

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN CANADÁ. NUEVAS CONCEPCIONES PARA NUEVAS PROBLEMÁTICAS CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVINCIA DE QUEBEC¹

LEONARDO FABIO PASTORINO

Prof. Titular Ordinario de Derecho Agrario en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de Legislación de los Recursos Naturales Renovables en la Facultad de Ciencias Naturales y Museo de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina

RESUMEN: En el presente trabajo se presenta brevemente el derecho de aguas de Canadá comenzando con la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias. También se desarrolla el régimen dominial del agua en Quebec, su evolución en el Código Civil y el fundamental cambio producido por la ley del agua de 2009. Se explica brevemente con cita a los más importantes tratadistas canadienses los conceptos fundamentales de la misma como la declaración de patrimonio común de la nación quebequense y el sistema de gestión concertado y participativo que organiza.

¹ Este trabajo presenta los resultados obtenidos en mi estancia en Canadá en octubre de 2012 financiada por la beca FEP/FRP que me fuera otorgada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de ese país a través del Consejo Internacional de Estudios Canadienses, para desarrollar una investigación bajo el título “La problemática del agua ante el crecimiento poblacional y el modelo de desarrollo vigente, sus impactos jurídicos en Canadá”.

Además del agradecimiento al gobierno de Canadá, corresponde realizar un especial reconocimiento a la McGill University y a su profesora emérita Jane Mattheus Glenn por su apoyo logístico y asesoramiento permanente; a la profesora Jenny Vega Cárdenas de la Université de Montréal por su generosa colaboración y lectura atenta del presente artículo y a las profesoras Catherine Choquette y Suzanne Comtois de la Université de Sherbrooke y las profesoras Paule Halley y Michelle Cumyn de la Université de Laval, también por su desinteresado y generoso aporte intelectual. Por último quiero mencionar la predisposición para ofrecerme su visión desde la experiencia práctica del Dr. Yvon Maranda, Director del Bureau de coordination sur les évaluations stratégiques, Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs du Québec y de otros funcionarios de ese Ministerio.

No está de más aclarar que en este artículo he preferido comentar la situación jurídica del agua en Canadá y los principales temas de debate actuales como un observador externo y tratando de evitar la tentación de comparar con el cuadro normativo y los debates que se están produciendo en mi país y en mi provincia. También he tratado de abstenerme de valorar desde mis propias concepciones el derecho canadiense socializando los resultados de mi investigación a los fines de que cada lector desee darle, no pretendiendo exponer el derecho estudiado como modelo a seguir ni adhiriendo necesariamente a las resoluciones que el mismo ha adoptado y evitando subjetivizar el análisis con señalizaciones a favor o en contra de ellas.

El trabajo finaliza con una consideración del agua como mercancía u objeto de comercio internacional, cuestión fuertemente debatida y que estuvo en el centro de discusiones al tratarse la ley y también está considerada en su articulado.

ABSTRACT: This paper briefly introduces the Canadian water rights beginning with the distribution of powers between the federal state and the provinces. It also develops the water regime in Quebec public lands, its evolution in the Civil Code and the fundamental change produced by the Water Act 2009. It briefly explains, quoting the most important Canadian writers, its fundamental concepts, such as the statement of common heritage of the Quebec nation and the concerted and participative management system that it organizes.

The paper ends with a consideration of water as a commodity or article of international trade, a hotly debated issue that was at the center of discussions when the law was treated and which is also considered in its articles.

SUMARIO: I. Deslinde de competencias entre el gobierno federal y las provincias en materia de aguas. II. El dominio del agua en el derecho provincial y el camino hacia una nueva concepción para el régimen jurídico del agua en Quebec. III. La ley que afirma el carácter colectivo del agua y fortalece su protección: 1. El agua superficial y el agua subterránea como patrimonio común de la nación quebequense 2. Cosa común (artículo 913 CC): el agua no pertenece al dominio público. 3. Derecho humano al agua; acceso al agua y derechos de uso. 4. El Estado como “guardián” y no como titular dominial. Sus obligaciones respecto a la prevención y recomposición de los daños. 5. Gestión integrada y concertada del recurso hídrico. 6. Participación ciudadana. 7. Derecho a la información y la Oficina para el Conocimiento del Agua. IV. El agua como mercancía en el comercio internacional de Canadá.

I. DESLINDE DE COMPETENCIAS ENTRE EL GOBIERNO FEDERAL Y LAS PROVINCIAS EN MATERIA DE AGUAS

Para realizar una presentación de la regulación del agua en Canadá corresponde comenzar por la división de competencias que derivan del sistema federal de gobierno, las que no se distribuyen en forma monolítica² en ninguno de los ámbitos³.

² La expresión corresponde a Tremblay-McCaig, Geneviève, *Le partage des compétences en matière de gestion de l'eau*, en Choquette Catherine et Létourneau, Alain (sous la direction de), *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Editions MultiMondes, Québec, 2008, p.64.

³ Para un estudio más profundo y actualizado pueden verse el trabajo de Tremblay-McCaig, citado, y también Vega Cardenas, Yenny, *L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien*, Les Cahiers de Droit, (2010) 51 C. de D. p.771.

Por la ley constitucional de 1867 dicha división no responde a consideraciones expresamente referidas al recurso natural en cuestión sino que deben deducirse a partir de otras competencias que se otorgan tanto al gobierno federal como a las provincias. Resulta primordial remarcar que de acuerdo a dicha norma fundamental, la regla general es aquella que el poder residual se otorga al gobierno federal, si bien se reconoce, al mismo tiempo, un poder, también residual, de las provincias para los temas que pueden ser considerados de exclusivo interés provincial⁴. El reparto competencial respecto al agua debe interpretarse siguiendo también las decisiones de la Corte Suprema de Canadá.

Las competencias del gobierno federal relativas al agua pueden ser sintetizadas en:

1. La derivada del manejo de las relaciones internacionales y la potestad de celebrar tratados internacionales y, en especial, los acuerdos con los países limítrofes en relación a los recursos hídricos compartidos⁵. Ello no obstante, dicha potestad está limitada cuando a través de dichos acuerdos se afectan competencias provinciales ya que, en tal caso, se requiere de una ley provincial para que sus mandatos sea realicen en el territorio provincial⁶.
2. La competencia derivada de la titularidad sobre bastas superficies de tierras situadas dentro de las provincias (tierras federales y bienes o establecimientos federales en general) y la potestad legislativa sobre los territorios de Yukón, del Noroeste y Nunavut.
3. La competencia legislativa sobre la navegación.
4. La competencia penal que puede derivar en distintos delitos vinculados a la contaminación del ambiente en general y del agua en particular. Sin embargo, las provincias también tienen competencia para reglamentar y limitar la contaminación complementando las disposiciones nacionales o dictando sus propias reglas de policía⁷.
5. El poder de intervención en caso de urgencia o interés nacional.
6. Las facultades vinculadas con el comercio internacional, lo que se verá particularmente al tratar el debate respecto a si el agua es un bien transable o una mercadería al respecto.

