EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN MÉXICO; UN INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN PARA LAS PERSONAS Y LOS ECOSISTEMAS

Rodrigo Gutiérrez Rivas*

Derechos Reservados, (C)2010
IIJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Fuente: Revista de Cuestiones Institucionales

El objetivo principal de este documento inicial sobre agua y derechos fundamentales consiste en aportar algunas categorías jurídicas que puedan ser de utilidad para continuar con una discusión que ha sido planteada por amplios sectores de la población en México. Me refiero a aquella que gira en torno a la pregunta sobre si conviene, o no, establecer en México el derecho fundamental al agua.[1]

Para ello consideré conveniente comenzar trazando algunas líneas básicas que permitan esbozar lo que significa, en términos jurídicos, proteger un interés o una necesidad con base en un derecho fundamental. Una vez expuesto este bosquejo preliminar intentaré dar respuesta a cuatro preguntas clave: *a)* cuál es el papel que estas normas desempeñan dentro del Estado constitucional; *b)* cuál es el contenido del derecho fundamental al agua; *c)* qué obligaciones se desprenden del mismo para el Estado, y *d)* qué relación existe en la actualidad entre el derecho fundamental al agua y nuestra Constitución. En el apartado de cierre hago referencia a las objeciones más recurrentes que se anteponen a este derecho y propongo algunas respuestas posibles.

Es importante señalar que para construir el documento he aprovechado la teoría del garantismo constitucional, que parte de la idea según la cual el Estado es un instrumento creado por los ciudadanos con el objetivo principal de mejorar las condiciones de vida de todas las personas, la supervivencia de otras poblaciones animales y la sustentabilidad de los ecosistemas. En concordancia con este marco teórico considero que todos los derechos se encuentran en situación de interdependencia[2] y son todos exigibles igualmente en su totalidad.[3] Los concibo como estrategias jurídicas de defensa y protección de aquellos bienes, necesidades e intereses que una comunidad política identifica como los más relevantes para asegurar una vida digna en el planeta, tanto de las generaciones presentes como de las futuras.

I. ¿Qué es un derecho fundamental?

Para comprender el alcance que implica sostener que el agua debe convertirse en un derecho fundamental, conviene comenzar preguntando ¿qué significa, en términos generales, tener un derecho?

Para dar respuesta a esta pregunta inicial es útil hacer una primera distinción entre dos usos muy comunes que en lengua castellana suele darse a la palabra "derecho" y que generan confusión.

En un primer caso se puede utilizar esta palabra para referirse a un conjunto o sistema de normas. Por ejemplo, en el enunciado: "El *derecho* mexicano debe preocuparse por asegurar la sustentabilidad de los ecosistemas", la palabra "derecho" está haciendo referencia a todo un ordenamiento jurídico compuesto por Constitución, leyes, reglamentos e incluso sentencias de los jueces que regulan situaciones y relaciones.

Ahora bien, es igualmente posible utilizar la palabra "derecho" para referirse a una potestad que el sistema jurídico le reconoce a un sujeto individual o colectivo. En el enunciado: "Todas las personas tienen *derecho* a la libre expresión", el término "derecho" está aludiendo a una atribución otorgada por una norma a todas las personas, frente a la cual otros sujetos tienen obligaciones correlativas.

En el primer caso hablamos de derecho como el conjunto de la totalidad de las normas jurídicas, que en inglés se traduce como *the law*. En el segundo caso hablamos de un derecho (atribuido a sujetos o colectivos) que en inglés se traduce como *a right*.

Aclarado esto, podemos decir, como primera aproximación, que tener un derecho fundamental significa que a un sujeto —o a un grupo de sujetos— se les ha otorgado una pretensión justificada,[4] de hacer o no hacer algo, y de reclamar de otro sujeto (generalmente el Estado) —o sujetos— que hagan o no hagan algo.

Es importante destacar que, para hablar de derecho en sentido legal, la justificación de esta pretensión debe estar basada en una norma jurídica. Así las cosas, puede decirse, siguiendo a Guastini,[5] que son dos elementos los que conforman la noción de derecho fundamental: a) una pretensión, y b) una justificación basada en una norma que aporte el fundamento de dicha pretensión.

