

EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. HACIA UN NUEVO DISCURSO PATRIMONIAL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Mundialización del sistema de mercado*. III. *La transcripción jurídica del tema*. IV. *El derecho de propiedad: ¿recomposición o descomposición?* V. *El aprovechamiento de los elementos naturales en México: las bases constitucionales*. VI. *La regulación de los elementos naturales en particular*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo se propone como una revisión de las posibilidades que albergan los derechos patrimoniales de tipo clásico para convertirse en instrumentos eficientes de las estrategias por las que se realiza actualmente la conservación de los elementos que integran nuestro entorno natural.

La primera mitad del trabajo está dedicada a una valoración de carácter teórico, a partir de la cual se sopesan las propuestas europeas más recientes, y especialmente, las de aquellos teóricos del patrimonio que consideran a esta institución como un factor idóneo para la conservación de los bienes culturales y ambientales. Dentro de esa primera parte del trabajo, destaca la idea de la superposición de distintas franjas o capas regulatorias que se proyectan sobre un mismo bien o conjunto de bienes. La propiedad privada ya no abarca, como pudo hacerlo en el periodo moderno, la totalidad del espectro regulatorio que se despliega en torno a los bienes susceptibles de apropiación. Hoy, los derechos patrimoniales comparten su espacio normativo con las disposiciones que componen el régimen que regula la conservación.

El trabajo, en su primera mitad, deja ver el declive de las instituciones patrimoniales clásicas, las cuales se muestran poco pertinentes para brindar garantías a cualquier tipo de intereses extramercantiles. Por otra parte, se evidencia el reconocimiento de la inevitabilidad del mercado, fenómeno que obliga a repensar las estrategias públicas, las que, en adelante, difícilmente podrán prescindir de la acción envolvente que se desarrolla

* Publicado en: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 24.

alrededor de los procesos de intercambio privado. El predominio mercantil, consustancial a las sociedades contemporáneas, evita el desplazamiento definitivo de las fórmulas patrimoniales típicas de la modernidad. Aunque las nuevas condiciones son, en muchos sentidos, antiestatistas, de todas formas permiten la recomposición de los órganos públicos, como verdaderos organizadores de mercados.

La segunda parte del ensayo contiene un análisis puntual y comparativo de las fórmulas de aprovechamiento de algunos recursos naturales en nuestro país. Allí se revisa la situación del agua, de los bosques, de la pesca y de los componentes orgánicos de la vida silvestre.

El contraste entre los dos cuerpos que integran el ensayo lleva a concluir que las fórmulas jurídicas vigentes en México brindan oportunidades privilegiadas para el desarrollo normativo de las estrategias de conservación, si bien en algunos casos los regímenes de aprovechamiento muestran rezaños e insuficiencias.

El mecanismo categorial del análisis es en realidad muy sencillo: se parte de la idea de la dualidad elemental, que se establece entre el derecho patrimonial básico que envuelve los derechos de aprovechamiento, y la banda o franja jurídica en la que se construye el régimen tutelar de los elementos naturales, a la que aquí se le denomina franja de la conservación.

El predominio de la línea de los derechos patrimoniales básicos conlleva al debilitamiento correlativo de la banda normativa que regula la conservación; viceversa, la posición hegemónica de la franja relativa a la conservación implica la relativización de la capa de los derechos básicos. La situación dialéctica que atraviesa la dualidad que se entabla entre el interés individual por el disfrute y el interés social por la conservación, conduce a diseños de balance muy diverso, según muestra el análisis casuístico que se efectúa en la segunda parte del presente ensayo.

La relación entre los extremos ambiguos del disfrute y la conservación, no se agota en la simple proporcionalidad inversa, sino que implica también un proceso en el que un extremo intenta subordinar al otro, no eliminándolo de plano, sino sólo funcionalizándolo en el sentido de su propia lógica.

A nivel de los derechos patrimoniales básicos prepondera una visión subjetivista y estática que privilegia los atributos de la titularidad, en cambio, a nivel de la conservación prevalece un enfoque objetivista y dinámico que pretende reconocer y mantener el valor ecosistémico de los elementos naturales. Para poder atestiguar la forma en que se balancean en la práctica social los polos aquí apuntados, será conveniente que el lector nos acompañe en la experiencia del presente análisis.

II. MUNDIALIZACIÓN DEL SISTEMA DE MERCADO

1. *Los límites necesarios*

La severa crisis que sacudió en un pasado, todavía reciente en los países europeos del este en los que se desarrolló el socialismo real, despejó abruptamente el horizonte para la mundialización definitiva del sistema de mercado. Esto, sin embargo, no significa, bajo ninguna circunstancia, que los problemas estructurales del capitalismo y las insuficiencias de sus procesos de legitimación hayan sido saldadas. Por el contrario, hoy más que nunca se agudizan algunos de los efectos perniciosos que genera la ambivalencia de este modelo económico bajo el que se organiza la rentabilidad contemporánea.

Fenómenos como el refinamiento de la alta tecnología, la reducción de los costos de transporte y, naturalmente, la liberalización del comercio, parecen sumarse como argumentos a la afirmación de que el mundo actual se encuentra integralmente inmerso en la atmósfera de un mercado ingente, que abarca y redefine los espacios políticos, sociales y culturales, a partir de las macrovariables de la inversión y de la competencia.

La globalización puede ser calificada como el último eslabón de la cadena económica que se inicia con la Revolución industrial. Paradójicamente, la mundialización del intercambio implica la sustitución de la producción y del consumo de mercancías como factores hegemónicos en la generación de capital; hoy, la especulación financiera se ha entronizado como la actividad económica de mayores rendimientos y alcances comunicativos. La representación simbólica del dinero ofrece un medio idóneo para la autonomización de la actividad económica y para la subordinación de las otras funciones sociales a la lógica del intercambio.

Una de las cuestiones no resueltas del modelo de desarrollo económico que rige a nivel mundial radica, precisamente, en el grado de agresividad que sus actividades representan para los componentes no humanos de la naturaleza. Sin dramatizar las expresiones, es evidente que la depredación del entorno natural, debida a los excesos en el consumo y a los vertimientos incontrolables, cuestiona la suficiencia de sus elementos constitutivos para seguir siendo utilizados indefinidamente como insumos del proceso productivo. La revaluación del carácter finito de la naturaleza fuerza a una nueva forma de cálculo en la que se pondere la variable ambiental como un límite para la acción económica.¹ Este reconocimiento, a su vez,

¹ Marín Mateo, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Madrid, Trivium, 1997, t. III, p. 18.

conlleva al imperativo de reprogramar aspectos muy importantes de la operación del mercado y de los patrones culturales que normalmente se le asocian.

Habida cuenta de que la permanencia de los procesos de intercambio se ha vuelto hoy un factor altamente probable, es apremiante intensificar los diagnósticos de sus problemas estructurales, con objeto de trazar las estrategias que permitan aprovechar las inercias mercantiles de cara a la rectificación de sus efectos nocivos. Con el propósito de mesurar las consecuencias perturbadoras del mercado se han ensayado numerosas fórmulas, la mayor parte de ellas dirigidas a frenar las tendencias monopólicas, que han demostrado ser el sino de cualquier ámbito mercantil sin intervenciones.

Desde otra perspectiva, hay que interpretar el surgimiento de los Estados providentes o benefactores como un esfuerzo extremo de las sociedades occidentales por paliar las grandes crisis del capitalismo. Los Estados providentes se ofrecen como escenarios para los nuevos arreglos sociales y políticos; su pretensión principal ha consistido en abrir espacios para la incorporación de las grandes masas de asalariados emergentes de la industrialización. A través de la acción redistributiva por la vía del gasto social, se ha intentado romper los márgenes sociales del mercado; sin embargo, los Estados providentes no han encontrado hasta ahora una fórmula efectiva que los ayude a sortear tanto las crisis fiscales como la excesiva burocratización de sus pesados aparatos de gobierno. En cualquier caso, al quedar conjurada la alternativa socialista, el Estado benefactor se mantiene como una instancia elegible para propiciar el acceso de los no propietarios a los beneficios del desarrollo.

Los sonoros fracasos presupuestales en los que se han visto envueltos los Estados providentes han hecho volver, con más fuerza que nunca, a los auspiciadores fervientes del mercado; sin embargo, este retorno vengativo, que se expresa en una ola interminable de reprivatizaciones, no ha vuelto más sabios ni más eficientes los criterios de la operación mercantil. A pesar de que el capitalismo es hoy espacial, tecnológica y financieramente más potente, sus recursos para reasumir los factores que excluye siguen siendo muy limitados. Incluso se puede afirmar que, a más potencia en la capacidad de generar riqueza, mayores resultan las desigualdades que genera su distribución a nivel internacional. Y que, a mayor desarrollo tecnológico y productivo, corresponden efectos más devastadores sobre el medio ambiente.

2. Las disyuntivas frente al medio ambiente

Conscientes de las proyecciones destructoras que generan los actuales patrones de producción y de consumo sobre el entorno no humano de la naturaleza, cabe preguntarse por algunos escenarios de reprogramación de las decisiones económicas que pudieran identificarse como alternativas probables en el horizonte más cercano. Al respecto vale considerar las siguientes opciones:

- 1) La primera alternativa consiste en la *reorientación pública de los procesos económicos*. Al haberse aceptado la insuficiencia del mercado para actuar como surtidor integral de las necesidades sociales, se ha visto en la injerencia pública sobre los procesos económicos una solución posible. Son muchas las formas en que los órganos gubernamentales pueden actuar sobre el medio económico. Quizá la vertiente de acción más importante atañe a la planeación; al respecto, Galbraith alguna vez afirmó: “Puede haber planificación dentro del marco del mercado y planificación que subsuma al mercado”.² De estas dos modalidades, la primera es servil a los procesos mercantiles; se efectúa precisamente para potencializarlos; la segunda, en cambio, pretende suplir por completo la lógica de autoorganización del intercambio. Para los efectos contemporáneos, resulta importante la planeación que cuenta con el mercado, no la que lo niega. Se trata de corregir y reencauzar lo que los procesos mercantiles no pueden operar por sí mismos, y no de abatirlos.

Colocados en la perspectiva de los mecanismos públicos para intervenir en el ámbito económico, además de la planeación, existen otros instrumentos de control que se ponen en juego a través de las funciones clásicas de la autoridad y que tienen por objeto disminuir las consecuencias dañosas de la acción libre de los procesos de intercambio, de producción y de consumo. Bajo este rubro de actos hay que clasificar las autorizaciones, concesiones y, en general, todos los actos de comando y control con los que se persigue medir los impactos de la actividad económica sobre el medio ambiente. Al respecto, se han diseñado instrumentos como la evaluación de los impactos ambientales significativos, la normalización de las actividades riesgosas bajo parámetros estrictos de operación, la ordenación ecológica del territorio, o incluso la sustracción total o parcial de ciertos bienes con valor ambiental de los

² Galbraith, J. Kenneth, *El nuevo estado industrial*, trad. de Manuel Sacristán, Madrid, Ariel, 1974, p. 38.

circuitos de la producción y del consumo. En todas estas situaciones, la acción pública se propone como contrapeso a los excesos probables del mercado; en ningún caso, sin embargo, se pretende suprimir o sustituir integralmente la lógica de los rendimientos que orienta los movimientos del capital. Se trata de condicionar la acción económica, ubicándola dentro de los márgenes de viabilidad que permitan la regeneración de la naturaleza y de sus elementos.

A favor de esta alternativa se puede argumentar que, prácticamente no hay lugar del mundo en que no existan, en algún grado, controles públicos sobre el mercado con la finalidad de proteger el ambiente; como factor en contra, se debe mencionar que la recepción de este conjunto de instrumentos no reúne, sobre todo en el caso de los países denominados megadiversos, el grado de eficacia necesaria para revertir, a través de su sola operación, las tendencias depredadoras que campean sobre el ambiente.

La opción por los instrumentos públicos de ordenación debe ser prudente. Sobre todo, hay que admitir que el desarrollo del derecho ambiental es aún muy incipiente, y que tal vez su ritmo de crecimiento nunca empate con el paso galopante de las catástrofes ambientales motivadas por los impactos de la actividad humana y de la explosión numérica de la población. No obstante, los logros parciales de esta alternativa no son tampoco desdeñables; con ellos al menos se cuenta con un código unitario de controles administrativos y jurídicos que, en la medida que logre ser propulsado por una palanca política de mayor precisión, mantendrá todavía un potencial considerable para aumentar su eficacia ordenadora.

- 2) Otro enfoque para evitar la destrucción de los elementos naturales, apunta a relajar los controles públicos que se ejercen sobre los bienes ambientales a los que puede atribuírseles un cierto valor de mercado.

Se trata, en síntesis, de operar una transformación del valor ambiental en valor de cambio. Esta conversión supone que cualquier propietario de un bien del que se pueden obtener ventajas mercantiles, presentes o futuras, estará obligadamente interesado en su conservación. En consecuencia, el primer paso para evitar el uso destructivo de la naturaleza consiste en colocar sus elementos bajo una forma segura de tutela patrimonial privada. Al decir de François Ost, tal forma de privatización “descansa en tres pilares: la propiedad privada, el mercado que asegura su circulación y la responsabilidad que garantiza su perennidad...”³

³ Ost, François, *Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad*, trad. de Juan Antonio de Irazábal y Juan Churraca, Bilbao, Mensajero, 1996, p. 122.

Una posición semejante implica depositar toda la apuesta sobre una sola carta: la probada suficiencia del mercado para conseguir supervivencia a partir de su propia operación. Dicho en términos más económicos, mientras el valor ambiental no se internalice en la gran espiral de la actividad mercantil, queda expuesto a no ser considerado como un interés económicamente relevante. Bajo estas ideas, la lógica del precio, considerado como valor de cambio, es la única capaz de reducir a los elementos ambientales de una destrucción segura. Así las cosas, las tareas urgentes consisten en privatizar los recursos naturales y en eliminar cualquier resistencia que se oponga a su circulación. Una vez reconocido el carácter salvífico de la *mano invisible*, no deberían demorarse las decisiones para insertar en los procesos de intercambio privado elementos tales como la tierra, el agua, el aire, los animales o las plantas; asimismo, deberán incorporarse a esa dinámica todos los usos que se vinculan a los bienes mencionados.⁴

Esta perspectiva, a la que bien podría denominársele “ecologismo de mercado”, desdeña las variables sociales y políticas que frecuentemente distorsionan el equilibrio “espontáneo” de los procesos privados de intercambio. Para el caso de aquellos países con formaciones mercantiles emergentes, este tipo de análisis resulta demasiado simple, ya que, en medios tales, los factores externos al intercambio por lo general devienen preponderantes. Pero aún bajo la óptica de un mercado maduro, este enfoque renuncia a considerar la complejidad de los fenómenos sociales al reducir la visión del mundo a una sola de sus variables: la económica.

Pese a sus manifiestas inconsistencias, el “ecologismo de mercado” acierta en la virtualidad protectora que atribuye a ciertas vertientes del derecho de propiedad privada. Igualmente, son plausibles sus señalamientos acerca de la importancia que reúne la noción de responsabilidad patrimonial para cualquier política moderna de protección de los elementos naturales. Bajo este orden de ideas, responsabilidad equivale a corresponsabilidad o, dicho en otros términos, a la posibilidad de descentralizar y redistribuir las tareas públicas de protección y conservación de la naturaleza, generalmente calificadas como insuficientes.⁵ La privatización de los elementos naturales coloca a cada propietario en la situación potencial de acudir a los tribunales para perseguir cualquier daño que se ocasione a sus componentes patrimoniales. El interés natural del propietario por la compensación supone, como correlato

⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁵ *Ibidem*, p. 132.

lógico, el cálculo de los no propietarios, quienes a todo trance tratarán de evitar el ser responsabilizados por eventuales acciones dañosas a los elementos naturales privatizados.

A pesar de que el funcionamiento óptimo de cualquier mercado supone un alto grado de indiferencia de éste hacia los márgenes sociales que produce, no deja de resultar sugerente la idea de procurar la neutralización de los efectos ambientales nocivos a partir de mercantilizar lo que, en principio, el mismo mercado había desechado al no haberlo asimilado como mercantilizable. Con este juego incluyente se pretende operar la transmutación de los valores naturales del ambiente en valores económicos.

La acción excluyente es un fenómeno inherente a los procesos mercantiles, porque éstos encuentran su basamento natural en la propiedad privada, y ésta, a su vez, sólo tiene sentido “cuando hay rivalidad y exclusión en el uso de los bienes”;⁶ sin embargo, estamos en presencia de una tesis que sostiene como viable la inversión de esta tendencia y que, por lo tanto, apela a una manipulación constructiva de los factores espontáneos de valorización, con objeto de incluir en los circuitos mercantiles ciertos elementos que el propio mercado había marginado de su zona de funcionamiento. Aún si se concede que esta suerte de prestidigitación fuera posible, cabría enseguida formular una pregunta sobre la índole de los nuevos márgenes; porque, unidos los elementos naturales al circuito de exclusividad que instaura la propiedad privada, necesariamente quedarán fuera de los beneficios que genere su intercambio todos aquellos sujetos a los que no favorezca la condición de propietarios. Cualquier privatización de recursos naturales que se consume bajo esta óptica, constituirá sólo el polo positivo de una relación que colocará en el otro extremo a quienes permanecen excluidos de la disposición de los bienes que constituyen el objeto precioso de los procesos de intercambio.

Bajo la perspectiva de los argumentos planteados, se tiene que concluir que el mercado sólo puede ofrecerse como un ámbito de salvaguarda para los elementos naturales en la medida en que el sistema de intercambio logre atemperar su propensión a generar márgenes sociales. Porque si la mercantilización de los factores que componen la naturaleza aparejara sólo más desigualdad y pobreza, difícilmente se podría aceptar que por ese medio se estarían generando condiciones favorables para la conservación.

⁶ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y economía*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 152.

- 3) Las perspectivas eclécticas. Bajo una perspectiva ecléctica, es posible concebir que en un medio social coexistan zonas de mercado libre con otras en las que se detecte una clara interferencia gubernamental. Este tipo de diferenciación es común en el contexto de la globalización contemporánea. En la sociedad actual existen circuitos económicos de distintos alcances, y es común que ciertos sectores de la actividad productiva o mercantil muestren una mayor proclividad a empalmarse con los circuitos supranacionales. En cambio, hay otro tipo de actividades que encuentran un mejor cobijo dentro de las dimensiones nacionales, e incluso, bajo la batuta pública.

No es sencillo determinar coyunturalmente cuánto mercado es necesario para cada medio social; esta es una cuestión que ni siquiera es susceptible de resolverse a través de una determinación deliberada; a cada gobierno nacional, en su oportunidad, le corresponde favorecer o restringir los alcances de los ámbitos mercantiles. A la postre, los mejores balances serán los que resulten funcionales a cada sociedad; de lo que no se puede prescindir es de la necesidad de arbitrar este proceso desde la perspectiva de la política económica.

Es regla que en los contextos nacionales contemporáneos el mercado prevalezca como referente central del desarrollo económico y, al mismo tiempo, como gozne para la articulación de las economías internas con los circuitos internacionales. Pero, pese al predominio del modelo orientado al intercambio, es habitual que los mercados se encuentren acotados por diversos instrumentos de control que se proyectan desde núcleos públicos. Por más virtudes que se atribuyen a un sistema mercantil, resulta obvio que éste nunca podrá abarcar toda la gama de fenómenos que concurren a la integración de una sociedad compleja y funcionalmente diferenciada. Pero señalar los límites sociales del mercado no conduce a negar la funcionalidad total de este sistema; desde luego que los procesos de intercambio integran redes de interacción muy vigorosas; sin embargo, siempre hay que tener en cuenta que, aun en las economías más florecientes, surgen contratendencias a la lógica de los negocios; aun allí, se suscitan movimientos sociales, políticos y culturales, cuya dinámica difícilmente aceptaría una reducción a moldes económicos. Tales movimientos generan sus propias identidades y sus respectivos procesos autológicos.⁷

En los países menos desarrollados, la presencia pública en la actividad económica suele tener un carácter incluso más enfático. Tal desplie-

⁷ Touraine, Alain, *¿Cómo salir del liberalismo?*, trad. de Javier Palacio, México, Paidós, 1999, pp. 26 y 27.

que obedece a la necesidad de integrar todo aquello que la insipiente de los circuitos mercantiles no ha permitido estructurar. En la mayor parte de las economías emergentes, la acción pública conlleva una dosis elevada de autoritarismo. El subdesarrollo económico y la inmadurez política son factores que se implican recíprocamente y que generan zonas sociales en las que se mantiene una lógica de tipo tradicional. En estos casos, la globalización se presenta como un factor externo que presiona enérgicamente contra las estructuras premodernas; especialmente, contra los rasgos anacrónicos de los regímenes políticos. Pero el empuje hacia la mundialización no produce de forma automática la modernización de los segmentos tradicionales; muchas veces, en cambio, condiciona reacciones defensivas que previenen contra la asimilación de las pautas modernizadoras.

Después de lo dicho, resulta sospechoso el discurso de ciertos liberales contemporáneos que ven en el predominio del mercado una tendencia del mundo a unificarse. Una visión más realista tiene que admitir que la secuencia de los procesos económicos actuales no conduce sino a una mayor fragmentación de los órdenes sociales. El mercado, por norma general, no recupera lo que excluye. Touraine lo expresa en los siguientes términos: “Hemos pasado de los modelos nacionales integrales a una situación internacional en la que las diferentes dimensiones de la vida económica, social y cultural se han dispersado, se han separado las unas de las otras”.⁸

Frente a una sociedad escindida entre lo mercantil y aquello que no se aviene a su lógica, cualquier intento de hacer prevalecer un “pensamiento único” tendrá que culminar en un resultado poco convincente. El discurso en torno a la conservación de los elementos naturales, por estas razones, no puede perfilarse como un asunto liso y llano de incorporación al mercado. Y tampoco la antítesis resulta completamente cierta; es decir, los procesos mercantiles no son un dato soslayable en el diseño de cualquier política ambiental que se pretenda establecer. En las sociedades complejas hay que planear con el mercado a cuestas; éste es uno de sus retos más apremiantes. La utilización de las inercias del mercado de modo que resulten favorables para la conservación de la naturaleza es algo que requiere decisiones públicas, apoyadas en un amplio nivel de consenso. Cada decisión de esta índole deberá confrontarse con la fuerza expansiva del interés privado, pero sólo remontando esas presiones adversas resultará viable encapsular al mercado a través de la construcción de límites afianzados en el interés público.

⁸ *Ibidem*, p. 25.

Proteger los elementos naturales no significa sustraerlos de cualquier posibilidad de aprovechamiento económico, sino construir en torno a ellos una barrera adicional de salvaguarda. Esta protección suplementaria pretende prevenir contra cualquier desbordamiento del interés individual. La nueva banda protectora tendría que englobar sentimientos, intereses y valores comunitarios, los cuales generalmente no tienen ningún origen de tipo comercial. Si esta forma de protección se logra, los elementos naturales, aun considerados parcialmente como valores de cambio, serían portadores de otro tipo de interés para la colectividad. El interés por la conservación deberá prevalecer sobre las prerrogativas privadas de aprovechamiento; sin embargo, dicha prevalencia no se encaminará a suprimir toda posibilidad de aprovechamiento, sino sólo acondicionarlo de modo que resulte compatible con la conservación.