⁴ Tremblay-McCaig, *ob. cit.*, ps.49 y 61.

⁵ Así, por ejemplo, en 1909 se firmó con los Estados Unidos de Norte América el Tratado relativo a las aguas limítrofes y a las cuestiones que se plantean a lo largo de la frontera entre ambos países y, a partir de esa fecha son muchos los acuerdos internacionales celebrados, como por ejemplo sobre el Río Niágara, el Río Columbia o la calidad de las aguas de los Grandes Lagos.

⁶ Lord, Guy (dir), *Le droit quebécois de l'eau*, Centre de recherche en droit public, Québec, Université de Montréal, vol.1, 1977, p.43.

⁷ Tremblay-McCaig, *ob. cit.*, p.55.

Por su parte, se reconocen a las provincias:

1. Su titularidad sobre las tierras, minas, minerales, recursos naturales y los cánones o rentas de ellos derivados. En particular, se consideran provinciales los lechos y riveras de cursos de aguas y lagos navegables o flotables.
2. La competencia legislativa sobre “propiedad y derechos civiles”, que en el caso de la provincia de Quebec se expresa en un Código Civil.
3. La competencia para legislar en materia de tierras (y sus aguas) públicas provinciales.
4. La competencia para legislar en materia de obras públicas locales o provinciales.

Pero también, la materia ambiental puede ser considerada concurrente y se debe recurrir a un análisis similar al realizado para el agua para distinguir los casos de intervención federal y los de intervención provincial⁸. En consecuencia, tratándose el agua de un recurso ambiental, en lo que hace a las cuestiones más íntimamente vinculadas con su preservación puede estar regulada en ambos órdenes y, en tal sentido, el parlamento federal dictó la ley del agua en 1985 concretamente vinculada a su calidad y al control de la contaminación⁹. También, por una interpretación de la Corte Suprema de Canadá, se entiende que compete a la legislación federal las cuestiones vinculadas a la contaminación de los ríos interprovinciales¹⁰.

El complejo deslinde de competencias no puede terminarse sin mencionar que, más allá del poder federal en cuanto a las relaciones internacionales y a la celebración de acuerdos se refiere, existe consenso en aceptar que las provincias pueden también celebrar acuerdos con otros estados sobre materias de sus exclusivas competencias. En tal sentido y específicamente referido al agua, se ha celebrado el acuerdo entre Quebec y Ontario, por el lado Canadiense, y otros 8 estados de los Estados Unidos de Norte América sobre la cuenca de los Grandes Lagos y el Río San Lorenzo.

Esta compleja situación jurisdiccional además de los conflictos, incertezas o dificultades que naturalmente pueden hacer surgir, pone especiales reparos también a la concepción del agua como cosa común o patrimonio común que, como veremos, adopta la reciente ley del agua de Quebec, de 2009¹¹.

⁸ Trudeau, Hélène, *L'environnement et la Constitution Canadienne: le droit à l'épreuve de la réalité du terrain*, en *Fédéralisme et Environnement : perspectives belgo-canadiennes*, Revue de la Faculté de Droit de la Université Libre de Bruxelles, N° 39, 2009, 1-2 semestriel, Bruylan, Bruxelles, 2011, p.33.

⁹ *Loi sur les ressources en eau du Canada*, L.R.C., 1985, c. C-11.

¹⁰ Vega Cárdenas, Yenny, ob.cit., p.786.

¹¹ Ver Bouchard, Daniel et Gauvin, Hélène, *Plus l'eau a des gardiens, plus elle est en péril ...*, Les Cahiers de Droit, (2010) 51 C. de D. p.880.

II. EL DOMINIO DEL AGUA EN EL DERECHO PROVINCIAL Y EL CAMINO HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN PARA EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL AGUA EN QUEBEC

Según se desprende del cuadro antes esbozado, el régimen dominial del agua es fijado por los estados provinciales.

En el caso de la provincia de Quebec, tradicionalmente el derecho civil distinguió la naturaleza jurídica del agua a la que identificó como una cosa común o *res communis* diferente de los cauces de ríos y lagos que son de dominio público. Según los más destacados estudiosos del tema, esto es así desde el primer Código Civil de *Bas Canada*, de 1866 y que toma la influencia del Código Civil francés, concepción que retoma el Código Civil de Quebec, en vigencia desde 1994 y que establece, en su artículo 913 que “ciertas cosas no son susceptibles de apropiación; su uso común a todos, se rige por las leyes de interés general y, en algunos aspectos por el presente Código. El aire y el agua que no se encuentran destinados a la utilidad pública son susceptibles de apropiación si son recogidos y puestos en un recipiente”. Esta segunda parte del artículo ha sido fuertemente criticada por entenderse que, mientras la cosa común es por naturaleza inapropiable, esta segunda parte establece una excepción que puede servir para contradecir tal enunciación. Pero la cuestión aún más controversial es que para una interpretación mayoritaria, esta disposición no se aplicaría a las aguas subterráneas en virtud de lo dispuesto por el artículo 951 del mismo Código, por el cual el propietario del suelo, lo sería también de todo lo que se encuentra sobre y debajo de éste, pudiendo realizar todas las obras que juzgase necesario¹².

Como se dirá luego, la ley del agua de 2009 en parte se apoya en esta disposición para reconocer al agua como una cosa común, incluyendo las aguas subterráneas, pero a la vez la invocación del presente artículo deja en evidencia la contradicción entre el nuevo estatuto que ve al agua en su globalidad como un bien de uso común pero no apropiable y la segunda parte de este artículo que parece aceptar la posibilidad de apropiación.

Se ha señalado que el proceso de replanteo del régimen jurídico y de la gestión del agua en la provincia de Quebec comenzó a finales de la década de 1960 y se desarrolló en forma sostenida a través de un proceso altamente par-

¹² Cantin Cumyn, Madeleine; Cumyn, Michelle et Skrinda, Claire; *L'eau, chose commune: un statut juridique à confirmer*, La Revue du Barreau Canadien, vol. 79, 2000, p.398 ; Cantin Cumyn, Madeleine, *Le regime juridique de l'eau, chose commune*, en Choquette Catherine et Létourneau, Alain (sous la direction de), *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Editions MultiMondes, Québec, 2008, p.67 y Cantin Cumyn, Madeleine, *L'eau, une ressource collective: portée de cette désignation dans la Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, Les Cahiers de Droit, (2010) 51 C. de D. p.595.

participativo, en vez de intentarse un cambio repentino y forzado¹³. Dicho proceso puede observarse en el presente como un proceso con una fuerte coherencia más allá de los gobiernos, incluso de diferentes pertenencias partidarias, que se fueron sucediendo. En este sentido, y más allá del resultado final obtenido del que puede estarse o no de acuerdo en su concepción general o en algunas determinaciones particulares, puede tomarse el caso de Quebec como un ejemplo por la valorización que se tiene en dicho estado del agua al punto de considerarse la gestión y la protección del recurso como una verdadera política de Estado.

