de librarse de obligaciones (prescripción extintiva), mediante el transcurso de cierto tiempo, y bajo las condiciones establecidas en la ley¹⁵.

2.1.3 Inembargables

Urbano Farias, señala que son inembargables; y por tanto, los jueces carecen de autoridad para trabar embargo y para proceder a su remate o ejecución, es decir, los particulares no pueden tener posesión sobre ellos que no derive de un título legalmente expedido que les permita su explotación, uso o aprovechamiento. Por lo tanto, no los pueden poseer los particulares con el propósito de que con el transcurso del tiempo se pueda obtener su propiedad por usucapión o prescripción adquisitiva¹⁶.

Para Serra Rojas el patrimonio del Estado puede ser dividido en diversos tipos, que forman una unidad: a) el intransmisible; b) el de inversión, y c) el de uso. ---De ellos, el primero tiene las características de imprescriptible, inalienable e inembargable. Estas características de los bienes de dominio público son, desde luego, entendibles si consideramos que son protecciones al Estado, que éste impone en ejercicio de su soberanía¹⁷.

En el régimen jurídico mexicano quedo establecida la función social de la propiedad, que León Duguit señaló a principios del siglo XX, en el artículo 27 Constitucional. Es en ejercicio de esta facultad constitucional que el estado mexicano fija las características de sus propios bienes. Al respecto, Urbano Farias afirma que a dicha propiedad se le pueden imponer las modalidades que dicte el interés público y expropiar por causas de utilidad pública y que en esto consiste el

¹⁵ Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, publicado el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928.

¹⁶ Farias, Urbano, Ob. Cit. P. 49.

¹⁷ Serra Rojas, Andrés, "Derecho Administrativo", 10ª., ed., México, Porrúa, 1981, T. II

principio que se desprende del primer párrafo del citado artículo 27 Constitucional¹⁸.

En consecuencia, podemos afirmar que en el artículo 27 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.

Una vez expuesto lo anterior, debemos considerar por tanto, que como bien nacional no puede ser apropiado por particulares, excepción hecha de aquellas que no cumplan con las características enunciadas en el propio numeral; a saber, aquellas subterráneas que puedan ser libremente alumbradas por no tener restricción alguna de veda, reglamento o reserva; y aquellas superficiales que se agoten por así decirlo, en el mismo predio donde brotan.

Ahora bien, la explotación, uso y aprovechamiento de las enunciadas en la ley fundamental, sólo podrá realizarse mediante Concesión, otorgada por el Ejecutivo Federal.

2.2. Concesión

La concesión puede otorgarse para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes que pertenecen al dominio público de la Federación o para prestar servicios públicos.

¹⁸ Farias, Urbano, Ob. Cit., p. 41

La base Constitucional para el otorgamiento de concesiones se encuentra en el artículo 28, en sus párrafos noveno y décimo que establece que el Estado sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

La palabra “concesión” tiene el significado de convenir a favor de algo que no se quiere o no se está de acuerdo, a fin de llegar a un resultado, su uso por la opinión pública o por el pueblo en general se concentra en la idea de un acto del Estado que otorga una cosa. Este último sentido lo recoge el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, que expresa: “Otorgamiento gubernativo a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones, disfrutes o aprovechamientos privados en el dominio público, según acontece en minas, aguas o montes, bien para construir o explotar obras públicas, o bien para ordenar, sustentar o aprovechar servicios de la administración general o local”.¹⁹

En la doctrina del derecho administrativo, el concepto que tienen los autores de la concesión administrativa es esencialmente coincidente. Gabino Fraga, Andrés Serra Rojas, Jorge Olivera Toro y Miguel Acosta Romero, apuntan sustancialmente los mismos elementos que integran el concepto. Serra Rojas dice. “es un acto administrativo público federal que confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público,

¹⁹ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 20. ed.

de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial”²⁰.

Para Acosta Romero, la concesión constituye un acto administrativo discrecional del órgano de la Administración Pública, que aplica en un caso concreto las disposiciones que regulan la materia de la concesión. Nada tiene de contrato ni de acto mixto²¹.

2.2.1. Modalidades de la Concesión

No todo campo de bienes o servicios puede ser objeto de concesión. No lo son el petróleo, los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos de minerales radiactivos; generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público; el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos; correos, telégrafos, radiotelegrafía, petroquímica básica, (artículos 27, párrafos Sexto y Séptimo y 28, párrafos Cuarto y Quinto, Constitucional).

Existen campos de concesión en que no pueden tomar participación los extranjeros, por ejemplo, en las concesiones de radio o de televisión; en las concesiones de prestación de servicios públicos en el Distrito Federal. (artículo 2º. Transitorio, de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, publicada el 30 de diciembre de 1994). A veces esa participación extranjera sólo puede ser minoritaria, como acontece en las concesiones mineras (artículo 11, de la Ley Minera, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 1992).

²⁰ Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, 9ª. Ed., México, Porrúa, 1979, Vol. II, p. 269.

²¹ Acosta Romero, Ob. Cit. P. 491

2.2.2 Naturaleza Jurídica de la Concesión

La concesión administrativa no es una merced ni una gracia del Estado, es una decisión de la administración pública regida por la ley. Es posible que el concesionario llegue a convenir con la administración en algo del contenido de la concesión: como es su régimen de tarifas, y a esto se debe que la doctrina piense que la concesión es un verdadero contrato y no una simple decisión unilateral del poder público. Pero aceptada la sola voluntad de la administración o ésta y la del concesionario, como origen y naturaleza de la concesión, que imprime cierta índole reglamentaria a esta última. En definitiva, la concesión administrativa, como decisión casi exclusiva del poder público.

El concesionario se subordina a las reglas de la ley que rige la concesión y se adapta a casi todas las condiciones que se fijan para y en el otorgamiento de la misma por la autoridad administrativa.

En relación con la naturaleza jurídica de la concesión se han desarrollado diversas teorías, distinguibles en tres vertientes: la contractual, la del acto administrativo y la del acto mixto. La teoría contractual, a su vez, registra dos versiones, la del contrato de derecho privado y la del derecho público. Respecto del contrato de derecho privado, ha caído en el olvido por considerar inadmisibles que el Estado pueda delegar sus facultades de derecho público mediante un contrato regido por el derecho privado; el contrato de derecho privado es generador de una relación jurídica compleja, con una parte reglamentaria reguladora de la organización y operación del servicio, y con otra parte consensual atinente al aspecto económico y financiero de la concesión.

La teoría del acto administrativo considera a la concesión como un acto unilateral del Estado para delegar en un particular la prestación de un servicio público sin que el concesionario pueda tener derechos frente al poder público, y por último, la teoría del acto mixto, que es la de mayor aceptación, se ubica en una posición

ecléctica entre las teorías contractuales y la del acto administrativo, interpreta a la concesión como un acto en parte reglamentario (organización y operación del servicio público) y en parte contractual (duración de la concesión, ventajas y utilidades del concesionario), ventajas y utilidades del concesionario), lo que predica de su doble naturaleza.

2.2.3 Destino de la concesión

En opinión de Nava Negrete durante la segunda mitad del siglo XX, particularmente en la década de los setenta, en efecto, el régimen de la concesión había perdido mucho terreno a favor del régimen de las empresas públicas; empero, cada vez con mayor énfasis ha disminuido el terreno para éstas y se han incrementado los ámbitos que son objeto de régimen concesionario, debido a diversos fenómenos y cambios en la política económica. Surge nuevamente el imperio de las concesiones administrativas, aumentan su caudal las autorizaciones y permisos administrativos, vigorizan su régimen los contratos y convenios administrativos, las sociedades mercantiles recobran su antiguo régimen privado, los servicios públicos de particulares recuperan viejos lauros, etcétera²².

En atención al nuevo escenario, también habrá que estudiar el régimen de concesión con base en las circunstancias y situaciones jurídicas que se presentan en las condiciones económicas actuales, que le otorgan mayor participación a los particulares y se acentúa la política de desregulación.

El régimen jurídico que regula la concesión y las relaciones entre la administración y el concesionario, es de derecho público y está constituido por el conjunto de normas establecidas en las leyes, los reglamentos, decretos, circulares y acuerdos

²² Nava Negrete, Alfonso, "Tendencias Actuales del Derecho Administrativo", Tendencias Actuales del Derecho, México UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1994, 2. 248.

que fijan precisamente, el régimen al que están sometidos la concesión, el concesionario y su actividad, así como los usuarios.

Para Acosta Romero, si el solicitante cumple con todos los requisitos, si tiene la capacidad general, técnica y financiera, otorga las garantías previstas y, si lo estima conveniente al interés general, otorgará la concesión mediante una decisión administrativa que se expresa a través de un acuerdo escrito, que contiene el Acuerdo firmado por el titular de la dependencia que lo expide²³.

En nuestra opinión tenemos que el Título de Concesión es el instrumento legal que concede derechos para la explotación, el uso y aprovechamiento de aguas nacionales, y otros bienes nacionales, como son, zonas federales, explotación de materiales pétreos, descargas de aguas residuales etc., por lo que hace al presente estudio, nos enfocamos únicamente a las concesiones por explotación, uso y aprovechamiento de aguas nacionales, sean superficiales o del subsuelo.

2.3 Ley de Aguas Nacionales

La Ley de Aguas Nacionales es reglamentaria del artículo 27 constitucional. Su artículo 1° 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 el 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 dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable.

²³ Ob. Cit. P. 498.

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 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 cuáles son los bienes nacionales a cargo de la Comisión; la inversión en infraestructura hidráulica; las infracciones y sanciones correspondientes.

El régimen de obligaciones 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 acuicultura, 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 acuicultura efectuadas en sistemas suspendidos en aguas nacionales, no requieren de concesión si no se desvían los cauces, 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 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.

Se establece la obligación de la Comisión de 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.

Los preceptos de la Ley Reglamentaria del Artículo 27, párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, de fecha 29 de abril del año 2004²⁴, que consideramos como soportes del presente estudio, son los que a continuación se transcriben. Sólo para acentuar la importancia de su contenido subrayaré aquellas disposiciones de la ley que guardan íntima relación con los temas que trato en el presente análisis o bien que son su fundamento. (artículos 1, 2, 3, fracciones I, II, IV, XIII, XVI, 6º, fracciones I, II, III, 14 Bis 5º, fracción I, 16, 18, 20, 22, 28, fracción IV, 29 Bis 3, fracción VI, 33 fracciones I, II, III, 34, 35, 36, 37, 37 Bis, 38, 42, fracción I)

²⁴ Ley de Aguas Nacionales. Talleres Gráficos de México. CNA., Mayo 2007.

LEY DE AGUAS NACIONALES

TITULO PRIMERO

Disposiciones Preliminares

Capitulo único

“Artículo 1. La presente Ley es reglamentaria del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de aguas nacionales; es de observancia general en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de orden público e interés social y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su calidad y cantidad para lograr su desarrollo integral sustentable.

Artículo 2. Las disposiciones de esta Ley son aplicables a todas las aguas nacionales sean superficiales o del subsuelo. Estas disposiciones también son aplicables a los bienes nacionales que la presente Ley señala.

...

Artículo 3. Para lo efectos de esta Ley se entenderá por:

I. “Aguas Nacionales”: Son aquellas referidas en el Párrafo Quinto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II. “Acuífero”: Cualquier formación geológica o conjunto de formaciones geológicas hidráulicamente conectados entre sí, por la que circulan o se almacenan aguas del subsuelo que pueden ser extraídas para su explotación, uso o aprovechamiento y cuyos límites laterales y verticales se definen convencionalmente para fines de evaluación, manejo y administración de las aguas nacionales del subsuelo;

III. ...

IV. “Aguas del subsuelo”: aquellas aguas nacionales existentes debajo de la superficie terrestre;

V. ...

VI. ...

VII. ...

VIII. ...

IX. ...

X. ...

XI. ...

XII. ...

XIII. ...

XIV. ...

XV. ...

XVI. “Cuenca Hidrológica”: Es la unidad del territorio, diferenciada de otras unidades, normalmente delimitada por un parte aguas o divisoria de aguas- aquella línea poligonal formada por los puntos de mayor elevación en dicha unidad-, en donde ocurre el agua en distintas formas, y ésta se almacena o fluye hasta un punto de salida que puede ser el mar u otro cuerpo receptor interior, a través de una red hidrográfica de cauces que convergen en uno principal, o bien el territorio en donde las aguas forman una unidad autónoma o diferenciada de otras, aún sin que desemboquen en el mar. En dicho espacio delimitado por una diversidad topográfica, coexisten los recursos agua, suelo, flora, fauna, otros recursos naturales relacionados con estos y el medio ambiente. La cuenca hidrológica conjuntamente con los acuíferos, constituye la unidad de gestión de los recursos hídricos. La cuenca hidrológica está a su vez integrada por subcuencas y éstas últimas están integradas por microcuencas.

...

Capítulo II

Ejecutivo Federal

Artículo 6. Compete al Ejecutivo Federal:

I. Reglamentar por cuenca hidrológica y acuífero, el control de la extracción así como la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo, inclusive las que hayan sido libremente alumbradas, y las superficiales, en los términos del Título Quinto de la presente Ley; y expedir los decretos para el establecimiento , modificación o supresión de zonas reglamentadas que requieren un manejo específico para garantizar la sustentabilidad hidrológica o cuando se comprometa la sustentabilidad de los ecosistemas vitales en áreas determinadas en acuíferos, cuencas hidrológicas, o regiones hidrológicas;

II. Expedir los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas de veda de aguas nacionales, en los términos del Título Quinto de la presente Ley;

III. Expedir las declaratorias de zonas de reserva de aguas nacionales superficiales o del subsuelo, así como los decretos para su modificación o supresión;

IV. ...

Capítulo III

Comisión Nacional del Agua

Artículo 9. “La Comisión” es un órgano administrativo desconcentrado de “la Secretaría” , que se regula conforme a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de su Reglamento Interior.

...

TITULO TERCERO

Política y Programación Hídricas

Capítulo único

Sección Primera

Política Hídrica Nacional

Artículo 14 BIS 5. Los principios que sustentan la política hídrica nacional son:

I. El agua es un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y asunto de seguridad nacional;

II. ...

TITULO CUARTO

Derechos de Explotación, Uso o Aprovechamiento de Aguas Nacionales

Capítulo I

Aguas Nacionales

Artículo 16. La presente Ley establece las reglas y condiciones para el otorgamiento de las concesiones para explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, en cumplimiento a lo dispuesto en el Párrafo Sexto del Artículo 27 Constitucional.

Son aguas nacionales las que se enuncian en el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El régimen de propiedad nacional de las aguas subsistirá aún cuando las aguas, mediante la construcción de obras, sean desviadas del cauce o vaso originales, se impida su afluencia a ellos o sean objeto de tratamiento.

Las aguas residuales provenientes del uso de las aguas nacionales, también tendrán el mismo carácter, cuando se descarguen en cuerpos receptores de propiedad nacional, aún cuando sean objeto de tratamiento.

Artículo 18. 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.

Para tales casos, el Ejecutivo Federal a iniciativa de “la Comisión” que se apoyará en las propuestas que elaboren los Organismos de Cuenca, publicará la declaratoria que se expida cuando se comprueben condiciones de sobreexplotación para acuíferos y unidades hidrogeológicas específicas, cuidando de deslindar cuando así se requiera, la aplicación de las disposiciones que se establezcan para acuíferos superiores, en relación con otras unidades hidrogeológicas que contengan acuíferos inferiores, acuícludos y acuitardos, existentes en la misma zona geográfica a distintas profundidades, en función de sus zonas de recarga y descarga, estratos geológicos que las contengan, condiciones de flujo y almacenamiento y comportamiento en relación con su uso y aprovechamiento. Para ello, “la Comisión” deberá

realizar, por sí o con el apoyo de terceros cuando resulte conveniente, los estudios y evaluaciones suficientes con el objeto de sustentar los deslindamientos referidos y promover el mejor aprovechamiento de las fuentes de aguas del subsuelo.