III. LA TRANSCRIPCIÓN JURÍDICA DEL TEMA

1. *La clausura del sistema*

El derecho contemporáneo se presenta como un sistema de referencias normativas para la conducta social, cuyos componentes se ordenan de modo jerárquico y con un grado de formalización muy acentuado. La función social que el derecho desempeña está vinculada con la estabilización de las expectativas del comportamiento, supone, como afirma Luhmann, el establecimiento de estructuras que mantienen intacta su validez, aun en el caso de que sean infringidas por parte de sus destinatarios.⁹

Una visión estrictamente técnica del ordenamiento jurídico no incluye a sus operadores sociales, sean éstos los autores o los destinatarios de las normas. Los sujetos no son para el sistema sino una referencia básica de orientación, pero nunca integran de manera sustantiva los procedimientos jurídicos como tales. Dicho en términos de la teoría de sistemas: los sujetos sociales forman parte del entorno del derecho, no se encuentran dentro del sistema. Lo que activa los procedimientos jurídicos es la existencia de conflictos. Cuando las alternativas disponibles no colman las pretensiones de los agentes sociales, el derecho puede ofrecer cauces prácticos para la canalización de las inconformidades, reconduciendo las pretensiones de quienes se encuentran involucrados en una disputa, a través de su complejo aparato de normas y procedimientos. La condición para que el derecho fun-

⁹ Luhmann, Niklas, “La comunicación jurídica”, *Confluencias, órgano de difusión de la reforma democrática*, Xalapa, vol. I, núm. 1, septiembre de 1996.

cione y se active eficazmente impone la pérdida de referencias subjetivas; es decir, de las identidades de las partes litigantes. El sistema jurídico elabora la tematización de las pretensiones de los actores en términos abstractos, que, al mismo tiempo, resultan reconocibles para todos los miembros del contexto social en el que se produce la disputa.¹⁰

La forma en que el derecho atiende la complejidad social, lo hace partiendo de una pretensión ordenadora que se despliega a través de programas normativos referidos a un código que permite distinguir las conductas apegadas a derecho, de aquellas que lo contravienen. Pero, para que el sistema jurídico pueda operar eficazmente y realizar sus pretensiones, es necesario que establezca parámetros autónomos de validez. La validez es el símbolo que permite distinguir a los elementos del sistema y, al mismo tiempo, constituye su referencia autológica principal. En torno a la validez, el derecho se clausura sobre sí mismo. Bajo el amparo de ese signo nuclear, resiste a sus propios ajustes y transformaciones, conservando a buen resguardo su sentido operativo básico.¹¹ Tanto la proyección del derecho hacia el entorno social como su permeabilidad, es decir su apertura a la sociedad, sólo se hacen posibles bajo la premisa de la clausura previa.¹² El sistema aprende de su entorno sólo en la medida que es capaz de afianzar sus operaciones autológicas. Sin autonomía para construir sus referentes simbólicos, el derecho pierde por completo su identidad; deviene, ya sea sedimento moral o, simplemente, voluntad política.

El sentido jurídico no se genera en los márgenes del derecho, sino que es producto de una elaboración intrasistémica. El desplante del edificio jurídico se realiza en dos niveles perfectamente diferenciables: por un lado, el del control en sentido amplio de los comportamientos sociales y, por otro, el de las normas que regulan la producción, adecuación y aplicación del material jurídico.¹³ Bajo esta secuencia de ideas, se puede asentar que el derecho proyecta su energía ordenadora sólo a partir de la forma en que se ordena a sí mismo. La eficacia del derecho, es decir, el grado en el que sus disposiciones son acatadas, es algo contingente al sistema. La suerte social del ordenamiento jurídico depende de condiciones que el sistema no controla integralmente; sin embargo, su tarea consiste precisamente en actuar sobre

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Luhmann, Niklas, "La validez del derecho", *Teoría de los sistemas sociales*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Iberoamericana, 1998, p. 169.

¹² Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrete, versión mimeo, México, 2000, p. 54.

¹³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrío, México, Nacional, 1978, p. 120.

un medio aleatorio para reducir el grado de incertidumbre. El derecho opera, en síntesis, como un antídoto institucional y normativo contra el riesgo, el cual se manifiesta con más fuerza y nitidez en los casos en que afloran los conflictos sociales.

La forma hermética que asumen los órdenes jurídicos contemporáneos tiene su origen en las necesidades de diferenciación funcional que acusan los contextos sociales complejos. En otras etapas históricas, los fenómenos jurídicos se encontraban mucho menos singularizados con respecto a otros factores de ordenación. Las normas jurídicas apenas se distinguían de las costumbres, de las reglas morales o de los mandatos políticos. Las sociedades estratificadas no plateaban la necesidad de una diferenciación funcional tan aguda; sin embargo, con el incremento de la complejidad social las exigencias son mayores. Ahora, para que el derecho ordene efectivamente los comportamientos, debe reexpresar la realidad en símbolos jurídicos. El sistema no puede operar con hechos, sino sólo con referencias normativas. Cualquier estímulo externo al sistema cobra significado sólo en la medida que puede ser previamente interiorizado y convertido normativamente dentro de los cauces discursivos del sistema. El derecho responde a la complejidad social a través de la complejidad jurídica.

2. Las relaciones con el mercado

Las relaciones entre sistema jurídico y sistema económico no cruzan por un cauce que conduzca a una complementariedad lineal entre ambas dimensiones. Desde luego, hay numerosos ejemplos que podrían traerse a colación para inferir una relación armónica y complementaria entre derecho y mercado; sin embargo, dicha vinculación no surge de un proceso de interacción causal y directo. Se trata de dos sistemas autónomos, con operaciones independientes, que se acoplan y se entrelazan sólo a través de relaciones de autocontacto. Tanto la economía como el derecho experimentan su propia clausura operativa, y si en ocasiones se orientan hacia los mismos fenómenos, lo hacen bajo dos enfoques perfectamente distinguibles uno del otro.

Para que la economía y el derecho traben relaciones de mutuo reforzamiento, es necesario que cada uno de estos sistemas se autorrealice de acuerdo con sus propios parámetros. El derecho no apoya la economía transformándose en objeto comerciable; su función estabilizadora alcanza un nivel de beneficios transferibles sólo cuando se realiza como derecho. Tratando de ilustrar esta tesis, puede pensarse en la propiedad. Este fenómeno tiene, para el caso que nos ocupa, una referencia jurídica y otra eco-

nómica. Para el derecho, invoca un mecanismo de garantía que mantiene el sentido de la distinción entre los propietarios y aquellos que no lo son. Para la economía, la propiedad opera como una condición del intercambio, en tanto concreta una forma provisional de asignación de recursos que asegura y clasifica las transacciones del mercado.¹⁴ Ambos tipos de observación del fenómeno se benefician de la coincidencia, pero la potenciación recíproca ocurre solamente en la medida en que la distinción de los sistemas de origen se mantiene y, por ende, se logra evitar la promiscuidad operativa.

La coevolución de la economía y del derecho cuenta con un banco muy rico de referencias históricas. Baste, por caso, tener presente la relación que existe entre la formación jurídico-política de los Estados nacionales y la integración de los mercados, espacialmente coincidentes con la delimitación político territorial de los primeros. Por citar otro ejemplo, vale recordar que no es dable pensar en un sistema financiero en torno a una banca central, hasta que no exista un régimen de transacciones que descanse de manera uniforme en el basamento de un aparato burocrático concentrado, bajo el imperio de un orden jurídico unitario. Las citas podrían multiplicarse indefinidamente, pero por ahora, baste con tener presente que el fenómeno económico denominado mercado sería absolutamente impensable sin el soporte de nociones jurídicas como las de propiedad, contrato o responsabilidad patrimonial. La función estabilizadora del derecho constituye un auténtico surtidor de regularidad a las transacciones mercantiles. La vigencia del sistema jurídico dispara las posibilidades de cálculo acerca del comportamiento de los agentes potenciales del mercado y vuelve pre-visibles las transacciones futuras.¹⁵

Pero no se piense que los procesos mercantiles no albergan en sí mismos una forma de orden; el mercado sintetiza el sentido básico del código económico al introducir la distinción entre los que cuentan con recursos y pueden acceder al intercambio y aquellos que de plano se ubican en los márgenes. El mercado —afirma Reich— “determina de forma esencial el reparto y la distribución de la renta..., es asimismo responsable de la estabilidad de precios y de la inflación”.¹⁶ Desde este enfoque, la lógica de la operación mercantil apuesta a su propia regularidad; sin embargo, el orden de los negocios promueve un tipo de estructura muy frágil. La disfunción monopólica constituye un sesgo prácticamente inevitable creando el fun-

¹⁴ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, pp. 367 y ss.

¹⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad*, trad. de Medina *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 254.

¹⁶ Reich, Norbert, *Mercado y derecho*, trad. de Antoni Font, Barcelona, Ariel, 1985, p. 25.

cionamiento espontáneo del mercado sin contrapeso. Su lógica expansiva es señaladamente depredadora. Ello porque el patrón productivo mantiene un enfoque de uso intensivo de los recursos naturales, a los que concibe exclusivamente como insumos, porque los vertimientos que provoca son en buen grado incontrolables, y su impulso depende de un incremento galopante en los promedios de consumo.

La idea de libertad genera un ambiente en el que se favorece el encuentro entre el mercado y el derecho. Jurídicamente, la libertad se define como la posibilidad de actuar discrecionalmente dentro de los límites de un marco acotado por las leyes vigentes. Desde la perspectiva económica, libertad significa la concurrencia de las siguientes condiciones: autonomía para decidir la ocupación; ausencia de trabas para la circulación del dinero, las mercancías y la fuerza de trabajo, y finalmente, capacidad de decidir sin cortapisas acerca de la inversión y del consumo.

En la sociedad moderna, la libertad se enfoca a través de su versión práctica que es la voluntad. Voluntad del sujeto jurídico, del consumidor o del ciudadano, según sea el plano de acción al que las decisiones individuales se orientan. No obstante, todos los críticos de la modernidad han puesto en evidencia que, más allá del engatusamiento que provoca la exaltación de la voluntad autónoma, la noción moderna de libertad conlleva un condicionamiento fuerte de los comportamientos sociales. La libertad no es solamente la potestad individual que se pretende; en realidad, es sólo uno de los polos que integran la relación, no siempre visible, en la que todos los excluidos de la atribución quedan correlativamente limitados en sus posibilidades de acción.

En el plano técnico del sistema jurídico, la noción de derecho subjetivo es la que cumple la función de acoplar en una síntesis viable, aunque problemática, los extremos de la condicionalidad y la libertad. La potestad conferida al titular del derecho puede observarse como una ampliación de su rango conductual; pero, desde otro ángulo, esa misma potestad representa el encuadramiento de las posibilidades de acción del sujeto en el marco del derecho objetivo, del que procede la facultad. Otra virtud técnica de los derechos subjetivos es que, a partir de ellos, sus titulares, bajo la forma de un facultamiento personal, disponen de la posibilidad de movilizar a su favor la fuerza coactiva del ordenamiento jurídico en caso de que vean frustradas sus expectativas normativas.¹⁷ Esta posibilidad descentralizada de activación de la fuerza pública sumaría las garantías que

¹⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 89.

concede el derecho a la acción individual de los sujetos. Con esta coraza de facultades, los sujetos pueden comparecer relativamente confiados a las relaciones privadas de intercambio.

Los derechos subjetivos constituyen el flanco del sistema jurídico que propicia y apoya el acoplamiento con el sistema económico. La noción de intereses protegidos por el derecho indica que el sistema jurídico “ha construido una estación hipersensible de recepción y transformación de noticias provenientes de la economía”, como lo afirma Luhmann.¹⁸ Entre los diversos derechos de carácter subjetivo es, desde luego, el de propiedad el que se ofrece como bisagra entre los dos sistemas. La propiedad privada moderna funge como vehículo jurídico a través del cual los valores tradicionales asumen su nueva fisonomía de bienes comercializables.¹⁹ De este proceso deja constancia la forma en que se perfiló la noción de bien dentro del Código de Napoleón; esa pauta ha sido después acogida en todos los países que forman la estela de influencia del Código francés; de ahí en adelante, el derecho civil se ha encargado de regular exclusivamente las transacciones de las cosas que se encuentran ubicadas dentro del comercio.

3. *La propiedad desde el mercado*

Históricamente, la noción moderna de propiedad surge de un contexto económico en el que el desarrollo industrial era apenas un presagio. Por lo tanto, la propiedad emergente en los códigos decimonónicos conserva todavía un referente preponderantemente agrario y, por esa razón, su modelo básico se construyó en torno a la propiedad fundaria. Estas limitaciones de origen no impidieron, sin embargo, que los rasgos civiles de la institución enraizaran con gran fuerza en la tradición jurídica occidental, al grado de convertirse en la verdadera matriz normativa de los negocios privados en general.

Lo primero que destaca en el surgimiento positivo de la propiedad es la consubstancialidad que este derecho tiene con el proceso de codificación civil, hasta el punto que resultan prácticamente inexplicables el uno sin el otro. Para el código, la propiedad funge como hilo conductor de las instituciones que perfila; se instala como el verdadero núcleo de la axiomática civil. Para la propiedad, el código es el ámbito en el que se expande su poder simbólico. La noción abstracta de sujeto y de bien, son la consecuencia

¹⁸ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, p. 364.

¹⁹ Rodotà, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1987, p. 94.

final de un largo proceso de depuración en el que, paso a paso, se fueran eliminando las ataduras con los elementos de la vieja propiedad feudal. La existencia de un sistema jurídico unitario que reposa sobre la fuerza monopólica del Estado moderno favoreció el que la propiedad se despojara de las rémoras nobiliarias y que sintetizara, bajo una misma titularidad, lo que antes se encontraba dividido entre las facultades correspondientes al dominio directo y aquéllos que atañen al dominio útil. Para que la propiedad pudiera convertirse en la matriz y la unidad del sistema patrimonial moderno tuvo antes que operar su propia reconciliación y reunir en una misma línea jurídica de decisión las facultades de disposición sobre los bienes y las que eran atingentes al disfrute.

La construcción abstracta que caracteriza a la propiedad moderna le confiere un nivel de referencialidad que ningún derecho había reunido con antelación. Son múltiples las situaciones fácticas que pueden reconducirse al modelo normativo de la propiedad moderna. Asimismo, la caracterización del propietario como centro de imputación permite suponer una igualdad potencial de los agentes sociales para asumir, llegado el caso, ese rol normativo. Qué decir del concepto de bien que se define de cara a su mercantilidad. Las cosas, a partir de esta noción, no requerirán ser algo ontológicamente específico; cualquier factor comercializable admitirá el ser tratado como receptáculo del derecho del titular. La propiedad moderna no depende siquiera del hecho del ejercicio definitivo de sus atributos; el titular puede, a discreción, ejercer o no las prerrogativas que su posición le arroja.

Desde la perspectiva social, la propiedad privada proyecta una cara luminosa y obviamente visible, pero oculta otra, que de mostrarse, seguramente le acarrearía un menoscabo a su prestigio. Por el lado positivo, define los contornos modernos de la situación de pertenencia, y dota al titular de poderes amplísimos sobre el objeto del derecho; pero, por su lado menos evidente, conlleva la exclusión tajante de los no propietarios, y se constituye en un dique formidable entre éstos últimos y el titular del derecho, reforzado por el respaldo coactivo que le confiere su título. Las crisis del modelo moderno de apropiación han influido en el núcleo básico de la propiedad y ello, a su vez, ha ocasionado que a este derecho se le asocien ahora deberes relativos a su forma de ejercicio. Cada vez son más frecuentes las modalidades legislativas que se imponen a los titulares, condicionando el rumbo de su ejercicio a la conservación de valores culturales, urbanísticos o ambientales. Pese a su relativización, la propiedad privada sigue considerándose como el gran símbolo de las relaciones patrimoniales contemporáneas, lo que sin duda indica que prevalece un tipo

de condiciones económicas en las que los agentes sociales aún compiten por el consumo.²⁰

Para atender los requerimientos de un sistema económico moderno, no basta que la propiedad quede incuestionablemente definida como un derecho; además, es necesario que las prerrogativas que concede circulen con libertad. Aunque las ventajas que se ofrecen al titular del derecho tienen que ver con facultades directas de goce y disfrute del bien, su verdadero atractivo radica en las oportunidades que se abren para poder efectuar intercambios rentables. La propiedad moderna plantea un escenario en el que las cosas se valorizan principalmente como mercancías.

Una visión optimista del mercado supone que éste es el mejor camino para lograr una asignación eficiente y *descentralizada* de los recursos apropiables. Ello, porque la propiedad privada condiciona la necesidad de su propia maximización. Siempre que hay rivalidad por el uso de los bienes, deben surgir fórmulas negociables entre los propietarios, y entre éstos y los no propietarios. Tales arreglos privados implican tanto el abatimiento de costos burocráticos, como el incremento de posibilidades de los titulares para obtener mayores beneficios personales.²¹

La triada motivacional perfecta se integra con la propiedad, el mercado y la noción de responsabilidad. Cualquier privatización de algún recurso acarrea como efecto necesario el que cada uno de los beneficiarios del derecho persiga y proteja su propio interés, y actúe judicialmente contra cualquiera que le haya infligido un menoscabo en sus prerrogativas. Precisamente la convertibilidad de su titularidad en precio, favorece que la reclamación adquiera carácter compensatorio de forma casi natural. La idea de la responsabilidad se construye sobre la premisa de que todos los sujetos son titulares de un patrimonio y de que sus haberes constituyen una especie de prenda universal ejecutable, en caso de que el sujeto resulte responsable del daño a los derechos de terceros. Esta visión apologética del mercado que venimos desarrollando, sostiene el principio de que, siempre resulta más barato un ejercicio de conservación de los recursos apropiables sujetos a un esquema de persecución privada del daño, que bajo la premisa de crear un órgano público que realice esa misma labor de forma centralizada.

Para cualquier partidario del funcionamiento del mercado, sus fallas operativas son imputables a las interferencias públicas. Entre menos distorsiones se infrinjan a la forma espontánea en que el sistema actúa, mayores serán las posibilidades de que éste colme sus pretensiones ordenadoras.

²⁰ Cooter, Roberto y Ulen, Thomas, *op. cit.*, p. 144.

²¹ *Ibidem*, p. 146.

En cambio, para quienes están convencidos que el mercado por sí mismo no puede evitar sus propias disfuncionalidades, la intervención pública aparece como una condición de viabilidad para el ejercicio de las acciones de intercambio. La apuesta por un mercado autónomo casi siempre se relaciona con el señalamiento de los altos costos que genera la función burocrática de los Estados providentes. Por su parte, quienes previenen contra el absolutismo mercantil, aluden a los desbalances sociales que genera un intercambio sin controles. Visto este asunto desde la perspectiva de la propiedad, pueden extrapolarse dos tipos de conclusiones. Para quienes desean un mercado completamente libre de ataduras públicas, la propiedad debe garantizar a su titular un rango muy amplio de decisión que le permita enhebrar cálculos donde exista algún tipo de ganancia. Bajo esta perspectiva, el límite de la propiedad se encuentra en la noción de responsabilidad. Desde la óptica contraria, el ámbito de autonomía del propietario para decidir sobre los bienes de su propiedad debe cerrarse parcialmente, de modo que la titularidad se ejerza sólo dentro de un rango acotado previamente por la ley y, en consecuencia, bajo un control que habrá de realizarse desde la dimensión pública.

4. La reducción de las disyuntivas

Un aspecto que debe quedar sentado es que, hoy en día, prácticamente no existen mercados sin controles, así como tampoco subsisten nociones irrestrictas acerca de los poderes que contiene el derecho de propiedad. Esta afirmación supone, por lo menos, otras dos aserciones: a la fecha no hay ya sociedades que no presenten algún grado de mercado, pero tampoco se da el caso de que se localicen mercados sin interferencias. Así las cosas, parece que la discusión no puede entablarse acerca de la existencia o inexistencia del mercado; tampoco, por ende, podrá versar, sobre si es o no necesario proyectar controles sobre el intercambio privado. La cuestión ronda más bien en torno al peso específico de las intervenciones públicas, a sus modalidades y a su frecuencia. La sociedad, como fenómeno integral, muestra una adaptación innegable al mercado, y éste por su parte, a la posibilidad de existir bajo controles públicos.

Otro aspecto que hay que considerar es el de la versatilidad de las fórmulas jurídicas para adecuarse a las necesidades del modelo económico y, al mismo tiempo, la maleabilidad de éste para poderse filtrar y establecer en los moldes normativos más disímboles. Para ejemplificar, baste pensar en un contexto en donde exista un derecho de propiedad fuertemente modalizado por leyes que proyecten valores distintos a los intereses privados del

propietario, y otro en el que no se reconozca derecho de apropiación sobre ciertos bienes, sino que el acceso a ellos se logra únicamente a través de concesiones de la autoridad pública. Desde el punto de vista del mercado, en ambos contextos se pueden generar efectos funcionales equivalentes, veamos:

- 1) La propiedad, en la primera hipótesis, aunque fuertemente modalizada, conserva algunas facultades importantes a favor del titular y, aun con restricciones, este derecho continúa siendo parcialmente apto para la circulación. Pensemos, por caso, en un inmueble de propiedad privada al que le ha recaído una declaratoria de estatus monumental. El efecto principal de tal declaratoria consiste en que el propietario se ve impedido para atentar contra la integridad física del bien, pero aún así conserva la facultad de transmitirlo. La propiedad dura hasta que el titular del derecho sigue manteniendo ventajas potenciales; para ello se requiere que la comerciabilidad del bien no se anule totalmente.
- 2) Si el propietario del bien arriba mencionado deja de tener un atractivo de utilidad sobre el bien, lo más probable es que tampoco se interese por su conservación. En este caso, la conservación del monumento tendría que ser asumida por el poder público a costos presumiblemente muy elevados. Lo ideal sería conservar el interés privado del propietario en un nivel que no neutralice por completo sus expectativas de utilidad, y montar sobre esa base patrimonial privada los deberes de conservación.
- 3) En la segunda hipótesis, pensemos, por ejemplo, que estamos ante una concesión para aprovechar ciertos volúmenes de agua. El punto de arranque es, presumiblemente, una situación de dominio en virtud de la cual el agua, al considerarse un bien público, ha sido parcialmente sustraída de la lógica del intercambio. Para ello se ha eliminado la posibilidad de establecer derechos privados de tipo patrimonial; sin embargo, el aprovechamiento del recurso puede lograrse a través de un acto de habilitación pública. Por lo tanto, el agua no ha quedado excluida de un modo absoluto de los circuitos mercantiles; sólo que su circulación está condicionada por una decisión gubernativa.
- 4) Si en esta segunda hipótesis se considera al concesionario la posibilidad de transmitir los derechos derivados de su título, se abrirá una posibilidad para una especie de remercantilización del recurso hidráulico, porque si, por un lado, la situación de dominio lo sustrae del comercio, por otro, la capacidad de circulación de los derechos derivados de la concesión, lo reintegra.