En resumen, puede afirmarse que tener un derecho "significa que una norma jurídica asigna a un sujeto una expectativa negativa (de omisión) o una expectativa positiva (de acción), y crea sobre otros sujetos los correspondientes deberes u obligaciones".[6]

Por poner un ejemplo: en México, una persona o un grupo de personas pueden decir que tienen derecho a obtener información debido a que el artículo 6o. de nuestra Constitución les concede esa *pretensión justificada* (derecho de acceso a la información), que correlativamente obliga a otros sujetos (especialmente al Estado) a no interferir en la búsqueda de datos, conocimiento o informes, e incluso los obliga a otorgarlos.

Por lo que toca al agua, cuando se establece este derecho en una Constitución,[7] los ciudadanos tienen una *pretensión justificada* que les permite exigir las correlativas obligaciones por parte del Estado, por ejemplo, de que este último no contamine las fuentes hídricas,[8] o bien de que ese mismo Estado vigile que terceros no las deterioren, o bien que el agua para uso personal y doméstico no se encarezca hasta el punto de comprometer la economía de los grupos con mayores desventajas, o también que se vigile y sancione la sobre explotación de los mantos acuíferos para no poner en riesgo la sustentabilidad de los ecosistemas.

Las obligaciones específicas a las que queda vinculado el Estado se desarrollan posteriormente en las leyes secundarias creadas en el debate parlamentario, o bien al firmar pactos o tratados Internacionales que las establecen.[9] Lo relevante del derecho fundamental es que el Estado queda obligado a considerar al agua como una prioridad que se debe proteger frente a otros intereses con los que pueda entrar en conflicto.

II. La función de los derechos en el Estado Constitucional

Y es que si hasta ahora hemos enfatizado el carácter subjetivo de los derechos fundamentales —esto es, la posibilidad que los ciudadanos adquieren a través del derecho de exigir al Estado determinados comportamientos u obligaciones—, los derechos también tienen un carácter objetivo. De este carácter objetivo de los derechos, se desprende que todos los poderes del Estado quedan obligados a actuar priorizando ciertos intereses sobre otros.

El convertir un interés o una necesidad —como lo es la expresión

de las ideas (artículo 6o.), el voto (artículo 35), un juicio justo (artículo 14), la educación (artículo 3o.), el medio ambiente (artículo 4o.)— en derecho fundamental, significa que la comunidad política ha decidido otorgarle a dicho interés una posición de máxima jerarquía dentro de su sistema jurídico. Esto suele hacerse con aquellos bienes que tienen especial relevancia para la supervivencia de los entornos sociales o ambientales. Al hacerlo, colocamos a estas necesidades como prioridades dentro del sistema jurídico de tal forma que los integrantes de la comunidad, pero especialmente los poderes públicos, quedan jurídicamente obligados a privilegiar dichos intereses cuando colisionen con otros no relevados por la comunidad.

Para entender esto, conviene profundizar en el ejemplo ya citado del derecho a la información. Cuando se estableció en el artículo 6o. de la Constitución mexicana que "el derecho a la información será garantizado por el Estado", los poderes públicos en México quedaron obligados a *respetar*, *proteger* y *garantizar* que todas las personas en el país puedan buscar y exigir información. Debido a que en un momento histórico determinado llegamos al acuerdo en nuestra comunidad política de que el acceso de los ciudadanos a la información es de vital importancia para la supervivencia del sistema democrático que queremos preservar, se decidió constitucionalizar este interés y convertirlo en prioridad a través del derecho fundamental de acceso a la información. Como consecuencia, todos los poderes del Estado quedaron obligados a *respetar* los esfuerzos que los ciudadanos lleven a cabo en su búsqueda de información; a *proteger* a los ciudadanos frente a terceros que pretendan frenar o impedir esta búsqueda, y a *garantizar* que los ciudadanos puedan tener acceso efectivo a la información, incluyendo la que genere el Estado.