Conforme a las disposiciones del presente Artículo y Ley, se expedirán el reglamento para la extracción y para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales de los acuíferos correspondientes, incluyendo el establecimiento de zonas reglamentadas, así como los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas de veda o declaratorias de reserva que se requieran.

Independientemente de lo anterior, la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo causará las contribuciones fiscales que señala la Ley de la materia. En las declaraciones fiscales correspondientes, el concesionario o asignatario deberá señalar que su aprovechamiento se encuentra inscrito en el Registro Público de Derechos de Agua, en términos de la presente Ley.

Capítulo II

Concesiones y Asignaciones

Artículo 20. De conformidad con el carácter público del recurso hídrico, la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales se realizará mediante concesión o asignación otorgada por el Ejecutivo Federal a través de “la Comisión” por medio de los Organismos de Cuenca o directamente por ésta cuando así le competa, de acuerdo con las reglas y condiciones que dispone la presente Ley y sus reglamentos. Las concesiones y asignaciones se otorgarán después de

considerar a las partes involucradas, y el costo económico y ambiental de las obras proyectadas.

...

Artículo 22. "La Autoridad del Agua" deberá contestar las solicitudes dentro de un plazo que no excederá de sesenta días hábiles desde su fecha de presentación y estando debidamente integrado el expediente.

El otorgamiento de una concesión o asignación se sujetará a los dispuesto por esta Ley y sus reglamentos y tomará en cuenta la disponibilidad media anual del agua, que se revisará al menos cada tres años, conforme a la programación hídrica, los derechos de explotación, uso o aprovechamiento de agua inscritos en el Registro Público de Derechos de Agua; el reglamento de la cuenca hidrológica que se haya expedido, en su caso; la normatividad en materia de control de la extracción así como de la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas; y la normatividad relativa a las zonas reglamentadas, vedas y reservas de aguas nacionales existentes en el acuífero, cuenca hidrológica o región hidrológica de que se trate.

...

Capítulo III

Derechos y obligaciones de Concesionarios o Asignatarios

Artículo 28. Los concesionarios tendrán los siguientes derechos:

I. ...

II. ...

III. ...

IV. Cuando proceda en función de la reglamentación vigente, transmitir los derechos de los títulos que tengan, ajustándose a lo dispuesto por esta Ley;

V. ...

Sección Segunda

Extinción

Artículo 29 BIS 3. La concesión o asignación para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales sólo podrá extinguirse por:

I. Vencimiento de la vigencia establecida en el título, excepto cuando se hubiere prorrogado en los términos de la presente ley;

II. Renuncia del titular;

III. Cegamiento del aprovechamiento a petición del titular;

IV. Muerte del titular, cuando no se compruebe algún derecho sucesorio;

V. Nulidad declarada por “la Autoridad del Agua” en los siguientes casos:

...

VI. Caducidad parcial o total declarada por “la Autoridad del Agua” cuando se deje parcial o totalmente de explotar, usar o aprovechar aguas nacionales durante dos años consecutivos, sin mediar causa justificada explícita en la presente Ley y sus reglamentos.

Esta declaración se tomará considerando en forma conjunta el pago de derechos que realice el usuario en los términos de la Ley Federal de Derechos y la determinación presuntiva de los volúmenes aprovechados.

...

VII. Rescate mediante la declaratoria respectiva, de conformidad con la Fracción IV del Artículo 6 de la presente Ley, de la concesión o asignación por causa de utilidad o interés público, mediante pago de indemnización cuyo monto será fijado por peritos, en los términos previstos para la concesión en la Ley General de Bienes Nacionales.

VIII. Tratándose de distritos de riego, cuando sus reglamentos respectivos no se adecuen a lo preceptuado en la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias.

IX. Resoluciones firmes judiciales o administrativas que así lo determinen.

Capítulo V

Transmisión de Títulos

Artículo 33. Los Títulos de Concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, legalmente vigentes y asentados en el Registro Público de Derechos de Agua, así como los Permisos de Descarga, podrán transmitirse en forma definitiva total o parcial, con base en las disposiciones del presente Capítulo y aquellas adicionales que prevea la Ley y sus reglamentos.

Los títulos de concesión o permisos con carácter provisional para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, para su transmisión se sujetará a lo siguiente:

I. En el caso de cambio de titular, cuando no se modifiquen las características del título de concesión, procederá la transmisión mediante una solicitud por escrito presentada ante “la Autoridad del Agua” quien emitirá el acuerdo correspondiente de aceptación o no, así como la inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua.

II. En el caso de que conforme a los reglamentos de esta Ley, se puedan afectar los derechos de terceros o se puedan alterar o modificar las condiciones hidrológicas o ambientales de las respectivas cuencas o acuíferos, se requerirá autorización previa de “la Autoridad del Agua”, quien podrá, en su caso, otorgarla, negarla o instruir los términos y condiciones bajo las cuales se otorga la autorización solicitada, y

III. La presentación ante Registro Regional o Nacional, al tratarse de aquellos títulos que hubiese autorizado “la Autoridad del Agua”, a través de acuerdos de carácter general que se expidan por región hidrológica, cuenca hidrológica, estado o Distrito Federal, zona o localidad, autorización que se otorgará solamente para que se efectúen las transmisiones de los títulos respectivos, dentro de una misma cuenca o acuífero. Los acuerdos referidos deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

Cuando no se transmitan derechos o se modifique el título respectivo, si el titular de una concesión pretende proporcionar a terceros en forma provisional el uso total o parcial de las aguas concesionadas, se actuará conforme a lo dispuesto en el artículo 23 BIS y los reglamentos de la presente Ley.

IV.

V.

Artículo 34. “La Autoridad del Agua”, en los términos del reglamento aplicable y mediante acuerdos de carácter regional, por cuenca hidrológica, estado o Distrito Federal, zona o localidad, podrá autorizar las transmisiones de los títulos respectivos, dentro de una misma cuenca hidrológica o acuífero, mediando una solicitud fundada y

motivada siempre y cuando no se afecte el funcionamiento de los sistemas hidrológicos y se respete la capacidad de carga de los mismos

Los acuerdos a que se refiere este Artículo deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en los periódicos de mayor circulación en la región hidrológica que corresponda.

En los casos de transmisión de títulos a que se refiere el presente Artículo, la solicitud de inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua, se deberá efectuar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la autorización por parte de “la Autoridad del Agua” y hasta entonces dicha inscripción producirá efectos frente a terceros, siempre y cuando con antelación se haya efectuado el acto o contrato de transmisión.

El aviso o la solicitud de autorización de transmisión de derechos se harán en la forma y términos que establece la Ley para las promociones; además cumplirán con los requisitos que establezcan los reglamentos de la presente Ley.

Las autoridades competentes podrán otorgar la autorización, negarla o instruir los términos y condiciones bajo los cuales se concederá.

Tratándose de las transmisiones de derechos a que se refiere la Ley, el adquirente queda obligado a formular aviso y a acreditar ante las autoridades mencionadas, dentro de los quince días siguientes al aviso de transmisión o a la autorización que se otorgue, que se encuentra usando efectivamente el volumen de agua materia de la transmisión conforme el uso materia de la concesión o permiso de descarga.

La inscripción de la transmisión que se haga, no perjudicará y dejará a salvo los derechos de terceros.

Artículo 35. La transmisión de los derechos para explotar usar o aprovechar aguas del subsuelo en zonas de veda o reglamentadas, se convendrá conjuntamente con la transmisión de la propiedad de los terrenos respectivos y en todo caso será en forma definitiva, total o parcial.

Si se desea efectuar la transmisión por separado, se podrá realizar en la forma y términos previstos en los reglamentos de la presente Ley. En todo caso, existirá responsabilidad solidaria entre quién transmite y quien adquiere los derechos, para sufragar los gastos que ocasione la clausura del pozo que no se utilizará.

En ningún caso se celebrarán actos de transmisión de títulos de asignación de aguas nacionales.

Una vez efectuada la transmisión de derechos, "la Autoridad del Agua" expedirá, a favor del adquirente, previo aviso o autorización, el título de concesión que proceda.

Artículo 36. Cuando se transmita la titularidad de una concesión el adquirente se subrogará a los derechos y obligaciones de la misma.

Artículo 37. Serán nulas y no producirán ningún efecto las transmisiones que se efectúen en contravención a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 37 BIS. "La Comisión" podrá establecer definitiva o temporalmente instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisiones de derechos que se denominarán "bancos

del agua”, cuyas funciones serán determinadas en los reglamentos respectivos.

TITULO QUINTO

Zonas Reglamentadas, de Veda o de Reserva

Capítulo Único

Artículo 38. El Ejecutivo Federal, previos los estudios técnicos que al efecto se elaboren y publiquen, y considerando los programas nacional hídrico y por cuenca hidrológica y las necesidades del ordenamiento territorial nacional, regional y local, así como lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la presente Ley, podrá decretar el establecimiento de zonas reglamentadas, zonas de veda o declarar la reserva de aguas.

Adicionalmente, el Ejecutivo Federal podrá decretar como zonas de desastre, a aquellas cuencas hidrológicas o regiones hidrológicas que por sus circunstancias naturales o causadas por el hombre, presenten o puedan presentar riesgos irreversibles a algún ecosistema.

Artículo 42. Para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo en las zonas reglamentadas o de veda decretadas por el Ejecutivo Federal, incluso las que hayan sido libremente alumbradas, requerirán de:

- I. Concesión o asignación para su explotación, uso o aprovechamiento;
- II. ...

2.4 Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales²⁵.

Con relación al Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, es necesario precisar que éste, no ha sido reformado, no obstante lo dispuesto por el Artículo TRANSITORIO TERCERO del Decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de abril de 2004; que a la letra expresa:

“TERCERO. En un plazo no mayor de doce meses a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, se expedirán los Reglamentos referidos en el mismo.”

No obstante lo anterior, han transcurrido ya más de doce meses, sin que a la fecha haya sido expedido el nuevo Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, a través del cual se reglamentara lo dispuesto por el artículo 37 BIS de la Ley de Aguas Nacionales, referente a los Bancos del Agua; ante esto, no tenemos disposiciones que puedan ser sometidas a estudio.

2.5 Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua

El Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 21 de enero de 2003; que contemplaba el Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua, sufrió la derogación de los artículos 44 a 109, mediante el decreto publicado en fecha 30 de Noviembre de 2006; por medio del cual se reforma totalmente la estructura y funcionamiento de la Comisión Nacional del Agua, creándose nuevas áreas, y funciones;

²⁵ *Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales. Talleres Gráficos de México. CNA., 2007.*

entre éstas y por motivos del presente asunto contemplaré sólo las disposiciones que regulan lo concerniente a bancos del agua; ante ello transcribo los artículos relacionados al tema.

Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua²⁶.

“Artículo 1.- La Comisión Nacional del Agua, órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, tiene a su cargo el ejercicio de las facultades y el despacho de los asuntos que le encomiendan la Ley de Aguas Nacionales y los distintos ordenamientos legales aplicables; los reglamentos, decretos, acuerdos y ordenes del Presidente de la República, así como los programas especiales y asuntos que deba ejecutar y coordinar en las materias de su competencia.

Artículo 11.- Para el ejercicio de sus atribuciones y funciones la Comisión contará:

- I. ...
- II. La Subdirección General de Administración del Agua, a la que estarán adscritas:
 - a) La Gerencia de Servicios a Usuarios;
 - b)
 - c) ...
 - d) ...
 - e) ...
 - f) La Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos, Bancos del Agua y Control de Información;
- III. ...
- IV. ...

²⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2006.

Artículo 13.- Corresponden al Director General de la Comisión las siguientes atribuciones:

I. ...

II. ...

III. ...

XIII. Emitir acuerdos de:

a). ...

b) ...

c). ...

d). Regulación de las transmisiones de derechos a que se refiere la Ley de la materia, a nivel Nacional y Regional Hidrológico-Administrativo, por cuenca hidrológica, entidad federativa, zona o localidad, dentro de una misma cuenca o acuífero

e). Autorización de constitución de los Bancos del Agua a que se refiere la Ley;

f). ...

Artículo 24.- Corresponden a la Subdirección General de Administración del Agua las siguientes atribuciones:

I. ...

II. Autorizar los instrumentos administrativos a que se refiere el artículo 14, fracción V de este Reglamento en materia de:

a) Concesiones y asignaciones...

b) ...

c) ...

d) ...

p) Establecimiento, operación, otorgamiento y revocación de autorizaciones y registro de Bancos de Agua.

III. ...

IV. ...

X. Aprobar los proyectos de autorización para la constitución y funcionamiento de

Bancos de Agua; llevar el registro de estas autorizaciones y de sus modificaciones, así como el de su revocación;

XI. Dirigir el control de las operaciones reguladas de transmisión de derechos de agua;

XII. ...

Artículo 29. Corresponde a la Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos de Agua, Bancos del Agua y Control de Información, las siguientes atribuciones:

I. Aprobar los proyectos de instrumentos administrativos a que se refiere el artículo 24, fracción II de este Reglamento en materia de:

a) Constitución, autorización y revocación de autorizaciones de bancos de agua;

b) ...

c) ...

II. ...

III. Proponer el otorgamiento y revocación de autorizaciones para la constitución de bancos de agua;

IV. Estudiar, desarrollar y proponer indicadores de gestión para evaluar el desempeño de los bancos de agua;

V. ...”

Conforme los artículos transcritos, podrá observarse que ha sido creada inclusive una Gerencia para atender todo aquello relacionado con los Bancos de Agua; sin que actualmente haya sido legislado el aspecto reglamentario de creación, conformación y funcionamiento de éstos, lo único que existe es la Gerencia y personal encargado de dirigirla, lo cual hace cuestionable el ejercicio del gasto en áreas que no cumplen el objetivo para el que fueron creadas.

2.6 Ley General de Bienes Nacionales.

Para mejor comprensión del tema, los artículos sujetos a consideración respecto a la Ley General de Bienes Nacionales serán los que a continuación me permito transcribir, mismos que competen al régimen de lo que debe ser considerado como un bien propiedad de la nación, con las características inherentes al mismo:

Ley General de Bienes Nacionales²⁷

Título Primero

Disposiciones Generales

Capítulo Único

“ Artículo 1.- La presente Ley es de orden público e interés general y tien 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;
- III.- ...
- IV.- ...

²⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de mayo de 2004.

V.- Las normas para la adquisición, titulación, administración, control, vigilancia y enajenación de los inmuebles federales y los de propiedad de las entidades, con excepción de aquéllos regulados por leyes especiales;

VI.- ...

Artículo 2.- Para los efectos de esta Ley, ...

Artículo 3.- Son Bienes Nacionales:

I.- Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

II.- ...

III.- ...

IV.- ...

V.- ...

VI.- Los demás bienes considerados por otras leyes como nacionales.

Artículo 4.- ...

Artículo 13.- Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.

Artículo 14.- ...

Artículo 15.- Los particulares y las Instituciones Públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación, los derechos

regulados en esta Ley y en las demás que dicte el Congreso de la Unión.

Se regirán, sin embargo, por el Código Civil Federal, los aprovechamientos accidentales o accesorios compatibles o complementarios con la naturaleza de estos bienes, como la venta de frutos, materiales o desperdicios.

Los derechos de tránsito, de vista, de luz, de derrames y otros semejantes sobre dichos bienes, se rigen exclusivamente por las leyes, reglamentos y demás disposiciones administrativas de carácter federal.

Artículo 16.- Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión, el permiso o la autorización correspondiente.

Artículo 17.- Las concesiones sobre bienes de dominio directo de la Nación cuyo otorgamiento autoriza el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se regirán por lo dispuesto en las leyes reglamentarias respectivas.