Como se observa, ni la sola propiedad privada garantiza una circulación irrestricta de los bienes apropiables; ni la sustracción de ciertos bienes de la circulación anula fatalmente las posibilidades de su comerciabilidad. Con esto se quiere expresar que el mercado penetra aún en los ámbitos de los que fue originalmente excluido, como es el caso del dominio público, y que, por otra parte, el derecho se filtra en los procesos mercantiles, y neutraliza parcialmente la circulación de ciertos bienes, así hayan sido éstos definidos originalmente como bienes apropiables.

Un tercer factor a considerar dentro de este rubro es que, en cualquier caso, las decisiones de reservar ciertas zonas económicas al control público o el privatizar ciertos recursos liberándolos a la lógica del intercambio, es algo que de ninguna manera se decide dentro del mercado. Aquí, como en muy pocos temas, se hace visible la especificidad del sistema político, cuya lógica de operación no se reduce al ámbito de los procesos mercantiles. En este orden de ideas, aunque el mercado surja como una condición hasta ahora ineludible de la sociedad contemporánea, el volumen y la dimensión de éste parece algo susceptible de decidirse desde el ámbito político. La reducción de la disyuntiva parece obedecer precisamente a esto: a determinar la extensión del mercado y a evaluar la viabilidad de los controles para limitarlo.

Las manifestaciones globalizadoras del mercado imponen un patrón de comportamientos que se refleja en la conducta social hacia los elementos naturales y en una presión constante contra las dimensiones político-territoriales. El mercado embiste contra la naturaleza y contra los Estados nacionales, en cuanto éstos se conservan como espacios alternativos de decisión. Las estrategias de conservación de los elementos naturales se proyectan a dos niveles: el nivel supranacional, cuya expresión fundamental se plasma en acuerdos y tratados, y el nivel nacional, donde las medidas de protección se manifiestan como políticas públicas. La política ambiental puede fácilmente asumir un carácter defensivo contra la globalización; en especial, si sus directrices recuperan para la dimensión nacional ciertos espacios de maniobra, a los que favorece el manejo estratégico de ciertos recursos naturales. Así las cosas, las decisiones públicas por la conservación, a la luz de las economías globalizadas, adquieren un valor político estratégico que pugna con la mera valorización mercantil.

La globalización, al reducir las disyuntivas, genera una mayor presión sobre las instituciones jurídicas orillándolas a la homogeneización. Como nunca, los rasgos de los sistemas jurídicos de la tradición romano-franco germánica se acercan a los perfiles del *Common Law*. Los derechos patrimoniales, los contratos y las acciones para demandar la responsabilidad alcanzan la cúspide como instituciones funcionales al intercambio de bienes

y servicios; sin embargo, entre más se cierra el núcleo de los instrumentos jurídicos para el intercambio, más se afianza y prolifera una serie de nuevos institutos normativos que operan en los márgenes de la actividad mercantil, en ocasiones, incluso de forma sobrepuesta. Entre las nuevas piezas jurídicas hay que mencionar a todas las normas que protegen la integridad de los bienes culturales, urbanísticos o naturales. Así, sin que se diluya el interés del propietario de un recurso natural, por ejemplo, surge un estatuto protector que subordina el aprovechamiento del titular del derecho de propiedad a la conservación del recurso. Un mismo bien puede, desde esta perspectiva, ser objeto de regulación a partir de distintas bandas normativas de tutela.²² Esta circunstancia de plurirregulación rompe, a querer o no, con la concepción monolítica de la propiedad, característica del periodo propiamente moderno.

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD: ¿RECOMPOSICIÓN O DESCOMPOSICIÓN?

1. *Insuficiencia de las soluciones patrimoniales clásicas*

Cuando se piensa la sociedad contemporánea desde la perspectiva de la cultura, emergen aspectos a los que difícilmente se les puede encontrar un acomodo integral dentro de la dimensión del mercado. Existen afectos, valores étnicos y comunitarios, tradiciones, símbolos artísticos y otros fenómenos similares que, cuando mucho, admiten una inmersión parcial en la lógica de los negocios privados. A este tipo de bienes resistentes a la mercantilidad pertenecen los elementos naturales, al menos cuando se les considera desde la perspectiva ecosistémica. Bajo este enfoque, los componentes del ambiente no pueden ser tratados lisa y llanamente como mercancías porque, antes que otra cosa, son factores que se integran y pertenecen a distintas unidades funcionales de la naturaleza.

La conciencia ecológica contemporánea lleva a plantear el imperativo de *preservar* la biodiversidad y, con ella, las funciones básicas de regeneración y recarga que hacen posible la reproducción de los elementos naturales. La obligación de conservar, reconocida como eje rector de cualquier aprovechamiento de los elementos del ambiente, se proyecta como una fuerte restricción a las capacidades patrimoniales de disposición que pudieran haberse definido a favor de ciertos agentes sociales.

²² Prieto de Pedro, Jesús, “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, t. II, p. 1571.

De lo dicho, no deriva, sin embargo, una prohibición para actuar sobre los elementos naturales; lo que se pretende es fijar límites dentro de los cuales su aprovechamiento se puede efectuar de un modo sustentable; es decir, permitir que los ecosistemas puedan desplegar sus capacidades de recarga. La evolución de la conciencia ecológica lleva a replantear las posibilidades de largo alcance de un sistema económico indiferente a la incorporación de variables no rentables y que impulsa la especulación, la producción y el consumo sin reparar en los efectos laterales de estas actividades. Aun a contracorriente, se empieza a señalar cada vez con mayor claridad la necesidad de matizar el antropocentrismo moderno y de abrir espacios a un tipo de pensamiento que valore la naturaleza y atienda a sus cualidades intrínsecas.²³

Habida cuenta de la irreductibilidad de los procesos naturales a la lógica del intercambio comercial, cabe analizar, en términos críticos, si la complejidad que caracteriza a la interacción ecosistémica es un valor susceptible de ser tutelado a partir de los instrumentos jurídicos existentes. Al respecto, las alternativas son: la propiedad privada, con sus respectivas técnicas de modalización; el dominio público, o un régimen mixto que, a través de directrices de política ambiental, combine las ventajas y mitigue los inconvenientes que presentan las dos primeras opciones.

La inevitabilidad del mercado fuerza a tener que pensar la propiedad privada como un eventual factor de una estrategia más compleja de conservación de los elementos naturales. Una solución de esta índole implica el tener que asumir las inercias positivas de un sistema de apropiación privada, pero enmarcándolas en un paquete de acciones políticamente dirigidas, que trascienda, en todo caso, las estrecheces del interés individual. La tarea supone indagar sobre las probabilidades sinérgicas de la propiedad, porque necesariamente deberán moderarse sus efectos excluyentes. Asimismo, habría que anticipar la creación de herramientas jurídicas que permitan efectuar la tutela de intereses por medio de instituciones de protección que puedan sobreponerse a los criterios clásicos acerca de la propiedad.

Parece haber consenso en que el derecho de propiedad, entendido como dominio excluyente sobre las cosas, sin el apuntalamiento que aporta la tesis de la función social, no soporta demasiadas cargas adicionales.²⁴ Pensado y diseñado para garantizar los intereses del propietario en su versión estrictamente individual, este derecho no es naturalmente permeable a la garantía de intereses paralelos, y menos si éstos expresan matices de tipo comunitario. La propiedad moderna envuelve las cosas sobre las que se

²³ Ost, François, *op. cit.*, p. 92.

²⁴ Rodotà, Stefano, *op. cit.*, p. 30.

proyecta de una forma celosa y sofocante. Aísla los bienes, precisamente para hacerlos proclives a la recepción de facultades exclusivas. Tal encapsulamiento de las cosas en la esfera de atribuciones del propietario, cancela cualquier posibilidad de que el objeto reservado por el derecho sea posteriormente atravesado por algún otro halo protector, como puede ser, por ejemplo, el que provenga de la tutela del valor cultural del bien. En este caso, el interés nacional o público en la preservación de las características físicas de la cosa, trasciende y condiciona las capacidades decisorias del propietario. Pero esto sucede a costa de la exclusividad que la propiedad moderna atribuye al titular del derecho.

La idea de una propiedad orientada a la satisfacción de una función social, tal como la perfila el constitucionalismo europeo contemporáneo, es mucho más proclive a la recepción de intereses que compiten con el interés individual. Esta forma matizada de dominio es menos envolvente que la propuesta por la propiedad privada en sentido moderno. La función social que se impone al propietario, como sentido del ejercicio de su titularidad, relativiza en un grado importante la capacidad genérica de excluir. Más aún, la tesis de la función social legítima, de entrada, la delimitación política del derecho de propiedad a través de la acción de los poderes legislativos. Con ello se elimina la unilinealidad de un derecho de propiedad absolutamente servil a los intereses mercantiles.

Vistas las cosas desde la perspectiva de la protección a los elementos naturales, la pregunta que se impone tendrá que indagar acerca de cuál es la fórmula de propiedad más adecuada a la conservación. La respuesta no es unánime. Para unos la decisión tiene que apuntar a un derecho de la apropiación con las menores injerencias públicas posibles. Para otros, en cambio, la solución está en un conjunto de políticas que subordinan el sentido de la propiedad a ciertos intereses de tipo colectivo, los cuales funcionan como límites para el aprovechamiento que eventualmente pueda llevar a cabo el propietario.

Quienes no son partidarios de las intervenciones públicas en los ámbitos económicos, no estiman necesarios los instrumentos que regulan la injerencia pública. Quienes así piensan, están convencidos de que la propiedad privada, al realizarse como tal, proyecta su impacto mucho más allá de sus contornos y, por lo tanto, creen que puede aparejar incluso la protección de elementos naturales o culturales, siempre que éstos resulten traducibles a los términos del lenguaje comercial. Bajo esta perspectiva, el mercado es capaz de realizar su autocontrol y permite además que, cada uno de los sujetos propietarios, al maximizar su interés, logre impactar de forma mediata el nivel social, y evite la destrucción de factores que se han vuelto valiosos para el mercado. Aunque esta forma de pensar implica el retorno

al origen liberal de la propiedad moderna, presenta como innovación la responsabilidad que se imputa al gobierno, al cual se le endilga la función de convertirse en un verdadero promotor de los mercados.

Antes de inquirir sobre los diseños probables de instrumentos públicos para una gestión ambiental encaminada a la conservación vía el aprovechamiento sustentable, resulta conveniente evaluar lo que puede ofrecer la fórmula de la propiedad privada bajo condiciones extremas. Un ejercicio de esta naturaleza impone la revisión de los elementos técnicos del derecho de propiedad, como una ayuda para determinar con precisión sus capacidades de adaptación a requerimientos emergentes.

2. Redefinición técnica de la propiedad

A. La presión sobre la concepción individual del sujeto

La tesis que sitúa al individuo como eje de la acción social tiene cada vez más detractores, especialmente en el plano sociológico. Hoy en día, cada vez son más los adeptos a las corrientes que se manifiestan por la idea de un actuar socialmente condicionado. Cuando menos, se admite que entre el individuo y la sociedad existe un tipo de vínculo dialéctico en virtud del cual el sujeto deviene producción del medio y éste, a su vez, un resultado de la interacción de los sujetos. Las proposiciones de esta índole niegan un papel preponderante a la voluntad individual; desde esta perspectiva, cada despliegue decisional del sujeto se encuentra impregnado de cierta información social previa. No hay, en síntesis, libertad sino para arbitrar de forma limitada las condiciones que son atribuidas al sujeto desde la sociedad. Todo esto desdice de forma rotunda el axioma de la autonomía de la voluntad sobre el que se desplanta la dogmática jurídica moderna. Y no es que en adelante sus principios vayan a ser abandonados, sino que su artificialidad ha quedado ya abiertamente en evidencia.

A partir de lo expuesto, el derecho no se puede autocaracterizar más como derecho natural. Las huellas de su hechura social se tornan inocultables. Y con ello, se trasluce tanto su carga ideológica como los sesgos que mantiene a favor de ciertos agentes sociales. La abierta revelación del carácter instrumental que mantienen hoy los ordenamientos jurídicos los hace proclives a la tecnificación. La única forma de neutralizar la parcialidad ideológica de los fenómenos jurídicos es acudiendo al expediente de su formalización.

“La desmitificación de la voluntad de poder, afirma Pietro Barcellona, lleva consigo inevitablemente la desaparición de todo sujeto en sentido

fuerte”.²⁵ En efecto, la idea de un agente individual, presente de manera protagónica en los procedimientos jurídicos, es un dato de la historia. Por su parte, la noción de sistema se ha vigorizado hasta lo indecible, al grado que el sujeto no es ahora sino una referencia de los destinos normativos. En lugar de hombres y mujeres concretos, el derecho trabaja exclusivamente con diseños conductuales normativamente tipificados. Dichas expresiones modelicas no tienen compromisos con la representación del individuo como referente ontológico del derecho; al nivel de abstracción en el que operan los sujetos jurídicos, éstos pueden ser también entes colectivos o institucionales de diversa índole.

Para redondear las afirmaciones anteriores, vale traer a colación el terreno ganado por ciertos movimientos sociales de tipo colectivista o, cuando menos, comunitarista. Al respecto, es oportuno recordar las movilizaciones étnicas o de inmigrantes; las reivindicaciones feministas, homosexuales o raciales; la emergencia de las organizaciones civiles para la defensa de los derechos humanos o del medio ambiente. En todos estos procesos, sus agentes manifiestan pretensiones encaminadas a abrir espacios públicos para regularizar su presencia en la sociedad contemporánea. Jurídicamente esto se traduce en el surgimiento de acciones procesales colectivas (*class action*), o en el reconocimiento de legitimidad procesal a quienes alegan la defensa de los llamados “intereses difusos”. Esta gran corriente contemporánea ha terminado por horadar los bastiones de las viejas concepciones procesales de cuño individualista; pero no sólo eso, sino que también presiona sobre la caracterización individual del sujeto jurídico, relativizando lo que antes era para éste un ámbito exclusivo.

Si en el derecho moderno el *individuo*, en tanto categoría jurídica, había desplazado a la sociedad; hoy es ésta la que impone un repliegue a las nociones singularistas, y trae a escena la pervivencia de ciertas condiciones colectivas, antaño completamente relegadas. Este reconocimiento no impone la negación de toda vigencia al concepto del sujeto jurídico individual; lo que se pretende es sólo mostrar que dicha noción ha dejado de representar un signo único para la comunicación jurídica.

Cada vez parece más claro que un control de nuevo tipo sobre la naturaleza, es decir, un proyecto sustentable de aprovechamiento de sus recursos, no puede ser una empresa de tipo individual, sino un programa colectivo de grandes alcances desde el punto de vista de la organización;²⁶ sin embargo, considerando que los logros evolutivos de la modernidad parecen hoy irre-

²⁵ Barcello, Pietro, *El individualismo propietario*, trad. de Jesús Ernesto García, Madrid, Trotta, 1996, p. 36.

²⁶ *Ibidem*, p. 44.

versibles, el nuevo proyecto colectivo no podrá pergeñarse sin una referencia correlativa a la individualidad de los participantes. Mientras la sociedad siga concediendo identidad a los individuos, dentro del derecho, será necesario, seguir pensando en la subjetividad como abstracción; sólo de ese modo, la noción de sujeto podrá reunir las condiciones de neutralidad que la hagan justificable.

B. Adecuaciones a la noción de objeto

El objeto de la propiedad moderna se condensa en la noción jurídica de bien. En cuanto cosas comercializables, los bienes se caracterizan por su intercambiabilidad, no por sus características físicas.

El propium, vuelve otra vez Barcellona, es reificado mediante la mercantilización y se constituye en una objetividad separada del individuo, una potencia objetivada que parece tener vida propia e incluso gobernar las relaciones entre los hombres, que así se transforman en relaciones entre cosas, por una parte, y en relación entre sujetos abstractos de derechos, por la otra.²⁷

Esta separación del objeto de apropiación parece servir, en un primer momento, a la manipulabilidad de los bienes; sin embargo, detrás de dicha autonomización, el mercado opera una especie de entronización de las cosas, a la que Marx se refirió en su momento como “fetichismo de la mercancía”.

Son las cosas las que imponen su vocación mercantil a las decisiones del sujeto, y no viceversa. En los códigos civiles, por ejemplo, al definirse la noción de frutos industriales, éstos surgen como productos de las cosas a las que se incorpora trabajo; por lo tanto, como una prolongación de la propiedad sobre el bien principal, la cual, obviamente, beneficia al propietario. El trabajo queda así degradado como fuente de apropiación; pareciera que sólo se aplica con el propósito de hacer fértiles las cosas.

Jurídicamente, un bien existe para decidir sobre él; tal capacidad subjetiva para disponer corresponde de manera exclusiva al titular del derecho de propiedad. La noción de bien lleva ínsita la idea de la exclusividad; el hecho de que la cosa sea susceptible de apropiación, prefigura un ejercicio excluyente sobre ella. La cosa, como dijimos antes, se vuelve intangible desde el punto de vista de su destino y aprovechamiento, para cualquiera que no resulte ser su propietario. En este proceso, el uso generalizado del dinero como medio universal del intercambio tuvo desde luego una influencia de-

²⁷ *Ibidem*, p. 48.

cisiva, que se refleja en la evolución de las concepciones acerca de las cosas y en su asimilación a la condición de mercancías. El dinero ejemplariza la posibilidad de convertir las cosas en símbolos; a partir de ahí, prácticamente cualquier bien pudo ser aludido a través de una categoría abstracta referida a sus posibilidades de circular mercantilmente y no a sus cualidades físicas. El dinero cataliza las probabilidades del intercambio y su manejo institucionalizado confiere a las transacciones una velocidad antes desconocida. La recursividad ágil del sentido de los negocios es el mejor ambiente para efectuar una identificación abstracta de las cosas que se intercambian a través de un medio monetario.

La noción de bien, en el sentido aquí expresado, no representa una solución adecuada para aquellos elementos que muestran resistencia a la integración a los circuitos del mercado. Los recursos naturales, en cuanto continúe su integración ecosistémica, no pueden ser lisa y llanamente desprendidos de su ambiente. Su aprovechamiento extractivo queda drásticamente condicionado por la necesidad de conservar el entorno natural, entonces, tales actividades sólo pueden realizarse dentro de los márgenes que permita la capacidad regenerativa del medio de que se trate. Bajo esta perspectiva, las cosas no se encuentran simplemente disponibles, dado que su articulación funcional a otros bienes naturales dificulta la atribución de una facultad irrestricta a favor de un eventual propietario.

No resulta sencillo pensar en la ruptura de la mancuerna que forman propiedad y consumo. Por eso mismo, no es fácil imaginar un objeto que imponga al titular del derecho la necesidad de atender sus propias necesidades de conservación. Y no es que el mercado sea absolutamente disfuncional para incorporar, a través de vías sofisticadas, valores que a primera vista parecen no mercantilizables; sino que existe una pretensión general y justificada de la sociedad dirigida a la conservación de la biodiversidad, y es justo este último interés, el que difícilmente podría realizarse por el cauce normal de los negocios privados. El balance entre disposición del bien y conservación corresponde, por lo tanto, a una decisión exorbitante al mercado.

C. Propiedad desde el sujeto y propiedad desde el objeto

Si nos atenemos al desarrollo histórico de las relaciones patrimoniales dentro de las sociedades occidentales, pueden localizarse dos enfoques prevalecientes: o se define la propiedad desde la perspectiva del sujeto y, entonces, como sucedió en el periodo moderno, las cualidades del objeto se obnubilan para favorecer la recepción irrestricta de los atributos de la

titularidad patrimonial, o bien, se asume el punto de vista contrario, según el cual la relación patrimonial quedará determinada por las características propias de los bienes a los que se refieren las titularidades.²⁸

En la sociedad medieval, por ejemplo, la escisión de los derechos relativos a la pertenencia de la tierra es un dato revelador. La atribución a diferentes sujetos de potestades distintas, como eran el dominio directo y el dominio útil, reflejaba, sin duda, que las consideraciones sociales sobre el bien al que se valoraba como la fuente más importante de riqueza, perseguían, por un lado, fijar la situación de los dueños de la tierra de una manera estable dentro de la jerarquía social y, por el otro, definir condiciones de utilización del recurso para garantizar la situación de autoconsumo propia de este periodo. La tierra se trabajaba porque alguien era siervo, y se era siervo porque trabajaba la tierra. Alguien era dueño de la tierra porque era señor, y señor porque era dueño. Pero ni el mismo señorío otorgaba potestades para mantener ociosos los fundos de labor; el derecho de cultivar las heredades tenía una justificación más profunda que el simple derecho a ejercer sobre la tierra actos de disposición.

En la antítesis, el concepto moderno de propiedad se construyó con la intención de potencializar la posición del sujeto y de favorecer sus capacidades de decisión. Desde este ángulo del problema, las cualidades intrínsecas de las cosas no merecen un tipo de atención especial, y mucho menos, pueden ser consideradas como un factor de contención para las proyecciones voluntarias del sujeto. Lo deseable bajo este tipo de enfoque, consistiría en pensar la fórmula técnica que permitiera concebir al bien como un receptáculo de las decisiones del dueño, dado que de esa forma se medía el sentido práctico de su libertad. Las necesidades de la vida moderna exigieron que la propiedad, o cualquiera de los derechos que derivan de ella, se ejerciera lo mismo sobre un bien corpóreo que sobre otro incorpóreo; sobre un mueble que sobre un inmueble. Incluso la propiedad sobre el dinero se convirtió, desde entonces, en la forma de riqueza con mayor fuerza simbólica.

La idea de la fragmentación del dominio sobre las cosas constituye un avance más o menos consciente, contra el libre arbitrio del titular del derecho patrimonial. Esta especie de freno o censura a las facultades de disposición del propietario, puede proceder de los más variados orígenes y referencias. Baste recordar que, en Roma, el surgimiento del usufructo como un derecho autónomo, estuvo ligado a la intención de proteger el patrimonio de los incapaces o de impedir la prodigalidad de los vástagos

²⁸ Grossi Paolo, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, trad. de Ángel M. López y López, Madrid, Civitas, 1992, p. 86.

irresponsables. En la sociedad contemporánea, las justificaciones de contención tienen también móviles más o menos homogéneos, por ejemplo, la armonización de los usos del suelo en los centros de población, o la preservación de los elementos culturales y naturales, por sólo citar los casos más reconocibles.

La posibilidad de dividir el dominio sobre los bienes permite, asimismo, diversificar los tipos de intereses que se proyectan sobre un mismo objeto o clase de ellos. Esto a su vez, favorece el hecho de que el mercado involucre en sus procesos a alguna de estas bandas de tutela jurídica, pero deje a salvo a las otras. Vale la pena plantear un ejemplo: alguien puede ser propietario de la obra plástica de un artista, cuya producción en su conjunto ha sido objeto de una declaratoria que la convierte en monumento artístico. Para determinar qué consecuencias se suscitan bajo esta situación, hay que decir: primero, que el propietario del bien conserva la posibilidad de uso y disfrute, e incluso, una facultad atemperada de disposición, porque no puede, ni destruir el bien, ni exportarlo definitivamente. Desde el punto de vista de su circulabilidad, el bien está limitado, aunque, dentro de ese rango, continúa siendo una mercancía; segundo, las características estéticas del bien son objeto de protección a través de las disposiciones legales que regulan la situación del patrimonio artístico del país. El estatus monumental de la obra impide que exista un libre aprovechamiento de su imagen, la cual sólo podrá comercializarse con autorización de la oficina pública que administre los bienes artísticos a los que ha recaído el estatus monumental. Ni siquiera el propietario puede autorizar la reproducción de la imagen de la obra con fines comerciales. Algo similar sucede en el caso de los llamados derechos de autor, los cuales se dividen en dos cauces de intereses distintos: los llamados derechos morales, que no son objeto de comercialización, y las regalías, las cuales son susceptibles de cualquier transacción privada.