De hecho así lo ha entendido el gobierno mexicano, quien a través de los cauces legislativos ha creado nuevas instituciones[10] especializadas y ha invertido una enorme cantidad de recursos, para garantizar el derecho. A partir de su constitucionalización, tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial están obligados a priorizar este derecho al tomar sus decisiones y emitir sus actos: el primero no puede crear leyes que vayan en contra del derecho —y en caso de que así suceda dicha ley puede ser anulada por inconstitucional—; el segundo no puede dictar actos que vulneren el derecho, y el tercero está obligado a emitir sentencias ajustándose a los contenidos del mismo. Estas son las consecuencias que se desprenden del carácter *objetivo* del derecho. Por otra parte, el carácter *subjetivo* implica que los ciudadanos puedan exigir el cumplimiento del derecho,

especialmente a través de las garantías de protección (por ejemplo, juicio de amparo o comisiones de derechos humanos) que el propio Estado está obligado a proporcionar.

Lo mismo ocurre con todos los demás derechos como puede ser el del voto universal y secreto. A partir de las movilizaciones y exigencias ciudadanas que surgieron en México en la década de los setenta por el respeto, la protección y la garantía de este derecho, el Estado mexicano comenzó a modificar el marco legal (reforma de 1977) y posteriormente a invertir millones de pesos en el Instituto Federal Electoral, en el Tribunal Federal Electoral, en el financiamiento a los partidos políticos, etcétera, para garantizar que el derecho que la Constitución otorga a los ciudadanos de elegir y ser elegidos a través del voto universal, pudiera ser exigible y justiciable.

III. El derecho fundamental al agua

Por lo que toca a la actual problemática del agua, un amplio sector de la población en México (y de muchas otras regiones del planeta) está generando un importante debate sobre la posibilidad y la conveniencia de proteger este recurso constitucionalizando el derecho fundamental al agua. Ello se debe a que tanto la administración, como la academia y la sociedad han cobrado conciencia de que este recurso es escaso y está en grave peligro. La destrucción por contaminación de la mayor parte de nuestras fuentes superficiales, el encarecimiento del agua potable por su embotellamiento y distribución por empresas privadas, la inequitativa distribución del líquido entre personas y grupos, así como la inconsciente e irresponsable extracción del recurso por el mercado en detrimento de los ecosistemas y el medio ambiente han hecho sonar todas las alarmas.

Este entramado complejo de problemáticas ha producido reacciones desde los más variados espacios institucionales y ciudadanos que hoy se están movilizando para frenar el deterioro de los sistemas sociales y ambientales en su estrecha relación con el agua. Nada de esto resulta extraño puesto que lo más obvio y grave de esta situación es que la vida, presente y futura, de la personas, de las culturas y de los ecosistemas, depende directamente de la cantidad de agua que hoy seamos capaces de proteger y garantizar en el largo plazo. La creciente crisis hidrológica en la que se encuentra el planeta —de la que México no escapa— está exigiendo la puesta en marcha de todos los instrumentos que estén a nuestro alcance para intentar frenar las

graves consecuencias que ya estamos padeciendo. La pregunta es si el derecho puede ser uno de estos instrumentos.

La respuesta que se ha dado en el debate internacional es que sí. A partir de la Declaración de Mar de la Plata en 1977, que por primera vez reconoció a escala mundial el derecho de todas las personas a tener acceso al agua potable en cantidad suficiente, los países han comenzado a firmar decenas de tratados y pactos internacionales que establecen el derecho al agua; muchos de ellos han sido firmados por el presidente de la República en México y ratificados por el Senado.[11]

IV. El contenido normativo del derecho fundamental al agua

Sin embargo, ha sido a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) que la comunidad internacional ha desarrollado con mayor detalle este derecho. Es importante decir que el Senado mexicano ratificó este Pacto el 18 de diciembre de 1980, acto jurídico que se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 1981, donde se señaló que dicha norma comenzaría a ser vinculante para el país a partir del 23 de marzo de 1981. Al ratificar este instrumento, el Estado mexicano aceptó voluntariamente las obligaciones para realizar progresivamente, y utilizando el máximo de los recursos disponibles, el derecho al agua que, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), es esencial para alcanzar un nivel de vida adecuado.