En 1969 la Comisión para el estudio de los problemas jurídicos del agua, creada por el gobierno, concluyó en la urgencia de reformar el régimen jurídico del agua. Para ello la Comisión consideró el problema de la calidad y los efectos de la contaminación y también la mala gestión y su “utilización anárquica”.

Entre 1970 y 1972 existieron tres informes generados por esa Comisión¹⁴. Entre los problemas jurídicos a resolver, específicamente en lo que hace a la dominialidad, se encontraba el de las aguas subterráneas que, más allá de la recordada disposición del Código Civil para las aguas (en general) a las que se le otorgaba el estatuto de las cosas comunes a todos, se interpretaban de titularidad del superficiario en virtud de la disposición del artículo 951.

En 1977 se realiza el estudio sobre *Le droit quebécois de l'eau*, dirigido por Guy Lord, y al que hemos ya referenciado en nota.

Los problemas ambientales no se limitaron a la cuestión de la contaminación. Algunas catástrofes naturales como grandes inundaciones también generaron inquietud y alertaron sobre la necesidad de entender el recurso en su conjunto y sobre la posibilidad que dichas catástrofes más que naturales estén siendo ocasionadas por el desarrollo humano. Se puso el acento en el cambio climático y en los impactos directos sobre el agua. También en la relación del agua con la diversidad biológica y se cuestionó el uso del agua como si se tratara de un simple insumo más para las actividades productivas. Otra temática propia de esta región rica en agua, aprovechable también abundantemente como fuente de energía, tiene que ver con las alteraciones del ciclo a partir de la cantidad de embalses y diques existentes¹⁵.

¹³ Comtois, Suzanne et Turgeon, Bianca, *Propos sur le régime juridique de l'eau au Québec*, en Choquette Catherine et Létourneau, Alain (sous la direction de), *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Editions MultiMondes, Québec, 2008, p.99.

¹⁴ Dichos informes se publicaron como “Québec, Commission d'Étude des Problèmes Juridiques de l'Eau, *Rapport de la Commission d'Étude des Problèmes Juridiques de l'Eau*, par Rolland Legendre et autres, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1975.

¹⁵ Sobre esto último, ver Choquette, Catherine; Ghilermont, Édith et Goyette Noël, Marie Pier, *La gestion du niveau d'eau des barrages-réservoirs au Québec: aspects juridiques et environnementaux*, Les Cahiers de Droit, (2010) 51 C. de D. p.827.

Hacia los años 1990 y bajo el paraguas del Acuerdo de Libre Comercio con Estados Unidos y México, se comenzaron a gestionar convenios para transportar agua a granel fuera del territorio de Canadá lo que, más allá de la aparente sobreabundancia del recurso hídrico, generó un movimiento de ideas mayoritariamente contrarias y la actitud de prevenir la concreción de cualquier antecedente en tal sentido que pudiera luego sustentar todo un comercio de alcances de aún difícil ponderación.

Es en este contexto que en 1999 se crea la Comisión para la Gestión del Agua en Quebec y se abre un prolongado y amplio debate por parte del Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE)¹⁶, que bajo la dirección de André Beauchamp, realiza un extenso informe de cerca de 1000 páginas, con el título de *L'eau, ressource à protéger, à partager et à mettre en valeur*. Dicho informe fue sometido a consulta pública por el habilitándose un prolongado y amplio proceso de participación.

De esta última Comisión y del informe señalado surgieron dos importantes resultados. El primero, la enunciación de la Política Nacional del Agua¹⁷. El otro resultado fue la sanción de la ley que reconoce al agua como patrimonio común de la nación quebequés¹⁸ y que a partir de aquí se mencionará como ley del agua de 2009. Tanto la ley como la Política Nacional del Agua se basan y concretizan muchas de las indicaciones del informe Beauchamp de 2000 y pueden entenderse como un continuo hacia un nuevo paradigma que aparece como un punta pie basal que aún no termina de desarrollarse y que podrá provocar ulteriores novedades. Apenas sancionada la ley, la profesora Paule Halley, titular de la Cátedra de Investigación de Derecho Ambiental de Canadá, junto con Christine Gagnon hacían referencia a cómo el proyecto inicial fue enriquecido en sus debates en comisión gracias a un nuevo proceso consultivo donde dicha Cátedra pudo participar, además de otros expertos juristas

¹⁶ Los resultados se publicaron como "Québec, Commission sur la Gestion de l'Eau en Québec, *L'eau, ressource à protéger, à partager et à mettre en valeur*, Rapport 142, par André Beauchamp et autres, t.2, Québec, Bureau d'audiences publiques sur l'environnement, 2000 y están disponibles aún en el sitio web <http://www.bape.gouv.qc.ca/sections/archives/eau/rapport.htm>

¹⁷ Fue publicada como Québec, Ministère de l'Environnement, *L'eau. La vie. L'avenir. Politique nationale de l'eau*, Québec, Environnement Québec, 2002. Una versión en español puede encontrarse en <http://www.mddep.gouv.qc.ca/eau/politique/FaitsSailantsPNEesp.pdf>

Es necesario aclarar que considerándose los quebequenses una nación dentro de Canadá, es común que llamen nacional a sus propias políticas y organismos provinciales y hasta a su capital. Esta situación fue reconocida a instancias de una moción del primer ministro Stephen Harper por el Parlamento de Ottawa el 27 de noviembre de 2006.

¹⁸ *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, projet de loi n° 27 (sanctionné – 12 juin 2009), 1° sess., 39° légis (Qc), L.Q. 2009, c. 21.

muchos de los cuales son citados en nota en este trabajo. Al mismo tiempo anticipaban que si bien la ley innovó en la materia también provocaba debates e incertidumbres, señalando puntualmente las cuestiones que, efectivamente, fueron a continuación más controvertidas o debieron ser mayormente explicadas: la calificación del agua, superficial y subterránea, “en su estado natural”, como un recurso que forma parte de la nación quebequense; su carácter inapropiable en relación con los sujetos privados y con el mismo Estado; en consecuencia, su definición como un bien excluido de los acuerdos de libre comercio y fuera del alcance de las leyes de mercado; el Estado responsable o “guardián” de dicho patrimonio común. Desarrollos significativos, dicen, pero “no sin lagunas”¹⁹.

III. LA LEY QUE AFIRMA EL CARÁCTER COLECTIVO DEL AGUA Y FORTALECE SU PROTECCIÓN

La ley del agua de 2009 no pretende cambiar directamente el cuadro normativo preexistente, si bien produce una trascendente renovación en cuanto a la concepción general del agua, su naturaleza jurídica y, por ende, su gestión, al punto de introducir conceptos desconocidos en el propio derecho quebequés. Pero la ley no se presenta como un código, o como se pensó primeramente en los debates que finalizaron con el informe de la Comisión sobre la gestión del agua en Quebec como una ley cuadro que busque abarcar todos los aspectos vinculados al aprovechamiento, gestión y tutela del recurso. Tampoco produce la derogación inmediata de los reglamentos anteriores, presentando una primer idea de desarmonía²⁰, si bien en la actualidad se va dando un proceso de renovación para adaptar las normas de aplicación al sentido que la ley de 2009 quiso imprimir a la nueva política.