El Ejecutivo Federal podrá negar la concesión en los siguientes casos:

- I.- Si el solicitante no cumple con los requisitos establecidos en dichas leyes;
- II.- Si se crea con la concesión un acaparamiento contrario al interés social;

- III.- Si se decide emprender, a través de la Federación o de las Entidades, una explotación directa de los recursos de que se trate;
- IV.- Si los bienes de que se trate están programados para la creación de reservas nacionales;
- V.- Cuando se afecte la seguridad nacional, o
- VI.- Si existe algún motivo fundado de interés público.” (XXX)

Con lo anteriormente transcrito se determinan aquellos numerales relacionados con el tema propuesto, al determinar las características que prevalecen en los bienes del dominio público de la Federación, y que consecuentemente para el caso de la creación de Bancos de Agua, deberán ser sujetos a estudio.

Conviene destacar, que para efectos de la Ley General de Bienes Nacionales las aguas nacionales se consideran como bien nacional.

CAPITULO III.

Clasificación de Las Aguas Nacionales

3. Aguas Nacionales

El artículo 27, párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁸, determina el carácter de las aguas que deben ser consideradas como nacionales, ya sean superficiales, del subsuelo, e inclusive aquellas del mar territorial. La Ley de Aguas Nacionales define a las aguas del subsuelo, como “aquellas aguas nacionales existentes debajo de la superficie terrestre²⁹”

Sánchez Meza³⁰, afirma que el dominio de las aguas es sui géneris, por la naturaleza cambiante y fugitiva que tienen las aguas, que las hace propiamente inaprensibles, señala que es más bien un derecho de explotación, no de propiedad en el sentido tradicional del concepto, si bien el párrafo quinto y la fracción I del artículo 27 Constitucional contemplan la posibilidad de que, por excepción, haya agua susceptible de apropiación por particulares (entendiendo por tales a cualquier persona física o moral distinta a la “nación”, siempre y cuando no sean aguas nacionales. En realidad ello implica una titularidad del derecho para explotar, usar o aprovechar un bien que está en constante devenir, y no una propiedad privada sobre un bien aprensible en sentido tradicional, que la regla es, que por principio, las aguas subterráneas y superficiales son nacionales.

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁹ Artículo 3º, fracción IV de la Ley de Aguas Nacionales.

³⁰ Sánchez Meza, Juan Jaime, “¿Se ha descentralizado la Gestión del Agua en México?, Régimen Jurídico del Agua, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007, p.323.

3.1 Superficiales y del Subsuelo

En términos del artículo 3º, fracción IV de la Ley de Aguas Nacionales las aguas del subsuelo son aquellas aguas nacionales existentes debajo de la superficie terrestre.

Tanto las aguas superficiales como las del subsuelo, son sujetas al procedimiento administrativo para otorgar, través de la expedición de un Título de Concesión su explotación, uso o aprovechamiento, todo ello en términos de las disposiciones contenidas en la Ley de Aguas Nacionales, siempre y cuando los gobernados sean personas físicas o morales, cumplan con los requisitos establecidos por dicho ordenamiento y previo el estudio de las características de explotación y ubicación de los aprovechamientos. Para tales efectos las solicitudes que se presentan son evaluadas y sujetas a las condiciones de disponibilidad existente, conforme la regulación de los aprovechamientos que para ello son determinados por cuencas, o por acuíferos.

3.2 Cuenca Hidrológica y Acuífero Geohidrológico

Para mejor comprensión del tema es necesario precisar que las cuencas hidrológicas se aplican para las aguas superficiales y se definen³¹ como unidades de territorio, diferenciadas de otras unidades, normalmente delimitadas por un parte aguas o divisoria de las aguas –aquella línea poligonal formada por los puntos de mayor elevación en dicha unidad-, en donde ocurre (escurren o se concentran) el agua en distintas formas, y ésta se almacena o fluye hasta un punto de salida que puede ser el mar u otro cuerpo receptor interior, a través de una red hidrográfica de cauces que convergen en uno principal, o bien el territorio en donde las aguas forman una unidad autónoma y diferenciada de otras, aún sin que desemboquen en el mar. En dicho espacio delimitado por una diversidad topográfica, coexisten los recursos, agua, suelo, flora, fauna, otros recursos

³¹ Artículo 3º, fracción XVI de la Ley de Aguas Nacionales.

naturales relacionados con éstos y el medio ambiente. La cuenca hidrológica conjuntamente con los acuíferos, constituye la unidad de gestión de los recursos hídricos. La cuenca hidrológica está a su vez integrada por subcuencas y estas últimas están integradas por microcuencas.

Cabe señalar, que para los efectos administrativos se les otorga un nombre dependiendo de la ubicación geográfica, de la localidad o estado en el que se ubiquen.

Los acuíferos son definidos por la Ley de Aguas Nacionales³² como cualquier formación geológica o conjunto de formaciones geológica hidráulicamente conectadas entre sí por las que circulan o se almacenan aguas del subsuelo que pueden ser extraídas para su explotación, uso o aprovechamiento y cuyos límites laterales y verticales se definen convencionalmente para fines de evaluación, a los que para efectos administrativos se les nombra dependiendo del estudio geológico del subsuelo.

3.3. Zona de veda, Zona Reglamentada y Zona de Reserva

Zona de Veda: la Ley de Aguas Nacionales³³ la define como, aquellas áreas específicas de las regiones hidrológicas, cuencas hidrológicas, o acuíferos, en las cuales no se autorizan aprovechamientos de agua adicionales a los establecidos legalmente y éstos se controlan mediante reglamentos específicos, en virtud del deterioro del agua en cantidad o calidad, por la afectación a la sustentabilidad hidrológica, o por el daño a cuerpos de agua superficiales o subterráneos.

La Zona Reglamentada: aquellas áreas específicas de los acuíferos, cuencas hidrológicas, o regiones hidrológicas, que por sus características de deterioro, desequilibrio hidrológico, riesgos o daños a cuerpos de agua o al medioambiente,

³² Artículo 3º, fracción II.

³³ Las zona reglamentada, de reserva y de veda se definen en el artículo 3º, fracciones LXIII, LXIV y LXV de la Ley de Aguas Nacionales..

fragilidad de los ecosistemas vitales, sobreexplotación, así como para su reordenamiento y restauración, requieren un manejo hídrico específico para garantizar la sustentabilidad hidrológica.

Zona de Reserva: aquellas áreas específicas de los acuíferos, cuencas hidrológicas, o regiones hidrológicas, en las cuales se establecen limitaciones en la explotación, uso o aprovechamiento de una porción o totalidad de las aguas disponibles, con la finalidad de prestar un servicio público, implantar un programa de restauración, conservación o preservación o cuando el Estado resuelva explotar dichas aguas por causas de utilidad pública.

Tanto las cuencas hidrológicas, como los acuíferos, constituyen la unidad de gestión de los recursos hídricos, y son a su vez divididas y definidas para su administración, conforme el grado de explotación que se ha venido observando en el transcurso del tiempo. Es así que en los casos de inmoderada explotación, tanto las cuencas como los acuíferos deben ser declarados en veda, con el firme propósito de conservar el recurso hídrico, tanto en la superficie como en los mantos acuíferos, tratando en la medida de lo posible el evitar su escasez o abatimiento.

Para lo anterior, son necesarios los estudios geohidrológicos que conforme al artículo 22 de la Ley de Aguas Nacionales deben ser revisados cada tres años. Dichos estudios determinan la disponibilidad media anual del agua y deben ser publicados en el Diario Oficial de la Federación para el conocimiento general de los gobernados; a través de dichos estudios, la Autoridad del Agua tendrá los elementos para solicitar la promulgación de decretos en los que el Ejecutivo Federal declare la veda, la reserva o emita un reglamento en determinada zona, en donde se limite, regule o prohíba la extracción, uso y aprovechamiento de aguas nacionales que en cada cuenca o acuífero corresponda, para así proteger el recurso hídrico en toda la extensión de la República Mexicana.

Los mismos estudios de disponibilidad media anual debidamente publicados en el Diario Oficial de la Federación, otorgan a la Autoridad del Agua los elementos para conocer el comportamiento de las cuencas y los acuíferos, desafortunadamente la Autoridad del Agua (Comisión Nacional del Agua), ha descuidado este aspecto, debido a que el estudio publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de enero de 2003, no se actualizó, en virtud de que se omitió la publicación respectiva para el año 2006, incumpliendo lo dispuesto por artículo 22 de la Ley de Aguas Nacionales.

Esta omisión puede resultar irrelevante a simple vista; sin embargo, cuando el gobernado sea persona física o moral, presenta una solicitud de concesión para explotación, uso, y aprovechamiento de aguas nacionales en zonas de libre alumbramiento ubicadas en acuíferos que mantienen también zonas de veda, que a su vez se encuentran comprendidos dentro de esos estudios de no disponibilidad y la Autoridad del Agua pretende negarlos con el argumento de la publicación de no disponibilidad emitida en el año 2003; la defensa lógica del gobernado se basa esencialmente, en que aquel acuerdo de no disponibilidad no se encuentra actualizado, ni puede considerarse vigente al incumplir lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley de Aguas Nacionales.

Por lo tanto, no es tan simple dicha omisión, ya que está generando gran cantidad de procesos en Tribunales que a corto o mediano plazo repercutirán en volumen de aguas nacionales que deberá ser autorizado a los gobernados, con la correspondiente sobre explotación que en todo momento se trata de evitar.

3.4 Título de Concesión

En el capítulo anterior, nos referimos a la figura jurídica de la concesión. A continuación trataremos específicamente el Título de Concesión para la explotación, uso y aprovechamiento de aguas nacionales.

La Concesión³⁴, es el título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional del Agua, o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, 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 y privado, excepto los títulos de asignación.

Para el otorgamiento de la concesión, el gobernado debe cumplir con los requisitos establecidos para poder ser considerado concesionario, adquiriendo con este hecho, derechos y obligaciones que deberá cumplir para la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales concesionadas.

El término de la vigencia del Título de Concesión varía discrecionalmente entre 5 y 30 años de acuerdo al artículo 24 de la Ley de Aguas Nacionales, una vez fijado el término y siempre que el concesionario no haya incumplido las obligaciones contraídas, le serán prorrogados sus derechos por igual término; debiendo solicitar esa prórroga dentro de los últimos cinco años previos al término de su vigencia, al menos seis meses antes de su vencimiento, de acuerdo a las últimas reformas a la Ley de Aguas Nacionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de abril de 2004.

Todo Título de Concesión, contiene condiciones generales y específicas que deberá observar el concesionario al realizar la explotación, uso o aprovechamiento del volumen de agua concesionado; el cual se determina en cantidad de metros cúbicos anuales permisibles en la explotación.

El concesionario no deberá exceder el volumen anual autorizado en la concesión, so pena de ser multado administrativamente, y en caso de ser demostrada una reincidencia, le será revocada la concesión otorgada.

³⁴ Artículo 3º, fracción XIII de la Ley de Aguas Nacionales.

3.5. Caducidad de Volumen

El concesionario año con año procurará realizar la totalidad de la explotación, uso o aprovechamiento del volumen concesionado, ya que en caso contrario operará la figura jurídico-administrativa de caducidad de volumen concesionado no aprovechado durante dos años consecutivos, prevista en el artículo 29 BIS 3 Fracción VI de la Ley de Aguas Nacionales. Esto es, cada año el concesionario tiene el derecho de explotar, usar o aprovechar el volumen autorizado, para lo cual registrará el consumo en declaraciones por pago de derechos federales causados, además de esto dicho volumen queda registrado en el medidor volumétrico que debe tener instalado en las obras o tomas de extracción. Ahora bien, en el caso de que el concesionario no utilice la totalidad del volumen, le serán computados años por ejercicios fiscales (enero-enero); y detectados dos años de no consumir la totalidad del volumen, será requerido por la Autoridad del Agua, para que manifieste en defensa el oponerse a que la Autoridad del Agua revierta el volumen no aprovechado a la Federación; consecuentemente será modificado el Título de Concesión, reduciéndole el volumen autorizado inicialmente.

Esta caducidad de volumen puede ser parcial o total, y deberá ser declarada por la Autoridad del Agua, cuando se compruebe la no explotación del volumen concesionado; ahora bien para que no opere la declaración de caducidad de volumen no aprovechado, y antes de que la Autoridad la declare, el concesionario deberá excepcionarse en seis hipótesis legales contenidas en el mismo artículo 29 BIS 3 Fracción VI apartados 1., 2., 3., 4., 5., 6., el primero de éstos determina: Que no operará la caducidad de volumen cuando la falta de uso parcial o total obedezca a un caso fortuito o fuerza mayor; el segundo de ellos determina que no operará la caducidad de volumen cuando se haya emitido mandamiento judicial o resolución administrativa que impidan al concesionario disponer temporalmente de volumen; a su vez el tercer apartado establece que no operará la caducidad de volumen cuando el concesionario o asignatario pague una cuota de garantía; la cuarta determina la causal de cesión o transmisión de derechos

temporalmente a la Autoridad del Agua; la quinta determina la situación en la que el concesionario haya realizado inversiones tendientes a elevar la eficiencia en el uso del agua, por lo que utilice sólo una parte del volumen de agua concesionado y la sexta excepción obedece al hecho de que el concesionario este realizando o haya realizado inversiones autorizadas para la explotación.

Cada una de estas excepciones deberá acreditarse fehacientemente, por lo cual la petición de excepción de caducidad de volumen no utilizado, es sometida a estudio y comprobación por parte de la Autoridad del Agua.

Dentro de estas causales de excepción, es importante mencionar aquella contenida en el apartado 3., en la que se establece una cuota de garantía respecto al volumen no aprovechado y la misma deberá ser fijada por la Autoridad del Agua, en forma proporcional y acorde con las disposiciones que se establezcan. Al respecto cabe señalar, que desde el año en que fue adicionada dicha causal (2004); la Autoridad del Agua, no ha emitido reglamento alguno en el que se fijen las bases para determinar la cuota de garantía, hecho que ha originado la promoción de diversas peticiones a nivel nacional de excepciones de caducidad fundadas en el apartado 3., y la Autoridad aún no la ha determinado, ni ha sentado las bases para su regulación; lo que ha impedido a las unidades administrativas de la Autoridad del Agua, pronunciarse al respecto; sin embargo, esta situación no termina ahí, por la razón de que el último párrafo del artículo 47 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, establece la figura positiva ficta, una vez que el concesionario haya dado aviso de la petición de constancia de excepción de caducidad de volumen no aprovechado, a fin de que la Autoridad proceda a verificar el hecho, o bien fije las bases de la proporcionalidad de la cuota de garantía. Para ello la autoridad tiene un plazo de sesenta días hábiles siguientes a la fecha en la que se presentó el aviso, y en el caso de no emitir pronunciamiento alguno se tendrá por acreditado el supuesto y por otorgada la constancia de excepción a caducidad.

Ante esa situación han sido expedidas constancias de excepción de caducidad en forma positiva ficta, sin que la Autoridad del Agua haya hecho algo al respecto, menos aún ha concretado las bases para determinar la cuota de garantía.

3.6 Transmisión de Derechos

Con relación a lo anterior, debemos resaltar la excepción contenida en el apartado 4., del mismo ordenamiento legal, que refiere la cesión o transmisión temporal de derechos a la “Autoridad del Agua” en circunstancias especiales; único caso permitido de transmisión temporal cuando la “Autoridad del Agua” atienda sequías extraordinarias, sobre explotación grave de acuíferos o estados similares de necesidad o urgencia.

Dicha transmisión no se encuentra reglamentada, y por tanto, cuando han acontecido fenómenos climáticos que han ocasionado daños y situaciones de urgencia, ningún concesionario ha transmitido derechos. Ahora bien, los concesionarios sabedores de que existe sobreexplotación grave de acuíferos, han promovido peticiones de transmisión temporal a la Autoridad del Agua y ésta al no tener una reglamentación de la misma, no ha dado contestación a tales transmisiones, ocasionando con ello, que cuando la Autoridad del Agua inicia un procedimiento para declarar la caducidad de volumen no aprovechado, el gobernado en defensa plantea el hecho de haber realizado una petición de transmisión temporal a la Autoridad del Agua, de la cual no obtuvo respuesta en tiempo y forma, por tanto dicho argumento debidamente acreditado es procedente como excepción y defensa al procedimiento de caducidad, lo que origina el dejar sin efecto el procedimiento que iniciara la Autoridad para declarar la caducidad de volumen no aprovechado.