3. Hacia un nuevo discurso patrimonial

A. La búsqueda de una nueva categoría

Colocados en el extremo histórico en el que estamos, es imposible no atender el imperativo de conservar los elementos que integran el ambiente natural. Cualquier fórmula jurídica que se proponga para ordenar el aprovechamiento de la naturaleza tiene que atenerse, por lo tanto, a la condición de la sustentabilidad. Al respecto, hay que declarar la falta de adecuación del concepto moderno de propiedad, el cual fue diseñado y desarrollado con el

énfasis puesto en la capacidad de disposición que se concede al titular del derecho. Asimismo, es necesario precaverse contra una conducta linealmente reactiva a la anterior, que diera por sentado que todo aquello que no pueda mercantilizarse en términos óptimos, por ese solo hecho, debe ser asumido como tarea pública en condiciones idóneas de eficiencia. Así las cosas, ni los propietarios privados abandonados a su libre arbitrio, ni la gimnasia intervencionista de las burocracias de los Estados providentes, parecen, en sí mismos, instrumentos cabales para hacer frente, desde la dimensión jurídica, al problema de la conservación de los elementos naturales.

Una sociedad compleja, como se admite que es la actual, requiere de instituciones sinérgicas que, más allá de las limitaciones de cualquier lógica lineal, atiendan a la polivalencia de los conflictos contemporáneos. El viejo corte de cuño moderno que separó a la sociedad en un espacio público y otro privado, ahora debe relativizarse a partir de proyecciones de tipo transversal. La conservación de los elementos naturales, habida cuenta de las tendencias negativas que presionan, no es algo que pueda realizarse desde la perspectiva privativa, ya sea de lo público, o bien, de lo privado. Cualquiera de estos dos ámbitos parcializaría el enfoque, dejando de lado aspectos trascendentes desde el punto de vista de la conflictiva ambiental.

Los daños a los elementos naturales no tienen su origen profundo en los actos materiales por los que físicamente se ejecutan; obedecen más bien, a un cierto patrón de relación de la sociedad con la naturaleza, en el que prevalece el engreimiento del factor humano y la forma de organización que asume la satisfacción de las necesidades materiales. Bajo esta perspectiva, la protección de los elementos naturales involucra variables económicas, científicas, políticas, jurídicas y, especialmente, éticas. Si en la atención de los conflictos medioambientales se sacrifica cualquiera de las dimensiones que complejizan su estructura, la simplificación no acarreará el efecto estabilizador que con una decisión de esta índole hipotéticamente se pretende.

Buscar la reorientación de las actitudes sociales hacia el ambiente, exclusivamente en la dimensión del mercado, de la propiedad y del interés privado, es renunciar a entender que existen factores exógenos a la lógica económica moderna, los cuales deben comprenderse en cualquier estrategia de programación social. Pareciera incluso que el mayor reto consiste, precisamente, en sumar los efectos sinérgicos de los factores no mercantilizables, y no en excluirllos. La aportación, desde la dimensión jurídica, a este tipo de estrategias debe proponer categorías normativas que soporten la colocación de los factores mercantiles, de cara a los no mercantiles, y que permitan estabilizar las expectativas de los comportamientos socia-

les desagregando y distinguiendo las distintas bandas de intereses que se entretejen en cada relación. Prieto de Pedro cita a Gianni al afirmar que, en relación con el patrimonio cultural —y esto podría decirse también del natural— es necesario encontrar categorías normativas que establezcan “sobre un mismo soporte físico (cosa)”, la posibilidad de proteger diversos intereses.²⁹

La búsqueda de categorías jurídicas pertinentes al problema ambiental supone pugnar por un diseño con un grado de abstracción superior al que ofrecen hasta hoy las distintas fórmulas de pertenencia. Dicho en otros términos, se trata de dar con un tipo de institución jurídica, cuya eficacia no se encuentre condicionada de manera definitiva por el tipo de régimen de apropiación al que se encuentra sujeto el aprovechamiento de los elementos naturales. Dicha institución debería fungir como facilitadora de la sinergia de aquellos factores sociales normalmente excluidos del cálculo económico, para hacer factible un aprovechamiento cabal de los esfuerzos sociales a través de un tipo de organización con orientaciones incluyentes.

El no despegar la indagación por las nuevas herramientas jurídicas del nivel en el que se organizan las formas de apropiación, implicaría el conformarse con las ventajas exiguas que ofrece, en materia de conservación, cualquiera de las tres soluciones siguientes: la privatización lisa y llana de los elementos naturales, la privatización sujeta a modalidades, o bien, la inclusión de estos bienes en el dominio público. Ninguna de estas opciones, singularmente consideradas, parece idónea para el desarrollo de una estrategia de tipo sinérgico. Lo aconsejable es la utilización combinada de estas alternativas, pero para lograr dicha conjugación es necesario pensar en un tipo de complejo normativo capaz de organizarse y de actuar en un plano superior de la pertenencia. La razón determinante del nuevo estatus jurídico de los componentes de la naturaleza debe ordenarse desde el criterio de conservación. Bajo esta secuencia de ideas, las formas de apropiación y de aprovechamiento deberán subordinarse al principio de sustentabilidad.

B. *La tercera edad del patrimonio*

Para algunos autores contemporáneos, la búsqueda de una clave jurídica para la atención de los conflictos medio ambientales culmina en una reformulación de la teoría del patrimonio. François Ost, por ejemplo, arguye dos razones para justificar la elección del patrimonio como el referente jurídico central en aspectos relativos al ambiente. El primer argumento consiste en

²⁹ Prieto de Pedro, Jesús, *op. cit.*, p. 1571.

que la noción patrimonial se coloca más allá de la distinción dual entre sujeto y objeto; por ello, permite, simultáneamente, aludir a facultades subjetivas de aprovechamiento acotado y a ciertos intereses sociales vinculados a la conservación de los elementos naturales. La segunda línea argumental se refiere a lo que Ost llama “el carácter transhistórico del patrimonio”, al que identifica como una noción que, con distintos acentos culturales, ha surgido en épocas tan diversas como la antigua Roma, la sociedad medieval, el mundo moderno y aún en los años que actualmente transcurren.³⁰

En su primera edad, la edad romana, el patrimonio fue considerado como la potestad principal del jefe de familia, aunque también como el soporte material de la organización gentilicia. Esto quiere decir que el ejercicio del padre ponía en juego no sólo un atributo de índole económica, sino que se refería además a ciertas funciones sociales, políticas y religiosas, que se encontraban asociadas a aquélla y que se entretrejan complementariamente con la idea de pertenencia.³¹

Puesta en las circunstancias en las que surgen los códigos modernos, la noción de patrimonio reaparece con un perfil mucho más individualista en el que prácticamente se confunde con la persona de su titular.³² La constatación de los conceptos de patrimonio y persona, obra de los juristas de la exégesis, lleva a la afirmación extrema de que no existen personas sin patrimonio, ni patrimonio sin titular, lo cual a todas luces resulta una exageración del discurso. Para darle soporte a esta tesis, sus autores tuvieron que suponer que el patrimonio no está sólo compuesto de bienes y derechos evaluables en dinero, sino que también lo integran las deudas que eventualmente contrajo su titular. De este modo, o se es derechohabiente de un patrimonio con activos, o bien, se es titular de otro en el que predominan los números negativos.

A raíz de los planteamientos exegéticos, la consecuencia técnica más importante que se extrajo de la teoría del patrimonio fue la de considerar a éste como cobertura o garantía de los actos de su titular. Una conclusión de este tipo permitió un desarrollo muy importante de la noción de responsabilidad civil; en lo sucesivo, cualquier sujeto tendría que hacerse cargo de sus compromisos pecuniarios hasta el monto de su patrimonio. Bajo este tipo de doctrina es obvio que la noción de patrimonio queda enérgicamente empalmada con la noción de pertenencia y, específicamente, con la de pertenencia individual.

³⁰ Ost, François, *op. cit.*, p. 295.

³¹ *Ibidem*, p. 298.

³² Véase Bonnet, Julien, *Elementos de derecho civil*, trad. de José M. Casica Jr., Puebla, Cajica, 1945, vol. I, pp. 619-621.

Aún dentro de la dogmática del derecho privado hubo intentos como el de Ferrara que hicieron evidente que la noción de patrimonio no tenía por que ser totalmente tributaria de una concepción individualista. La teoría del *patrimonio afectación* quiso desligar la universalidad de bienes y derechos que lo componen de la idea de pertenencia, para situarlo en la perspectiva del fin a que el patrimonio se dirige. Afectar bienes es, por esto, destinarlos al cumplimiento de una meta necesariamente transpersonal. En el ámbito del derecho de sociedades, la teoría del patrimonio afectación ha gozado hasta el presente de una gran aceptación.

En el derecho administrativo, la noción de patrimonio admite varios matices. En algunos órdenes jurídicos nacionales se utiliza para designar la totalidad sobre las cosas que componen lo que, con algunas reservas, se puede denominar la “propiedad pública”. En México, por ejemplo, la Ley General de Bienes Nacionales alude al “patrimonio nacional” con este sentido. Pero en España, por citar otro caso, se utiliza el término para distinguir los bienes públicos que no se encuentran afectados al dominio público. En sentido aún más restrictivo, los españoles usan el concepto patrimonio nacional para referirse a los bienes de la Corona. Los bienes que integran el patrimonio real no están destinados al uso público, sino al servicio del rey.³³ Pero aun considerando las diferencias puntuales acerca de la noción de patrimonio, es claro que, en el derecho administrativo, prevalece asimismo la idea de pertenencia como referente central del concepto.

Actualmente comienza a despuntar una noción de patrimonio mucho más compleja. Con este nuevo concepto se pretende romper la estricta relación que existe entre la noción exegética de patrimonio y las situaciones modernas de pertenencia privada. Bajo esta perspectiva, se afirma, por ejemplo, que ciertos bienes forman parte del patrimonio cultural de la humanidad, lo cual significa que, independientemente de la ubicación temporal que mantengan y del régimen de propiedad al que se encuentran sujetos, tales bienes están resguardados por una tutela jurídica de alta jerarquía. Dicha protección responde al interés de la humanidad en la conservación de un cierto tipo de bienes. La declaratoria de pertenencia al patrimonio de la humanidad restringe los derechos específicos que determinados sujetos, públicos o privados, pudieran tener en relación con los bienes de referencia.³⁴

El nuevo concepto de patrimonio se pretende dialéctico en el sentido más rico del término. Por principio, dicha noción no opta por enfatizar

³³ Parejo, Luciano *et al.*, *Manual de derecho administrativo*, Barcelona, Ariel, 1998, vol. 2, pp. 90 y ss.

³⁴ Ost, François, *op. cit.*, pp. 302 y 303.

la posición del sujeto respecto de las cosas apropiables, aunque tampoco establece una prioridad definitiva a favor de las cosas a las que se dirige. La fórmula dialéctica consiste, precisamente, en mantener un interés alternativo y, al mismo tiempo, en los dos extremos de la relación. Para ese efecto es necesario reconocer primero, un derecho básico de apropiación que puede ser público o privado; después, un derecho difuso, en el que se concreta el interés general orientado a la conservación del bien. El resultado se puede expresar de distintas maneras, según el acento que se busque conferir en cada caso, por ejemplo:

- El derecho básico de apropiación llega hasta donde no se impide un derecho similar a las generaciones futuras.
- Los elementos naturales tienen un valor que no procede de la atribución que le confieren los agentes sociales.
- El valor intrínseco del bien y su valor de mercado pueden ser ambos funcionales para su conservación.
- El valor que el bien alcanza en el mercado, no es superior a su valor intrínseco.
- La tutela jurídica del bien alcanza dos vertientes: la del derecho básico de apropiación y la patrimonial, relativa a su conservación.
- La tutela patrimonial del bien se orienta a mantenerlo como objeto útil de la praxis futura.

Estas conclusiones, u otras equivalentes, demuestran la idea fuerza de la nueva institución: el patrimonio, en su tercera edad, pretende aprovechar su propia ambigüedad para constituirse en una auténtica “reserva de posibilidades”.³⁵ A través de un ejercicio de superposición de tutelas jurídicas se intenta situar a la conservación, ya sea de bienes culturales o naturales, en un nivel de abstracción superior al de los regímenes de propiedad. El criterio de sustentabilidad, ya fincado como gran condición, debe envolver y subordinar a cualquier otro tipo de interés sobre los bienes protegidos. Por su grado de precisión es conveniente citar (textualmente) un pasaje de la obra de Ost: “El bien patrimonializado queda como transfigurado; todavía pertenece al mundo de las cosas ordinarias y las más de las veces sigue siendo susceptible de apropiación, en adelante queda bajo la protección de un interés superior, que marca el objetivo de su régimen jurídico”.³⁶

³⁵ *Ibidem*, p. 313.

³⁶ *Ibidem*, p. 318.

Cabe mencionar que la nueva noción de patrimonio no se encajona en las estrecheces del Estado nación; su ámbito pretende ser, por cierto, el de la sociedad globalizada. A la mundialización del mercado, este concepto trata de oponer la mundialización de los factores no mercantilizables, y a la centralidad univalente del Estado nacional, le confronta el ejercicio difuso de las organizaciones civiles emergentes.

Al patrimonio rejuvenecido hay que endilgarle además los instrumentos procesales necesarios para que su discurso resulte jurídicamente operativo. Por lo tanto, es menester perfilar acciones constitucionales populares, o simplemente, ampliar el espectro de la legitimidad procesal, para permitir el acceso litigioso a cualquier interesado en la conservación de los bienes patrimonializados. Sin instancias procesales, esta suerte de derechos transversos quedaría completamente en la ineficacia, o mejor aún, a merced de los derechos básicos de apropiación, ya fuesen estos públicos o privados.

4. *Un llamado emergente a la cordura*

El nuevo discurso patrimonial brota de sus autores con un optimismo que no siempre encuentra asideros razonables. La sola posibilidad de que exista una categoría jurídica con la versatilidad suficiente para acoger simultáneamente intereses disímboles, no garantiza su viabilidad. Por otra parte, el concepto parece no tener tampoco la originalidad que se le atribuye. En efecto, hoy existe una noción de patrimonio que funciona como tutela de ciertos intereses generalizados de conservación; es también cierto que dicha protección se construye por encima de las formas específicas de apropiación y, en muchos casos, a una escala internacional. Pero hay, sin embargo, algunos reparos para echar las campanas a vuelo:

Primero. La nueva noción de patrimonio no ha alcanzado un nivel de homogeneidad conceptual que permita establecer un manejo generalizado de la misma. Por lo tanto, no todos los órdenes jurídicos nacionales procesan de igual forma su desarrollo y su recepción.

Segundo. Como proceso de *lege ferenda* esta categoría jurídica lleva al menos cinco décadas, sin que hasta la fecha cuente con un desarrollo técnico cabal. En algunos órdenes jurídicos en los que existe la garantía procesal a los intereses difusos, los logros son potencialmente mayores; sin embargo, donde no se suscita este reconocimiento, la eficacia de esta noción deja todavía mucho que desear.

Tercero. Los énfasis de los ordenamientos nacionales, generalmente, se depositan en el desarrollo de los instrumentos básicos, es decir, el derecho

de propiedad y sus encauzamientos públicos. Esto se refleja, incuestionablemente, en el pulimiento de las formas por las que se realiza la apropiación y el aprovechamiento de los elementos naturales.

Cuarto. Los nuevos teóricos del patrimonio no atienden aún de manera suficiente a la génesis del proceso que conduce a la autonomización jurídica de los intereses difusos y de sus procesos de garantía. En ocasiones, el punto de arranque es el desarrollo de la función social de la propiedad; en otros casos, de las nociones de dominio público y, en otros más, de conceptos clásicos como el de usufructo o el de servidumbre.

Quinto. El nuevo concepto de patrimonio no es producto de la generación espontánea, sino que su proceso de desarrollo debe apalancarse desde las instancias públicas. Por más que se pretenda que el nuevo concepto sea parcialmente manejado por las organizaciones civiles, es necesario, de todos modos, que su recepción sea apuntalada a través de una estrategia legislativa y de política, ambiental y cultural. Quienes hoy son partidarios de esta noción penetran poco en el esclarecimiento del papel que corresponde a los órganos públicos en tal estrategia.

Sexto. Como el mismo François Ost lo reconoce, la noción de patrimonio que defiende, no gana adeptos fácilmente entre los ecologistas de mercado, porque a éstos les parece un concepto que obstruye los derechos de propiedad y, en ese caso, también bloquea el libre juego de los procesos de intercambio. Asimismo, para quienes son partidarios de las intervenciones públicas contundentes, la noción aparece como demasiado tibia, dado que no interfiere de manera directa con los derechos básicos que definen el aprovechamiento de los bienes patrimonializados.³⁷

Séptimo. Un aspecto importante a considerar es que, mientras los derechos básicos que regulan el aprovechamiento de los elementos naturales o de los bienes culturales que proceden de la ley, lo que les asegura por lo menos es la legitimidad formal y política propia de esta fuente; los intereses patrimoniales, por su parte, no se sostienen de un asidero similar. La noción de patrimonio tiene su origen en convenciones internacionales y en la propia praxis de las organizaciones civiles; su inserción en las leyes nacionales es aún un dato excepcional.

Los argumentos críticos esgrimidos no conducen a la descalificación de la nueva noción de patrimonio, sólo intentan establecer un espacio de reflexión para señalar que el camino en la búsqueda de las aportaciones jurídicas para medir los daños sociales sobre la naturaleza es todavía arduo. Muy probablemente las fórmulas que el derecho tenga que proponer

³⁷ *Ibidem*, p. 314.

al respecto, tengan como condición el desarrollo y la maduración de instrumentos procesales que hasta hoy han sido utilizados sólo en un mínimo grado. Asimismo, debe señalarse que las estrategias de conservación no tienen un solo derrotero, sino que su avance obedece a desarrollos simultáneos en el plano de la legislación, de la función judicial y aun de los actos ejecutivos. Este juego debe orientarse bajo una táctica de pinzas, lo mismo hay que apretar por la vía de la matización de los derechos subjetivos, que por la de los instrumentos públicos de control y de regulación de los procesos mercantiles.

Hay que advertir que, si en un medio jurídico determinado no existen previsiones constitucionales acerca de la nueva noción de patrimonio, la recepción en la legislación ordinaria puede dificultarse a un grado insuperable. Asentado lo anterior, cabe concluir que el desarrollo constitucional de esta noción, es una condición fundamental para la maduración posterior del concepto en las prácticas jurídicas.

V. EL APROVECHAMIENTO DE LOS ELEMENTOS NATURALES EN MÉXICO: LAS BASES CONSTITUCIONALES

1. *Perfiles del régimen patrimonial*

El artículo 27 constitucional es, sin duda, el precepto más discutido de todos los que contiene la carta vigente, y los motivos que están detrás del debate no son menores. Este artículo vino a modificar drásticamente el espectro de los derechos patrimoniales que habían estado vigentes durante el Porfiriato, aunque quizá haya que efectuar un matiz a esta afirmación: después de haberse practicado una política de concesiones generosas para la explotación de los recursos naturales durante los primeros años de la dictadura, hacia los últimos, se detecta un viraje. La legislación administrativa restauró algunos controles a favor de la autoridad, ampliando ligeramente su margen de maniobra política. Pero aun aceptando este giro nacionalista en la política económica de los años postreros de la presidencia de Porfirio Díaz, los cambios que planteó la promulgación de la Constitución de Querétaro fueron muy importantes.

El primer punto a destacar es que la Constitución de 1857, en su artículo 27, perfiló un régimen de propiedad de rasgos típicamente modernos. Definió la propiedad como prerrogativa individual, suponiendo, erróneamente, que las relaciones patrimoniales en el país podrían orientarse por ese único patrón.

La Constitución de 1917, por su parte, modificó este panorama al consagrar un sistema patrimonial con innegables resabios coloniales. Sobre la

fórmula de la propiedad originaria de la nación, los constituyentes implantaron un régimen complejo de asignación central de los recursos apropiables. Las formas patrimoniales que se establecieron como derechos derivados de la titularidad anterior de la nación fueron: la propiedad privada, la propiedad comunal, la propiedad ejidal y el dominio directo o propiedad de la nación. Todas estas vertientes de organización de los derechos de apropiación encuentran apoyo en la potestad primigenia de la nación, que funciona como actor de legitimación para el régimen plurimorfo que contiene la carta constitucional.

La forma en que quedó regulada la propiedad privada hizo que se apartara de los cánones liberales que veían en las prerrogativas del propietario un derecho natural e impenetrable para el poder público. La propiedad privada a la que se refiere el artículo 27 constitucional es un derecho permeable, de rango inferior a la titularidad originaria de la nación y, por todo ello, receptivo a la imposición de las modalidades legislativas que sugiera el interés público. Cabe mencionar que la carta de Querétaro constriñó este derecho a aquellos bienes que no quedaron definidos como del dominio directo o de propiedad de la nación. Además, limitó en varios sentidos las posibilidades de los extranjeros para convertirse en propietarios inmobiliarios dentro del territorio nacional. La propiedad privada perdió la exclusividad que le había conferido la Constitución de 1857 como fórmula única de apropiación; en la carta vigente, este derecho tuvo que compartir su espacio regulatorio con otros modos de apropiación, a los que sin mucho apuro podría calificárseles de premodernos.

El artículo 27 consagró además el programa de reforma agraria que había bocetado la Ley del 6 de enero de 1915. En dicho precepto se recogió la idea del fraccionamiento de los latifundios por la vía de las expropiaciones. Las acciones agrarias se dividieron en dos vertientes: las restitutorias, cuyo objeto era devolver a sus antiguos dueños (pueblos, condueñazgos, rancherías, tribus y congregaciones), las tierras perdidas por la aplicación de las Leyes de Reforma y de las leyes de colonización y deslinde. La otra fórmula se refirió a las acciones de dotación, que podían hacer valer los grupos de campesinos sin tierra, con objeto de que las propiedades circunvecinas les fueran repartidas para su aprovechamiento, dejando a salvo solamente la pequeña propiedad. De este modo, los procedimientos agrarios produjeron dos tipos de propiedad: la comunal, con perfiles étnico ancestrales, y la ejidal, abierta a la parcelización, pero sin el reconocimiento del derecho de disposición para sus titulares. En ambos casos, la tierra se vio limitada desde la perspectiva de su circulación en términos modernos.

El dominio directo de la nación abarcó elementos tan importantes como los minerales, el petróleo y los demás carburos de hidrógeno. En todos

estos casos, la nación se reputó propietaria y, en tal virtud, quedó investida para ejercer el control final sobre el destino de estos recursos, los cuales, en lo sucesivo, sólo podrían aprovecharse a través de concesiones. Con esta decisión constitucional se mermó de manera importante el potencial mercantil de tales bienes, que con todo y su significado estratégico para el desarrollo, quedaron a merced de los designios públicos.