Respecto a la concepción y fundamentos basales de la nueva ley, conviene comenzar recordando los considerandos de la misma. Ellos parten del reco-

¹⁹ *Le droit nouveau de l'eau au Québec*, <http://gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>

²⁰ Ver Bouchard, Daniel et Gauvin, Hélène, *ob. cit.*, Les Cahiers de Droit, (2010) 51 C. de D. p.883.

²¹ No parece referirse con exclusividad a la vida humana puesto que no sólo no hace esa distinción el considerando sino que al modificar el art. 31.76 de la ley del ambiente, el texto normativo de la ley del agua dispone que toda decisión que adopte el Ministro del Desarrollo Durable, del Ambiente y de los Parques en aplicación de la misma debe dirigirse a satisfacer prioritariamente las necesidades de consumo humano en materia de salud, salubridad, seguridad civil y alimentación pero también debe tender a conciliar las necesidades de los ecosistemas acuáticos a fin de protegerlos; de la agricultura, la acuicultura, la industria la producción de energía y otras actividades humanas incluidas el turismo y la recreación.

nocimiento que el agua es indispensable para la vida²¹ y que se trata de un recurso vulnerable y agotable. También los considerandos preanuncian lo que luego determinará el texto normativo disponiendo que el agua forma parte del patrimonio común de la nación quebequense y que por lo tanto corresponde mejorar su gestión y preservarlo a favor de las generaciones futuras. Por igual razón, se reconoce que su uso es común a todos, que todos deben poder acceder al agua para satisfacer sus necesidades esenciales y que al Estado, en tanto custodio de los intereses de la nación quebequense, debe estar investido de los poderes necesarios para asegurar la protección del agua necesitando disponer de los fondos necesarios para su gobierno, pudiendo establecer cánones por la gestión, utilización y saneamiento del agua.

Se trata de una ley que, a la vez de algunas parciales adhesiones, en general recoge varias dudas, planteando algunos interrogantes respecto a su armonización con la restante legislación. Sin embargo, puede notarse cómo la doctrina va incorporando y aceptando sus conceptos en la búsqueda de avanzar en la construcción de un nuevo cuadro jurídico a partir de sus postulados estructurales más que de promover una vuelta atrás con sus definiciones.

1. El agua superficial y el agua subterránea como patrimonio común de la nación quebequense

El primer artículo de la ley²², seguramente el más discutido durante los trabajos de la Comisión para la Gestión del Agua en Quebec, declara que siendo de interés vital, el agua superficial y el agua subterránea en su estado natural, constituyen recursos que integran el patrimonio común de la nación quebequense. En su segundo párrafo, se vincula la disposición con el artículo 913 del Código Civil para decir que, tal como allí se enuncia, los usos son comunes a todos y que el agua no es susceptible de apropiación, salvo en las condiciones definidas por ese artículo.

Los aspectos más sobresalientes de la disposición son:

- a) Que se incluyen las aguas subterráneas que, como se dijo, por el sistema del Código Civil podrían haber sido consideradas del propietario superficiario. Si bien se sigue hablando de aguas superficiales y subterráneas como dos categorías distintas, tal vez por esa discusión y diferente tratamiento que se les daba anteriormente, lo cierto es que a ambas se le da un régimen común reconociéndose, además, la unicidad del agua.

²² *Étant d'intérêt vital, l'eau de surface et l'eau souterraine, dans leur état naturel, sont des ressources qui font partie du patrimoine commun de la nation québécoise. Ainsi que l'énonce l'article 913 du Code civil, leur usage est commun à tous et elles ne peuvent faire l'objet d'appropriation, sauf dans les conditions définies par cet article.*

- b) Si bien se utiliza el término “patrimonio”, la doctrina²³ busca desvincular el uso de este término del tradicional concepto dado por el Código Civil en su art. 2644 por el cual los bienes del deudor integran el patrimonio común de los acreedores y siguientes, los que refieren a un concepto netamente apropiativo y de vinculación real entre una persona, titular de derechos y las cosas patrimoniales.
- c) La disposición refiere al agua “en su estado natural” lo que puede ser una restricción a la disposición ya que se deja afuera al agua embotellada y, por ende, dicha aclaración pone en crisis la idea de no apropiación y de cosa común puesto que, finalmente, podría pensarse más bien que se trata de una *res nullius* que puede ser apropiable y que el embotellado pueda constituir un moderno modo de adquisición de la propiedad²⁴.
- d) Se deja abierta la puerta para considerar a otros recursos con la misma condición jurídica del agua.

²³ Cantin Cumyn, Madeleine, *L'eau, un ressource collective*, cit., p.598 y 605 donde trata de identificar el término con el concepto de patrimonio fiduciario. Por su parte, Paule Halley y Christine Gagnon, en su publicación en Internet ya citada, hacen referencia a la concepción del patrimonio mundial o común y otro tipo de alocuciones similares que existen en derecho internacional que no se refieren tanto a la titularidad de los bienes sino al valor e interés que los mismos tienen para el resto de la comunidad (internacional, o en el caso de la ley del agua quebequense, nacional). También la citada Halley está a punto de publicar un libro bajo su dirección, en el que a través de aportes de otros autores pretende desarrollar la idea anunciada en aquella publicación inicial en Internet, por la cual se planteaba si el estatuto previsto para el agua, de patrimonio de la nación quebequense, no podría ser extendido a otros bienes ambientales. El libro tendrá el título de : *L'environnement, notre patrimoine commun, et son État gardien*.

En otras publicaciones yo me he manifestado en contra del uso del término patrimonio para definir los valores ambientales (v. gr. Pastorino, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, ps.49 y ss. y *La comunidad internacional frente a los recursos naturales y el ambiente. Conceptos jurídicos trascendentes: res communes omnium, patrimonio mundial, interés de la humanidad, cuencas hídricas, daños transfronterizos*, en Pastorino, Leonardo, Principios en materia de ambiente y recursos naturales renovables, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2008, p.31) ya que el mismo esfuerzo que realizan los autores por tratar de explicar que no se refiere a la concepción que del mismo se tiene en derecho civil, no hace más que demostrar como dicho término tiene ya en el ideario jurídico una conceptualización netamente vinculada a la relación de titularidad y pertenencia entre una persona y una cosa. Extender el término patrimonio a otros bienes que ya tienen un titular dominial (como el suelo o los bosques, por ejemplo) implica, a mi modesto entender, asimilar el concepto al sentido de interés por dicha tutela sin alterar su relación dominial con lo cual poco sabor a cambio podría quedar en la pomposa definición de la ley del agua y los efectos pretendidos de desterrar la posibilidad de apropiación de los privados a la misma. Salvo que se esté impulsando un cambio aún más radical por el que nadie sería propietario del suelo, ni de nada que al mismo se encuentre adherido en forma natural y se instaurara un simple derecho al uso exclusivo fuertemente condicionado al respeto de las normas de tutela ambiental y reservando el concepto de propiedad privada sólo para los bienes que puedan desvincularse absolutamente de una relación ecosistémica con el ambiente.