3.7 Derecho del Concesionario para Transmitir Derechos

Dentro de las excepciones y defensas que el gobernado puede interponer, adicionalmente a las señaladas, se encuentra aquella contenida en el artículo 28, fracción IV de la Ley de Aguas Nacionales, que establece un derecho del concesionario en el supuesto de que no se encuentre aprovechando el volumen concesionado podrá transmitirlo en cesión de derechos ya sea en forma parcial o total (volumen), y siempre en forma definitiva (derecho de uso, aprovechamiento o explotación), para que sea aprovechado por otro gobernado que carece de concesión y que necesita de cierto volumen para sus actividades productivas en una zona que se encuentra en veda y en donde no le es permitida la explotación de aguas nacionales.

3.8 Omisión de la Autoridad de expedir los Decretos de Reserva y Zonas Reglamentadas.

Como ya he mencionado los acuíferos y las cuencas son sujetas a declararse en veda, en reserva o reglamentarse; los acuíferos que comprenden la República Mexicana en su mayoría, han sido declarados en veda, conforme las publicaciones que al efecto se han realizado en el Diario Oficial de la Federación; sin embargo, los decretos de reservas y zonas reglamentadas hasta la fecha no han sido sujetos a pronunciamiento alguno por parte de la autoridad, menos aún se han sentado las bases para determinar como se hará la declaratoria de reserva, o la declaratoria de reglamentación.

3.9 Zonas de Libre Alumbramiento en Acuíferos Declarados en Veda

En diversos acuíferos determinados geológicamente, se puede encontrar que una parte del mismo, se encuentra declarado en veda, y otra parte se encuentra en zona de libre alumbramiento; las zonas de libre alumbramiento comprenden

aquellas en donde las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas (obras de perforación) y libremente aprovechadas, usadas o explotadas.

Los gobernados que se ubican geográficamente en esas zonas de libre alumbramiento, realizan las obras de perforación y una vez equipados sus aprovechamientos, explotan aguas nacionales, obligados únicamente a reportar los volúmenes de consumo, y cumplir con el pago por derechos federales de extracción causados a la Federación. Muchos de ellos, solicitaron a la Autoridad del Agua, les emitiera el Título de Concesión correspondiente, y les fue emitido.

Actualmente, esos concesionarios se encuentran realizando cesiones de derechos a otros gobernados que se encuentran en el mismo acuífero pero en una zona de veda.

Cabe señalar, que una de las condicionantes para que pueda realizarse una operación de Transmisión de Derechos, es aquella contenida en el artículo 33, fracción III de la Ley de Aguas Nacionales, al determinar que se otorgará solamente para que se efectúen las transmisiones de los Títulos respectivos dentro de una misma cuenca o acuífero.

Por lo tanto, una vez que el concesionario, aun cuando su aprovechamiento se ubique en una zona de libre alumbramiento, dentro del acuífero que a su vez comprende una zona de veda, pretenda ceder sus derechos en la vía de transmisión a un gobernado que se ubique en la zona de veda del mismo acuífero y cumpla con los demás requisitos para realizar la transmisión de derechos podrá realizarla, ya que se encuentran en el mismo acuífero.

Esto trae como consecuencia que el manto acuífero de la zona declarada en veda sea sobreexplotado, al estarse realizando una nueva extracción respecto a una transmisión de derechos; no obstante, que el volumen originalmente extraído se encuentre en una zona de libre alumbramiento que no perjudicaba al acuífero por

la ubicación en la que se encontraba. Ante ello la autoridad no puede negar la petición de transmisión de derechos, debido a que la Ley de Aguas Nacionales omite considerar dicho supuesto.

Las transmisiones de derechos, obedecen al hecho de poder ceder parte de un volumen concesionado, no aprovechado, dando oportunidad a que otros gobernados puedan adquirir el derecho de uso, goce y disfrute de aguas nacionales ya concesionadas, aún cuando se encuentren en zonas declaradas en veda, en donde no se permite ni el alumbramiento de nuevos aprovechamientos, ni la explotación de volúmenes.

Lo anterior ha traído como consecuencia que diversos concesionarios (tanto personas físicas como morales, entre ellas grandes transnacionales), que cuentan con cantidades extraordinarias de volúmenes anuales de aguas del subsuelo, cantidades desde uno hasta treinta millones de metros cúbicos anuales, han obtenido constancias de excepción a la caducidad de volumen concesionado no aprovechado y ante la omisión de la legislación respectiva de la temporalidad de éstas, se encuentran vigentes conforme la temporalidad del Título de concesión; esto es, hasta en tanto no ocurra el vencimiento del Título de Concesión, la constancia expedida de excepción a caducidad sigue surtiendo efectos de reserva del volumen no aprovechado, esto les ha permitido especular con el volumen no aprovechado generando un mercado informal en especulación de oferta y demanda, derivándose un mercado de compra-venta en derechos de aguas nacionales del subsuelo.

Por lo tanto, son los propios concesionarios quienes cotizan el precio por metro cúbico de aguas nacionales, en cantidades que fluctúan de cinco a cuarenta pesos por metro cúbico, dependiendo de la zona geográfica en la que se encuentren los aprovechamientos, generando, como se ha mencionado un mercado negro con especulación entre oferta y demanda.

Ahora bien, al ser un derecho del concesionario el poder transmitir sus derechos de uso, explotación y aprovechamiento de aguas nacionales, puede realizar ese tipo de operación, con la única condicionante de que tanto el aprovechamiento que cede, como aquel que adquiere, se encuentren en el mismo acuífero, y no tenga declaratoria o procedimiento de declaratoria de caducidad de volumen. Por ello, todo concesionario antes de que opere la caducidad de volumen (dos años), respecto al volumen no aprovechado; realiza una transmisión de derechos, disfrazada en un operación no onerosa, aunque también en otras operaciones registran en el contrato de cesión de derechos, el precio por metro cúbico que el cesionario paga a fin de obtener la cesión de derechos, y así obtener volumen para sus actividades productivas, en una zona en la que se encuentra prohibida la explotación.

Una vez que la operación es acordada entre el cedente y cesionario, se formaliza a través de un contrato de transmisión de derechos, el cual debe ser registrado ante la Autoridad del Agua. Con la solicitud y el contrato la Autoridad del Agua estudia los términos del mismo y la ubicación del aprovechamiento del cedente, relacionado con la ubicación del aprovechamiento del cesionario en el que se pretenda realizar la extracción; una vez verificada la localización de los aprovechamientos y se compruebe que se encuentran dentro del mismo acuífero o cuenca, se procede la autorización de la transmisión de derechos, en la cual el cesionario podrá realizar la perforación del nuevo aprovechamiento y posteriormente extraer del mismo las aguas nacionales obtenidas en transmisión.

El Título de Concesión del cedente, será modificado en la cantidad del volumen anual concesionado, y le será emitido un Título de concesión con la corrección correspondiente, al igual que al cesionario, a quién se le elaborará un Título de Concesión nuevo, en el que se le reconozca como concesionario de aguas nacionales, es por ello que las transmisiones pueden ser parciales o totales, refiriéndose a la cantidad del volumen que se pretende transmitir, y definitivas, refiriéndose a que una vez autorizada la transmisión, el cesionario conservará su

volumen por el tiempo que surta al del principal, con el derecho de prórroga correspondiente, al igual que el Título Original modificado.

Esta especulación de oferta y demanda, pretende ser regulada en la Legislación de Aguas Nacionales, con la creación de Bancos del Agua y digo se pretende, toda vez que ni la Ley de Aguas Nacionales, ni el Reglamento de la misma, comprenden el apartado correspondiente de la regulación legal de estos Bancos del Agua, menos aún el funcionamiento de los mismos; sin embargo el Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua, conforme las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de noviembre de 2006, comprenden ya la estructura de los funcionarios que estarán a cargo de esa materia, quienes inclusive han entrado en funciones sin tener materia en que implantar su actividad.

La idea de conformar Bancos del Agua, obedece al hecho de querer homogenizar (regular) en un solo ente, las operaciones de transmisiones de derechos, en las que no se deje a las partes la determinación del precio del agua y con ello evitar un mercado negro del agua; sin embargo, se pretende hacerlo a través de particulares, que no sólo fijarán el precio del agua, sino que realizarán una actividad exclusiva del Estado por ser de carácter prioritario como explicaremos en el siguiente capítulo.

En el Capítulo Segundo, tanto los artículos de la Ley de Aguas Nacionales³⁵, así como los artículos del Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua³⁶, que contemplan lo referente a la materia de Bancos de Agua, fueron transcritos en su parte medular para efectos del presente estudio.

³⁵ Reformas y adiciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de Abril de 2004.

³⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 30 de noviembre de 2006.

CAPÍTULO IV

Análisis del Artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales a la Luz de los Artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

4.1 Análisis del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales.

Un principio fundamental de todo Estado de Derecho es el de supremacía constitucional, conforme al cual todo el orden normativo nacional, federal o local debe estar de acuerdo con la Constitución, como lo reconoce la propia Constitución mexicana por declaración expresa en su artículo 133.

Dicho principio debiera ser invariablemente respetado por los legisladores y no aprobar una serie de leyes secundarias que entrañan normas abiertamente inconstitucionales.

Analizaremos y comentaremos las disposiciones constitucionales que deben tenerse en cuenta para determinar la inconstitucionalidad del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales, así como la de diversos artículos del Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua.

Previamente revisaremos el contenido del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales que a la letra dice:

Artículo 37 Bis. La Comisión podrá establecer definitiva o temporalmente instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos que se denominarán "bancos del agua", cuyas funciones serán determinadas en los reglamentos respectivos.

En primer término se desprende que el artículo citado otorga facultades discrecionales a la Comisión Nacional del Agua para establecer definitiva o temporalmente instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos que se denominarán “bancos de agua”. Sin embargo es notoria la vaguedad y ambigüedad de que esta afectado el Artículo en comento.

En dicho precepto se hace referencia al término “instancia”. Al respecto conviene precisar que de acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Mexicana³⁷ “Instancia” proviene del latín instantia y se define como el conjunto de actos procesales comprendidos a partir del ejercicio de una acción en juicio y la contestación que se produzca, hasta dictarse sentencia definitiva. Seguir juicio formal respecto a una cosa, por el término y con las solemnidades establecidas por las leyes. Se considera asimismo instancia la impugnación que se hace respecto de un argumento jurídico.

La instancia administrativa es una pretensión del administrado o contribuyente – dentro del procedimiento administrativo – con objeto de prevenir el nacimiento de un acto administrativo desfavorable; por tanto, es un medio de defensa en sentido amplio. Es también el ejercicio de la garantía de audiencia en la fase del procedimiento administrativo.

La instancia administrativa tiene también el significado de petición o demanda. El artículo 37 del Código Fiscal de la Federación³⁸ (CFF) la emplea como sinónimo de petición y de recurso administrativo, al señalar que: “las instancias o peticiones que se formulen a las autoridades fiscales deberán ser resueltas en un plazo de 3 meses...”. A su vez, el artículo 74 del CFF la emplea como petición o solicitud cuya resolución no es susceptible de impugnarse a través de los recursos administrativos y el juicio de nulidad, regulados en dicho ordenamiento. Por su

37 Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa. México. p.

38 Código Fiscal de la Federación, Ed. EDC Fiscales ISEF, México 2008.

parte, el artículo 209 del mismo ordenamiento la utiliza como sinónimo de demanda, petición y recurso administrativo al señalar, en ese orden, lo que sigue: “artículo 209. El demandante deberá adjuntar a su instancia (en este caso demanda): ...fr. III. El documento en que conste el acto impugnado o, en su caso, copia de la instancia (en este caso petición o recurso administrativo) no resuelta, nosotros añadiríamos no resuelta expresamente, por la autoridad”.

Pedro Cuevas considera que la participación de alguna manera del administrado en el procedimiento de elaboración de los actos administrativos para vigilar que con ellos no se lesionen sus derechos, constituye un verdadero derecho, consistente en permitir que terceros se opongan a que un acto administrativo se realice en forma definitiva para afectar sus derechos creados y se la califica como procedimiento de oposición. La existencia del procedimiento de oposición, que no deberá confundirse con el recurso de oposición de tercero, constituye el antecedente de la figura de la instancia administrativa, como pretensión dentro del procedimiento administrativo, que tiene como objeto prevenir el nacimiento de un acto administrativo desfavorable al administrado³⁹.

De todo lo anterior, podemos concluir que “instancia” es el acto procesal en donde la autoridad resuelve una petición o demanda en el término y con las solemnidades establecidas por las leyes. En consecuencia, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 37 Bis de Ley de Aguas Nacionales, la Comisión Nacional del Agua podrá establecer definitiva o temporalmente instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos que se denominarán “bancos de agua”. Ahora bien, considerando que una instancia, es resuelta por una autoridad, la simple lectura del artículo 37 Bis nos lleva a concluir que la Comisión contará con áreas que formarán parte de su estructura

39 Cuevas Figueroa, Pedro, “Las instancias administrativas de aclaración o inconformidad”, Tribunal Fiscal de la Federación, cincuenta años al servicio de México, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1982, t. VI.

orgánica en las que se gestionarán operaciones de transmisión de derechos y que estas áreas se denominarán “bancos de agua”.

Por otra parte, el artículo hace referencia al término “gestiones”. En este caso, si tenemos en cuenta que la instancia es resuelta por una autoridad y que para el caso en concreto es la Comisión Nacional del Agua, resulta incongruente que el legislador incorpore el concepto gestionar y aún más, nos lleva a otra pregunta si ante los bancos de agua se gestionarán operaciones de transmisión de derechos ¿qué naturaleza jurídica tienen y cuál va a ser su función?.

El concepto “gestionar”, significa administrar, dirigir: una empresa, asunto, etc. Así como también hacer diligencias para resolver o conseguir algo.⁴⁰ Dada la ambigüedad de los conceptos contenidos en el artículo 37 Bis y de la imprecisión de las funciones de los bancos de agua, nos lleva a presumir que los mismos realizarán gestiones ante la Comisión para la transmisión de derechos de agua.

En derecho existe una figura jurídica denominada “gestión de negocios” la cual es definida por La Enciclopedia Jurídica Mexicana⁴¹ de la siguiente forma: Nos encontramos en presencia de una gestión de negocios cuando una persona, sin estar obligada a ello y sin mandato, se encarga de un asunto de otro. Es una fuente de obligaciones en la que el gestor debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio (artículo 1896 del Código Civil)⁴².

Los elementos constitutivos de esta figura son: el hecho de gestión, que deberá recaer sobre un bien que ya se encuentre en el patrimonio del tercero; la intención de obrar por otro, elemento no considerado expresamente por el ordenamiento

40 Diccionario de la Lengua Española Esencial, Primera Edición, 58ª Reimpresión, Larousse. México, 2005.

41 Ob. Cit. Tomo IV p. 229.

42 Código Civil para el Distrito Federa, Ed. SISTA, S.A. de C.V. México, 2008..

civil, pero que establece la diferencia entre una gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa; la ausencia de mandato del dueño⁴³.

El gestor está obligado a: a) desempeñar su encargo con la diligencia que emplearía en sus propios negocios (artículo 1897 del Código Civil); b) indemnizar por los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia le ocasione al dueño del negocio, excepto si se trata de evitarle un daño inminente, en cuyo caso sólo responde de su dolo o falta grave (artículos 1897 y 1898 del Código Civil); c) reparar los daños y perjuicios que resulten, aunque no haya incurrido en falta, si ejecuta la gestión contra la voluntad real o presunta del dueño (artículo 1899, CC); d) responder del caso fortuito si realizó operaciones arriesgadas o si obró más en interés propio que interés del dueño del negocio (artículo 1900, CC); e) avisar de su gestión al dueño lo antes posible y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora (artículo 1902, CC), y f) continuar la gestión hasta que concluya, si no le fue posible avisar al dueño (artículo. 1902, CC).