De acuerdo con el Comité DESC —órgano especializado encargado de vigilar la aplicación del PIDESC y facultado por la ONU para realizar la interpretación autorizada del mismo—[12] el derecho al agua se desprende de los artículos 11.1[13] y 12[14] del Pacto. Así lo ha establecido en su Observación General número 15[15] (OG 15) donde además ha detallado con mucha precisión el contenido esencial de dicho derecho así como las obligaciones que adquieren los Estados al firmar el instrumento.

Antes de esbozar el contenido y las obligaciones, es conveniente hacer un breve paréntesis para subrayar que esta norma internacional forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y tiene un alto rango jerárquico dentro del mismo. A partir de la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) realizó del artículo 133 constitucional, al resolver un amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores Aéreos

(amparo 1475/98), hoy, en México, los tratados internacionales se encuentra sólo por debajo de la Constitución pero por encima de todas las demás normas,[16] incluyendo todas las leyes secundarias creadas por el Congreso de la Unión, así como los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo o los demás actos que éste produzca.

Pero volviendo al contenido del derecho al agua, en la OG 15 el Comité DESC ha establecido que "El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico". Considera el Comité que este derecho se encuadra con toda claridad en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado porque es una condición necesaria para la supervivencia. Y aunque en la Observación se señala que en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos, también los Estados deben reconocer que se trata de un bien que es indispensable para el ejercicio de otros derechos como el de alimentación adecuada, higiene ambiental, salud, derecho a ganarse la vida mediante un trabajo, derecho a disfrutar determinadas prácticas culturales.

Por ello, dicho órgano especializado ha también señalado que "los Estados parte deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la supervivencia de los pueblos indígenas". En relación con estos últimos, se conmina a los Estados para que faciliten los recursos que les permitan a las comunidades planificar, ejercer y controlar su acceso al agua.

Debido a que los derechos son instrumentos creados para garantizar el acceso de todas las personas a un conjunto de necesidades y libertades mínimas que les permitan tener una vida digna, el Comité manifiesta en la Observación una preocupación especial por aquellos grupos en situación de discriminación y establece que los Estados firmantes deben prestar mayor atención a las personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho. En el apartado 16 c) de dicho documento, se especifica que los Estados partes deben velar por que las zonas rurales y urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua.

Por tanto, para el Comité, el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario y el

derecho a no ser objeto de injerencias, por ejemplo no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. Asimismo, la Observación señala que los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas. Expresamente establece que

> lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnológicas. El agua debe tratarse como un bien social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.

Ahora bien, debido a que lo adecuado para el ejercicio del derecho puede variar en función de distintas condiciones que existan en cada región, existen cinco factores que se deben aplicar en cualesquiera circunstancias.

a) Disponibilidad. Esto significa que el suministro de agua para cada persona debe ser continuo[17] y suficiente para el uso personal y doméstico.

b) Calidad. El Comité, además de señalar que el agua debe ser suficiente, establece que debe estar libre de agentes que puedan ser dañinos para la salud: microorganismos y sustancias químicas o radioactivas. Debido a que en el mundo, y especialmente en los países menos desarrollados, un porcentaje alto de las enfermedades se transmiten a través del agua, el Comité se ha preocupado por establecer que el recurso al que puedan tener acceso las personas debe ser salubre con un color, olor y sabor aceptables. Para la elaboración de normas nacionales que aseguren la inocuidad del agua, el Comité remite a las Guías para la Calidad del Agua Potable emitidas por la Organización Mundial de la Salud.

c) Accesibilidad física. En tercer lugar tener derecho al agua supone que las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En cada hogar,[18] institución educativa o lugar de trabajo debe haber un suministro de agua o, por lo menos, la posibilidad de tener acceso a alguno que esté en sus cercanías inmediatas.

d) Asequibilidad o accesibilidad económica. Esto significa que el agua y los servicios e instalaciones que permitan acceder a ella deben ser asequibles en relación con el ingreso de las personas.