²⁴ Este aspecto, más la directa relación que se hace con el artículo 913 fue fuertemente criticado por Cantin Cumyn, Madeleine, en *L'eau, une ressource collective...*, citado, p. 602, al punto de sugerir la derogación de la segunda parte del art. 913, a penas sancionada la ley del agua.

En concordancia, y entendiendo la relación directa que el agua tiene con el equilibrio ambiental y sus relaciones con el desarrollo, el art.3 de la ley declara que la protección, la valorización y la restauración y la gestión del agua son de interés general y concurren al objetivo del desarrollo durable (sostenible).

2. Cosa común (artículo 913 CC): el agua no pertenece al dominio público

Para Madeleine Cantin Cumyn²⁵ la cosa común tiene por característica la de no pertenecer a nadie ni ser susceptible de apropiación, ni siquiera por el Estado. La ley del agua de 2009 respeta esta caracterización y se abstiene de toda referencia al concepto de derecho subjetivo, derecho de propiedad o derecho de uso exclusivo. El derecho que la ley reconoce a todo individuo a acceder a un agua sana para satisfacer las necesidades esenciales no se refiere directamente a una masa de agua determinada y es independiente de la propiedad del suelo. Cualquier autorización para la extracción de agua subterránea, más allá que se otorgue por un plazo máximo de diez años, debe entenderse sujeta a revisión, nuevas condiciones, reducción de la cantidad autorizada e, incluso, la rescisión total, sin indemnización posible, en caso de riesgo serio para la salud pública o para los ecosistemas acuáticos. Es decir que no existe un derecho adquirido a una cantidad fija de agua.

Se discutió mucho, previo a la sanción de la ley del agua, respecto a la llamada “nacionalización” del agua, término con el que se quería significar una posible expropiación del agua que se entendía podía pertenecer a los privados (específicamente las subterráneas) para convertirlas al dominio público. Aparentemente, con la definición del artículo 1 de la ley lo que se quiso fue descartar esta llamada “nacionalización”. De allí, y por el explicado sentido que se le quiere dar al término patrimonio, tampoco la nación quebequense sería titular dominial del recurso. El agua, en definitiva, no sería ni pública ni privada. Se garantizarían los usos bajo la garantía de igualdad y una específica y detallada reglamentación que realiza el Estado en su condición de “guardián” y la cosa común lo sería, entonces, en relación a esa posibilidad de uso por parte de todos.

Con esta interpretación, podrían aventarse también las dudas que surgen respecto a la referencia a la nación quebequense respecto a un patrimonio que, como se sabe, integra un recurso que es compartido con otras provincias canadienses y otros estados norteamericanos. Ello por vincular la condición de cosa común en el sentido de cosa usable y no cosa bajo la titularidad dominial en carácter exclusivo de alguien (por más que ese alguien sea un colectivo de

²⁵ Cantin Cumyn, Madeleine, *L'eau, une ressource collective...*, citado, ps. 600 y s.

personas). Los usos si pueden identificarse con un territorio, se realizan bajo la jurisdicción de un solo estado y lo que la ley expresa es que mientras las aguas se usen bajo la jurisdicción de Quebec, su uso es común a todos.

Claro que la gestión no será común y resulta muy difícil internalizar el concepto de ciclo hidrológico en la medida que ese ciclo transita distintas jurisdicciones y la soberanía estatal no deja de ser un dato insoslayable. De ahí que Sylvie Paquerot se planteé estas cuestiones e intenta desentrañar la madeja enredada de las leyes de la naturaleza con las normas jurídicas y las reglas políticas. Intenta la autora de salirse de la idea que lo común no habla de titularidad dominial sino de preocupaciones comunes, pero no deja de entender que también debe conllevar la idea de una gestión común o responsabilidades comunes que son difíciles de plantear si de lo que se trata es de abandonar el concepto de soberanía para dar lugar a la gestión de un ente supranacional²⁶.

3. Derecho humano al agua; acceso al agua y derechos de uso

El segundo artículo de la ley²⁷ expresa que en las condiciones y bajo los límites definidos por la legislación, cada persona física tiene derecho de acceder al agua potable para su alimentación e higiene. La ley retoma, algo de soslayo, los debates acerca de la posibilidad o necesidad de poner un *quantum* a éste derecho humano²⁸. Por el lado opuesto y como un dato positivo a remarcar, es interesante que la ley se refiera a las personas físicas en general no importando su nacionalidad (a pesar de la referencia expresa al patrimonio de la nación quebequense) o su residencia, claro que, en base a lo que se dirá luego respecto a la interdicción de exportar agua, este derecho se reconoce en tanto la persona se encuentre en territorio quebequense. La referencia al acceso al agua potable puede estar vinculada tanto al cuidado del agua natural para mantener o favorecer sus condiciones de potabilidad como a la necesidad de establecer, garantizar y utilizar (obligadamente, incluso) el sistema de distribución de agua potable en red. En buena parte referido a este último punto, es de notar que nada se dice sobre la gratuidad o no del agua y de su acceso.

Según Halley y Gagnon, con esta disposición Quebec reconoce y concretiza el derecho al agua en los términos de la Observación General N° 15 del

²⁶ Paquerot, Sylvie, *Au-delà de un ressource naturelle: quels critères faut-il privilégier pour doter l'eau d'usage et le cycle hydrologique d'un statut spécifique?*, Les Cahiers de Droit, (2010) 51 C. de D. p.541.

²⁷ *Dans les conditions et les limites définies par la loi, chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable.*

²⁸ Cenicacelaya, María de las Nieves, *El derecho al agua, un derecho humano transversal*, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2012, ps.115.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que Canadá se niega a reconocer desde el 2002. También entienden que a partir de este reconocimiento al derecho humano al agua, la ley está priorizando este uso sobre cualquier otro²⁹.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 3, reafirma el art.920 del Código Civil otorgándole poderes a la autoridad provincial ambiental (autoridad de aplicación de la ley), para adoptar las medidas conducentes a garantizar el derecho a circular y acceder a los cursos de agua en los términos de aquí³⁰ y, en especial, al río San Lorenzo.

El art.4 de la ley, en tanto, establece una relación directa entre los costos por la utilización, la protección, la restauración, la valorización y la gestión del agua a cargo de los usuarios con las consecuencias ambientales, sociales y económicas. Este párrafo hace, a su vez, un expreso reconocimiento al principio contaminador-pagador. Llamativa resulta la extensión que se hace de este principio conocido del derecho ambiental nacido en las preocupaciones por la contaminación, para reformularlo como “utilizador-pagador”.