El dueño de un asunto que fue útilmente gestionado está obligado a pagar al gestor los gastos necesarios que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses correspondientes (artículo 1904, CC). Esta obligación no incluye la retribución por el desempeño de la gestión. Y si ésta se realizó contra su expresa voluntad, sólo pagará los gastos hasta donde alcancen los beneficios, excepto si la gestión era liberar al dueño de un deber impuesto por el interés público (por ejemplo, los alimentos), en cuyo caso pagará todos los gastos necesarios (artículo 1905, CC).

Finalmente, la ratificación pura y simple del dueño del negocio hace las veces de un mandato con efecto retroactivo al día en que la gestión comenzó (artículo

43 Para la definición del concepto en la Enciclopedia Jurídica Mexicana se tomaron en cuenta las opiniones de diversos autores como: Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, 4ª. Ed., México, Harla, 1997; Guademet, Eugene, Teoría General de las Obligaciones, trad. De Pablo Macedo, 2ª. Ed., México, Porrúa, 1984; Gutiérrez y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 10a. ed., México, Porrúa, 1996; Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, t. V: Obligaciones, 6ª. Ed., 2 vols., México, Porrúa, 1995.

1906, CC). El dueño queda obligado con los terceros en los términos convenidos por el gestor cuando haya ratificado la gestión o cuando le haya sido útil. En caso contrario, los terceros sólo tienen acción de indemnización contra el gestor.

En este orden de ideas, si la gestión consiste en hacer diligencias para resolver o conseguir algo, o bien, que una persona, sin estar obligada a ello y sin mandato, se encarga de un asunto de otro, nos surgen diversas dudas, ¿qué van a obtener quienes tengan la autorización o concesión para la operación de los bancos de agua? ¿cuál es su naturaleza jurídica? ¿cuales son sus funciones?, toda vez que de todo lo que hemos analizado hasta ahora, no lo podemos precisar.

Se confirma lo anterior, porque en la Ley de Aguas Nacionales se omite precisar cual es la naturaleza jurídica de los denominados “bancos de Agua” y remite a los reglamentos respectivos para determinar las funciones de los mismos.

Sin embargo, como ya hemos mencionado en el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales vigente no se hace referencia alguna a los “bancos de agua”, debido a que no ha sido reformado. Lo anterior, incumple lo dispuesto por el Artículo Tercero Transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de abril de 2004, que establece lo siguiente:

“En un plazo no mayor de doce meses a partir de entrada en vigor del presente Decreto, se expedirán los Reglamentos referidos en el mismo.”

Es en el Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua en donde se establece lo siguiente:

Artículo 11, Para el ejercicio de sus atribuciones y funciones la Comisión contará con las siguientes unidades administrativas:

II. La Subdirección General de Administración del Agua, a la que estarán adscritas:

e) La Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos, Bancos del Agua y Control de Información.

Artículo 13,. Corresponden al Director General de la Comisión las siguientes atribuciones:

XIII Emitir acuerdos de:

Autorización de constitución de los Bancos del Agua a que se refiere la Ley;

Artículo 24.- Corresponden a la Subdirección General de Administración del Agua las siguientes atribuciones:

II.- Autorizar los instrumentos administrativos a que se refiere el artículo 14, fracción V de este Reglamento en materia de:

p) Establecimiento, operación, otorgamiento y revocación de autorizaciones y registro de Bancos de Agua.

X.- Aprobar los proyectos de autorización para la constitución y funcionamiento de bancos de agua; llevar el registro de estas autorizaciones y sus modificaciones, así como el de su revocación;

Artículo 29.- Corresponden a la Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos, Bancos del Agua y Control de Información las siguientes atribuciones:

I.- Aprobar los proyectos de instrumentos administrativos a que se refiere el artículo 24, fracción II de este Reglamento en materia de:

- a) Constitución, autorización y revocación de autorizaciones de bancos de agua;
- b) Operación y registro de actos de bancos de agua, así como su evaluación;

III.- Proponer el otorgamiento y revocación de autorizaciones para la constitución de bancos de agua;

IV Estudiar, desarrollar y proponer indicadores de gestión para evaluar el desempeño de los bancos de agua;

V...

XIX...

Para el ejercicio de sus atribuciones la Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos, Bancos del Agua y Control de Información contará con las Subgerencias de Regulación de Transmisión de Derechos y de Bancos de Agua; de Estudios Económicos; de Control de Información e Integración de Padrones de Usuarios, y de Operación del Sistema de Información de Administración del Agua, cuyos titulares elaborarán los proyectos de los instrumentos administrativos, resoluciones y actos a que se refiere este artículo, con el apoyo del personal que les esté adscrito y los someterán a la aprobación de la Gerencia citada.

Artículo 76.- Corresponden a la Dirección de Administración del Agua las siguientes atribuciones:

XXIII. Apoyar a la Subdirección General de Administración del Agua en la recepción, dictaminación y notificación de las resoluciones en las *que se otorgue o niegue concesiones para operar bancos de agua;*

XXIV Coadyuvar con el nivel nacional en el control de las operaciones reguladas de transmisión de derechos realizadas por los bancos del Agua,

En síntesis, el Director General de la Comisión cuenta con atribuciones, para emitir acuerdos de autorización de constitución de los Bancos del Agua. A la Subdirección General de Administración del Agua, se adscriben la Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos, Bancos del Agua y Control de Información quien autorizará el establecimiento, operación, otorgamiento y revocación de autorizaciones y registro de Bancos de Agua, aprobará los proyectos de autorización para la constitución y funcionamiento de bancos de agua, y llevará el registro de estas autorizaciones y sus modificaciones, así como el de su revocación.

La Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos, Bancos del Agua y Control de Información cuenta dentro de su estructura con las Subgerencias de Regulación de Transmisión de Derechos y de Bancos de Agua; de Estudios Económicos; de Control de Información e Integración de Padrones de Usuarios, y de Operación del Sistema de Información de Administración del Agua, cuyos titulares elaborarán los proyectos de los instrumentos administrativos, resoluciones y actos a que se refiere este artículo, con el apoyo del personal que les esté adscrito y los someterán a la aprobación de la Gerencia citada.

Por otra parte se establecen como atribuciones de la Dirección de Administración del Agua las de apoyar a la Subdirección General de Administración del Agua en la recepción dictaminación y notificación de las resoluciones en las que se otorgue o niegue concesiones para operar bancos de agua; así como coadyuvar con el nivel nacional en el control de las operaciones reguladas de transmisión de derechos realizadas por los bancos del Agua,

Es importante señalar que los artículos 24 y 29 del Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua se refieren a “autorización” para la constitución y funcionamiento de bancos de agua y en el artículo 76 del mismo se cambia por “concesiones para operar bancos de agua”. Lo anterior crea incertidumbre ya que se reitera que en ningún precepto se precisa la naturaleza jurídica de los bancos de agua ni sus funciones, se hace uso indistinto de términos jurídicos como autorización para la constitución y funcionamiento de bancos de agua y por otra parte de concesiones. ¿Qué es lo que se pretende realmente?, ¿se va a dar intervención en actividades de administración que corresponden exclusivamente al Estado a los particulares?.

De ser así, también resulta incorrecto señalar en el artículo 37 Bis que los bancos de agua son una “instancia”, toda vez que ese término se limita a autoridades con capacidad de hacer cumplir sus resoluciones y en la cual se siguen formalidades determinadas por la ley, formalidades que en el caso que nos ocupa, “bancos de agua” no se determinan ni en la ley ni en los reglamentos respectivos, lo cual crea una laguna respecto de su naturaleza jurídica.

No debemos perder de vista que en términos de lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales. Asimismo nuestra carta magna establece que el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y que la explotación el uso y el aprovechamiento por los particulares solo debe

realizarse mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal, de acuerdo a las reglas y condiciones que establezcan las leyes.

La Constitución delimita claramente el objeto de la concesión al señalar “la explotación el uso y el aprovechamiento por los particulares”⁴⁴. Cuál es entonces el fundamento para que el legislador apruebe los términos del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales y más aún, el Ejecutivo mediante la expedición de un Reglamento Interior (Comisión Nacional del Agua) excede los principios contenidos en el artículo 27 Constitucional, que solo permite el otorgamiento de concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación.

Aunado a la vaguedad y ambigüedad de los conceptos y términos contenidos tanto en el artículo 37 Bis como en el Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua, respecto de la naturaleza jurídica y funciones de los bancos de agua, se pretenden otorgar concesiones que violentan las disposiciones contenidas en el artículo 27 Constitucional que solo permite su otorgamiento para el uso, aprovechamiento y explotación de aguas nacionales.

Lo anterior se confirma de la lectura a las actividades estratégicas contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo,⁴⁵ Objetivo 2, Alcanzar un manejo integral y sustentable del agua, señala lo siguiente:

“Es necesario fortalecer el papel del Registro Público de Derechos de Agua como instrumento dinámico de toma de decisiones en materia de concesiones para el uso, aprovechamiento y explotación de recursos hídricos. Para ello, es indispensable depurar el padrón de

44 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 aplicación 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).
45 Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, en “Aprovechamiento Sustentable de los Recursos Naturales”,

usuarios agrícolas considerando a éstos como los principales usuarios del agua.

Un lineamiento fundamental para el uso y conservación del agua en este Plan Nacional de Desarrollo es que se debe tener una estrategia integral de manejo sustentable del recurso que considere tanto la atención a los usos consuntivos del agua, como el mantenimiento de los ecosistemas, en un marco de participación social y de administración equitativa con la cooperación entre los diferentes órdenes de gobierno.

Las principales estrategias para el manejo del agua se orientarán tanto a evitar al máximo las descargas de agua contaminada a los cauces de ríos y mares, como a mejorar el desarrollo técnico, administrativo y financiero del sector hidráulico. Adicionalmente, se desarrollará e implantará una política integral de reducción de los volúmenes de aguas contaminadas y de tratamiento de aguas residuales para alcanzar el tratamiento del 60% de ellas al final del sexenio. Esta política incluirá, incentivos para la construcción de plantas de tratamiento, así como la reutilización de las aguas tratadas.

Se integrarán las estrategias necesarias para la creación de Bancos de Agua con el propósito de realizar de manera regulada operaciones de transmisión de derechos de agua entre los usuarios”.

El contenido del párrafo anterior, es básico para nuestro estudio, toda vez que a diferencia de los ordenamientos citados (Ley de Aguas Nacionales, Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales y Reglamento Interno de la Comisión Nacional del Agua) en donde se omite, en el Plan Nacional de Desarrollo sí se señala el propósito de la creación de los bancos de agua que es “realizar de manera regulada operaciones de transmisión de derechos de agua entre los usuarios”. Sin

embargo el Plan Nacional de Desarrollo no es un ordenamiento jurídico, ni sus objetivos y estrategias otorgan seguridad jurídica a los gobernados.

Hemos reiterado que la Ley de Aguas Nacionales, el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales y el Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua, omiten establecer en forma clara y precisa la naturaleza jurídica y las funciones de los bancos de agua. Asimismo, hemos señalado, que los ordenamientos citados contravienen las disposiciones de nuestra Carta Magna, lo cual se reafirma de la lectura al Plan Nacional de Desarrollo, ya que se pretende permitir a los particulares, intervenir en la realización de operaciones de transmisión de derechos de agua entre los usuarios, que es notoriamente violatorio, toda vez que dichas actividades deben realizarse directamente por el Estado, al ser una actividad estratégica, como explicaremos más adelante.

4.2 Orden Público

El artículo 1º de la Ley de Aguas Nacionales, establece que dicha Ley es reglamentaria del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de aguas nacionales; es de observancia general en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de orden público e interés social y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad para lograr su desarrollo integral y sustentable.

En la Enciclopedia Jurídica Mexicana⁴⁶ se señala que orden público designa el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. Esta idea esta asociada con la noción de paz pública, objetivo pacífico de las medidas de gobierno y policía.⁴⁷ En un sentido técnico la dogmática jurídica se refiere con “orden público” al conjunto de instituciones jurídicas que identifican y distinguen el

46 Ob. Cit. P. 353.

47 Bernard, Paul, La notion d' ordre public en droit et Jurisprudence, 1962.

derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no esta bajo el imperio de la “autonomía de la voluntad”) ni por la aplicación de derecho extranjero.

El orden público es un mecanismo a través del cual el Estado (el legislador o, en su caso, el juez) impide que ciertos actos particulares afecten los intereses fundamentales de la sociedad.

En consecuencia, el pretender que particulares operen los bancos de agua al realizar operaciones de transmisión de derechos de agua entre los usuarios, viola disposiciones de orden público, ya que actos de particulares pueden afectar los intereses fundamentales de la sociedad, como veremos más adelante cuando analicemos la problemática de la implantación de bancos de agua.

4.3 Interés Público

El artículo 7 Bis, fracción VII de la Ley de Aguas Nacionales establece que se declara de interés público el control de extracción y de la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas superficiales y del subsuelo.

Para la enciclopedia Jurídica Mexicana⁴⁸ el interés público es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad protegida *mediante la intervención directa y permanente del Estado*.

En consecuencia, si el control de extracción y de la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas superficiales y del subsuelo es de interés público, no puede dejarse en manos de particulares, toda vez que requiere la intervención directa y permanente del Estado.

48 Ob. Cit. p. 333-334

En efecto, el interés público es protegido por el Estado, no solamente mediante disposiciones legislativas, sino también a través de un gran número de medidas de carácter administrativo que integran una actividad permanente de los poderes públicos, dirigida a satisfacer las necesidades colectivas.

Por otra parte, es necesario considerar que la satisfacción del interés público es la finalidad primordial de las diversas actividades reglamentarias por la ley, que se conocen como servicio público.

Algunos autores atribuyen un significado más restringido a la noción de interés público. Estos juristas consideran que el interés público se constituye solamente por las prestaciones que tiene el Estado para satisfacer sus actividades como institución. De acuerdo con ésta concepción, las demás pretensiones dirigidas a satisfacer necesidades colectivas deben denominarse interés social o general.

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

Para Carla Huerta⁴⁹ 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 7° 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

49 Huerta, Carla, El Agua: patrimonio del Estado o derecho de los particulares, en Régimen Jurídico del Agua, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, p 191.

aguas superficiales y del subsuelo es de interés público, impone a este bien, una restricción que justifica la intervención administrativa.

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 Morineau⁵⁰ 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 la leyes (de aguas y medio ambiente, principalmente).

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 el uso, disfrute y disposición del bien atribuido o afectado de manera genérica y exclusiva al Estado, y que equivale al dominio directo. La determinación del tipo de bien y las facultades específicas del Estado respecto del mismo son especificadas por la Ley General de Bienes Nacionales.

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.

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

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.

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.*⁵¹ No se permite otra forma de concesión que no sea la señalada; en consecuencia, el pretender que se otorguen concesiones para operar bancos de agua, para la realización de operaciones de transmisión de derechos de agua entre los usuarios es notoriamente violatorio del artículo 27 Constitucional.

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

51 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.

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).

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.

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.

La noción actual de servicio público implica 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.

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, exclusivamente para la explotación, uso y aprovechamiento.

El tipo de concesión que nos interesa analizar es la de servicio público, 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 asignación⁵² de aguas públicas respectiva.

Los servicios que se prestan por el Estado en materia de aguas son una actividad estratégica, y en consecuencia una actividad exclusiva del Estado, que no puede delegarse mediante concesión a los particulares.

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

52 En términos del artículo 3º, fracción VIII de la Ley de Aguas Nacionales es el título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de la Comisión o el Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para realizar la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, a los municipios, a los estados o al Distrito Federal, destinadas a los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico.