El Comité establece que los costos asociados con el abastecimiento del agua no deben comprometer la capacidad de las personas para acceder a otros bienes esenciales como salud, educación, vivienda u otros derechos.

e) No discriminación. Con base en el concepto de no discriminación, el Comité establece que el agua salubre y los servicios deben estar al alcance físico y económico de todas las personas y especialmente de aquellas que históricamente no han podido ejercer este derecho por motivos de raza, religión, origen nacional, o cualquier otro de los motivos que están prohibidos.

Derecho fundamental al agua y derecho al medio ambiente

Antes de comenzar a explicar las obligaciones que adquieren los Estados al firmar el PIDESC, es importante trazar algunas líneas sobre la relación que existe entre el derecho al agua y el derecho a un medio ambiente sano. No se trata de una cuestión de principios sino de supervivencia. Si no encontramos con cierta rapidez formas sustentables de convivencia entre el hombre y la naturaleza, el riesgo que corremos es quedarnos sin el foro planetario para la discusión sobre nuestros problemas económicos, sociales y culturales. La escalada del deterioro del ecosistema exige hoy que el debate sobre los derechos busque respuestas a los problemas que amenazan la ecósfera.

En un espacio tan reducido como éste, resulta imposible profundizar en el enorme reto que ello significa, sobre todo si pensamos que existen posiciones ecologistas que están planteando la necesidad de sustituir el viejo "contrato social" por un nuevo "contrato natural" que convierta a la totalidad del universo en "sujeto de derecho". Debates de este calado, obligan a reflexionar sobre la necesidad de cambiar el núcleo central del sistema filosófico en el que se apoya la teoría de los derechos para comenzar a pensar la cuestión medioambiental no en términos de ser humano *y* naturaleza, sino en términos de ser humano *en* la naturaleza.[19]

Sin poder profundizar en todo ello, lo que sí interesa destacar aquí es la importancia de buscar los vínculos entre derechos humanos y medio ambiente. Por ahora, como espacio de encuentro que permite acercar posiciones y continuar avanzando en la discusión contamos con el concepto de desarrollo sustentable que nos permite tender puentes entre la problemática ambiental y la social.

En este sentido conviene decir que el Comité alude en múltiples ocasiones a la importancia del recurso para la preservación y

sostenibilidad[20] del medio ambiente. Como ejemplo, queremos referimos al apartado 28 de la OG 15, donde se insiste en que los Estados firmantes deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias, el Comité señala que los Estados deben examinar las repercusiones que puedan tener ciertas medidas en la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, como los cambios climáticos, la desertificación, la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad. Sobre esto último, la Observación remite al Convenio sobre Biodiversidad Biológica, a la Convención de lucha contra la Desertificación y a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

V. Obligaciones que se desprenden del derecho al agua para los Estados

1. *Obligaciones jurídicas generales*

El artículo 2o. del PIDESC resulta especialmente relevante debido a que en él se describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados firmantes. El Comité ha interpretado[21] que, aun cuando en el párrafo 1 de dicho artículo se establece que la realización de las obligaciones es paulatina y progresiva, los Estados firmantes adquieren algunas de ellas con efecto inmediato. De éstas, dos resultan especialmente importantes: 1) garantizar los derechos reconocidos en el pacto sin discriminación, y 2) adoptar medidas.

En el caso del derecho al agua, la obligación de adoptar medidas significa que los Estados tienen el deber constante y continuo de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del mismo. Deben marcar un rumbo y comenzar a dar pasos hacia la meta establecida dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto.