Respecto a los usos, todos deben ser autorizados y reglamentados por la autoridad de aplicación, excepcionándose las extracciones menores a los 75.000 litros por día³¹. Al extender una autorización para la extracción de agua, o renovarla, el Ministro del Ambiente, del Desarrollo Durable y los Parques debe tomar en cuenta los impactos ambientales; los derechos de uso de otras personas o municipalidades (a corto, mediano y largo término); la disponibilidad y el sistema de reparto equitativo del recurso para conciliar las necesidades presentes y futuras de los distintos usos; la evolución del medio rural y del medio urbano y el desarrollo económico de la región o municipalidad de que se trate.

Estas autorizaciones tienen un plazo máximo de diez años aunque se pueden renovar y, como se señaló antes, no crean un derecho adquirido a cierta cantidad de agua ya que por razones justificadas se pueden reducir las cantidades a extraer. Las mismas pueden ser cedidas.

²⁹ *Le droit nouveau de l'eau au Québec*, <http://gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>

³⁰ Garantía bastante restringida ya que el art. 920 reconoce el derecho a circular por el curso de agua y lagos pero respetando los derechos de los propietarios ribereños. Textualmente la norma dispone que: *Toute personne peut circuler sur les cours d'eau et les lacs, à la condition de pouvoir y accéder légalement, de ne pas porter atteinte aux droits des propriétaires riverains, de ne pas prendre pied sur les berges et de respecter les conditions d'utilisation de l'eau.*

³¹ Esta regla de excepción tiene, a su vez, sus propias excepciones a saber: el agua con destino al consumo humano de acuerdo a las reglamentaciones que se dicten; el agua para ser vendida como agua natural o para ser utilizada en la elaboración, tratamiento o conservación de productos alimenticios y el agua tomada dentro de la cuenca del San Lorenzo cuando su destino sea un área fuera de ella. Por su parte, también se excluye de la autorización las tomas de agua de carácter temporario o accidental (no recurrente, dice la ley) y cualquier otra que la reglamentación pueda exonerar.

4. El Estado como “guardián” y no como titular dominial. Sus obligaciones respecto a la prevención y recomposición de los daños

Como se fue anticipando, el Estado no es titular del recurso sino el responsable por “la cosa común”. Tanto en los considerandos, como en el art.8 referido a la acción por daño ambiental, la ley se refiere al Estado en relación al agua como “guardián” de los intereses de la nación.

El art.6 impone el deber de prevenir o, en su defecto, limitar los daños y de tomar las medidas para la protección del agua, a la vez que el siguiente artículo establece la obligación de reparar los daños al agua, en las condiciones que establezca la ley.

En concordancia, el art.8 establece una acción de recomposición del daño ambiental, si bien la misma se presenta como bastante limitada. En primer lugar, limitada por provenir de actos “ilegales” y, en segundo lugar, porque la acción va a quedar a cargo exclusivamente del Procurador General, quien actúa en nombre del “Estado, guardián de los intereses de la nación”. Resulta llamativo que la ley que reconoce el “patrimonio común” o que el agua es una cosa común, no otorga una acción específica a los particulares para su defensa³² haciéndolos depender, más allá de la invitación legal a defender el patrimonio hídrico, de un órgano estatal para iniciar la acción, más allá de la tradicional facultad de que cualquier persona presente ante éste una denuncia³³.

La acción puede tener por finalidad la recomposición, la adopción de medidas compensatorias y la reparación en especie o económica, pero permitiéndose adoptar unas u otras o una combinación de las mismas.

Respecto a la recomposición, se considera que se trata de volver el agua al estado anterior, considerando dicho estado aquél previo al acaecimiento de la acción dañosa que se juzgue y que, para obtener dicho estado anterior se debe acudir a las mejores informaciones disponibles. Si como resultado de la acción se obtuviera algún tipo de indemnización económica, el art.10 impone su inclusión en un fondo que la ley crea pero con la obligación de que la suma sea afectada al pago de medidas tendientes a asegurar el buen gobierno del agua, su protección y valorización o para mantener su calidad y cantidad suficientes bajo una perspectiva de desarrollo sostenible o durable.

³² Halley, Paule et Gagnon, Christine, *Le droit nouveau de l'eau au Québec*, <http://gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>.

³³ Cantin Cumyn, Madeleine, *L'eau, une ressource collective...*, citado, ps. 603 y s., donde expone la tesis que este deber establecido por la ley para preservar el agua y limitar los impactos negativos que realiza expresamente el art.5, pero que surge también, en base a una interpretación más larga de otras disposiciones y del espíritu global de la ley, reconoce a los particulares y a los organismos de cuenca un interés concreto y les otorga la legitimación para llevar la protección del agua y sus propios intereses respecto a ella, ante la justicia.

En relación a esta acción judicial, también vale la pena señalar que la misma prescribe a los 10 años de la toma de conocimiento por parte del ministro encargado de la aplicación de la ley (Ministro del Desarrollo Durable, el Ambiente y los Parques). También se impone la solidaridad si la causa proviene de la “falta” de dos o más personas.

5. Gestión integrada y concertada del recurso hídrico

El art.13 impone el principio de la gestión integrada (respecto al territorio) y concertada (respecto a los distintos usuarios y entes involucrados). Para este tipo de gestión, el gobierno, a través de la autoridad de aplicación, debe definir las distintas unidades hidrogeográficas, dentro de las que sobresalen las cuencas, las subcuencas y los agrupamientos de cuencas. Para tal definición, la autoridad de aplicación debe considerar:

- a) La superficie de las distintas unidades hidrográficas.
- b) Los límites territoriales de la Provincia de Quebec, de las distintas jurisdicciones a su interior.
- c) La densidad poblacional del área.
- d) Los antecedentes de concertación, la cohesión y la armonía entre los diversos usuarios y grupos de interés, y
- e) La homogeneidad de las actividades desarrolladas en su dimensión ambiental, social y económica.

Para cada unidad definida el gobierno debe constituir un organismo que tendrá por misión tanto la elaboración de un plan director del agua como controlar su puesta en marcha (art.14 párrafos 2, 3 y 4). Dichos organismos fueron tenidos particularmente como centro para la implementación de la gestión del agua a partir de la Política Nacional del Agua y desde entonces se los conoce como “organismos de cuenca” (OBV: *organismes de bassin versant*). También es función del gobierno asegurar los fondos necesarios para el funcionamiento de dichos entes (párr. 5).

Especiales referencias hace la ley a la cuenca del Río San Lorenzo, donde además de determinar la autoridad de aplicación los elementos que deben incluirse en su plan de gestión integrada, debe considerar los usos y la evaluación de los impactos, las áreas de interés, frágiles o degradadas desde el plano ambiental y las medidas de protección y restauración.