4.4 Inconstitucionalidad del artículo 37 Bis de la Ley de Aguas Nacionales

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el máximo ordenamiento jurídico. En ella se prevé un mandato que nos obliga a convivir, dentro de un específico sistema de propiedad, ya sea individual, social y pública), y un orden económico a seguir en el uso y disfrute de nuestras libertades al desarrollarse las actividades económicas competitivas, en los términos de los artículos 25 al 28 de nuestra Ley Fundamental.

Debemos recordar que antes del Constituyente de 1917 existió una más marcada injusta distribución de la riqueza. Por dicha razón en nuestra Carta Magna se privilegia constitucionalmente el interés general, respecto de los intereses particulares.

La tesis mexicana es clara y terminante: la propiedad no es un derecho natural que desde su origen perteneciera al ser humano por el simple hecho de tener esta calidad; según nuestro Pacto la propiedad de las tierras y aguas es, en su origen, propiedad de la Nación, o sea del pueblo mexicano y existen propiedades –según nuestros mandatos constitucionales-, que no pueden en forma alguna ser transmitidas a los particulares, porque son la base y el sustento de nuestra identidad, nuestra estabilidad y el progreso de la Nación.

Ello se dispone así, no por una razón ideológica, ni por buscar eficacia; mucho menos para utilizar a la propiedad nacional bajo la conveniencia de supuestas excelencias de un sistema industrial, comercial o de servicios dados, que pudieran sugerirse; sino para que se traduzcan en un igualitario y expreso beneficio social de los recursos naturales.

Por ello se dispone el dominio directo (intransmisible) de los recursos naturales existentes dentro de las llamadas áreas estratégicas, las cuales siempre deben

corresponder a la Nación. Nuestra Constitución enumera, de manera enunciativa más no limitativa las más importantes.

En el párrafo Cuarto del artículo 28 Constitucional se establece expresamente que: “no constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión...”

No obstante que no enuncie a las aguas nacionales como actividad estratégica, debemos tener en cuenta que el artículo 27 Constitucional otorga al Estado el dominio directo.

El párrafo Cuarto del artículo 28 Constitucional citado remite a las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión, que en el caso en concreto es la Ley de Aguas Nacionales.

Remite ese párrafo al artículo 25 de la propia Constitución, donde se ordena sin excepciones el manejo exclusivo de la propiedad nacional, no sin agregar que el Estado al ejercer su comprometida rectoría económica siempre lo debe hacer para proteger la seguridad y la soberanía de la Nación. Se reafirman aun más las áreas económicas especiales bajo estos dos párrafos del artículo 25 que cito textualmente:

“Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico, el empleo y una justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la

dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.”

Y todo ello se confirma en el párrafo cuarto:

“El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo Cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan”.

Podemos afirmar que el estado mexicano formalmente asumió en su origen las obligaciones de un modelo público y social en beneficio del individuo y la colectividad.

Por ello, la Ley de Aguas Nacionales, reglamentaria del artículo 27 Constitucional regula la explotación, uso y aprovechamiento de los recursos hídricos, su distribución y control, preservación y calidad, elementos que reunidos pueden lograr el desarrollo integral y sustentable.

La Ley de Aguas Nacionales confiere a la Comisión Nacional del Agua una serie de atribuciones que la transforman en autoridad federal única del agua.

En efecto, en el Título Segundo “Administración del Agua”, Capítulo Primero, artículo 4º, de la Ley citada se establece que la autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes corresponde al Ejecutivo Federal, quien la ejercerá directamente o a través de la Comisión.

En el artículo 9º segundo párrafo del ordenamiento citado se establece que la Comisión tiene por objeto ejercer las atribuciones que le corresponden a la autoridad en materia hídrica y constituirse como el Órgano Superior con carácter

técnico, normativo y consultivo de la Federación, en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, incluyendo la administración, regulación, control y protección del dominio público hídrico.

En consecuencia, si la Comisión Nacional del Agua es la autoridad federal única del agua en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, y de su administración, regulación, control y protección del dominio público hídrico, por qué en una clara violación al artículo 25, 27 y 28 Constitucionales se pretende dar intervención a particulares (bancos de agua) en actividades propias de la administración del Estado.

El agua es un bien público tutelado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la propuesta del constituyente de 1917 dio a la Nación el control de sus recursos naturales, entre otros el agua, que ha sido y es de suma importancia en el desarrollo de toda sociedad. Además la propiedad de las aguas está bajo la rectoría del Estado, sujetándose a las modalidades y limitaciones que establezca el interés público.

Carrillo Suárez cuestiona la desincorporación de algunas actividades a cargo del Estado y en el caso del agua afirma: “las empresas del Estado Mexicano no han estado exentas del impacto del proceso de privatización, en algunos casos justificado y en otros cuestionados por ausencia de transparencia en los procedimientos de adjudicación al sector privado, existió una justificación real para su desincorporación del sector público. El caso del agua reviste una mayor trascendencia, pues se vincula en forma íntima e indisoluble con la vida humana, animal y vegetal, es parte esencial de nuestro ser colectivo que encuentra un espacio privilegiado en el artículo 27 Constitucional⁵³”, afirma dicho autor que con absoluta claridad el artículo 27 establece que son propiedad de la nación, por ello

53 Carrillo Suárez, Agustín Eduardo, El Agua: Un bien Público y Escaso, en Régimen Jurídico del Agua, Ob. Cit. P 153-161.

no es procedente otorgarlos a los particulares, pues son actividades exclusivas del Estado.

Continúa nuestro autor: "...El eje central de este importante tema es si la administración estadual cede gradualmente parte de sus funciones a la iniciativa privada, pues los cuestionamientos a la eficacia del sector público son severos y pareciera que el único ente capacitado, organizado y honesto se encuentra en la iniciativa privada. Aceptar sin reflexionar la postura ideológica que plantea el adelgazamiento de las atribuciones del Estado es repetir errores en lo económico y lo político en el tratamiento de los elementos fundamentales para el desarrollo armónico de la sociedad y que en algunos casos se han incorporado al sector privado, con el consecuente beneficio económico para los beneficiarios y en detrimento de los usuarios."⁵⁴

Por lo anterior, el artículo 37 de la Ley de Aguas Nacionales deviene en inconstitucional, al establecer bancos de agua, que serán operados por los particulares. Asimismo, existe otra inconstitucionalidad del Ejecutivo al reglamentar indebidamente lo que compete en exclusiva al Legislativo; y la más grave, consistente en ordenar que en un área estratégica como lo son las aguas nacionales se permitiera la intervención del sector privado.

Para fundamentar lo anterior, debe considerarse que nuestra Carta Magna constituye lo que se conoce como una Constitución rígida; porque es el máximo ordenamiento jurídico (ordenado por el pueblo) que no puede modificarse de la forma en que se lleva a cabo las leyes ordinarias, (generales, orgánicas o reglamentarias), en las cuales para su puesta en vigor basta que se vote en el Congreso por una simple mayoría.

La regla es ineludible: solamente se puede modificar la Constitución Política mexicana interviniendo obligadamente en la votación dos clases de poderes: el

54 Ob. Cit. P. 161.

Congreso de la Unión y los Congresos de los Estados que conforman la Federación Mexicana. A esa combinación política la llamamos Poder Renovador de la Constitución.

En la reforma constitucional no resulta suficiente una mayoría simple de votos aprobatorios; según el artículo 135 se requiere (en las Cámaras Federales) una aprobación de dos tercios de los votos de los Legisladores presentes, aunque sí se ordena una mayoría simple de las legislaciones locales.

Precisamente por ello se denomina nuestra Constitución rígida; porque no se dicta o modifica con las características que requieren las leyes no constitucionales, sino que se exigen requisitos más extremos, más consecuentes con el pueblo al que se va a normar.

Y uno debe preguntarse: si las aguas nacionales son de dominio directo de la Nación y en consecuencia deben considerarse como una área estratégica nacional, y por ello sólo puede ser manejado en forma directa y exclusiva por el Estado ¿puede legalmente analizarse, discutirse y decretarse por una ley ordinaria, estableciendo ésta ahora la concesión de la operación bancos de agua, puede manejarse no sólo por el órgano desconcentrado especialmente establecido para ello, y no directamente como se dispone constitucionalmente, sino en forma paralela y auxiliar por personas y empresas particulares? ¿Pueden perder las Aguas nacionales el dominio directo ordenado constitucionalmente? No debe perderse de vista que el sector privado solo puede intervenir en actividades que no están reservadas al Estado.

Para efectos de nuestro estudio es importante señalar que áreas estratégicas. Son el conjunto de actividades económicas –producción y distribución de bienes y servicios que exclusivamente realiza el gobierno federal a través de organismos públicos descentralizados, y unidades de la administración pública, por

imperativos de seguridad nacional, interés general o beneficio social básico para el desarrollo nacional⁵⁵.

Ruiz Massieu afirma que las áreas estratégicas son las reservadas en exclusiva al estado y afirma "...para nosotros las áreas estratégicas sólo podrán confiarse a personas morales de derecho público y no a paraestatales sujetas a derecho privado, o sea fundamentalmente a organismos públicos descentralizados, en los que el gobierno federal conserve siempre la propiedad y el control."⁵⁶

En nuestra opinión el artículo 37 de la Ley de Aguas Nacionales debe ser tomado como inconstitucional, porque se está autorizando y legitimando que la Comisión Nacional del Agua maneje a las aguas nacionales no en forma directa y exclusiva –como siempre debe ocurrir con todas las áreas estratégicas-, sino involucrando en tal manejo al sector privado, lo cual viola el principio de dominio directo, inalienable e imprescriptible que ordena la Constitución.

Asimismo, viola el principio de exclusividad del Estado en el manejo de las aguas nacionales, basándose en una ley y reglamentación que va en contra de nuestra carta constitucional, al permitir que la operación de los bancos de agua la realicen particulares, funciones que por mandato constitucional debería ejercer únicamente Estado a través de la Comisión Nacional del Agua.

Ningún sistema económico industrial o financiero –por excelente o aconsejable que fuere-, podría prevalecer sobre el Pacto Federal. No en nuestro país.

El cuarto párrafo del artículo 27 dice: "Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales...; (incluyendo) el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos..." Lo ratifica el cuarto párrafo del 25: "El

55 Ob. cit. P.

56 Ruiz Massieu, José Francisco, Los Nuevos Artículo Económicos de la Constitución. Una Interpretación Jurídica y Política, Memoria del Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, p.556.

sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución...”

Este artículo a su vez, en su párrafo quinto dispone cómo manejar, en forma exclusiva, tales áreas: “El Estado contará con los organismos que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo, y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe (el Estado) por sí o con los sectores social y privado.”

Como se puede fácilmente constatar, el manejo de las áreas estratégicas se ordena como exclusivo y directo del Estado, y los sectores social y privado pueden auxiliario únicamente en tratándose de las áreas prioritarias.

Para el caso de que se pretendiera introducir dudas en la interpretación de todo lo anterior, el párrafo quinto del artículo 25 que ordena el manejo exclusivo de las áreas estratégicas mandata: “Asimismo podrá participar (el Estado) por si o con los sectores social y privado de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.”

Como veremos se otorga a los particulares la función de operar bancos de agua.

Anoto (muy respetuosamente) que jamás se ha expedido una ley reglamentaria de los artículos constitucionales que he transcrito, para así poner en claro el manejo de las áreas estratégicas y el de las prioritarias. Resalto, con el mismo respeto, la conveniencia de atender a dicha vacancia.

De operar los bancos de agua empresas privadas, se corre el riesgo de tolerar en beneficio de ciertas empresas privadas especialmente seleccionadas, la realización de funciones que corresponden al Estado, tal como ha ocurrido en la industria petrolera y en la eléctrica, para así obtener beneficios personales dentro de actividades que constitucionalmente sólo pueden corresponder a la Nación.

Es grave que se establezca la operación de los bancos de agua y sobre cuando es para regular operaciones de transmisión de derechos de agua y cabe preguntar, ¿pueden los particulares determinar el precio del agua?, ello también violenta los artículos 25 y 28 de la Constitución, considerando que la rectoría del desarrollo nacional corresponde al Estado.

Una especial e importantísima advertencia respecto al manejo constitucional de la normatividad que se refiere a las aguas nacionales, y que según el artículo 27 siempre debe ser del dominio directo y exclusivo de la Nación: Ante todo advierto que el artículo 25 parte de una estructura ideada para que corresponda sólo al Estado la rectoría del desarrollo nacional, entre otras razones para así fomentar el crecimiento económico y el empleo, y con todo ello –se dice textualmente- se obtenga “una más justa distribución del ingreso y la riqueza”.

Bajo estos supuestos el artículo 26 constitucional dispone la obligatoriedad de una planeación del desarrollo nacional, que se deja a cargo del Estado.

Por su parte el párrafo segundo ordena que la planeación debe ser democrática, interviniendo en tal planeación los diversos sectores sociales, y que recogerá “las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo”.

Como ya hemos señalado en el Plan Nacional de Desarrollo se incluye como actividad estratégica Alcanzar un manejo integral y sustentable del agua, lo que confirme que el agua es una actividad estratégica a que se refieren los artículos 25 y 28 Constitucionales.

La sugerencia final de este análisis que expongo, es que para mí resulta forzoso se legisle adecuadamente el manejo tanto de los recursos naturales como, y principalmente, las áreas estratégicas, para llegar a la conclusión expresa de que

el manejo y administración de las aguas nacionales nunca deben quedar en las manos y el control de intereses particulares.

4.5 Agua: Asunto de Seguridad Nacional

Aunado a todo lo antes expuesto resulta pertinente señalar que el agua es un asunto de seguridad nacional y en consecuencia de manejo exclusivo del Estado como a continuación expondremos:

En efecto, en el artículo 14 Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales se establecen los principios que sustentan la política hídrica nacional y en la fracción I establece:

- I. El agua es un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico, ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y *asunto de seguridad nacional*.

La Seguridad Nacional es definida por la Enciclopedia Jurídica Mexicana de la siguiente forma: “Aun cuando “seguridad nacional” no es un término que tenga un significado preciso, generalmente se refiere a todos aquellos programas, medidas e instrumentos que cierto Estado adopta para defender a sus órganos supremos de un eventual derrocamiento violento por un movimiento subversivo interno o una agresión externa.

Cabe observar que la “seguridad nacional” no se concreta a la capacidad militar para evitar dicho eventual derrocamiento sino que, en general, también implica la habilidad del gobierno para funcionar con eficiencia y satisfacer los intereses públicos; virtualmente, cualquier programa gubernamental, desde la capacitación militar hasta la construcción de vías generales de comunicación y la educación misma (con independencia de lo controvertido que pueda ser desde el punto de vista político, tomando en cuenta las prioridades de cada Estado), puede justificarse, en parte, por proteger la seguridad nacional.

En Artículo 1º de la Ley de Seguridad Nacional se establece que las disposiciones de dicha ley son de orden público y de observancia general en todo el territorio nacional.

La misma tiene por objeto establecer las bases de integración y acción coordinada de las instituciones y autoridades encargadas de preservar la Seguridad Nacional, en sus respectivos ámbitos de competencia; así como, la forma y los términos en que las autoridades de las entidades federativas y los municipios colaborarán con la Federación en dicha tarea; regular los instrumentos legítimos para fortalecer los controles aplicables a la materia.

En el Artículo 2º se establece que corresponde al Titular del Ejecutivo Federal la determinación de la política en la materia y dictar los lineamientos que permitan articular las acciones de las dependencias que integran el Consejo de Seguridad Nacional.

Por otra parte el Artículo 3º dispone que para efectos de dicha Ley, por Seguridad Nacional se entienden las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano, que conlleven a:

- I.- La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;
- II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;
- III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

- IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos;
- V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y
- VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes.

En consecuencia, podemos concluir que la Seguridad Nacional es una de las áreas fundamentales para salvaguardar el territorio, regular la actividad de las fronteras y anticipar riesgos y amenazas potenciales contra la vida y la economía del país, estas actividades quedan a cargo del Estado, a través de los órganos de inteligencia que deben salvaguardar los intereses de la Nación y los derechos de los gobernados.