Entre las medidas que el Estado debe adoptar — sin poder justificar su omisión— están las de: a) adecuación el marco legal; b) revelación de información, y c) provisión de recursos judiciales efectivos en la materia.[22]

Es importante señalar que existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua

está prohibida por el Pacto. En caso de que éstas sean adoptadas, corresponde al Estado demostrar que se han aplicado tras un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles.[23]

2. Obligaciones jurídicas específicas

Ahora bien, al igual que todos los derechos humanos, el derecho al agua impone tres tipos de obligaciones a los Estados parte, éstas son las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Las tres tienen como objetivo general que el derecho al agua se convierta en una prioridad para los Estados parte y en una realidad para personas y medio ambiente.

a) La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de realizar cualquier práctica o actividad que restrinja o deniegue el acceso al agua potable de cualquier persona. Esto significa, entre otras cosas, que bajo ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua para su uso personal y doméstico. También supone la prohibición de contaminación de fuentes de agua por parte de instituciones pertenecientes al Estado, o bien, la de limitar el acceso a los servicios y la infraestructura de suministro como medida punitiva o de coacción comercial.

b) La obligación de proteger impone a los Estados el deber de impedir que terceros puedan menoscabar el disfrute del derecho al agua. El Estado queda obligado a controlar y regular a particulares, grupos, empresas y otras entidades para que no interfieran con el disfrute del derecho de todas las personas. Se trata de una obligación de enorme relevancia en contextos en los que existe una creciente participación de actores privados en las labores de gestión y distribución del agua. Esta obligación exige que el Estado impida a aquellas empresas que controlan redes de distribución, presas, pozos u otras fuentes, menoscaben el acceso, por razones físicas o económicas, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. En la Observación General 15 se exige de forma explícita que los Estados establezcan un sistema normativo eficaz y de conformidad con el PIDESC, para conseguir estos objetivos.

c) Por último, la obligación de cumplir se subdivide en obligación de facilitar, promover y garantizar. Todas ellas obligan a los Estados parte a que, de forma progresiva pero utilizando el máximo de los recursos disponibles, dirijan sus esfuerzos para concretar el derecho al agua. La obligación de facilitar exige a los Estados que adopten medidas positivas que permitan a todas las personas y

comunidades ejercer el derecho. La obligación de promover impone a los Estados la exigencia de adoptar estrategias de difusión y comunicación sobre el uso adecuado del agua y la protección de las fuentes. Por último, la obligación de garantizar se traduce en el requerimiento a los Estados para que hagan efectivo el derecho en los casos en los que las personas, por circunstancias ajenas a su voluntad, no estén en condiciones de ejercer por sí mismas ese derecho.

Como cierre de este apartado de obligaciones, interesa aquí subrayar que entre los ejemplos que la OG 15 releva, referidos a la obligación de cumplir, en primer lugar se pronuncia sobre a la necesidad de que los Estados parte reconozcan en grado suficiente este derecho en el ordenamiento jurídico a través de las leyes nacionales.

VI. EL Derecho al Agua y La Constitución Mexicana

Como ya se ha señalado en párrafos anteriores, a partir de que el Senado de la República ratificó el PIDESC, todos los derechos contenidos en el Pacto (incluyendo el derecho al agua), y sus correlativas obligaciones, forman parte de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, debido a las características de nuestra cultura jurídica, muy arraigada a una tradición legalista y autorreferencial, dichos instrumentos internacionales suelen ser desatendidos por la mayoría de los operadores jurídicos en el país, a pesar de que ello supone incurrir en responsabilidad internacional. Como lo señala Rodríguez:

> es claro que un derecho impone al Estado un complejo de obligaciones cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional de éste. Así, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales establecen una serie de obligaciones para el Estado, tanto de abstención como de dar o hacer, de medio y de resultado, entre las cuales se encuentran la adecuación del marco legal, la formulación de planes y programas, la provisión de recursos efectivos, la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos, la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad.[24]

Esta situación general de incumplimiento de las obligaciones internacionales, contraídas voluntariamente, coloca a las autoridades mexicanas en una condición de permanente violación

del Estado de derecho. Por ello se ha insistido en la conveniencia de adecuar nuestra propia Constitución al marco internacional en materia de derechos, ya que ello contribuirá a acelerar el proceso de adecuación de nuestra legislación secundaria —en el caso del agua sería la Ley de Aguas Nacionales— a los compromisos contraídos con el exterior. El no hacerlo está minando las bases de legitimidad de nuestras autoridades, quienes están actuando constantemente en contravención a normas ya establecidas y del más alto rango jerárquico.