Finalmente, la ley consagra otro instrumento de gestión que venía ya funcionando pero sin un encuadramiento jurídico privilegiado como ahora, me refiero al “contrato de cuenca”. Dichos contratos sirven para llevar a la práctica el plan director definido para cada cuenca o unidad hidrográfica definida. También ellos fueron definidos por la Política Nacional del Agua como convenciones en las que se definen las acciones de los diferentes actores que deseen involucrarse

en la gestión del agua, por propia voluntad, derecho o responsabilidad, tanto en la valorización, restauración o protección de la cuenca. Debe definir en detalle las acciones a desarrollarse, sus costos, un programa para seguir y evaluar los resultados logrados y los gastos realizados.

En la práctica, e incluso con anterioridad a la ley, estos instrumentos fueron utilizados respecto a aspectos vinculados con la disminución de emisiones a los cuerpos de agua sin tratamiento; introducción de alguna tecnología de gestión más eficaz desde el aspecto ecológico; la protección de hábitats acuáticos como por ejemplo la restauración de riveras; cuestiones vinculadas con la educación o la sensibilización de cuestiones ambientales o para definir el acceso al agua para la realización de actividades recreativas como la pesca deportiva organizada³⁴.

6. Participación ciudadana

El art.7 garantiza los derechos de información y participación, siempre bajo los límites definidos por la ley.

Más concretamente, la participación está prevista en el art.14, parágrafos 3 y 4 donde se define la creación de los organismos de planificación y seguimiento de la gestión del agua, mencionados anteriormente. En ellos, el gobierno, por mandato de la propia ley, debe asegurar la participación de los distintos grupos interesados, desde los entes locales gubernamentales a los grupos autóctonos (pueblos originarios), económicos, ambientalistas, de productores agrarios y comunitarios.

Otra forma de participación garantizada es a través de la facultad reconocida a los interesados a exponer sus puntos de vista en caso de otorgarse autorizaciones de agua. En tal sentido, en caso de otorgarse ese tipo de autorizaciones, la autoridad de aplicación debe tener en cuenta estos derechos de uso de otras personas o entes municipales.

Sin embargo, es fácil coincidir con Haley y Gagnon³⁵ cuando definen a la ley como timorata en términos de participación pública y lacónica en lo que hace a la relación del público titular del patrimonio común y el Estado, mero guardián del mismo. De igual modo y respecto específicamente al tema de las autorizaciones que hemos comentado, Comtois y Turgeon³⁶

³⁴ Choquette, Catherine, *Le contrat de bassin: un outil de gestion à géométrie variable*, en Choquette Catherine et Létourneau, Alain (sous la direction de), *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Editions MultiMondes, Québec, 2008, p.281.

³⁵ *Le droit nouveau de l'eau au Québec*, <http://gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>.

³⁶ Comtois, Suzanne et Turgeon, Bianca, *L'eau, chose commun à l'usage de tous: l'État québécois a-t-il les moyens de donner effet à ce statut ?*, *Les Cahiers de Droit*, (2010) 51 C. de D. p.633, donde califican a la obligación de consulta como informal, en virtud de que si bien el gobierno tiene que considerar los derechos de los particulares no existe una consulta previa prevista en la norma y solo las autorizaciones de grandes extracciones de agua van a estar sometidas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental con audiencia pública.

consideran casi nula esta participación. Sin embargo, estas dos últimas autoras entienden que existe un cambio de paradigma respecto al anterior sistema de autorizaciones basadas en la lógica de mandatos autoritarios de la administración para pasar a realizar la gestión integral a través de los organismos de cuenca, los planes y los contratos privilegiando una modalidad de gobierno asociado³⁷.

Finalmente, otro caso concreto para el que se prevé la consulta pública, es en el caso excepcional de que el Ministro encargado de aplicar la ley decida, por motivos de interés público, autorizar excepcionalmente la exportación de agua a granel fuera del territorio de la provincia de Quebec, caso al que haremos referencia en el último punto.

7. Derecho a la información y la Oficina para el Conocimiento del Agua

Respecto al derecho a la información, él es minuciosamente tratado en relación al plan de gestión integrada del Río San Lorenzo, donde se prevé, posteriormente a su aprobación, publicar los sitios donde el mismo podrá ser consultado. También el Ministro responsable debe comunicar el plan a todos los entes públicos involucrados a fin de que los mismos tengan en cuenta el plan a la hora de aplicar sus atribuciones y ejercer sus funciones.

El art.16 de la ley crea, en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Sostenible, del Ambiente y de los Parques, una Oficina para el Conocimiento del Agua (*Bureau des connaissances sur l'eau*). La misma tiene a cargo el sistema de información para tomar datos sobre el agua, los ecosistemas acuáticos y sus usos y la conservación y difusión de dicha información, buscando que ésta sea lo más fiable, completa y actualizada posible, caracterización de la información que Madeleine Cantin Cumyn identifica como “principio de transparencia”³⁸. Al sistema pueden asociarse los organismos públicos vinculados y también los distintos grupos de investigación o enseñanza.

A más tardar el 12 de junio de 2014 y, a partir de esa fecha, cada cinco años, la Oficina debe elevar al Ministro un informe sobre el estado de los

³⁷ *Ob. cit.*, 622. También esto dicho en el contexto de las observaciones críticas generales que hacen a dicho proceso de participación, en Canadá identificado con el principio de transparencia, además del de participación, puesto que las autoras expresan su sorpresa en cuanto que para las autorizaciones que otorga el Ministro encargado de la aplicación de la ley tampoco se prevé un proceso de consulta a estos organismos participativos de cuencas.

³⁸ Cantin Cumyn, Madeleine, *L'eau, une ressource collective...*, citado, ps. 604. También así se refieren Haley y Gagnon quienes refieren que estos principios de transparencia y participación fueron introducidos *in extremis* en la última versión de la ley y critican que ellos quedan, de todos modos, sometidos a las condiciones fijadas por la ley (*Le droit nouveau de l'eau au Québec*, <http://gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>).

recursos hídricos y los ecosistemas acuáticos. El mismo informe, treinta días después de la toma de conocimiento por parte del Ministro, deberá ponerse a disposición del público en general. Ello no obstante, de los contactos personales que pude tener para informarme de cómo se está organizando la presentación del primer informe y la puesta en función de todo el sistema de información, lo que más me llamó la atención es que se piensa en generar información y organizar un sistema muy interesante con toda la tecnología informática posible, pero siempre vinculado al conocimiento científico o de la realidad del agua. En cambio, no está prevista la publicidad de la información vinculada a la gestión y aplicación de la ley, para que el público pueda seguir la concordancia necesaria que debe existir entre la ley escrita y su realización práctica.

IV. EL AGUA COMO MERCANCÍA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL DE CANADÁ

Si bien el agua dulce se exporta embotellada, en Canadá ha habido una gran discusión pública sobre la posible exportación a granel a partir de iniciativas que estuvieron a punto de materializarse y que generaron un fuerte rechazo de la opinión pública. Tales debates y cavilaciones se incrementaron con la firma del Tratado de Libre Comercio entre EE.UU. Canadá y México (TLCAN, ALENA o NAFTA, según sus siglas en español, francés o inglés) que la mayoría de los expertos tienden a interpretar como incluyendo al agua como una mercancía más alcanzada por sus disposiciones³⁹.