Algo parecido sucedió con los principales recursos hidráulicos del país. Las aguas se enmarcaron dentro de la propiedad de la nación y su aprovechamiento, igualmente, se subordinó al otorgamiento de las correspondientes concesiones.

Amén de lo anterior, en el artículo 27 se continuó la política de afectación de los bienes del clero; el Constituyente desarrolló el régimen de los procedimientos de nacionalización de bienes eclesiásticos, concediéndoles así una base constitucional indubitable.

Por otro lado, los autores de la Constitución regularon la potestad expropiatoria con una amplitud hasta entonces desconocida. Por un lado, abrieron la posibilidad de diferir el pago de las indemnizaciones; por otro, dejaron a las legislaturas de los estados y al Congreso de la Unión, una discrecionalidad, casi completa, para definir las causas de utilidad pública bajo las que habría de considerarse procedente la expropiación. Adicionalmente, restringieron el papel del Poder Judicial a los casos en los que hubiera inconformidades con el monto de la indemnización. Este diseño normativo permitió al Ejecutivo una función protagónica que se extiende desde la declaratoria de utilidad pública, hasta la ocupación del bien expropiado y el pago de la indemnización. Un aspecto poco explorado de la institución expropiatoria en la Constitución de 1917 consiste en el papel que desempeñan estos actos para facilitar, por vías públicas, la circulación de los bienes entre las distintas formas de apropiación previstas en el artículo 27. A través de los actos expropiatorios un bien privado puede convertirse en objeto de propiedad pública, comunal o ejidal; un bien ejidal o comunal, a su vez, queda en posibilidad de volver al patrimonio del Estado, o incluso, de convertirse en un objeto de apropiación privada.

Los perfiles del régimen de propiedad del 27 constitucional son fuertemente centralistas, ya que dejan al Congreso de la Unión y al presidente de la República el arbitraje y la distribución de los principales recursos apropiables. En un principio, los gobernadores de los estados tenían asignado un papel más activo en los procedimientos agrarios, aunque con las reformas posteriores perdieron dicho protagonismo. Si además pensamos en la proverbial docilidad que caracterizó al Congreso mexicano hasta décadas recientes, no se puede sino concluir que el Ejecutivo recibió, por vía de lo

dispuesto en este precepto, facultades patrimoniales de alcances insospechados. Asimismo, no hay que perder de vista la función marginal que en materia de regulación de la propiedad quedó asignada a los legisladores de los estados, los cuales están siempre expuestos a que el régimen patrimonial privado que definan a través de su función legislativa, sea posteriormente rectificado por el Congreso de la Unión a través de la imposición de modalidades en las leyes federales.

La confusión entre las categorías de soberanía y propiedad es también un rasgo del artículo 27. Dicha falta de especificación es un dato que se ha imputado a los Estados premodernos; en cambio, en los Estados de derecho siempre se ha hecho énfasis en la demarcación estricta de los espacios privados respecto de los públicos. La forma en que se perfiló el régimen patrimonial mexicano no favoreció la consolidación de un ámbito privado exclusivo y, por lo tanto, de una perspectiva garantista confiable. La propiedad suele ser una piedra angular para cualquier sistema de prerrogativas individuales; al quedar debilitado este derecho en sus perfiles excluyentes, se dejó abierta la posibilidad para la constante injerencia pública en la esfera de derechos de los gobernados.

La evolución del artículo 27 constitucional a través de sus años de vigencia está marcada por vicisitudes que han resultado también trascendentes para la historia del país. Al respecto, hay que señalar que el modelo patrimonial básico se modificó para dar lugar a un sector de actividades propiamente nacionalizadas. Tal fue el caso de la industria petrolera en 1940, año en el que se incorporó al texto la prohibición de otorgar concesiones para el aprovechamiento del petróleo y sus derivados. En 1960, sucedió lo mismo con el suministro público de la energía eléctrica, y en 1975, con los minerales radioactivos.

Además de lo anterior, al párrafo cuarto del precepto, que enlista los bienes pertenecientes al dominio directo de la nación, se le agregaron los conceptos de plataforma continental, zócalos submarinos y espacio aéreo. El párrafo quinto, por su parte, ha sido rectificado también varias veces; en una de esas oportunidades, a los recursos hidráulicos originalmente clasificados dentro de la propiedad de la nación, se sumaron las aguas marítimas interiores, así como sus respectivos vasos y cauces.

En materia agraria, las modificaciones significativas estuvieron vinculadas a la supresión del amparo para los pequeños propietarios y a la posterior restauración de este derecho litigioso. Posteriormente, en 1992, se efectuó la reforma de más envergadura que ha experimentado el artículo 27 constitucional, por la que prácticamente se canceló el programa de reforma agraria que se había puesto en marcha con la Constitución. A partir de la

reforma se suprimieron las acciones de dotación y de restitución y, sobre todo, se abrieron las posibilidades para que la propiedad ejidal y comunal se liberara de algunas de las trabas constitucionales que impedían su circulación mercantil. Asimismo, se retiraron los impedimentos a las sociedades comerciales y civiles para adquirir propiedades agrarias, y se propusieron las bases para que pudieran concretarse diversas fórmulas de asociación con ejidatarios y comuneros.

Como se puede concluir, las numerosas reformas al artículo 27 constitucional, excepto la de 1992, dejan a salvo el perfil básico de su texto y más bien, lo pulen y desarrollan, extrapolando las soluciones que el Constituyente había ya insinuado en su trabajo original.

2. La protección de los elementos naturales en el texto original

La legislación administrativa del periodo porfirista mostraba sesgos muy pronunciados hacia los intereses de los inversionistas que desarrollaban labores empresariales en el país. Quienes se beneficiaron de las concesiones para aprovechar recursos naturales, gozaban de prerrogativas amplísimas, las cuales les permitieron orientar su trabajo con criterios preponderantemente extractivos. Esta situación resulta hasta cierto punto explicable, si se asume que México, en esos años, se proyectó como un país proveedor de materias primas agrícolas y mineras en el marco de la economía mundial.

El escaso énfasis en la protección y cuidado de los recursos naturales que caracterizó a las explotaciones de la época porfirista, puede ser abundantemente documentado. Sólo por rememorar los casos más significativos, se puede aludir a los numerosos accidentes producidos en los pozos petroleros de la huasteca, o la forma irresponsable en que fueron abatidas extensas superficies de selva tropical en las monterías del sur de la República. Estos hechos difícilmente hubieran podido estar ausentes de la mente de los diputados constituyentes, cuando éstos decidieron consagrar el principio de conservación al regular lo relativo a los elementos naturales. La forma decidida en que los autores de la Constitución plantearon límites al aprovechamiento, conscientes de que la permanencia de los elementos naturales no es compatible con actitudes desmesuradas de explotación, puede calificarse incuestionablemente como vanguardista.

Para entender la magnitud de la reacción nacionalista de los diputados constituyentes, hay que traer a colación su decisión de revisar todos los contratos y concesiones hechos por los gobiernos anteriores desde el año de 1876, que hayan traído por consecuencia el acaparamiento de tierras, aguas y riquezas naturales de la nación, y el facultamiento correlativo al

Ejecutivo de la Unión “para declararlas nulas, cuando impliquen perjuicios graves para el interés público”. Esta disposición, que habilitó al gobierno para afectar las concesiones otorgadas, fue el contundente remate con el que el Constituyente cerró el texto del artículo 27 constitucional. Tal atribución, abrió la posibilidad de afectar derechos adquiridos, como tanto lo proclamaron en tono de denuncia los detractores del precepto; además, fortaleció la posición gubernamental al permitirse al Ejecutivo la oportunidad de redistribuir los recursos concesionables bajo mejores perspectivas de control público. Es obvio, asimismo, que el Constituyente insistió en que el aprovechamiento de los elementos naturales se efectuase en beneficio de la sociedad, evitando en todo caso las situaciones de concentración y de acaparamiento de estos recursos.

A continuación fijaremos los términos originales del párrafo tercero del artículo 27 constitucional, para luego referirnos a la evolución de su contenido. En dicho párrafo, después de que el Constituyente otorgó facultad a la nación para imponer modalidades a la propiedad privada cuando lo ameritase el interés general, se le confirieron también atribuciones para “regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación”. Y más adelante, los autores del texto dispusieron: “Con este objeto se dictarán las medidas necesarias... para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad”.³⁸

De la forma en que se estableció la posición del Constituyente de Querétaro pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Primera. La Constitución distingue los elementos naturales susceptibles de apropiación de aquéllos que no lo son. Quedan fuera de tal condición, los bienes que la propia carta consideró del dominio directo o de propiedad de la nación (minerales y carburos de hidrógeno, en el primer caso; recursos hidráulicos de propiedad nacional, en el segundo). Los elementos naturales susceptibles de apropiación a los que se refiere el texto constitucional, deben ser, entre otros: la fauna silvestre, terrestre y marina; la flora, incluyendo los bosques y selvas; el suelo; las aguas no previstas en el párrafo quinto del artículo 27 como de propiedad de la nación y el aire.

Segunda. Bajo los criterios centralistas de la Constitución, la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación corresponde al Congreso de la Unión, ya que, como la Suprema Corte

³⁸ Texto original del artículo 27 constitucional.

lo ha resuelto reiteradamente en ejecutorias anteriores a la década de los noventa, dicho órgano es el único que representa la totalidad de la dimensión nacional.

Tercera. A pesar de que los elementos naturales susceptibles de apropiación pueden, en principio, ser aprovechados por sus propietarios, el Constituyente perfiló un control regulatorio fuerte, con objeto de garantizar tanto la conservación como la distribución equitativa de tales recursos, considerados como componentes de la riqueza pública. La propuesta constitucional implica un sistema de tutela jurídica compleja, puesto que, por una parte, garantiza el derecho del titular de la propiedad, pero, por otro lado, condiciona el ejercicio de ese derecho a la permanencia del recurso, lo que significa el reconocimiento del interés de la nación en la conservación de tales elementos. La consecuencia lógica de este planteamiento es que, en este caso, el derecho de propiedad no implica libre disposición para su titular, sino un ejercicio restringido por las pautas regulatorias que subordinan dichas prerrogativas al interés que suscita la conservación.

Cuarta. Las dos directrices a las que habrá de tender la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación son: la distribución equitativa de la riqueza pública y su conservación.

Quinta. El derecho de propiedad que pudiera derivarse a los eventuales aprovechadores, constituye una prerrogativa permeable, la cual puede ser interferida por las medidas que el Constituyente “dicte” para evitar la destrucción de los elementos naturales. En este caso, el criterio de imposición de modalidades a la propiedad está resuelto por el mismo Constituyente.

Tratando de resumir algunos de los aspectos de este análisis, se puede formular la siguiente aserción: en el modelo patrimonial original del artículo 27, los elementos naturales se sujetaron a dos vertientes jurídicas para su aprovechamiento: las concesiones, en el caso de los párrafos 4o. y 5o. del precepto, o bien, el reconocimiento del derecho de propiedad, aunque sujeto a la doble condición; por una parte, de no favorecer el acaparamiento de la riqueza pública, y por otra, de atenerse a las necesidades de la conservación. Ninguno de estos dos mecanismos de aprovechamiento supuso, por cierto, el desarrollo de los medios del mercado como estrategia principal de conservación. Al contrario, parece que el Constituyente hubiese asumido la insipiencia de los procesos mercantiles y que, en virtud de ello, desarrollara sendos mecanismos públicos de control, los cuales trataron de ofrecerse como alternativa a la circulación mercantil—caso de las concesiones—, o bien, como límites a la capacidad de disposición de los sujetos propietarios: tal es la consecuencia de anteponer

los criterios de distribución de la riqueza pública y de conservación, a los aprovechamientos privados. El Constituyente pergeñó un protagonismo muy importante del Poder Legislativo para la delimitación de los derechos de aprovechamiento, tanto en los casos de los recursos mencionados en los párrafos 4o. y 5o. del artículo 27 constitucional, como en los que considera “elementos naturales susceptibles de apropiación”; sin embargo, en relación con estos últimos, no cerró la pinza previendo en el artículo 73, relativo a las facultades del Congreso, una definición expresa para que el legislativo actuara en dicha materia. Esta omisión ha llevado a que las leyes forestal, de pesca y ahora la de vida silvestre tengan que fundarse aludiendo a la fracción XXX del artículo 73 constitucional, la cual dispone que el Congreso de la Unión tiene atribuciones “para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores y *todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión*”. Esta fracción debe correlacionarse, a su vez, con las atribuciones para “regular” y “dictar medidas” previstas en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, en lo referente al aprovechamiento, la distribución y la conservación de los elementos naturales susceptibles de apropiación.

Los cuestionamientos al fundamento constitucional de las leyes forestales o pesqueras no han sido extraños. Casi en todos los casos se argumenta que no existe un apoyo constitucional explícito para estas materias, o bien, que no se justifica la exclusión de las entidades federativas en la regulación de dichos elementos. Para responder a la primera objeción, baste decir que la existencia de la fracción XXX del artículo 73 constitucional es la mejor prueba de que el Constituyente no constriñó las facultades del Congreso a las enunciadas en las primeras veintinueve fracciones del artículo que se comenta. En nuestro derecho existen las llamadas *facultades implícitas* y, en este caso, las disposiciones contenidas en el tercer párrafo del artículo 27 constitucional dan sentido a la remisión del Constituyente, que establece: “... y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión”.

Respecto al argumento que inquiere sobre la facultad exclusiva del Congreso de la Unión para “regular” y “dictar medidas” en relación con el aprovechamiento, la distribución y la conservación de los elementos naturales susceptibles de apropiación, hay que traer a colación las numerosas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia en relación con la capacidad para imponer modalidades a la propiedad privada. Hasta antes de la década de los noventa, la Corte mantuvo el criterio de que el único órgano legislativo que representa los intereses nacionales es el Congreso de la Unión. El sentido de estas resoluciones apoya la directriz centralista del artículo 27

constitucional, interpretando fielmente su sentido. Ello no quiere decir, sin embargo, que el argumento resulte plausible en el contexto de un Estado federal. Un criterio de este tipo supone, como argumento básico, que el término nación, en cuanto representación de la totalidad estatal, equivale a poderes federales, debido a que son éstos los únicos que representan la idea de la Unión.

Una interpretación distinta, como la que ha sostenido la Suprema Corte en los años recientes,³⁹ implica el reconocimiento de que el Congreso de la Unión sólo puede hacerse de la representación de los intereses legislativos atinentes a las materias establecidas en la Constitución como asuntos federales; sin embargo, dicha asamblea no puede pretender la representación de los intereses legislativos locales. Bajo esta perspectiva se rompe la equivalencia entre nación y federación, ya que la representación total de la primera sólo se conseguirá, en lo federal, por los órganos de la Unión y, en lo local, por los órganos estatales y municipales. Un criterio de este tipo traiciona la intención centralista del Constituyente, aunque probablemente no la literalidad del texto del artículo 27 constitucional. Este argumento parece haber pesado en la Suprema Corte, porque dicho tribunal orienta cada vez más sus decisiones por directrices que coadyuvan con la realización efectiva del sistema federal. Esta interpretación ha sido favorecida por las reformas constitucionales que han incorporado los principios del federalismo cooperativo, los cuales se tratarán en un momento posterior de este trabajo.

3. La evolución de la fórmula constitucional para regular los elementos naturales susceptibles de apropiación

Existen dos reformas al párrafo tercero del artículo 27 constitucional que son trascendentes desde la perspectiva del régimen jurídico de los elementos naturales a los que se refiere este texto. La primera de ellas data del 6 de febrero de 1976. La intención principal de esa modificación constitucional consistió en introducir bases normativas específicas para la materia

³⁹ Véase Pleno de la Suprema Corte de justicia de la Nación, “Asentamientos Humanos. El art. 32, fracción I, de la Ley General correspondiente, no es violatorio del art. 27 constitucional al establecer que corresponde a las legislaturas locales asignar modalidades a la propiedad privada”, en Tesis: P. IX/98, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. VII, febrero de 1998, p. 42; así como Tribunal Colegiado de Circuito, “Desarrollo Urbano del Distrito Federal, Ley de, el jefe del Departamento es autoridad competente para imponer las modalidades a la propiedad privada previstas en ella”, en Tesis: I.4o.A.755A, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. XIV, septiembre, p. 310.

de asentamientos humanos. En esa ocasión, se efectuaron las siguientes modificaciones al texto del párrafo tercero:

Se estableció que el derecho de la nación para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación debería ejercerse *“en beneficio social y con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de la población rural y urbana”*. La adición se completó con el texto siguiente: *“(en consecuencia) se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas, bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población...”*.

La adición comentada se vinculó a la introducción de la fracción XXIX del artículo 73, en la que se especificó que el Congreso quedaba facultado para *“expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos”*.

De la adición planteada se infiere que el suelo quedó clasificado entre los recursos naturales susceptibles de apropiación, y que la legislación en la materia debería orientarse a conseguir el beneficio social; finalmente, también fue claro que el desarrollo equilibrado del país se perfiló como un propósito explícito para dirigir el trabajo del legislador secundario.

Es interesante observar cómo, en el caso de la materia de asentamientos humanos, el llamado constituyente permanente deja atrás las estrecheces del federalismo dual, para adoptar en lo sucesivo una proyección transversal de competencias hacia los tres niveles territoriales de gobierno. La Ley General de Asentamientos Humanos vendría a distribuir competencias de forma segmentaria entre la federación, los estados y los municipios con el fin de que, en cada uno de estos ámbitos de gobierno pudiesen desarrollarse acciones complementarias para lograr una ordenación urbana coherente a lo largo de todo el territorio nacional.

En apoyo al nuevo federalismo cooperativo se pronunció la Suprema Corte en una ejecutoria relativamente reciente. La sentencia mencionada declaró que la previsión de la Ley General de Asentamientos Humanos que establece que las legislaturas estatales establecerán los criterios normativos para asignación de usos y destinos compatibles, no es violatoria del artículo 27 constitucional. La Corte afirmó textualmente que, en dichas disposiciones:

se está coordinando el ejercicio del derecho de la nación para imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público... definiendo que tal función corresponde a las legislaturas de las entidades federativas, en virtud del ejercicio *concurrente* que sobre la materia ejercen la federación, los estados y los municipios, y que requiere una delimitación clara de las funciones que cada uno debe realizar conforme al sistema de competencias que les determina la Constitución.⁴⁰

Hemos citado en extenso por la importancia que entraña el criterio vertido. Como se observa, *concurrentencia* significa *coordinación* entre tres ámbitos gubernativos. Pero tal coordinación sólo puede efectuarse a partir de un modelo de roles de competencia definidos por una ley general o ley-marco, en la que se establezcan las directrices de la materia. La competencia no la distribuye en realidad la Constitución como se afirma en la tesis, sino que prácticamente se efectúa dentro de la ley secundaria, en virtud de la cual se asignan los roles de competencia respectivos.

A la reforma por la que se adicionó el tercer párrafo del artículo 27 constitucional para incorporar la materia de Asentamientos Humanos en 1973, siguió otra en 1987, para dar cabida en el mismo precepto al tema medioambiental. A continuación se transcribe la parte conducente de la adición: “La nación tendrá en todo tiempo el derecho... de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación... En consecuencia se dictarán las medidas para... *preservar y restaurar el equilibrio ecológico*...”.

Al igual que con la reforma sobre Asentamientos Humanos, en la de 1987, el paquete de movimientos constitucionales incluyó la adición de la fracción XXIX-G al artículo 73 constitucional, concediendo al Congreso de la Unión, en una fórmula gemela a la de la materia urbanística, la atribución para expedir “leyes que establezcan la concurrencia... en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico”.

Valorando el conjunto de la reforma constitucional de 1987, se pueden obtener las siguientes inferencias:

Primera. Se introduce en la Constitución una perspectiva ecosistémica en relación con los componentes de la naturaleza; esto conlleva el reconocimiento de que los elementos naturales no se encuentran desarticulados en su medio, sino que se integran en unidades sinérgico-funcionales, las cuales pueden ser alteradas y perturbadas por la acción humana.

⁴⁰ *Ibidem*, en especial, el primero de los textos jurisprudenciales citados.

Segunda. La perspectiva ecosistémica apareja el reconocimiento de la biodiversidad y de los procesos operativos de la naturaleza como valores a tutelar por el ordenamiento jurídico. Cabe además pensar que dicha forma de protección no anula los derechos de apropiación ni de aprovechamiento, sino más bien, condiciona su ejercicio a través de normas que se les sobreponen.

Tercera. La protección de los componentes medioambientales se organiza desde las leyes de la materia y se concibe generalmente, como un conjunto de políticas públicas y de instrumentos de control que se despliegan para hacer posibles las primeras. Las leyes ambientales estatales se organizan en torno a una ley-marco o ley general que les sirve de referencia y que articula como módulo básico, la unidad del sistema. La ley-marco establece, al mismo tiempo, las directrices normativas para la acción de los poderes federales.

Cuarta. La perspectiva de la regulación medioambiental no impone la anulación del aprovechamiento de los elementos naturales; éstos pueden seguirse utilizando, tanto por sus dueños, en los casos en que los elementos naturales sean susceptibles de apropiación, como por los concesionarios, en los casos que no lo sean. Ello quiere decir que la legislación sectorial, como la hidráulica, pesquera, forestal o de vida silvestre, continúa vigente sólo que condicionada por las normas generales de la ley ambiental.

Quinta. El solapamiento de la ley ambiental con las distintas leyes sectoriales que regulan el aprovechamiento de los elementos naturales puede mover a contradicciones de no fácil solución, debido a que se trata de normas de la misma jerarquía, de acuerdo con el artículo 133 constitucional. Ante esta situación, la prevalencia de las normas contradictorias tendría que obedecer a los criterios tradicionales de que norma posterior deroga la anterior, o de que la ley especial lo hace con la general. Ninguno de estos mecanismos de descarte normativo es favorable para la conservación de los elementos del medio ambiente. La única solución a la vista tendría que venir de una reforma constitucional, la cual habría de perseguir la jerarquización de las leyes ambientales y la participación de las legislaturas de los estados en los procesos de aprobación de las leyes que distribuyen competencias.

Sexta. La lógica de distribución y coordinación de competencias que deriva de la fracción XXIX-G del artículo 73 constitucional, obviamente no se aviene a las rigideces del federalismo dual; sin embargo, el régimen de aprovechamiento de los principales elementos naturales sigue todavía en buena medida los perfiles del federalismo dicotómico, lo que genera, por una parte, desconcierto entre los destinatarios de las leyes y, por otra, una obstrucción para el desarrollo cabal del federalismo coope-

rativo, bajo el que se organizan materias como la educación, la salud, el ordenamiento urbano y la protección al ambiente.

Séptima. La directriz medioambiental incorporada a partir de la reforma de 1987, debe considerarse hoy complementada con las directrices sobre sustentabilidad provenientes de la Cumbre de Río de Janeiro de 1992. De hecho, la reforma a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1996, se realizó en buena parte para recoger este nuevo perfil.