Si consideramos que el agua es un bien de dominio público y es un asunto de seguridad nacional, confirma nuestra posición de que es una actividad estratégica y en consecuencia de manejo exclusivo del Estado. Por lo cual el artículo 37 de la Ley de Aguas Nacionales al permitir que la operación de bancos de agua se realice por particulares violenta los artículos 25, 27 y 28 de nuestra Carta Fundamental.

4.6 Problemática en la regulación de los Bancos de Agua.

Resulta necesario explicar que las disposiciones en materia de aguas nacionales vigentes otorgan diversos derechos al concesionario. Una vez que se obtiene el Título de Concesión para el uso, aprovechamiento y explotación de aguas nacionales, los derechos en él determinados, podrán ser cedidos por el

Concesionario a terceros, para ello deberá cumplir entre otras obligaciones, la relativa a que cada año debe realizar la explotación total del volumen permitido; ya que en caso de utilización parcial del volumen, la autoridad podrá en el transcurso de dos años consecutivos, hacer valer la figura jurídico-administrativa de caducidad de volumen, a través de un procedimiento tendiente a revertir a la Federación el volumen no explotado.

Antes de que ocurra el evento anterior, el concesionario en términos de lo dispuesto por el artículo 28, fracción IV de la Ley de Aguas Nacionales, tiene el derecho para ceder parte del volumen concesionado, e inclusive la totalidad del mismo, todo depende de la explotación que realice.

Tanto en los acuíferos como en las cuencas, se han establecido zonas de veda, en las cuales no está permitida la explotación de aguas nacionales por parte de otros gobernados que no tengan derechos reconocidos mediante la concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales.

Sin embargo; existen aprovechamientos de aguas nacionales que no son utilizados conforme al volumen anual concesionado. Ante ello, el concesionario que no utilice parte del volumen, podrá cederlo a un tercero que tenga la necesidad de explotar aguas nacionales del subsuelo en la misma zona en la que se encuentra el aprovechamiento concesionado.

De lo anterior, deriva el primer acuerdo de voluntades entre el Concesionario y un Tercero con el interés de explotar aguas nacionales, en una zona declarada de veda. Este derecho, en términos del artículo 71 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, de ceder el volumen de aguas nacionales concesionadas, puede incluso ser transmitido por vía sucesoria.

En ese aspecto la Ley de Aguas Nacionales, contempla un Capítulo denominado Transmisión de Títulos, cuyos numerales expresan textualmente lo siguiente:

“CAPITULO V

Transmisión de Títulos

Artículo 33. Los Títulos de concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, legalmente vigentes y asentados en el Registro Público de Derechos de Agua, así como los Permisos de Descarga, podrán transmitirse en forma definitiva total o parcial, con base en las disposiciones del presente Capítulo y aquellas adicionales que prevea la Ley y sus reglamentos.

Los títulos de concesión o permisos con carácter provisional para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, para su transmisión se sujetarán a lo siguiente:

- I.- En caso de cambio de titular, cuando no se modifiquen las características del título de concesión, procederá la transmisión mediante una solicitud por escrito presentada ante “la Autoridad del Agua”, quién emitirá el acuerdo correspondiente de aceptación o no, así como la inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua;
- II.- En el caso de que, conforme a los reglamentos de esta Ley, se puedan afectar los derechos de terceros o se puedan alterar o modificar las condiciones hidrológicas o ambientales de las respectivas cuencas o acuíferos, se requerirá autorización previa de “la Autoridad del Agua”, quién podrá, en su caso, otorgarla, negarla o instruir los términos y condiciones bajo las cuales se otorgará la autorización solicitada, y

III.- La presentación ante el Registro Regional o Nacional, al tratarse de aquellos títulos que hubiese autorizado “la Autoridad del Agua”, a través de acuerdos de carácter general que se expidan por región hidrológica, cuenca hidrológica, estado o Distrito Federal, zona o localidad, autorización que se otorgará solamente para que se efectúen las transmisiones de los títulos respectivos, dentro de una misma cuenca o acuífero. Los acuerdos referidos deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación.

Cuando se transmitan derechos o se modifique el título respectivo, si el titular de una concesión pretende proporcionar a terceros en forma provisional el uso total o parcial de las aguas concesionadas, se actuará conforme a lo dispuesto en el artículo 23 BIS y los reglamentos de la presente Ley.

Artículo 34. “La Autoridad del Agua”, en los términos del reglamento aplicable y mediante acuerdos de carácter regional, por cuenca hidrológica, estado o Distrito Federal, zona o localidad, podrá autorizar las transmisiones de los títulos respectivos, dentro de una misma cuenca hidrológica o acuífero, mediando una solicitud fundada y motivada siempre y cuando no se afecte el funcionamiento de los sistemas hidrológicos y se respete la capacidad de carga de los mismos.

Los acuerdos a que se refiere este Artículo deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en los periódicos de mayor circulación en la región hidrológica que corresponda.

En los casos de transmisión de títulos a que se refiere el presente Artículo, la solicitud de inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua, se deberá efectuar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de la autorización por parte de “la Autoridad del Agua” y hasta entonces dicha

inscripción producirá efectos frente a terceros, siempre y cuando con antelación se haya efectuado el acto o contrato de transmisión.

El aviso o la solicitud de autorización de transmisión de derechos se harán en la forma y términos que establece la Ley para las promociones, además cumplirán con los requisitos que establezcan los reglamentos de la presente Ley.

Las autoridades competentes podrán otorgar la autorización, negarla o instruir los términos y condiciones bajo las cuales se concederá.

Tratándose de las transmisiones de derechos a que se refiere la Ley, el adquirente queda obligado a formular aviso y a acreditar ante las autoridades mencionadas, dentro de los quince días siguientes al aviso de transmisión o a la autorización que se otorgue, que se encuentra usando efectivamente el volumen de agua materia de la transmisión conforme al uso materia de la concesión o permiso de descarga.

La inscripción de la transmisión que se haga, no perjudicará y dejará a salvo los derechos de terceros.

Artículo 35. Si la transmisión de los derechos para explotar usar o aprovechar aguas del subsuelo en zonas de veda o reglamentadas, se convendrá conjuntamente con la transmisión de la propiedad de los terrenos respectivos y en todo caso será en forma definitiva, total o parcial.

Si se desea efectuar la transmisión por separado, se podrá realizar en la forma y términos previstos en los reglamentos de la presente Ley. En todo caso, existirá responsabilidad solidaria entre quien transmite y quién adquiere los derechos, para sufragar los gastos que ocasione la clausura del pozo que no se utilizará.

En ningún caso se celebrarán actos de transmisión de títulos de asignación de aguas nacionales.

Una vez efectuada la transmisión de derechos, “la Autoridad del Agua” expedirá, a favor del adquirente, previo aviso o autorización, el título de concesión que proceda.

Artículo 36. Cuando se transmita la titularidad de una concesión el adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones de la misma.

Artículo 37. Serán nulas y no producirán ningún efecto las transmisiones que se efectúen en contravención a lo dispuesto en la presente Ley.

Artículo 37 BIS. “ La Comisión” podrá establecer definitiva o temporalmente instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos que se denominarán “bancos del agua”, cuyas funciones serán determinadas en los reglamentos respectivos.”

Como podrá observarse la legislación únicamente contempla seis numerales en los que desarrolla el tema de transmisión de derechos, en donde además se observa en el último de ellos, la pretensión de establecer instancias definitivas o temporales, que gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos, denominadas Bancos del Agua.

Es necesario aclarar que si bien los legisladores en las reformas a la Ley de Aguas Nacionales otorgaron a la Comisión Nacional del Agua, la potestad para establecer tales instancias, no se cuidó el principio de supremacía constitucional.

Con independencia de lo anterior se omitió realizar la adecuación reglamentaria y cuidar la implantación del mismo, emitir el reglamento correspondiente dentro de los doce meses posteriores a la publicación de dichas reformas, situación que hasta la fecha no acontece, lo que consecuentemente ha originado un retraso en su implantación.

De lo anterior podemos afirmar que el derecho del concesionario se mantendrá conforme a la legislación vigente, hasta en tanto no se dicte el reglamento en el que se determinen las características y funciones de los Bancos del Agua; y se establezcan disposiciones que obliguen al concesionario a realizar la operación de Transmisión de derechos, a través de aquel.

4.7 Problemática en la implantación de los Bancos de Agua

Otro factor que deberá ser considerado en la implantación de los Bancos del Agua, es aquel relacionado al hecho, de que los acuíferos en los que se encuentran divididos para efectos administrativos las aguas del subsuelo en el territorio nacional; no se encuentra homogenizado, esto es, no es uniforme en las zonas que comprende, la razón de ello deriva en que dentro de un mismo acuífero el Ejecutivo Federal ha decretado zonas de veda, sin que se abarque la totalidad del acuífero, por tanto, en aquellas zonas en que los puntos poligonales de demarcación determinados en el decreto de veda, queden fuera, son consideradas zonas de libre alumbramiento, en donde los gobernados pueden realizar las obras de perforación y posteriormente extraer los volúmenes de aguas nacionales que necesiten para realizar sus actividades, sin requerir autorización alguna por parte de la Autoridad del Agua.

Determina la Ley de Aguas Nacionales:

“Artículo 6. Compete al Ejecutivo Federal:

- I. Reglamentar por cuenca hidrológica y acuífero, el control de la extracción así como la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo, inclusive las que hayan sido libremente alumbradas, y las superficiales, en los términos del Título Quinto de la presente Ley; y expedir los decretos para el establecimiento , modificación o supresión de zonas reglamentadas que requieren un

manejo específico para garantizar la sustentabilidad hidrológica o cuando se comprometa la sustentabilidad de los ecosistemas vitales en áreas determinadas en acuíferos, cuencas hidrológicas, o regiones hidrológicas;

- II. Expedir los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas de veda de aguas nacionales, en los términos del Título Quinto de la presente Ley;
- III. Expedir las declaratorias de zonas de reserva de aguas nacionales superficiales o del subsuelo, así como los decretos para su modificación o supresión;
- IV. ...

Artículo 18. 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.

Para tales casos, el Ejecutivo Federal a iniciativa de “la Comisión” que se apoyará en las propuestas que elaboren los Organismos de Cuenca, publicará la declaratoria que se expida cuando se comprueben condiciones de sobreexplotación para acuíferos y unidades hidrogeológicas específicas, cuidando de deslindar cuando así se requiera, la aplicación de las disposiciones que se establezcan para acuíferos superiores, en relación con otras unidades hidrogeológicas que contengan acuíferos inferiores, acuícludos y acuitardos, existentes en la misma zona geográfica a distintas profundidades, en función de sus zonas de recarga y descarga, estratos geológicos que las contengan, condiciones de flujo y almacenamiento y

comportamiento en relación con su uso y aprovechamiento. Para ello, “la Comisión” deberá realizar, por sí o con el apoyo de terceros cuando resulte conveniente, los estudios y evaluaciones suficientes con el objeto de sustentar los deslindamientos referidos y promover el mejor aprovechamiento de las fuentes de aguas del subsuelo.

Conforme a las disposiciones del presente Artículo y Ley, se expedirán el reglamento para la extracción y para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales de los acuíferos correspondientes, incluyendo el establecimiento de zonas reglamentadas, así como los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas de veda o declaratorias de reserva que se requieran.

Independientemente de lo anterior, la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo causará las contribuciones fiscales que señala la Ley de la materia. En las declaraciones fiscales correspondientes, el concesionario o asignatario deberá señalar que su aprovechamiento se encuentra inscrito en el Registro Público de Derechos de Agua, en términos de la presente Ley.

TITULO QUINTO

Zonas Reglamentadas, de Veda o de Reserva

Capítulo único

Artículo 38. El Ejecutivo Federal, previos los estudios técnicos que al efecto se elaboren y publiquen, y considerando los programas nacional hídrico y por cuenca hidrológica y las necesidades del ordenamiento territorial nacional, regional y local, así como lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la presente Ley, podrá decretar el establecimiento de zonas reglamentadas, zonas de veda o declarar la reserva de aguas.

Adicionalmente, el Ejecutivo Federal podrá decretar como zonas de desastre, a aquellas cuencas hidrológicas o regiones hidrológicas que por sus circunstancias naturales o causadas por el hombre, presenten o puedan presentar riesgos irreversibles a algún ecosistema.

Artículo 42. Para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo en las zonas reglamentadas o de veda decretadas por el Ejecutivo Federal, incluso las que hayan sido libremente alumbradas, requerirán de:

- I. Concesión o asignación para su explotación, uso o aprovechamiento;
- II. ...”

El problema que enfrenta la Comisión Nacional del Agua, radica en el hecho, de que emitió Títulos de Concesión en aprovechamientos localizados en zona de libre alumbramiento, que a su vez se ubican en el mismo acuífero en donde una parte de él fue declarado en veda. Actualmente aquellos aprovechamientos localizados en zonas de libre alumbramiento y de los cuales se obtuvieron Títulos de Concesión, están siendo transmitidos a terceros que requieren de aguas nacionales en la zona de veda; la única limitante para autorizar la transmisión de derechos, radica en que los aprovechamientos se encuentren dentro del mismo acuífero, luego entonces, aún y cuando el nuevo aprovechamiento se localice en una zona de veda, al ser ubicado en el mismo acuífero, la autorización es inminente, sin que haya disposición legal alguna en contrario.

El anterior, es solamente uno de los tantos ejemplos que la falta de homogeneidad del acuífero acarrea, en detrimento de la conservación del recurso hídrico.

Ahora bien, por lo que hace a las denominadas zonas de reserva y zonas reglamentadas, aún y cuando las mismas se estipulan expresamente en los

artículos 38, 39, 41 de la Ley de Aguas Nacionales, el Ejecutivo Federal no ha realizado pronunciamiento alguno al respecto, por tanto aquellos decretos de zonas reglamentadas y de reserva, no han sido implementados ni promulgados.

La finalidad de decretar una zona reglamentada, radica en el hecho de fijar los volúmenes de extracción, uso y descarga, que se podrán autorizar, las modalidades o límites a los derechos de los concesionarios, y demás disposiciones especiales que se requieran por causa de interés público; las zonas de reserva por su parte atenderán como prioritario la conservación del recurso para mantener el abasto en uso doméstico, generación de energía eléctrica, conservación y restauración de ecosistemas vitales, y programación hídrica regional y nacional.

Ninguno de estos dos apartados ha sido prioridad para la Comisión Nacional del Agua, a efecto de que el Ejecutivo Federal emita los decretos correspondientes, para con ello frenar el inmoderado crecimiento en la extracción de aguas nacionales del subsuelo, hecho que en corto plazo generará graves consecuencias de abatimiento en los acuíferos y el correspondiente desabasto en diversos usos

Al respecto cabe mencionar que la Comisión Nacional del Agua solamente ha emitido a través del Director General, un documento denominado "Acuerdo de Disponibilidad media anual en los acuíferos"; publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de enero de 2003, y dentro del cual determina aquellos acuíferos que se encuentran en déficit.

Por otra parte el pretender implantar la figura jurídico-administrativa de los Bancos de Agua en nuestro país, con una incipiente o casi nula regulación legislativa; ya que hasta esta fecha la Ley de Aguas Nacionales, únicamente contempla un artículo en el que se menciona los Bancos del Agua, genera incertidumbre, además de la clara violación a una Carta Magna.

El artículo Tercero Transitorio del Decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de abril de 2004, determinó que en un plazo no mayor de doce meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, se expedirían los Reglamentos referidos en el mismo. Sin embargo, a la fecha no se han expedido y en consecuencia no se han determinado sus funciones de las denominadas instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos.

Como ya hemos mencionado el término instancia, no corresponde a un ente determinado por una persona moral llámese sociedad o asociación, luego entonces no puede haber participación de intereses particulares al que se le otorgue la administración de volúmenes de agua de otros concesionarios, con el fin de que realicen las operaciones de transmisión de derechos, como ha sucedido en otras legislaciones de los países que realizaron la implantación de los Bancos del Agua, a través de personas morales.