³⁹ Vega Cardenas, Yenny, *L'eau douce, son exportation et le droit constitutionnel canadien*, Les Cahiers de Droit, (2010) 51 C. de D. ps.792 y ss. También, Lasserre, Frédéric, *L'Amérique a soif. Les Etats-Unis obligeront-ils Ottawa à céder l'eau du Canada ?*, en Lasserre, Frédéric et Luc Descroix (dir.), avec la collaboration de Jean Burton et Anne Le Strat, Eaux et territoires. Tensions, coopérations et géopolitique de l'eau, 2^o éd., Saninte-Fit, Presses de l'Université du Québec, 2005, ps.396 y ss. En español, y disponible en Internet, puede leerse el trabajo de Elwell, Christine, *Efectos del TLCAN en el agua de la cuenca de los Grandes Lagos*, presentado en el Simposio de América del Norte sobre Análisis de los Vínculos entre Comercio y Medio Ambiente (realizado en octubre de 2000), ps. 92 y ss., en donde la autora cuenta cómo se generó todo un movimiento de ideas a partir de una autorización concedida por la provincia de Ontario en 1998 al Grupo Nova para exportar hasta 600 millones de litros de agua anuales por barco a los países asiáticos. <http://www.ingenieroambiental.com/4025/%28500%20pag%29efectos%20ambientales%20de%20libre%20comercio.pdf>

El mismo caso fue comentado por Boyer, Marcel, *L'eau, une ressource à valoriser*, en Choquette Catherine et Létourneau, Alain (sous la direction de), *Vers une gouvernance de l'eau au Québec*, Editions MultiMondes, Québec, 2008, ps.36 y ss., donde además afirma que los proyectos de exportación de agua se remontan a la década de 1960.

Para comenzar, debe recordarse que el agua es considerada una mercadería más en el sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁴⁰. Por su parte, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, ALENA o NAFTA) acepta como definición de productos a ser incluidos en el comercio entre estos tres países, la definición general de producto dada por la OMC. Ello no obstante, también hace una referencia algo más precisa respecto al agua, que si bien como regla general establece que el agua en su estado natural no queda incluida en el acuerdo, por excepción sí lo estaría cuando la misma esté embotellada, preparada como bebida o se comercialice “en cisternas”. Se discute si con esta formulación podría habilitarse la comercialización en camiones, trenes o buques cisternas⁴¹. La presión de la opinión pública, antes aludida, y el temor a que alguna autorización dada por alguna provincia canadiense pueda constituir un antecedente difícil de corregir, impulsó una serie de medidas políticas y jurídicas.

A nivel del TLCAN, se llegó a que los tres presidentes manifestaran que el agua no está incluida en el Tratado de Libre Comercio, pero “siempre que no se comercialice como un producto”, lo que según Vega Cárdenas, en realidad no mejora en nada el cuadro normativo del Tratado e incluso hasta lo amplía⁴².

A nivel nacional, el gobierno de Canadá ha impulsado que las distintas provincias adopten decisiones legales que impidan la exportación del agua a granel. Dichas normas se toman en función de la preservación del recurso ya que las provincias no tienen competencias legislativas en lo que respecta al comercio internacional. Pero si bien el gobierno federal regula el comercio, las provincias pueden poner límites a la cantidad exportable de productos. Ello no obstante, hay quienes impulsan una ley federal en la materia⁴³.

También la ley del agua de Quebec, de 2009, que veníamos comentando en el punto anterior, se hace cargo de esta problemática. Para empezar, desde lo conceptual, ya que si se considera al agua una cosa común, no apropiable, ciertos autores entienden que se desprende de ahí que la misma no puede estar sujeta a las leyes del mercado y a los acuerdos de libre cambio económico⁴⁴.

⁴⁰ Pastorino, Leonardo F.; Cenicacelaya, María de las Nieves; Tabieres, Susana y Diloreto, Alfredo, *El debate por el agua: mercancía o elemento esencial para la vida. El servicio público de agua potable en la provincia de Buenos Aires*, AbeledoPerrot Buenos Aires, N° 6, junio 2012, p.612. En la Organización Mundial del Comercio (OMC, o WTO, por sus siglas en inglés), el agua puede ser considerada como un bien transable más internacionalmente. Así, figura en la posición arancelaria 22.01 como aguas, incluidas las aguas minerales naturales o artificiales y las aguas gasificadas sin adición de azúcar. En sentido concordante, en el Nomenclador Arancelario de Argentina (común para los países del MERCOSUR) figura en la posición arancelaria 2201 y el agua de mar puede entrar como “sal marina” en la posición 2501.

⁴¹ Vega Cárdenas, Yenny, *ob.cit.*, p.794.

⁴² *Idem.*, p.795.

⁴³ *Idem.*, ps. 798 y ss.

⁴⁴ Halley, Paule et Gagnon, Christine, *Le droit nouveau de l'eau au Québec*, <http://gaiapresse.ca/fr/analyses/index.php?id=109>.

Pero además, la ley prohíbe la exportación masiva de agua que se tome en el territorio de la cuenca del Río San Lorenzo, a partir del 21 de octubre de 2009, si bien establece un detallado sistema de excepciones.

En primer lugar, se exceptúa el agua para la producción de energía hidroeléctrica; para ser comercializada para el consumo humano siempre que se la transporte en envases de hasta 20 litros; el aprovisionamiento de agua potable a establecimientos o poblaciones situadas en las zonas limítrofes a la provincia; el aprovisionamiento de vehículos (naves y aviones); por motivos de urgencia humanitaria o cualquier otro motivo de interés público. En este último caso, la ley prevé, nuevamente, una consulta pública en la región involucrada y según las condiciones que estime oportunas, pero con al menos treinta días de anticipación a su concreción. Otros casos excepcionales son contemplados en forma minuciosa por la ley.

Considerando el Acuerdo de la Cuenca del Río San Lorenzo, también la ley impone al Ministro la obligación de realizar un estudio de los impactos acumulados que los permisos de extracción de agua o su consumo puedan producir en la propia cuenca y sus ecosistemas. Para dicha evaluación se tendrán que tener en cuenta los principios de prevención y precaución, los impactos pasados y futuros, como también los efectos que puedan ocasionar el cambio climático y toda otra situación susceptible de afectar de manera significativa los ecosistemas acuáticos de la cuenca. Tal evaluación deberá reiterarse cada cinco años.

Asimismo, una evaluación similar debe realizarse en caso en el área de los grandes Lagos se produzca una pérdida de ciento noventa millones de litros de agua por día, promedio, en comparación con las evaluaciones anteriormente descriptas o cuando un estado parte del acuerdo así lo demandara. En tal caso, dichas evaluaciones deberán ser publicadas, pudiendo la población presentar por escrito sus observaciones y las medidas necesarias para mantener o reforzar la protección, la gestión o la restauración del recurso hídrico de la cuenca.