4. *El rumbo de la transición*

Los cambios que experimenta el país tanto en el ámbito económico como en el político, lógicamente presionan sobre el régimen constitucional y, de forma más intensa, sobre las piezas del modelo que reflejan los perfiles autoritarios y corporativos de nuestra tradición. En la última década, por citar algunos ejemplos, se reformó el artículo 27 constitucional para cancelar el proyecto de reforma agraria y para permitir la reincorporación de las propiedades agrarias a la circulación mercantil. En el plano político, se creó el Instituto Federal Electoral para devolverle al sufragio la credibilidad perdida; asimismo, hubo reformas para conferir una mayor autonomía a los órganos de gobierno del Distrito Federal, los cuales ahora son electos por la ciudadanía. Por otro lado, la revitalización del Congreso de la Unión ha tenido como correlato favorable, las reformas encaminadas a fortalecer la organización y el funcionamiento autónomo del Poder Judicial. A results de los últimos cambios, la Suprema Corte adquiere un perfil cada vez más cercano al de un tribunal constitucional y la función judicial tiene también mejores condiciones para su profesionalización y desarrollo, con la creación del Consejo de la Judicatura Federal. Todas estas modificaciones sintetizan una transición positiva hacia la efectividad del Estado de derecho. Ello no quiere decir, sin embargo, que deben echarse las campanas al vuelo, porque son apenas los inicios de un proceso de maduración constitucional que, de consumarse, podría cambiar el rumbo de las experiencias jurídicas nacionales.

El ámbito sobre el que se operan los cambios arriba señalados, es el de una carta heterodoxa y octogenaria que logró pervivir sólo porque sus autores entregaron al presidente la posibilidad de arbitrar su contenido. Si la Constitución pudo correr una suerte distinta a la de su antecesora fue gracias a la ambigüedad de sus postulados, ya que recogió en su propio seno regulatorio los perfiles del constitucionalismo moderno, pero los colocó de

cara a los rasgos autoritarios y premodernos de la sociedad mexicana. Tanto en el perfil del Ejecutivo como en el diseño plurimorfo del régimen patrimonial, se hacen visibles las huellas de la ambivalencia de la Constitución. Es difícil reconciliar estas soluciones con la ortodoxia de la división de poderes y del garantismo, tal como han sido entendidas bajo el influjo de los modernos Estados de derecho.⁴¹

Uno de los elementos más difíciles de acoplar a la realidad mexicana ha sido el federalismo de tipo dual que asimiló el Constituyente emulando la solución estadounidense. La historia de nuestro país presenta un paralelismo muy acusado entre efectividad de las experiencias gubernativas y centralismo. A pesar de que desde la Constitución de 1824 se consagró la fórmula federal como alternativa para el ejercicio territorial del poder; la realidad ha apuntado permanentemente en otro sentido. Es hasta años recientes que la federalización ha cobrado con impulso genuino; a ello han colaborado factores muy diversos, aunque quizás el de mayor peso haya sido el de la conquista por parte de los partidos opositores de un buen número de gubernaturas y de alcaldías. Hoy, la política fiscal parece estar virando y los mecanismos de coordinación en esta materia comienzan a viabilizar una descentralización auténtica.

Si revisamos las tendencias constitucionales hacia la federalización, advertiremos que no son los mecanismos propios del federalismo dual los que se ofrecen como vehículos más eficientes para la consecución de este propósito. En las áreas en las que se registran mayores logros (coordinación fiscal, educación, salud, asentamientos humanos y medio ambiente), las fórmulas constitucionales empleadas son más bien compatibles con un federalismo de tipo cooperativo. En estos casos, las leyes federales han dejado su espacio a las denominadas leyes generales o leyes marco; éstas últimas, las emite el Congreso de la Unión con atribuciones expresas y se dedican, además de fijar la competencia de las autoridades federales, a definir el papel competencial de los estados y los municipios en el logro de una política común. De esa forma, cada nivel de gobierno queda habilitado para actuar en un determinado segmento competencial, el cual resulta complementario con las atribuciones conferidas a los órganos territoriales de los otros niveles. El resultado esperado es que, dentro de una misma materia, se distribuyen tareas entre las distintas instancias territoriales y, generalmente, se deja en manos de los órganos centrales la función norma-

⁴¹ Díaz y Díaz, Martín, “La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión”, *80 Aniversario. Homenaje. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Senado de la República-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 79 y 80.

tiva de más amplio espectro, con objeto de mantener la unidad de propósitos como guía de las distintas acciones gubernamentales.

La tendencia transitiva hacia la reactivación de las instancias locales de gobierno, tiene una connotación contraria al centralismo proverbial de la experiencia mexicana y, especialmente, significa un aspecto de presión contra las fórmulas centralistas del texto constitucional vigente. De manera puntual, la federalización constituye un factor que empuja contra la centralidad del sistema patrimonial previsto en el artículo 27 de la carta. La asimilación lineal entre el concepto de nación y de poderes federales, es algo que difícilmente podrá seguirse sosteniendo después de la incorporación de las materias relativas a los asentamiento humanos y al medio ambiente. Hemos ya expuesto en un pasaje anterior que la Suprema Corte, en la única ejecutoria que ha pronunciado en relación con la función distributiva que efectúa la Ley General de Asentamientos Humanos, se manifestó a favor de la constitucionalidad de dicha ley y, por ende, legitimó su propuesta cooperativa.⁴²

El reconocimiento de que en materia urbanística las legislaturas de los estados pueden imponer modalidades a la propiedad privada, tarde o temprano conducirá a que, con los mismos argumentos, los Congresos locales reivindiquen la capacidad para poder intervenir en la regulación del aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Actualmente, la legislación pesquera y la forestal, por citar dos casos conocidos, establecen sendos regímenes centralizados para la regulación de las actividades de aprovechamiento, aunque se prevé que las demandas de los estados para intervenir en las actividades que dichas legislaciones serán cada vez más apremiantes. Especialmente en el caso forestal, hay varios intentos por parte de las legislaturas locales para efectuar una regulación local de la materia, haciendo caso omiso de la ley federal. En este aspecto la materia pesquera se encuentra a la zaga, seguramente porque la fauna marina habita y se desarrolla en aguas nacionales.

El argumento que podría oponerse por la federación a las reivindicaciones estatales a las que se refiere el párrafo anterior es que, el reconocimiento de la Suprema Corte a la capacidad de las legislaturas locales para imponer modalidades a la propiedad privada en materia urbanística, no puede alcanzar aquellos aspectos que se encontraban regulados en el párrafo tercero del artículo 27 constitucional (antes de la reforma sobre asentamientos humanos), sino que sólo se refiere a su propio ámbito. Este tipo de razonamiento defensivo se podría apoyar en el hecho de que, la compe-

⁴² *Op. cit.*, *supra*, nota 39 (en especial, el primero de los textos jurisprudenciales citados).

tencia de las legislaturas locales a que nos venimos refiriendo, no procede directamente del artículo 27 en mención, sino de la fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional, ya que es este precepto el que autoriza expresamente la acción concurrente entre los tres niveles territoriales de gobierno.

Cualquiera que fuera el resultado de la decisión planteada, es un hecho que la reforma por la que se adicionó a la Constitución lo relativo a la materia medioambiental trae también algunos aspectos que conducen a una reflexión más profunda. Está fuera de duda que los congresos locales tienen atribuciones para dictar, en la esfera de su competencia, leyes para la protección del medio ambiente; sin embargo, hasta ahora, la regulación sobre los elementos naturales, sean o no susceptibles de apropiación, permanece al margen de cualquier ejercicio legislativo local. La atribución para dictar leyes en materia de agua, de bosques y de pesca, sigue reconociéndose como propia del legislativo federal.

No obstante lo asentado renglones arriba, es viable otro tipo de interpretación, la cual podría bocetarse a partir de las siguientes directrices:

Si los elementos naturales forman parte del medio ambiente, como parece obvio, habría que admitir que su preservación y restauración, términos que utilizó el constituyente permanente en su adición al párrafo tercero del artículo 27 de la carta, estarían sujetos a la distribución de competencias que establece la fracción XXXIX-G del artículo 73 constitucional y, por esa vía, podrían quedar a merced de la legislación local, al menos en algunos de sus aspectos. Hasta ahora, los balances de competencia que mantiene la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, no autorizan a la descentralización en las materias pesquera y forestal; sin embargo, está abierta la posibilidad de que, sin modificarse el texto actual del artículo 27, pudieran alterarse los arreglos competenciales actuales. Ello, quizás traicionaría la intención centralista del Constituyente, pero no la literalidad de la carta.

La hipótesis arriba planteada fue ya objeto de desarrollo por el Congreso de la Unión en la recién promulgada Ley General sobre Vida Silvestre. Este instrumento regulatorio se propone como una ley-marco, que tiene por objeto regular la concurrencia de los poderes territoriales para conseguir la conservación y el aprovechamiento sustentable de “los organismos que subsisten sujetos a los procesos de evolución natural y que se desarrollan libremente en su hábitat” (artículo 3o.).

Cabe mencionar que la ley en cuestión distribuye competencias, señalando aquello que corresponde ejercer de manera exclusiva a la federación y a los estados. Adicionalmente, señala cuáles de las atribuciones federales pueden transferirse a los estados por vía de convenios de coordinación;

asimismo, otorga las bases para que los estados puedan hacer lo propio con los gobiernos municipales. La ley impone candados normativos para garantizar que las atribuciones transferibles, una vez que fueren solicitados por los estados, pasen obligatoriamente a su ámbito de ejercicio, siempre que la entidad manifieste contar con los medios necesarios para su desarrollo.

En lugar de la solución centralista que caracteriza las materias pesquera y forestal, en este caso el Congreso optó por una fórmula cooperativa, según la cual la federación queda investida de una capacidad normativa e integradora, pero deja a los estados la mayor parte de la función ejecutiva de los preceptos de la ley. Asimismo, como sucedió en el caso de la materia de salud, la ley regula la paulatina descentralización de los asuntos de la vida silvestre, evidenciando la convicción de los legisladores de que el verdadero federalismo mexicano se construye de espaldas al artículo 124 constitucional y con un impulso de tipo centrifugo. La ortodoxia del federalismo dual supondría, en cambio, la previa construcción de los poderes centrales por parte de las entidades federadas; caso a ojos vistas disímulo al de la experiencia mexicana.

Como puede colegirse de lo expuesto, el esquema de distribución central de los recursos apropiables previstos en el artículo 27 constitucional, se encuentra hoy sujeto a un desgaste intenso. Las causas de presión no provienen en su totalidad de las vicisitudes patrimoniales; también la transición constitucional hacia un federalismo más auténtico erosiona el contenido básico del precepto. Si hubiera que resumir las fuerzas que actúan sobre el artículo 27, cabría referirse a los siguientes procesos:

- Desmantelamiento de las piezas reformistas más radicales, debido al impulso de las políticas privatizadoras y a los procesos de integración económica que fuerzan a un sistema patrimonial más homogéneo desde la perspectiva de la modernidad.
- Presión contra las actividades nacionalizadas; en este caso, se ha hecho evidente que el aprovechamiento del petróleo y sus derivados, cada vez se encuentra sujeto a un enjuiciamiento político más agudo. No se diga el suministro público de la energía eléctrica, que ya enfrentó una iniciativa del gobierno en turno, la cual apuntaba a su privatización.
- Empuje contra la lógica centralista del precepto y prevalencia paulatina de las fórmulas del federalismo cooperativo; se podría afirmar que los perfiles de tipo concentrador que alberga el precepto se están ya desmontando a través del sistema de concurrencia.
- Sobrelapamiento del régimen de protección de los elementos naturales, cuya regulación relativiza cada día más los perfiles del régimen de

apropiación. Ya no es tan relevante si una cosa sólo puede aprovecharse a través de concesiones, como el agua, o si los trabajos deben efectuarse a través de la autorización a un programa de manejo, como en el caso de los bosques; lo que cuenta es la posibilidad de hacer circular mercantilmente esos derechos.

Como se observa, la transición constitucional se encuentra en marcha y, por cierto, en una etapa que no podría calificarse como inicial. La nueva organización territorial es fruto del federalismo cooperativo, y la regulación de los elementos naturales difícilmente podrá sustraerse a la lógica de la coordinación y la distribución segmentaria de competencias. Pudiera darse el caso de que la realidad territorial se modifique y el texto del artículo 27 constitucional permaneciera incólume. Ello, porque la función interpretativa del Poder Judicial podría hacer surgir nuevas posibilidades, especialmente a partir de la reinterpretación al término nación.

Las tendencias reseñadas ponen al artículo 27 de cara a una encrucijada fuerte; la supervivencia del precepto quizá dependa más en este momento de sus proyecciones hacia la conservación de los elementos naturales, que a los perfiles de su régimen patrimonial. Igualmente, cabría afirmar que el artículo 27 descansa más en lo que apoya como atribución modalizadora que en lo que define como propiedad o propiedades desde la perspectiva garantista. Para evaluar con más precisión las posibilidades del régimen patrimonial de la Constitución a la luz de la conservación de los elementos naturales, conviene analizar el régimen particular de algunos de los recursos comprendidos en el vasto horizonte del precepto.

VI. LA REGULACIÓN DE LOS ELEMENTOS NATURALES EN PARTICULAR

1. *El régimen del agua*

A. Base constitucional

Los mares territoriales; las aguas marinas interiores; las lagunas y esteros comunicados con el mar; los lagos ligados a corrientes constantes; los ríos y sus afluentes cuando desemboquen en cuerpos de agua de propiedad nacional; las corrientes, cuyo cauce sirva de límite a dos estados, o atraviesen su territorio desembocando en otro, o que sirvan de límites fronterizos o que salgan del territorio nacional; los lagos, lagunas y esteros, cuyos vasos o cauces se encuentren sobre el territorio de dos entidades federativas o sirvan de frontera; los manantiales que broten en zonas federales; las aguas

que se extraen de minas; los cauces, lechos y riberas de lagos y corrientes interiores y, finalmente, las aguas del subsuelo, son de propiedad nacional.

Como se observa, los principales cuerpos de agua y depósitos hidráulicos están excluidos del ámbito en que se hace posible el derecho de propiedad privada, y tampoco son susceptibles de ser regulados por las legislaturas de los estados. La propiedad privada sobre las aguas sólo se reconoce a los propietarios de la tierra, cuando el acuífero, cauce o vaso de que se trate no sea de los enunciados en el párrafo quinto del artículo 27 constitucional y, aun entonces, si el agua se distribuye en dos o más predios, quedará sujeta a la regulación que establezca la entidad federativa correspondiente.

Las aguas del subsuelo en principio pueden ser libremente alumbradas; sin embargo, existe la posibilidad de que su aprovechamiento sea regulado cuando, a juicio del Ejecutivo, así lo exija el interés público.

En el párrafo sexto del mismo 27 constitucional, se dispone que el uso y aprovechamiento de los recursos a los que se refieren los párrafos cuarto y quinto del precepto, sólo podrá realizarse mediante concesiones “otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes”. Además, el mismo párrafo se refiere a la inalienabilidad y a la imprescriptibilidad de los recursos regulados en los dos párrafos que le sirven de antecedente.

Hasta la fecha, no existen dudas acerca de la facultad del Congreso de la Unión para legislar en materia de aguas nacionales, ya que la fracción XVII del artículo 73 constitucional expresamente se la confiere. Por otra parte, en el manejo del lenguaje que contiene el artículo 27 de la Constitución, es obvio que el uso del término *propiedad de la nación* remite en este caso al ámbito de las materias federales.

B. *El uso y aprovechamiento*

A partir de la promulgación de la carta constitucional vigente, el Congreso de la Unión ha expedido cinco leyes para regular el uso y aprovechamiento de las aguas nacionales. Los años de promulgación de estos instrumentos legislativos son los siguientes: 1929, 1934, 1946, 1972 y 1992. En todos los casos, el esquema de aprovechamiento tiene como base los actos de concesión, siguiendo en ello, el mandato del párrafo sexto del artículo 27 constitucional. Las tres primeras leyes plantean un esquema regulatorio muy similar: se concretan a reiterar la propiedad nacional de las aguas previstas en la Constitución con ese carácter, y aluden de manera específica a que la nación se encuentra representada por los poderes

federales; establecen, asimismo, lo relativo al régimen de concesiones y permisos, y dejan a salvo la capacidad del Ejecutivo Federal para efectuar (por sí mismo) el aprovechamiento del recurso en los casos que establecen las propias leyes. La ley de 1972, denominada Ley Federal de Aguas Nacionales, tiene el sello de la legislación del periodo echeverrista: es exhaustiva, trata de perfilar la acción pública con un sentido fuerte, aunque en realidad las innovaciones de fondo que efectúa no tienen gran relevancia. Acaso entre sus rasgos más destacables valga mencionar el mejor perfil que otorga al régimen de las asignaciones y el desarrollo del régimen de los distritos de riego; en realidad sus novedades no van más allá.

Mención aparte merece la Ley de Aguas Nacionales de 1992, la cual es mucho más precisa en la distinción de los tipos de uso del agua; perfila mejor las atribuciones de la autoridad; establece un régimen más claro de derechos y obligaciones para los usuarios, pero sobre todo, introduce las variables ambientales para condicionar el aprovechamiento del agua al criterio de sustentabilidad. Al efecto, la ley cuenta con un título completo sobre prevención y control de la contaminación del agua, en el que desarrolla un régimen específico para las descargas de agua contaminada a los cuerpos receptores. Asimismo, perfila un conjunto de disposiciones para regular lo relativo al desarrollo de la infraestructura hidráulica. Y por cierto, establece la privatización de los distritos de riego; lo mismo que la ley de 1972 había colocado con tanto énfasis bajo la férula pública.

El perfil de las concesiones hidráulicas en la ley de 1992, es en principio similar al de la tradición mexicana; lo que cambian son las condiciones que rodean a tales actos administrativos. En primer lugar, es claro que el aprovechamiento del agua se sujeta a un proceso de planeación por cuenca hidráulica. Esto quiere decir que la autoridad fue investida de la potestad técnica para acotar los márgenes de aprovechamiento del recurso, debiendo cuidar la capacidad de recarga de los acuíferos. Los límites establecidos dentro de cada cuenca hidráulica hacen las veces de una burbuja de mercado, dentro de la cual se autoriza la libre circulación de los derechos derivados de las concesiones otorgadas, al grado que tales prerrogativas se autonomizan de la propiedad de la tierra y pueden llegar a transferirse de forma independiente. Además, para facilitar el mismo efecto, se autorizan los cambios de uso del agua a los concesionarios bajo las condiciones que la propia ley establece.

La planeación por cuencas supone un ejercicio centralizado de la política hidráulica, ya que por razones obvias, los límites territoriales de las entidades federativas no corresponden a las regiones hidráulicas naturales. Por otro lado, la organización del aprovechamiento de una cuenca permite

la participación de los usuarios del agua y de las autoridades territoriales involucradas en las decisiones sobre el aprovechamiento del recurso. Una ventaja adicional de trabajar a esta escala es que se puede efectuar una planeación que correlacione usos y aprovechamientos, con el otorgamiento de permisos de descarga de aguas residuales. Los cálculos públicos sobre la cuenca deben considerar tanto los límites de aprovechamiento, como los márgenes de resistencia de los cuerpos receptores, con objeto de lograr un uso sustentable del recurso hidráulico.

El esquema de aprovechamiento previsto en el instrumento legal de 1992, intenta replegar la acción pública a niveles preponderantemente normativos, de control del intercambio y la contaminación, y de coordinación en la ejecución de las grandes obras hidráulicas. En forma concomitante, la ley pretende corresponsabilizar a los sectores social y privado en el manejo y conservación del agua. Se parte del principio de que una definición precisa y estable de las prerrogativas de aprovechamiento desempeña un papel esclarecedor, similar al que desempeña el derecho de propiedad, es decir, se convierte en un factor de interés para el titular, quien, al tratar de maximizar sus beneficios, deviene custodio natural del recurso. Para dar seguridad a los concesionarios, la ley establece plazos de vigencia a los derechos de los beneficiarios de los títulos, los cuales van de los cinco a los cincuenta años, siendo además prorrogables por periodos similares. Adicionalmente, se prevé el establecimiento de un registro público que pretende dar certeza a las transacciones en el mercado de derechos.

El régimen de prevención y control de la contaminación del agua se expresa a dos niveles distintos: el de la verificación por parte de la autoridad a quienes son titulares de los permisos de descarga, y el del autocontrol, ya que la ley supone que, cuando coincide la titularidad de un permiso de descarga con la de una concesión para uso y aprovechamiento, el usuario del recurso mantiene un interés natural en su conservación. La ley busca el efecto sinérgico de los dos niveles de control.

C. Las peculiaridades de los derechos

Es oportuno inquirir sobre la naturaleza de los derechos derivados de las concesiones, y aún más, de las asignaciones hidráulicas. Al quedar definidas aguas previstas en el párrafo quinto del artículo 27 constitucional como de propiedad nacional, pareciera lógico concluir que sobre dichos recursos no puede establecerse un derecho privado de apropiación; máxime si se tiene en cuenta que el párrafo sexto del mismo artículo dispone que el dominio de la nación, en este caso, es inalienable e imprescriptible. Aun bajo

esta advertencia, conviene no apresurar ningún juicio al respecto; no sin antes analizar cuál debe ser la naturaleza de los derechos de uso, aprovechamiento y explotación a los que se refieren las concesiones hidráulicas. Al respecto conviene asentar algunas premisas:

- El titular de una concesión al realizar su objeto, sustrae o extrae el agua, ya sea del subsuelo, o de la fuente o vaso superficial del que se trate.
- La explotación, uso o aprovechamiento la realiza el concesionario en su propio beneficio, y no es raro que el uso tenga incluso efectos consuntivos.
- El agua objeto de las concesiones otorgadas por la autoridad tiene un valor de mercado, tanto que los derechos derivados del título son en sí mismo circulables.

Tomando en cuenta lo anterior, es necesario explicar con argumentos jurídicos suficientes, cómo se hace posible que el titular de una concesión se beneficie del agua de forma privada apropiándose realmente del recurso, mientras el párrafo sexto del artículo 27 constitucional dispone que esos bienes son inalienables e imprescriptibles. Con ese objeto se perfilan los siguientes argumentos:

Primero. Existe una diferencia entre el volumen de agua extraído o sustraído por el concesionario y el cuerpo de agua del que se toma. Es obvio que el concesionario, al realizar el objeto de la concesión, se apropia de determinados volúmenes del recurso, aunque no dispone de la fuente o cuerpo de agua del que realiza la sustracción o la extracción. El dominio de la nación se refiere al cuerpo de agua. El derecho del concesionario sólo a los volúmenes que usa de acuerdo con lo que establece el título respectivo.

Segundo. Los bienes del dominio público entre los que se encuentran las aguas consideradas en el párrafo quinto del artículo 27 constitucional como de propiedad de la nación, es inalienable e imprescriptible; esto quiere decir, que se encuentran fuera del mercado, o dicho en otros términos, excluidos de la posibilidad de circular por los cauces del derecho privado. La inalienabilidad no puede significar una restricción absoluta a la circulación de los bienes del dominio público; en el caso del agua, es obvio que ésta puede integrarse a la lógica del intercambio privado, pero sólo a través de los instrumentos concesionales previstos en la ley, y en forma de volúmenes específicos a utilizar; nunca como cuerpo de agua o como acuífero.