A esta inconveniente circunstancia hay que añadir el permanente estado de confusión jurídica que existe en el país por el hecho de que el agua está regulada en nuestra Constitución, pero no como un derecho fundamental. Esta contradicción entre los Tratados y la Norma Suprema impide aclarar la naturaleza jurídica de nuestras aguas generando inconsistencias de la legislación secundaria. Hasta la fecha, la Ley de Aguas Nacionales, reformada en el 2004, no hace ninguna alusión al derecho fundamental al agua, a pesar de que la OG 15 del PIDESC —donde se precisa con detalle dicho derecho— es anterior a la reforma. Esto produce que hoy tengamos una Constitución que no contiene el derecho al agua, aunque diversos pactos, convenciones y tratados firmados por México —con rango superior a las leyes— sí lo establecen, y toda una legislación secundaria no lo desarrolla, contraviniendo así a los tratados.

Este clima general de confusión, que genera un alto grado de inseguridad jurídica, se podría comenzar a aclarar y resolver si respetáramos el espíritu original de nuestro Poder Constituyente de 1917, quien sí había incluido en la Constitución dicho derecho.[25] Y es que resulta más congruente, con el esquema de nacionalización del agua que se estableció en la Constitución de 1917, tener el derecho al agua que no tenerlo.

Por todas estas razones se ha insistido desde distintos espacios ciudadanos, académicos, políticos sobre la constitucionalización del derecho fundamental al agua. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la reciente Constitución Sudafricana que retoma el espíritu el PIDESC y establece en su:

> Artículo 27:
>
> 1) Todas las personas tienen el derecho de acceso a:
>
> a) servicios de salud, incluyendo salud reproductiva;

b) suficiente alimento y agua;

c) seguridad social.

2) El Estado debe tomar medidas legislativas razonables y otras medidas de acuerdo con su disponibilidad de recursos para lograr la realización progresiva de cada uno de estos derechos.

3) ...

VII. Objeciones que comúnmente se anteponen al derecho al agua y algunas respuestas

Antes de cerrar conviene señalar cuáles son las objeciones que se suelen oponer contra el derecho al agua, éstas se pueden sintetizar en cuatro planteamientos principales: a) el argumento sobre el carácter prestacional, económicamente gravoso, del derecho; b) el argumento de la indeterminación del derecho; c) el argumento de que el derecho implica su gratuidad, y d) el argumento del no pago por parte de los usuarios.

a) Quizá el argumento más extendido que suele esgrimirse contra el derecho fundamental al agua es que se trata de un derecho que supone obligaciones prestacionales por parte del Estado que son muy caras y por tanto imposibles de soportar por las arcas públicas. Se trata de un argumento que suele dirigirse no sólo contra el derecho al agua sino contra los derechos sociales en general. Esta postura se basa en la idea de que los derechos civiles y políticos (primera generación) suponen obligaciones negativas por parte del Estado que no requieren recursos económicos. En cambio —se argumenta— los derechos sociales (segunda generación) suponen obligaciones positivas muy caras que son imposibles de cubrir. Aunque se ha insistido ya mucho sobre el carácter simplista de esta postura, puesto que tanto los derechos civiles como los sociales comportan obligaciones mixtas, negativas y positivas, en parte costosas y en parte no costosas, conviene aquí volver a insistir que incluso órganos especializados en materia de derechos ya han fijado su postura contraria a esta argumentación.[26] Así como el derecho a la libertad de expresión (derecho civil) requiere acciones positivas y un importante gasto de recursos por parte del Estado para garantizar condiciones favorables que fomenten el necesario pluralismo en los medios de comunicación, así el derecho a la vivienda (derecho social) puede

significar simplemente no realizar un desalojo forzoso, lo que supone un comportamiento negativo, no costoso, por parte del Estado.[27] Esto ya lo ha entendido el gobierno mexicano quien, a través del Poder Legislativo, recientemente creó la nueva Ley Federal de Vivienda que desarrolla el derecho a una vivienda adecuada.