Ahora bien, si el término instancia se refiere a que sea la propia Autoridad del Agua, la encargada de regular y desarrollar ese tipo de operaciones, en transmisiones de derechos, entonces deberá reformar entre otros el artículo 28, fracción IV de la Ley de Aguas Nacionales, que otorga al concesionario el derecho para poder transmitir los derechos del Título de concesión, respecto al volumen concesionado, eliminando tal derechos para así indirectamente obligarlos a que en caso de querer realizar una operación de transmisión de derechos, se haga por conducto de la Instancia denominada banco del agua quién determinará o no la procedencia de la misma.

Sin embargo esta medida, únicamente generará más trabajo en la Autoridad del Agua, y no regulará ni evitará la especulación de precio en oferta y demanda, debido a que el acuerdo de voluntades que realicen los concesionarios con el

gobernado que pretende adquirir volumen, podrán realizarlo inclusive en forma particular a través de un contrato ratificado que muy probablemente lógicamente no harán del conocimiento a la Instancia denominada Banco del Agua. Y una vez que esta concrete la operación y realice las gestiones correspondientes para modificación del Título y otorgamiento de uno nuevo al adquirente, las partes en forma particular darán cumplimiento al acuerdo de voluntades que hayan fijado fuera del conocimiento de la Instancia, pagando el precio pactado por la operación de transmisión, sin que la Instancia pueda realizar algo al respecto.

Para evitar ello, entonces la Instancia que se conforme como Banco del Agua, deberá, primero, convertirse en la única que por región geohidrológica acumule y tenga perfecto conocimiento de los volúmenes de aguas nacionales que cada concesionario no este aprovechando, usando o explotando, y en donde además dicho volumen no se encuentre reservado en constancia expedida por la Autoridad de excepción a caducidad de volumen no aprovechado; lo que origina una labor administrativa extraordinaria, considerando que para que se tenga ese control de volumen no aprovechado, es necesario tener año con año el reflejo claro de extracción de cada concesionario, a través de las declaraciones por pago de derechos federales causados por el aprovechamiento de las aguas nacionales, mismo que será variable año tras año; y hasta entonces, se sabrá cual es el volumen que podrá disponer para realizar la operación de transmisión al gobernado que lo solicite.

Una vez que tenga pleno control de lo anterior, deberá tener la autorización del concesionario para poder realizar la operación de transmisión de derechos que por supuesto no será onerosa; lo que conllevará a que el concesionario no tenga ningún interés en la misma, y por lo tanto negará la autorización, si consideramos que el simple altruismo es casi nulo entre los industriales, más aún cuando se les afectará un volumen de aguas nacionales que en su momento obtuvieron.

Si a lo anterior le sumamos otro hecho plasmado en las reformas a la Ley de Aguas Nacionales en las que concede a los concesionarios el poder suministrar o proporcionar a terceros en forma provisional el uso total o parcial de las aguas concesionadas, en términos de lo dispuesto por el artículo 23 BIS; tenemos entonces una nueva forma en la que el concesionario, puede obtener una ganancia extra del volumen concesionado, lo que se explica de la siguiente forma.

El concesionario está obligado al pago trimestral del volumen concesionado, usado o aprovechado, para ello deberá cubrir el derecho federal que varía de 6 a 11 pesos, dependiendo de la región hidrográfica en la que se encuentre; digamos que sean de \$6.00 por metro cúbico explotado reflejados trimestralmente, si el concesionario opta por proporcionar a terceros en forma provisional el uso total o parcial de las aguas concesionadas, aumentará de \$2.00 a 3.00 el metro cúbico al tercero que le esté proporcionando el volumen; así declarará únicamente los \$ 6.00 que por derecho federal le corresponde pagar, quedándose con el valor agregado, cobrado al tercero al que suministra volumen; sin que dicho monto sea enterado a la Autoridad del Agua.

Como el caso anterior existen innumerables formas por las que el concesionario, evade las acciones legales que la Autoridad del Agua podría realizar para recuperar los volúmenes de agua no aprovechados, otro de ellos a saber es el cambio de medidores, e inclusive la inexistencia de ellos, debido a que no se tiene un control de los sellos colocados en cada aprovechamiento, y en donde los concesionarios, alegando una descompostura, proceden al cambio del mismo con un simple aviso a la Autoridad, quién no tiene el personal para verificar los anteriores, y si a eso le agregamos la situación de que el uso agrícola no reporta pago por derechos federales, se desconoce realmente cuanto es el volumen que se extrae, y cuanto es el no aprovechado, sin embargo dicho volumen si es susceptible de transmisión, y con esto, los agricultores realizan operaciones de transmisión de derechos, siendo más rentable dicha operación que las ganancias

por cosechas, lo que implica otro problema económico en desabasto de productos del campo.

Esta es la situación que se enfrenta actualmente y en la cual la Autoridad del Agua no realiza acciones concretas para evitarlas, ya que la anotación de la instancia denominada Banco del Agua, en nada ayudará a resolver tales situaciones.

Como podrá observarse, primero se requiere tener un orden en la administración del recurso, y una legislación acorde a los cambios que día a día se van gestando, para tratar en la medida de lo posible la aplicación óptima de la legislación y el correspondiente control del recurso.

Para continuar con el estudio de implantación de la Instancia del Banco del Agua, deberá considerarse además que por tratarse de un bien propiedad de la Nación, esté debe ser operado por la propia Autoridad del Agua, sin permitir la participación de sociedades o asociaciones, en razón de que de ser así, entonces se les estaría otorgando la administración de un bien propiedad de la nación a un particular, desvirtuando por completo las características del mismo y provocando un acaparamiento o monopolio en ese tipo de operación, ya que los intereses particulares de quién conforme el Banco del Agua, se antepondrán al interés general; más aún cuando las operaciones que se realicen, deberán reportarle un beneficio, de lo contrario cual sería la finalidad en la regulación de tales operaciones, ya que como anteriormente he manifestado, no considero el altruismo como una característica del sector empresarial, cuando son estos quienes en su momento pueden ser los que tengan el poder para acumular los volúmenes concesionados no aprovechados y a su vez fijar un precio de venta evitando la especulación.

4.8 Propuesta de Reforma a la Ley de Aguas Nacionales

Para evitar la sobreexplotación de los acuíferos y la especulación en el uso del recurso, se estima necesario abrogar el derecho del concesionario a transmitir derechos a terceros, contenido en el artículo 28, fracción IV de la Ley de Aguas Nacionales y crear mecanismos para que la Comisión Nacional del Agua atendiendo las necesidades de otros usuarios directamente otorgue los volúmenes de agua no utilizados, sin que en ello tengan que intervenir particulares, toda vez que las aguas nacionales es una actividad estratégica y en consecuencia exclusiva del Estado.

CONCLUSIONES

- 1.- En la Ley de Aguas Nacionales se omite precisar cual es la naturaleza jurídica de los denominados “bancos de Agua” y remite a los reglamentos respectivos para determinar las funciones de los mismos. No obstante en el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales vigente no se hace referencia alguna a los “bancos de agua”, debido a que no ha sido reformado. Lo anterior, incumple lo dispuesto por el Artículo Tercero Transitorio del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de abril de 2004.
- 2.- La Comisión Nacional del Agua cuenta en su estructura Orgánica con áreas específicas para autorizar el establecimiento, operación, otorgamiento y revocación de autorizaciones y registro de Bancos de Agua, las cuales han operado desde el año 2004, sin que a la fecha se haya constituido un solo banco de agua, lo cual hace cuestionable la eficiencia del ejercicio de recursos públicos en áreas que no cumplen el objetivo para el que fueron creadas.
- 3.- El Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua otorga facultades a la Gerencia de Regulación de Transmisión de Derechos, Bancos del Agua y Control de Información, adscrita Subdirección General de Administración del Agua, para autorizar el establecimiento, operación, otorgamiento y revocación de autorizaciones y registro de Bancos de Agua; para aprobar los proyectos de autorización para la constitución y funcionamiento de bancos de agua, y llevar el registro de estas autorizaciones y sus modificaciones, así como el de su revocación, lo cual excede los principios contenidos en el artículo 27 Constitucional, que solo permite el otorgamiento de concesiones para el uso, aprovechamiento o explotación de aguas nacionales.

- 4.- La Ley de Aguas Nacionales y el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales omiten establecer la naturaleza jurídica y fines de los bancos de agua. En el Plan Nacional de Desarrollo sí se señala el propósito de la creación de los bancos de agua que es “realizar de manera regulada operaciones de transmisión de derechos de agua entre los usuarios”. Sin embargo el Plan Nacional de Desarrollo no es un ordenamiento jurídico, ni sus objetivos y estrategias otorgan seguridad jurídica a los gobernados. Además viola los principios contenidos en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos a que corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales; que el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y que la explotación el uso y el aprovechamiento por los particulares solo debe realizarse mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal, de acuerdo a las reglas y condiciones que establezcan las leyes.
- 5.- El artículo 7° bis, de la Ley de Aguas Nacionales en su fracción VII establece que el control de la extracción y la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas superficiales y del subsuelo es de interés público, lo cual impone a este bien, una restricción que justifica la intervención administrativa, en consecuencia no puede dejarse en manos de particulares, toda vez que requiere la intervención directa y permanente del Estado.
- 6.- 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. No se permite

otra forma de concesión que no sea la señalada; en consecuencia, el pretender que se otorguen concesiones para operar bancos de agua, para la realización de operaciones de transmisión de derechos de agua entre los usuarios es notoriamente violatorio del artículo 27 Constitucional.

- 7.- No obstante que el párrafo Cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no enuncie a las aguas nacionales como actividad estratégica, el mismo remite a las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión, que en el caso en concreto es la Ley de Aguas Nacionales, la cual en el artículo 4º, establece que la autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes corresponde al Ejecutivo Federal, quien la ejercerá directamente o a través de la Comisión. Lo anterior se robustece con el artículo 25 de la propia Carta Magna que establece que el sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo Cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan, lo cual se violenta con el establecimiento de bancos de agua a cargo de particulares.

- 8.- El artículo 37 de la Ley de Aguas Nacionales debe ser tomado como inconstitucional, porque se está autorizando y legitimando que la Comisión Nacional del Agua maneje a las aguas nacionales no en forma directa y exclusiva –como siempre debe ocurrir con todas las áreas estratégicas-, sino involucrando en tal manejo al sector privado, lo cual viola el principio de dominio directo, inalienable e imprescriptible que ordena la Constitución. Asimismo, viola el principio de exclusividad del Estado en el manejo de las aguas nacionales, basándose en una ley y reglamentación que va en contra de nuestra carta constitucional, al permitir que la operación de los bancos

de agua la realicen particulares, funciones que por mandato constitucional debería ejercer únicamente el Estado a través de la Comisión Nacional del Agua.

- 9.- Si los particulares al operar bancos de agua, para regular operaciones de transmisión de derechos de agua y determinan su precio, ello violenta los artículos 25 y 28 de la Constitución, considerando que la rectoría del desarrollo nacional corresponde al Estado.
10. De acuerdo al artículo 14 Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales, el agua es un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico, ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y *asunto de seguridad nacional; en consecuencia, su manejo es exclusivo del Estado, toda vez que la Seguridad Nacional es una de las áreas fundamentales para salvaguardar el territorio, regular la actividad de las fronteras y anticipar riesgos y amenazas potenciales contra la vida y la economía del país, estas actividades quedan a cargo del Estado, a través de los órganos de inteligencia que deben salvaguardar los intereses de la Nación y los derechos de los gobernados.*
- 11.- La transmisión de derechos, determinada en la Ley de Aguas Nacionales, como un derecho del concesionario (Artículo 28 Fracción IV), ha generado un medio de especulación conforme un mercado de oferta y demanda; esto es, un mercado informal de los denominados “mercado negro” en el vital líquido, en donde los propios concesionarios fijan el precio por metro cúbico que “cederán” al tercero que necesite el recurso vital para su operatividad y funcionamiento.

12. Las transmisiones de derechos operan sin regulación específica, no existe uniformidad en los límites de los acuíferos, lo cual propicia la sobreexplotación, debido a que dentro del mismo acuífero se comprenden zonas de veda y zonas de libre alumbramiento; lo anterior es así por que la única condición para que opere o no una transmisión de derechos en materia de aguas nacionales, es que se encuentre en el mismo acuífero, o bien en la misma cuenca.
13. El Ejecutivo Federal ha omitido emitir los decretos de reserva y de zonas reglamentadas. Los acuerdos de disponibilidad media anual emitidos por el Director General de la Comisión Nacional del Agua no pueden equipararse al decreto y por tanto fundamentar resoluciones con base en ellos es violatorio.
14. Existe una contradicción entre el artículo 22 de la Ley de Aguas Nacionales vigente, y el artículo 37 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, el primero de ellos determina que la disponibilidad media anual se revisará al menos cada tres años; el segundo de ellos contempla seis años para ello.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL, "Compendio de Derecho Administrativo", México, Porrúa, 1996.
- ACOSTA ROMERO, MIGUEL, Segundo Curso de Derecho Administrativo, 2ª. Ed., México, Porrúa.
- ABOITES AGUILAR, LUIS "El Agua de la Nación. Una historia política de México (1888-1946), México, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social.
- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, "Derecho Constitucional Mexicano, 3ª. Ed. Porrúa, México, 1979.
- CARPIZO, JORGE Y MADRAZO JORGE, "Derecho Constitucional", 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1991.
- CARRILLO SUÁREZ, AGUSTÍN EDUARDO, "El Agua: Un bien Público y Escaso, en Régimen Jurídico del Agua, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.
- CUEVAS FIGUEROA, PEDRO, "Las Instancias Administrativas de Aclaración o Inconformidad", Tribunal Fiscal de la Federación, Cincuenta Años al Servicio de México, México, Tribunal Fiscal de la Federación, 1982.
- FARIAS, URBANO, "Derecho Mexicano de Aguas Nacionales" México, Aldina, 1993.
- FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE, "Servicios Públicos Municipales", México, INAP-UNAM, 2002.
- FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE Y SANTIAGO SÁNCHEZ JAVIER, "Régimen Jurídico del Agua", Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2007.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ MARÍA DE LOURDES, "Aspectos Legales del Agua en México y su Impacto en el Agua Subterránea. Revista Regiones y Desarrollo Sustentable, Año II, Colegio de Tlaxcala.
- HUERTA, CARLA, "El Agua: Patrimonio del Estado o Derecho de los Particulares, en Régimen Jurídico del Agua, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007.

- LANZ CÁRDENAS, JOSÉ TRINIDAD, "Régimen Jurídico de las Aguas Interiores en México", en Modernización del Derecho Mexicano, Reformas Constitucionales y Legales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- NAVA NEGRETE, ALFONSO, "Tendencias Actuales del Derecho Administrativo", Tendencias Actuales del Derecho, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1994, 2. 248.
- MORINEAU, OSCAR, "Los Derechos Reales y el Subsuelo en México, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RUÍZ MASSIEU, JOSÉ FRANCISCO, "Los Nuevos Artículos Económicos de la Constitución. Una Interpretación Jurídica y Política", Memoria del Tercer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SAHAGÚN DE FRAY BERNARDINO, "Historia General de las Cosas de la Nueva España", Editorial Alfa.
- SÁNCHEZ MEZA, JUAN JAIME, "¿Se ha descentralizado la Gestión del Agua en México?, Régimen Jurídico del Agua, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.
- SERRA ROJAS, ANDRÉS, "Derecho Administrativo", 10ª., ed., México, Porrúa, 1981, T. II.

Ordenamientos Jurídicos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Aguas Nacionales.

Ley General de Bienes Nacionales.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales.

Código Fiscal de la Federación

Diccionarios

- Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Porrúa, México, 2004.
- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 20. Ed.
- Diccionario de la lengua Española Esencial, Primera Edición, 58ª Reimpresión, Larousse, México, 2005.