Tercero. Bajo estas premisas, la concesión revela un régimen de mercado acotado, más que una solución no mercantil. El dominio público en este caso, afianza las posibilidades de control de los órganos de gobier-

no en la administración del recurso hidráulico. La autoridad, al planear los aprovechamientos de una cuenca, acota espacios de intercambio, pero siempre cotejando el volumen y el número de los aprovechamientos, con las posibilidades de recarga de los cuerpos de agua y de los acuíferos. Estas limitaciones a los actos de disposición de los beneficiarios de las concesiones son las que traducen (en términos prácticos) los alcances del principio de sustentabilidad.

Cuarto. La circulabilidad que se reconoce a los derechos derivados de la concesión atempera la injerencia pública, en la medida en que reconstituye al nivel abstracto de los títulos, lo que en otras circunstancias hubiera tenido que expresarse como un derecho liso y llano de propiedad.

Quinto. En este caso, el principio de conservación de los elementos naturales combina para su eficacia la situación de dominio de los cuerpos de agua, con el interés de los concesionarios por mantener el recurso al que tienen derecho, en condiciones de seguir siendo utilizado.

El caso hidráulico demuestra las posibilidades de un sistema que no concede en principio un derecho típico de propiedad a quienes usan el agua, sino que les confiere un derecho derivado, aunque seguro, para aprovechar volúmenes específicos. El control público se concreta en la capacidad de planear el aprovechamiento de las cuencas hidráulicas y de verificar el cumplimiento de los títulos de concesión, asignación o permiso por parte de sus beneficiarios. Asimismo, el control sobre las descargas de aguas residuales, debería permitir a la autoridad hidráulica balancear los efectos de las externalidades que generan los usos contaminantes del agua.

El análisis anterior no juzga sobre la eficacia de la Ley de Aguas Nacionales, simplemente explora sus posibilidades como modelo de aprovechamiento del recurso hidráulico. De hecho, existen muy pocos avances en el saneamiento de las cuencas; no se ha logrado canalizar un flujo importante de inversiones hacia el tratamiento de aguas residuales; sigue habiendo numerosos usuarios del agua que actúan al margen de los instrumentos legales de control; el conocimiento profundo del recurso es todavía incipiente y, finalmente, en la mayoría de los casos, los acuíferos abiertos al aprovechamiento se encuentran al borde de la sobreexplotación. El panorama hidráulico nacional es incierto; aquí sólo tratamos de explorar las posibilidades jurídicas del modelo de aprovechamiento previsto en la ley vigente.

2. El régimen forestal

A. Bases constitucionales

La materia forestal ha estado sobreatendida por el Congreso de la Unión, ya que de 1917 a la fecha se han producido seis leyes de la materia; sus años de expedición fueron: 1926, 1943, 1948, 1960, 1986 y 1992. En todos los casos, los congresistas entendieron que el fundamento constitucional de su trabajo habrían de situarlo en el párrafo tercero del artículo 27 de la carta, en el que se confieren atribuciones a la nación para regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación; tales facultades se relacionaron, lógicamente, con las conferidas al Congreso en la última fracción del artículo 73 constitucional, donde se le autoriza para emitir leyes que hagan viables las atribuciones otorgadas a los Poderes de la Unión. Como se observa, la interpretación del Congreso, en relación con la materia forestal, se ha orientado (hasta ahora) por un criterio abiertamente centralista.

De las leyes forestales que anteceden a la vigente, hay que decir que todas hacen explícitas en su objeto las pretensiones acerca de la conservación de los recursos forestales. Algunas, incluso se han referido a una obligación social genérica de proteger la riqueza forestal del país; otra intentó responsabilizar del cuidado del recurso a los dueños o poseedores de los terrenos donde se localiza. En general, las primeras leyes forestales fueron muy parcas en el desarrollo de un régimen claro y explícito de los derechos y obligaciones derivados del aprovechamiento. El cambio cualitativo al respecto lo representa la ley de 1960, que perfila un modelo normativo con mayor madurez regulatoria. La ley de 1960 consigna como instrumentos de su estrategia al fondo forestal, para las acciones de fomento, y al registro forestal, para construir un inventario y una base de control del recurso. En otros aspectos, utiliza el expediente de las vedas, acoge la figura de los parques nacionales, regula las acciones de restauración del recurso, define mejor el régimen de aprovechamiento, e incluye algunas disposiciones sobre recursos forestales no maderables.

La ley de 1986 deja sentir un sistema regulador más exhaustivo, a partir del cual se recoge la idea de la planeación pública para el mejor aprovechamiento del recurso. Introduce el concepto de cuenca hidrográfica como unidad para el proceso de planeación; regula el aprovechamiento, en concomitancia con el desarrollo de los servicios técnicos forestales, e integra el concepto de estudios de manejo integral como una condición para los aprovechamientos. En esta ley se insiste en un criterio ultranacionalista, según el cual el aprovechamiento de bosques debe corresponder exclusi-

vamente a mexicanos o a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros. En el caso de aprovechamientos a cargo de ejidos y comunidades esta ley impone la intransferibilidad de los permisos. La ley optó por el monopolio público de los servicios forestales y sólo admite que los presten sujetos particulares a través de concesiones. Los mecanismos de control priistas en este instrumento, son burocráticamente pesados y queda abierta todavía la cuestión acerca de si alguna vez éstos resultarán eficaces.

La ley de 1992 forma parte de la generación de instrumentos legales emitidos a partir de la reforma al artículo 27 constitucional. A diferencia de su predecesora intenta aligerar controles públicos, reservando la injerencia gubernamental a ciertas acciones estratégicas. Su intención principal es fomento de la inversión privada en el sector, ya fuese a través de la asociación con ejidatarios y comuneros, o bien, de mecanismos directos, sobre todo en los trabajos de forestación. Esta ley es un testimonio de fe ciega de las condiciones favorables que ofrece el territorio mexicano para desarrollar un sistema de plantaciones comerciales a gran escala. Para conseguir este propósito, el legislador quiso brindar seguridad en la tenencia de la tierra y simplicidad en los trámites y en los mecanismos de control; éstos últimos, sin embargo, se aflojaron tanto, que en 1996 fue necesario reformar la ley para fortalecer de nueva cuenta los mecanismos de verificación. Asimismo, con la reforma citada se buscó acotar el régimen de las plantaciones forestales a aquéllos sitios degradados por los cambios de uso del suelo, y se estableció la prohibición de efectuar plantaciones en sustitución de bosques nativos. La reforma de 1996 pretendió establecer un vínculo más estrecho entre la ley forestal y la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. Con este giro se produjo un reconocimiento cada vez mayor a las externalidades que genera la devastación de los recursos forestales. No obstante, en la ley vigente, la principal estrategia de conservación del bosque continuó siendo el aprovechamiento, si bien bajo criterios estrictos de sustentabilidad del recurso.

B. El aprovechamiento

Es claro que, desde el punto de vista patrimonial, los bosques no pertenecen a la nación; sus propietarios son los dueños de los terrenos donde se desarrolla la capa vegetal. Cabe mencionar que, alrededor del 80% de las superficies en las que existen bosques nativos en el país, pertenecen a ejidos o a comunidades. Y aunque existe el reconocimiento del derecho de propiedad sobre el recurso forestal, éste no está abierto a cualquier tipo de decisión por parte de quien ejerce la titularidad sobre la tierra.

Para aprovechar el bosque se requiere una autorización, la cual implica la aprobación de los términos de un programa de manejo en el que se acredita la viabilidad del aprovechamiento en términos de la sustentabilidad del recurso. Sin la autorización pública el aprovechamiento del bosque se convierte en un delito.

En el caso de los recursos forestales, existe un derecho patrimonial básico conferido a favor del dueño de la superficie en la que se desarrollan las plantas; sin embargo, a ese basamento atributivo elemental, se sobrepone otro régimen: el atingente a la conservación del recurso. En este segundo nivel interviene la autoridad para mesurar los aprovechamientos exhaustivos y ubicar los trabajos sobre el bosque dentro de un gradiente que permita la regeneración del ecosistema al que pertenecen las plantas objeto del aprovechamiento. El control pretende llevarse a cabo a través de la evaluación técnica del programa de manejo, elaborado, al decir de la ley, por un prestador de servicios forestales, a cuya asesoría deberá acudir todo aquél que pretenda realizar trabajos de aprovechamiento.

La línea de control que establece la ley se prolonga, porque sobre una base documental la autoridad habrá de seguir el destino de la madera hasta los centros de acopio y comercialización. Las facturas sucesivas funcionarán a guisa de prueba diabólica, con objeto de establecer el origen legal de la madera.

En el caso de las plantaciones comerciales, es necesario contar también con la aprobación del plan de manejo y, dependiendo del tipo y la extensión del cultivo, los requisitos se incrementan hasta constituir una auténtica evaluación del impacto ambiental por parte de la autoridad.

La materia forestal no está cruzada por criterios de dominio como en el caso del agua; aquí la pretensión se orienta a optimizar el aprovechamiento del recurso bajo condiciones de sustentabilidad. Se pretende que la actividad genere recursos para los productores, y que sean éstos últimos, los principales protagonistas en la conservación del bosque; sin embargo, a juzgar por los resultados, deben existir fisuras en los circuitos de valorización de la madera y de otros productos forestales, porque hasta hoy no es fácil que el trazo de racionalidad que pretende la ley para los aprovechamientos se consume. Es todavía muy frecuente que los recursos forestales cedan ante cambios ilícitos en el uso del suelo; que los bosques se quemen intencionalmente para abrir terrenos al cultivo o a la ganadería. Asimismo, es común la presencia de aserraderos ilegales y otras formas de explotación furtiva del recurso. Gran parte de la madera circula por el mercado negro y no por el mercado controlado que la ley ha apuntado a establecer. Las consecuencias de este descontrol, ya añejo, se manifiestan de forma

evidente: en estragos erosivos y en la falta de humedad en regiones que antaño gozaban de lluvias regulares.

Desde el punto de vista social, es obvio que la elusión de los controles de la ley no favorece a quienes realizan la tala clandestina de los montes; los beneficios fluyen por cauces no visibles hasta los grandes comercializadores de la madera. No deja de inquietar que, en esta materia, tanto el modelo de controles exhaustivos de la ley de 1986, como el más liberal de la de 1992, dejen un regusto común de insuficiencia. Dada la presencia mayoritaria de ejidatarios y comuneros en la composición de este sector, es muy probable que la única salida viable apunte al fortalecimiento de la organización y de la tecnificación de los productores, sobre todo en el ámbito del bosque nativo. Las forestaciones siguen semiparalizadas, porque implican sistemas de asociación de los inversionistas con los propietarios de la tierra, que aún parecen aleatorios; sobre todo a luz de los dilatados plazos que requieren las plantas para su desarrollo y posterior aprovechamiento comercial.

No faltará quien afirme que la materia forestal no ha tenido en México el desarrollo esperado, porque a pesar de que no existen criterios de dominio al respecto, el recurso continúa atrapado en la maraña de los derechos agrarios en la que se encuentra envuelto el medio rural. Esta visión menosprecia el hecho de que muchos de los bosques que subsisten, deben su existencia presente, al carácter poco agresivo de ciertos sistemas de aprovechamiento comunitario de origen ancestral.

3. El régimen para el aprovechamiento pesquero

A. Base constitucional

La materia pesquera, como la forestal, carece de un fundamento constitucional explícito. El apoyo para emitir leyes lo ha encontrado el Congreso de la Unión en el consabido párrafo tercero del artículo 27 constitucional, que atribuye a la nación facultades para establecer el régimen regulatorio de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Como ha sucedido en otros casos, esta disposición se vincula con la fracción XXX del artículo 73 de la carta, que contiene las llamadas atribuciones implícitas del Congreso de la Unión.

Al criterio anterior se ha sumado el de quienes han señalado que, al realizarse la pesca en aguas nacionales, ésta debe considerarse como una atribución del gobierno central, con exclusión de las legislaturas de los estados. Pero cualesquiera que hayan sido los argumentos a favor de la centrali-

zación de esta materia, el hecho es que los cuestionamientos acerca de la constitucionalidad de esta solución han sido escasos cuando se han planteado, la Suprema Corte ha sostenido como criterio invariable el del carácter federal de la pesca.

El Congreso de la Unión ha sido particularmente prolijo al regular los asuntos pesqueros; para ello ha expedido nada menos que ocho leyes: 1925, 1932, 1938, 1948, 1950, 1972, 1986 y 1992. Las tres primeras apuntan apenas el régimen de concesiones y permisos, al tiempo que establecen las atribuciones básicas de la autoridad para la administración de este recurso. Las leyes de 1948 y 1950 revelan ya la irrupción de los motores para las embarcaciones marinas, hecho que aumentó considerablemente su potencial de captura y su importancia económica. Cabe hacer mención que la ley de 1948 es la primera que a ese nivel normativo reserva determinadas especies (con alto valor comercial) a la actividad de las cooperativas pesqueras. Dicho régimen de exclusividad pervivió hasta antes de la entrada en vigor de la ley de 1992, en la que finalmente se franquea el paso a cualquier agente social para aspirar a las concesiones, permisos y autorizaciones previstas en dicho instrumento legal. La ley de 1972 pretendió ofrecer las bases para un nuevo lanzamiento de la política pesquera y, con ese propósito, previó un incremento en los subsidios a las cooperativas, que debían canalizarse a través del denominado Fondo Nacional de Fomento Cooperativo Pesquero. Los recursos económicos encauzados por esa vía, aun habiendo sido importantes, resultaron insuficientes; no pudieron involucrar a todas las cooperativas, ni tampoco fue posible que las aportaciones públicas lograran extenderse para cubrir el mantenimiento y la renovación de la flota pesquera. Aun considerando las limitaciones anteriores, tanto la ley de 1972 como la de 1986, avanzaron en la depuración de los instrumentos públicos para la gestión de la política pesquera; así, estos códigos insistieron en la regulación de órganos como la Comisión Nacional Consultiva, el Registro Nacional Pesquero y el Instituto Nacional de la Pesca, órgano este último que habría de encargarse de la investigación aplicada a los recursos marinos con potencial de aprovechamiento.

B. La realidad rebelde

Para entender cabalmente la importancia de la Ley de Pesca de 1992, es necesario reseñar brevemente las situaciones de simulación a las que se había reducido el principio de la organización cooperativa de los pescadores y, consecuentemente, la reserva de ciertas especies a su favor. Al respecto, vale recordar que el presidente Cárdenas emitió varios decretos para hacer

reservas de especies a determinados grupos de cooperativistas; este tipo de sociedades habían sido motivo de fomento público prácticamente desde los inicios de la tercera década del siglo XX; sin embargo, tales disposiciones presidenciales carecían por completo de apoyo legal y constitucional. Fue la ley de 1948, la primera que hizo una reserva expresa de especies para las cooperativas; después, alguna de las leyes posteriores extendió dicha exclusividad a las actividades agrícolas, restringiendo de modo importante las posibilidades de inversión privada en ese sector.

Es importante destacar que el régimen de reserva para las sociedades cooperativas fue siempre una mascarada; detrás de las disposiciones legales vigentes se registró un flujo creciente de recursos privados hacia la actividad pesquera, si bien simulado por los más ingeniosos embalajes jurídicos. Se hizo habitual que los barcos pesqueros fueran en apariencia propiedad de los cooperativistas, cuando en realidad pertenecían a empresarios privados; por su parte, los pescadores que se valían de las embarcaciones, eran auténticos asalariados de los inversionistas, aunque en la superficie conservaran ufano el título de cooperativistas. La última fórmula jurídica para estabilizar esta irregularidad fue incluso promovida por la autoridad. Se trataba de un contrato para incrementar la productividad pesquera, que suscribían las cooperativas con los dueños de las embarcaciones, admitiéndose que en dichos instrumentos los inversionistas aportarían la embarcación, y los cooperativistas su trabajo. La mal simulada situación de fondo acarrió que los cooperativistas, precisamente por su carácter de socios, quedaran al margen de la protección del régimen laboral mexicano, escamoteándose así su condición de genuinos asalariados.

Como se puede deducir, el régimen de reserva de especies a las sociedades cooperativas no prohijó el mejoramiento social de los pescadores, sino la subordinación de éstos bajo fórmulas espurias, a los designios del capital. Este régimen irregular tampoco fue fértil para el fomento de la actividad empresarial privada en la materia, ya que marcaba a los inversionistas con el estigma de la simulación y, por otra parte, impedía a éstos un cálculo confiable de sus expectativas futuras. Las autoridades, por su lado, quedaron situadas en un papel de cómplices que poco abonó a su prestigio y legitimidad.

La atipicidad de la situación apuntada se reflejó también en el régimen de las autorizaciones previsto en la ley de 1986, en cuyo articulado (fracción II, del 44) se dio paso a una situación de verdadero estanco comercial, pues se dispuso que habría de ser el titular de una autorización, el que realizara en exclusiva la adquisición de primera mano del producto de las especies reservadas. Con una previsión de este tipo, el gobierno consiguió controlar la comercialización de los productos reservados a las cooperati-

vas, ya que le bastaba con asegurarse la lealtad del sujeto autorizado para conseguir dicho propósito.

Bajo estas perspectivas, el presidente Salinas se decidió a terminar con el mito cooperativo: para ese efecto preparó una iniciativa de ley que liberalizaba las reservas, permitiendo a cualquier inversionista interesado aspirar al otorgamiento de concesiones y permisos. La iniciativa presidencial, como era usual entonces, salió airosa del Congreso sin mayores contratiempos y pudo también resistir los parcos embates de algunos cooperativistas que expresaron inconformidades con su contenido, reivindicando para sí el viejo privilegio de las especies reservadas.

C. El aprovechamiento pesquero

La ley de 1992 fue enfática al señalar que su objeto se orientaba a “garantizar la conservación, la preservación y el aprovechamiento racional de los recursos pesqueros...”. Desde el inicio, los legisladores condicionaron el aprovechamiento a la conservación de los recursos marinos. Para ello, dotaron a la autoridad pesquera de la atribución de:

establecer los volúmenes de captura permisibles; regular el conjunto de instrumentos, artes, equipos, personal y técnicas pesqueras; el número de embarcaciones y sus características...; fijar la época, talla o peso mínimo de los especímenes susceptibles de captura y proponer las normas para su manejo, conservación y traslado.

Este cúmulo de facultades constituye un paquete de herramientas rotundas a favor del Ejecutivo Federal, aunque la capacidad de ejercerlo quedó expuesta a las continuas presiones de los sectores pesqueros y al desarrollo de las posibilidades técnicas que proporciona la investigación y el conocimiento de los recursos marinos. Hasta la fecha, dichas atribuciones se ejecutan al filo de la disputa entre los pescadores ribereños y los grandes empresarios que realizan la pesca en altamar. Las vedas sirven para arbitrar la distribución de las cuotas entre ambos sectores; esto se observa con claridad en el caso de la pesca del camarón, cuyo ciclo de reproducción se verifica en aguas estuarinas, mientras que la mayor parte de su ciclo vital ocurre en altamar.

Otro factor importante se refiere al incremento tan intenso que muestra el cultivo de especies frente a las actividades de captura. La liberalización en este ámbito, hizo fluir capitales muy importantes a la acuicultura. A la fecha, sin embargo, el problema principal en torno a las empresas acuícolas es

el del enorme impacto ambiental que generan sus instalaciones; por regla general, ubicadas en zonas de mangle y en humedales. Es muy conocida la fragilidad que caracteriza a los llamados ecosistemas costeros.

Las concesiones pesqueras se expiden por plazos prorrogables que van de cinco a cincuenta años. En la parte inicial del título suele insertarse una disposición que sujeta el otorgamiento de la concesión tanto a las modalidades que dicte el interés público, como a la disponibilidad y a la conservación del recurso. En la ley vigente se optó por la circulabilidad relativa de los derechos derivados de los títulos, los cuales se reconocieron transmisibles, siempre que la autoridad concedente hubiera expresado su conformidad con el traslado. Tanto concesiones como permisos, se otorgan por embarcación o unidad de esfuerzo pesquero. El control de la autoridad puede llevarse a cabo en cualquier momento; las bases de verificación son físicas y documentales, como en el caso del aviso de arribo, por citar un ejemplo conocido.

Cabe mencionar que la autoridad no está obligada para responder de manera directa a las solicitudes de concesiones o permisos; su aprobación depende de los estudios técnicos y económicos que se efectúen para demostrar la viabilidad del aprovechamiento, siempre de cara a la conservación del recurso.

El derecho de los concesionarios y de los permisionarios abarca la captura, la extracción o, en su caso, el cultivo y la comercialización de las especies en cuestión. Los tipos de pesca pueden variar: para la de consumo doméstico no se requiere un acto público de habilitación; en cambio, éste es indispensable para la pesca comercial o deportiva y para la acuicultura. De lo expuesto pueden extraerse algunas conclusiones:

Primera. Los recursos pesqueros se manejan como corresponde a un bien de dominio; por lo tanto, no se reconoce el derecho previo de propiedad a los aprovechadores, éstos actúan en virtud de concesiones o permisos de la autoridad, los cuales definen a su favor los beneficios que producen los actos de extracción, captura y, en su caso, cultivo.

Segunda. Los derechos derivados de las concesiones o permisos dan lugar a la apropiación del producto capturado, extraído o cultivado. Se puede afirmar, como en el caso del régimen del agua, que existe una apropiación del recurso por vías públicas, la cual, una vez consumada, deja al titular de la concesión con la posibilidad de disponer del producto como corresponde a un auténtico propietario.

Tercera. El derecho de aprovechamiento a favor del concesionario permisionario es una prerrogativa condicionada por los criterios de conservación del recurso y, por lo tanto, un derecho totalmente dependiente de las

determinaciones públicas al respecto. No se trata entonces de un derecho excluyente respecto del poder público, como suelen ser los derechos reales conocidos en el derecho común, sino de un derecho permeable a la injerencia gubernativa y subordinado a los intereses generales que apuntan a la conservación.

Cuarta. La banda de intereses tutelados, bajo el propósito de la conservación, es fuerte; su perfil jurídico le confiere un carácter supraordinado respecto del derecho básico derivado de la concesión o del permiso que se otorga a favor del derechohabiente.

Quinta. La circulabilidad de los títulos de concesión les confiere un sesgo mercantil que relativiza (en cierto modo) la injerencia pública; aunque en este caso, se hace necesario contar con el consentimiento de la autoridad para la transmisión del título.

Sexta. En este caso, dominio del recurso no implica la eliminación de los procesos mercantiles, sino sólo el control por parte de la autoridad. Consumada la proyección pública inicial, el titular de la concesión o permiso queda en poder del recurso capturado, extraído o cultivado; en ese momento, el dominio de origen se trueca en un poder reglamentario y de verificación que la autoridad realiza con apoyo en la legislación de la materia, para constatar que el ejercicio de los derechos derivados de la concesión o el permiso correspondiente, se realiza dentro de los límites y condiciones que imponen las disposiciones jurídicas aplicables.

4. *La regulación de la vida silvestre*

A. *Base constitucional*

La recién promulgada Ley General de Vida Silvestre menciona en su artículo inicial, que dicho instrumento es reglamentario del artículo 27 y de la fracción XXIX, inciso G, del artículo 73, ambos de la Constitución vigente; asimismo, define su objeto como el “establecer la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias”, en relación con la conservación y el aprovechamiento sustentable de la vida silvestre y de su hábitat.

Por lo que se refiere al artículo 27 constitucional, pueden efectuarse dos tipos de inferencias: la primera, es análoga a la que se ha producido en la materia forestal, y en cierto modo, también en la pesquera; según ese criterio, los componentes de la vida silvestre (organismos que subsisten sujetos a procesos de evolución natural y que se desarrollan libremente en su hábitat), estarían comprendidos dentro de la categoría de “elementos naturales susceptibles de apropiación”, a la que se refiere el párrafo tercero

del artículo 27 constitucional. Bajo el influjo de este razonamiento, los componentes de la vida silvestre tendrían que regularse en su calidad de cosas privadas, susceptibles de ser aprovechadas.

Bajo un segundo enfoque, habría que considerarla vida silvestre desde su dimensión ambiental y, por ende, ecosistémica; ello implicaría buscar el fundamento constitucional de la ley de la materia en lo que dispone el mismo párrafo tercero del artículo 27 constitucional, al facultar a la nación para “dictar las medidas necesarias... para preservar y restaurar el equilibrio ecológico”. A la luz de este segundo punto de vista, los componentes de la vida silvestre se regulan en su calidad de factores funcionales de los ecosistemas a los que pertenecen. Bajo este parámetro, la relación entre los organismos silvestres y su hábitat adquiere un nivel protagónico en el sistema que perfila la ley. Queda claro que no se intenta salvaguardar a los organismos como entidades aisladas, sino que la protección legal que se les brinda los considera como componentes sinérgicos de un medio de vida.

Ninguna de las dos posibles lecturas, acerca del fundamento constitucional de la Ley General de Vida Silvestre en el artículo 27 de la carta vigente, desautoriza en realidad a la otra. Algunos componentes de la vida silvestre pueden, al unísono, calificarse como elementos naturales susceptibles de apropiación y, también, como integrantes de los ecosistemas que conforman el medio ambiente de los seres humanos. Lo que no se podría bajo ningún motivo sería negar la pertinencia de la lectura ambiental, puesto que el mismo artículo primero de la ley remite a la fracción XXIX-G del artículo 73 de la Constitución. Dicho precepto, como se recordará, es el que faculta al Congreso para “expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de *protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico*”.

En el proceso de discusión de la ley no faltó quienes afirmaran que, con la expedición de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, el Congreso de la Unión agotó la facultad conferida en la fracción XXIX-C del artículo 73 constitucional. Esta objeción no prosperó, en primer término, porque en el mismo texto de la Constitución, sus autores utilizaron una fórmula plural al hablar de “las leyes”; por otro lado, la denominación de “Ley General” que ostenta la ley ambiental no se refiere, como es obvio, al horizonte material de dicho código, sino al carácter de la ley-marco, en virtud del cual dicho instrumento legal define los campos de acción de los tres niveles territoriales de gobierno. Como se observa, la Ley General de Vida Silvestre, que también organiza los respectivos ámbitos competenciales en su materia, comparte el fundamento constitucional de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente; no

obstante, su objeto se especifica en un mayor grado, al referirse a la conservación y al aprovechamiento de ciertos organismos silvestres y a la relación de éstos con su hábitat. Hasta antes de la expedición de la ley sobre vida silvestre, esta materia se encontraba insuficientemente regulada en el seno de la ley ambiental, específicamente en el título relativo a la biodiversidad. En dicho instrumento se perfilaron algunos criterios genéricos a observarse en las acciones de protección y aprovechamiento de la flora y fauna silvestre. Asimismo, se estableció la atribución de la autoridad para imponer vedas en esta materia.

Además de las previsiones de la ley ambiental, en la vetusta Ley Federal de Caza, recién abrogada por la Ley General de Vida Silvestre, se regulaba el aprovechamiento cinegético de la fauna. Las carencias del régimen de la Ley Federal de Caza en los últimos años de vigencia de ese instrumento, condujeron a sobrecargar el llamado calendario cinegético con disposiciones reglamentarias, obviamente sin apoyo claro en la ley, lo cual motivó una lluvia anual de amparos, promovidos por las organizaciones de cazadores contra las restricciones impuestas a su actividad, a través de un instrumento que no se mostraba como el idóneo para ese propósito.

La Ley General de Vida Silvestre vino a integrar las lagunas de la ley ambiental y a superar, con un enfoque más orientado hacia la sustentabilidad, las rancias disposiciones de la Ley Federal de Caza. En la nueva ley se desarrolla un sistema de concurrencias que seguramente permitirá la paulatina asunción de las facultades ejecutivas de la materia por parte de los gobiernos de las entidades federativas. A los poderes federales se les reservó, a largo plazo, una función preponderantemente normativa. La Ley General de Vida Silvestre pretende regular la paulatina descentralización de las atribuciones ejecutivas que prevé, pero mientras el proceso se consuma, propone un régimen transitorio que permite al Ejecutivo Federal desarrollar cualquiera de las atribuciones que la ley otorga a la autoridad. Las entidades federativas, por su parte, tienen la prerrogativa de reivindicar todas las facultades ejecutivas que se encuentren en capacidad de ejercitar. El mecanismo que permite las transferencias es el de los acuerdos de coordinación, autorizado por la propia Constitución en la fracción VII, de su artículo 116. En este sentido, la ley que se comenta aparece como un émulo de la Ley General de Salud, cuyo articulado claramente regula el proceso de descentralización de una buena parte de los servicios que integran el sistema nacional de esa materia, reservando a los poderes federales en el largo plazo sólo las atribuciones normativas.

Generacionalmente, la Ley General de Vida Silvestre corresponde al grupo de instrumentos legales (educación, salud, asentamientos humanos,

ambiente) que concretan la transición del sistema constitucional mexicano hacia el federalismo cooperativo. En todo caso, este enfoque aparece en tensión con el sistema dual previsto en el artículo 124 de la Constitución. Sólo el tiempo podrá establecer cuál de las dos tendencias moldeará de manera definitiva el federalismo mexicano.

Un aspecto que vale la pena mencionar es que la Ley General de Vida Silvestre, al definir su objeto con un criterio de palpable transversalidad, incluyó a los recursos forestales y pesqueros en cuanto atañe a su régimen de conservación, dejando a las leyes sectoriales que regulan su aprovechamiento, exclusivamente las actividades extractivas o de cultivo a las que se refieren las citadas leyes, en relación con sus respectivos recursos.

B. Algo sobre las formas de apropiación

La Ley General de Vida Silvestre intencionalmente soslaya el aspecto de lo que aquí hemos denominado los derechos patrimoniales básicos; su enfoque se desliza de plano hacia los propósitos centrales de la ley: la conservación y el aprovechamiento sustentable de los componentes de la vida silvestre. En el caso de la fauna, la antigua Ley Federal de Caza disponía que debía considerarse como propiedad de la nación. Por su parte, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente no hizo previsiones al respecto. En el caso de la flora, tradicionalmente se ha considerado como un accesorio de la propiedad del suelo; en este sentido se han pronunciado los Códigos Civiles y también la Ley Forestal, en el ámbito regulatorio que les corresponde. En la nueva ley sobre vida silvestre, el legislador se concentra en la definición de los alcances que corresponden a los derechos de aprovechamiento, sin efectuar ninguna manifestación específica en torno al régimen de propiedad de los componentes naturales que son objeto de regulación.

La fórmula legal establece: “Los propietarios o legítimos poseedores de los predios en donde se distribuye la vida silvestre, tendrán derechos de aprovechamiento sustentable sobre sus ejemplares, partes y derivados en los términos de la presente ley y demás disposiciones aplicables” (artículo 4o.).

Como puede constatarse, la propiedad o la legítima posesión constituyen sólo un indicio o una referencia para la atribución de la facultad de aprovechamiento. Tales derechos básicos no se proyectan de manera fuerte sobre el régimen de la ley; primero, porque no determinan en última instancia la posibilidad de aprovechamiento, ya que éste puede también conferirse sin ser titular de los derechos patrimoniales en cuestión, en aquellos casos

en que la propia ley autoriza el traslado a terceros de las prerrogativas de aprovechamiento. En segundo lugar, el condicionamiento normativo que la ley impone al aprovechamiento, se trueca en la evidente subordinación de cualquier derecho básico. En realidad de poco vale ser calificado como propietario en el contexto de un régimen que restringe el aprovechamiento a los cauces específicamente autorizados por la propia ley. Las modalidades impuestas son tan fuertes que prácticamente vuelven irrelevantes las decisiones del titular patrimonial, acerca del destino final de los bienes que constituyen el objeto de su derecho.

La hipótesis contraria a la que se refiere el párrafo anterior también puede ser analizada: habría que suponer, por ejemplo, el dominio de la fauna silvestre; en una situación tal, la titularidad de la nación se resolvería siempre en actos de facultamiento a sujetos privados para realizar el aprovechamiento—incluso extractivo—de los individuos de la fauna silvestre. Un dominio así, sólo cobraría relevancia si se lo entiende como una forma de control no mercantil sobre los recursos objeto del aprovechamiento; fuera de esa circunstancia, la titularidad pública de la fauna silvestre no tendría otro cauce práctico, como ya lo demostró la última ley de caza que estuvo vigente.

De lo expuesto, se puede obtener una conclusión preliminar: no es determinante el tipo de derecho patrimonial básico, ni para definir el régimen de la conservación de los componentes de la vida silvestre, ni tampoco para establecer los alcances de las prerrogativas de aprovechamiento previstas en la ley. Uno y otro cauce—el de la conservación y el del aprovechamiento—acontecen dentro de la banda jurídica que norma el régimen tutelar del recurso.

C. Consideración sobre el deber universal de conservar

Las concepciones contemporáneas de la propiedad, tal como aparecen expuestas en los textos constitucionales europeos del presente siglo, suponen un derecho permeable, sujeto a la modalización continua de las prerrogativas que se otorgan a los propietarios. Bajo esta concepción, el fin del derecho de propiedad trasciende la satisfacción individual de su titular y, sólo tiene sentido, en la medida en que la acción interesada de los propietarios puede transformarse en un estímulo para la riqueza pública. La concepción contemporánea de la propiedad no mantiene la linealidad propia del modelo normativo de las codificaciones burguesas; ahora a la par de los derechos que se otorgan al propietario, se establecen los deberes que también entraña su ejercicio. La tesis de la función social de la propiedad

marcó un hito en la historia patrimonial de las sociedades occidentales; sin embargo, sus planteamientos no fueron más allá de la imposición de deberes correlativos a los titulares. Si pensamos en cambio en el concepto moderno de propiedad, dentro de éste, nunca se planteó el problema de la responsabilidad social del titular, sino que, de forma enfática, quedaron definidas sus prerrogativas de exclusividad, a las que se opuso un deber universal de respeto a cargo de los no propietarios.

En el caso que nos ocupa, la Ley General de Vida Silvestre, en el primer párrafo de su artículo 4o., estableció un deber extensivo a “todos los habitantes del país, de conservar la vida silvestre, prohibiendo, al mismo tiempo, cualquier acto que implique su destrucción, daño o perturbación”. Si comparamos lo previsto en este artículo con los deberes que se imponen a los propietarios a partir de la tesis europea de la función social de la propiedad, podríamos evidenciar los siguientes contrastes:

Las limitaciones o cargas que se imponen al titular de la propiedad en el caso de la tesis de la función social, provienen de una visión que supone la coexistencia de fines individuales y de propósitos colectivos. La idea fuerza de esa doctrina, consiste en condicionar el disfrute individual de los bienes apropiables, al incremento de la riqueza pública y del bienestar general. Bajo esa lógica, al derecho patrimonial básico, se le contrapesa con el deber de realizar una función transindividual, que consiste en mantener activos los propios bienes y en generar el máximo provecho social con su utilización. Todo sin renunciar a una remuneración justa para el propietario.

El deber de conservar al que se refiere la Ley General de Vida Silvestre, no tiene como correlato un derecho patrimonial específico; es un deber que se construye desde la teleología de los valores ambientales; por lo tanto, como hemos dicho aquí, parte de la dimensión normativa en la que se conforma la tutela de los ecosistemas. La conservación es un imperativo que no atañe de manera exclusiva a quienes aprovechan los componentes de la vida silvestre; se trata de una decisión legislativa que involucra a todos los destinatarios de la norma. La garantía de esta decisión no depende de forma exclusiva del interés de quienes se benefician de los elementos que integran la vida silvestre, sino que se sustenta en un régimen regulatorio de alcance general que prende, a su vez, del apalancamiento que le proporcionan las disposiciones de la ley relativas a la responsabilidad por el daño que se cause a los organismos silvestres o a su hábitat (artículos 104-109).

De acuerdo con los postulados acerca de la función social de la propiedad, las consecuencias de que un propietario no ejerce las prerrogativas patrimoniales que le concede su titularidad, no tienen efectos sancionadores precisos, salvo en algunos casos excepcionales; en cambio, bajo la

perspectiva del deber prescrito por la Ley General de Vida Silvestre, hay efectos puntualmente definidos que se traducen en la imputación de responsabilidad al sujeto activo del daño. El deber de conservar engloba los derechos de aprovechamiento sometiénolos a su imperativo, pero además, comprende la posibilidad de fincar a cualquier sujeto la responsabilidad por sus actos perjudiciales contra los organismos silvestres o contra su hábitat. El deber legal en cuestión, es una solución jurídica que se corresponde puntualmente con el reconocimiento de los llamados intereses difusos porque, bajo esta óptica, cualquier persona puede convertirse en persecutor o al menos en denunciante, de los daños ambientales.

D. Las peculiaridades del aprovechamiento

Cabe mencionar que no todo aprovechamiento de los componentes de la vida silvestre implica su extracción del medio en el que habitan; la ley vigente autoriza también el aprovechamiento no extractivo, al que define como “las actividades directamente relacionadas con la vida silvestre en su hábitat natural que no impliquen la remoción de ejemplares, partes o derivados... que pudieran causar impactos significativos sobre eventos biológicos, poblaciones o el hábitat de las especies silvestres” (artículo 3o.). Las dos formas de aprovechamiento previstas en la ley suponen, ya sea el derecho de propiedad, o bien, la legítima posesión sobre el predio en el que se distribuyen los componentes de la vida silvestre. El derecho patrimonial básico —propiedad o posesión— funge en este caso, como una referencia para reivindicar los beneficios que otorga el aprovechamiento, pero a diferencia de lo que acontece en los códigos civiles cuando éstos se refieren a la accesión, la ley de vida silvestre no atribuye al predio el carácter de cosa principal a la que obligadamente se incorporan ciertos accesorios, los cuales, por el mero hecho de la agregación, pasan a ser propiedad de quien tiene la titularidad de la cosa que se califica como principal. De los componentes de la vida silvestre, quizá sea la flora la que presente más afinidad con el régimen de apropiación civil; sin embargo, la fauna silvestre y los microorganismos difícilmente podrían encajar en ese molde, ya que su movilidad y su forma de distribución espacial distorsiona a ojos vistas el criterio de la accesoriedad. Y aun en el caso de los organismos vegetales, hay que considerar que la propiedad sobre sus individuos no concede derechos sobre las características genéticas de la especie.

Si la legislación civil no penetra hasta el nivel de los genomas, la ley ambiental en cambio, sí debe hacerlo; ello, porque en el propósito de la conservación de una especie está implícita la necesidad de mantener sus

características biológicas básicas. El aprovechamiento que eventualmente pueda efectuarse de los individuos o poblaciones de una especie, ha de realizarse de modo que no comprometa la existencia de esta última. Además, el principio de sustentabilidad abarca también la protección de la función ecosistémica; dicho criterio se basa en el cálculo de la tolerancia de los sistemas ambientales al uso de sus componentes; éste nunca debe comprometer la capacidad de recuperación de los elementos naturales en el corto plazo (artículo 3o.). Así las cosas, el aprovechamiento de los componentes de la vida silvestre está sujeto a un doble límite: el de la conservación del elemento propiamente dicho, y el de la protección de su valor ecosistémico.

Otro factor que la Ley General de Vida Silvestre pondera como relevante para la consecución de su objeto, es el de la conservación del hábitat de las especies. En todo caso, el aprovechamiento autorizado tendrá que considerar el grado de afectación que éste implique respecto al medio vital en el que se desarrollan los individuos o poblaciones sobre las que se actuará (artículo 18). Pero la conservación del hábitat no es sólo responsabilidad privada; en el articulado de la ley se señalan una serie de medidas a las que la autoridad debe acudir para la protección de los medios vitales de las especies. Tal es el caso, por ejemplo, de la potestad para declarar hábitats críticos (artículo 63), o bien, áreas de refugio para proteger especies acuáticas (artículo 65). En estas situaciones, la autoridad aparece como un garante supraordinado del medio vital de las especies.

Quizá el dato más peculiar de la forma en que la Ley General de Vida Silvestre perfila el aprovechamiento consista en que éste se caracteriza siempre como un factor estratégico para la conservación (artículo 5o.). El aprovechamiento como fin en sí mismo, no existe dentro del articulado de la ley. Los factores que el legislador pretendió conjugar al disponer así las cosas fueron los siguientes:

- El interés del propietario o poseedor legítimo de un predio en servirse de los elementos naturales que subsisten en él, ya sea de forma permanente o transitoria (artículos 4o. y 18).
- La necesaria retribución social y económica que debe corresponder a los agentes que realizan labores de conservación; premiar la protección de los elementos naturales es, a fin de cuentas, una forma de garantizar supervivencia a largo plazo (artículo 5o.).
- La valorización en términos mercantiles de los organismos que componen la vida silvestre, ya que de otra suerte resultaría inviable mantener vigente el interés del propietario o poseedor en su conservación (artículos 20 y 89).

- La organización de mercados controlados para permitir la apreciación de los productos del aprovechamiento de la vida silvestre (artículos 89-91 y 96).
- La consolidación de un sistema de control público que se pretende complementario de las acciones individuales de conservación, y que se ejecuta a través del cálculo preciso de la capacidad de tolerancia de los ecosistemas sobre los que se efectúan los actos de aprovechamiento (artículos 82-91 y 99-103).
- La homologación de la textura legal de las distintas formas de aprovechamiento, con objeto de eficientar los procesos públicos de control (artículo 39).
- El agravamiento de los controles en los casos de las especies en riesgo, condicionando fuertemente el sentido del aprovechamiento a la realización de labores favorables a la conservación (artículo 85).
- La participación corresponsable de las distintas instancias territoriales de gobierno en el control del aprovechamiento, pero sin abandonar el papel cohesionador que corresponde a los órganos centrales de gobierno (artículos 7o.-14).
- El desarrollo concomitante del conocimiento sobre las condiciones naturales y de aprovechamiento de los organismos que comprende la vida silvestre, así como de sus respectivos hábitats (artículos 21, 38, 48, 49, 97 y 98).

El esquema de control público, sobre el que conviene abundar brevemente, está compuesto por distintas piezas: el registro de los predios e instalaciones en las que se realizan actividades de aprovechamiento; la autorización del plan de manejo en el caso de aprovechamientos extractivos, o del programa de actividades si se trata de aprovechamientos no extractivos; la verificación de la legal procedencia tratándose de especies silvestres que se encuentran fuera de su hábitat; la declaración de situaciones emergentes de conservación, y la imposición de medidas de seguridad y de sanciones. En conjunto, estos elementos de control debieran resultar suficientes para evitar daños significativos a la vida silvestre, aunque la evaluación sobre su grado de eficiencia está todavía por venir, considerando la fecha recientísima de promulgación de la ley, que fue apenas el 3 de julio de 2000.

5. Algunas conclusiones preliminares

Primera. El régimen de la Ley General de Vida Silvestre es, sin lugar a dudas, el más desarrollado dentro de la legislación mexicana. En estricto sentido, quizá sea el único que ha perfilado un modelo de aprovechamiento desde la perspectiva ambiental.

Segunda. Llama significativamente la atención que la ley regule el aprovechamiento como una estrategia para la conservación, y que desdeñe la especificación de los derechos patrimoniales básicos sobre los componentes de la vida silvestre. Esta omisión intencional favorece el dar prioridad a la tutela de la conservación y diluir, parcialmente, la rigidez de los derechos patrimoniales de viejo cuño.

Tercera. Los controles públicos sobre el aprovechamiento dependen en gran medida de la capacidad técnica de la autoridad para apreciar y calcular los niveles de tolerancia de los ecosistemas que involucran los componentes de la vida silvestre.

Cuarta. Si bien la ley concede una importancia especial al interés privado como incentivo para la conservación y utiliza al mercado como vehículo para la valorización de los componentes ambientales, nunca renuncia a un manejo público de las situaciones que regula.

Quinta. La Ley General de Vida Silvestre es el testimonio más acabado de un régimen normativo que se edifica desde la perspectiva de la conservación; por primera vez en el derecho mexicano, se logra invertir el peso de los factores en torno a los cuales se estructuran los intereses en conflicto. En este caso, no es la conservación un límite o una condición del aprovechamiento, sino que la tutela de los componentes de la vida silvestre asume el nivel protagónico que, en los otros modelos, siempre ha correspondido a los derechos básicos patrimoniales.

Sexta. Al invertirse el sentido de la construcción jurídica, el aprovechamiento ya no aparece como una prerrogativa patrimonial del propietario o del legítimo poseedor, sino como un cauce estratégico de la conservación. Los derechos patrimoniales básicos constituyen, bajo esta óptica, sólo referencias para la atribución de los actos de aprovechamiento.

Séptima. La prioridad puesta en la banda normativa que regula la conservación diluye, parcialmente, la relevancia de los criterios territoriales, que hasta hace poco habían sido predominantes, sobre todo en el ámbito de los derechos patrimoniales inmobiliarios. La distribución de los organismos y los microorganismos que componen la vida silvestre no se atiene, salvo en el caso de los vegetales, a un principio fijo de organización territorial.

Octava. La aprehensión normativa de la función ambiental de los componentes de la vida silvestre se realiza mejor si la regulación se construye

al margen de los modelos patrimoniales que derivan de la noción técnica del derecho subjetivo. La libertad, en sí misma, no es un valor desde la perspectiva ambiental; la facultad de los agentes sociales de decidir sobre el destino de los bienes es, en realidad, un elemento prescindible desde la óptica de la conservación.

Novena. Los móviles individuales suelen resultar funcionales a la conservación sólo cuando pueden engarzarse a una estrategia global que defina de forma condicionada el sentido genérico de su ejercicio. Cualquier iniciativa individual que se produzca fuera de los cauces ordenadores que impone la legislación no resulta aprovechable para los propósitos de la conservación.

Décima. Es innegable que el perfil de una ley como la que regula actualmente la materia de la vida silvestre, apuesta mucho más a la eficacia de las soluciones conductistas, que a la autonomía de la voluntad. Asumida la conclusión anterior, puede afirmarse que el mercado, precisamente por su inevitabilidad, condiciona la existencia de un tipo de leyes que propenden al aprovechamiento de sus efectos sinérgicos, aunque no por ello eliminan la función de los órganos públicos que, en este periodo histórico, se proyectan como ordenadores de los mismos procesos mercantiles. El desarrollo de los mecanismos de intercambio privado no neutraliza la necesidad de la acción pública, sino que solamente asigna nuevas posiciones a los órganos gubernativos, los cuales logran reconstituir su función política e integradora a través de la reordenación de las inercias mercantiles.