b) El segundo argumento también suele ser un posicionamiento que se esgrime contra el reconocimiento de los derechos sociales en general. En este caso se dice que dichos derechos son imprecisos en su contenido y sus obligaciones vagas e indeterminadas. En cambio —se dice— las obligaciones de los derechos civiles son precisas y detalladas. Sin embargo, no parece ser esta una tesis fuerte. Como lo señala Pisarello:[28] no es evidente que conceptos como vida, intimidad privada o libertad de tránsito sean más precisas que educación básica, nivel adecuado de salud o acceso al agua. Lo que es cierto, como señala el autor, es que mientras los derechos civiles han sido interpretados desde hace siglos por cientos de tribunales en todo el mundo, los derechos sociales han recibido menor atención, entre otras razones porque no existen las vías procesales adecuadas que permitan plantear estos problemas ante tribunales. Sin embargo, como lo muestra la OG 15 del PIDESC, también es perfectamente posible determinar con claridad el contenido de los derechos sociales así como las obligaciones que éstos imponen a los Estados.

c) En tercer lugar suele decirse que el derecho al agua supone que el Estado quedará obligado a garantizar la gratuidad del recurso. Esto no es exacto. Aunque a nivel mundial existe un debate abierto sobre si todas las personas deberían poder recibir un número determinado de litros diarios sin tener que pagar por ellos, la OG 15 en ningún momento habla de gratuidad. De lo que sí habla es de que todas las personas, especialmente aquellas en situación de discriminación, deben poder tener acceso diario a un número de litros suficientes para poder beber, preparar la comida, bañarse y lavar la ropa (usos personal y doméstico) sin que ello comprometa su economía. La observación establece con claridad que uno de los factores del derecho al agua es que éste debe ser accesible económicamente pero no necesariamente gratuito. Esto parece bastante razonable en un contexto mundial de globalización económica en el que más de 1,200 millones de personas carecen de agua potable mientras los procesos de privatización se profundizan y aceleran sin que ello esté reportando claros beneficios a la población pobre del planeta. En este marco de creciente desigualdad, los derechos tienen por objeto fortalecer la

capacidad de los gobiernos centrales, frente a los poderes privados, para reconciliar las políticas macroeconómicas con los objetivos sociales.[29]

d) Finalmente, también suele señalarse que si incluye el derecho fundamental al agua dentro del sistema jurídico, los ciudadanos dejarían de pagar el consumo que hagan de ella. En primer lugar, conviene decir que en la actualidad es muy común que quienes tienen menos recursos y agua de peor calidad son quienes están pagando más por ella. Y viceversa, quienes están obteniendo ganancias con ella, contaminándola y sobreexplotando las fuentes, hoy reciben importantes subsidios gubernamentales.[30] Convertir al agua en derecho fundamental ayudaría a introducir en la conciencia colectiva la idea de que este recurso es una necesidad vital para la supervivencia del planeta y no un instrumento más que forma parte de los procesos de producción industrial. El agua como derecho permitiría que nuestro Estado fortaleciera su posición frente a los poderes privados que hoy ejercen fuertes presiones para no pagar el agua que utilizan y que contaminan. Desde este punto de vista, el derecho se convierte en un instrumento para que el agua la pague quien debe hacerlo y así el Estado tenga los recursos suficientes para diseñar sistemas de subsidios progresivos o tarifas diferenciadas para quienes realmente lo necesitan. El derecho se convierte por ello en una vía que puede contribuir a dignificar la vida de las personas y la sustentabilidad de los ecosistemas, y no sólo para garantizar la estabilidad de los mercados y el desarrollo de las empresas.

Como último señalamiento, me interesa destacar que el crecimiento y la globalización de los mercados, así como el perfeccionamiento de la tecnología, han creado una eficiencia económica que es insensible a la destrucción de los entornos ambientales y de las culturas. Este proceso está produciendo reacciones desde los más amplios sectores de la población que se están movilizando en la búsqueda de respuestas a través de las cuales puedan construirse espacios de encuentro entre personas y medio ambiente El derecho, y de manera específica los derechos sociales y ambientales, parece un instrumento capaz de colaborar en la construcción de estos espacios. Hoy, amplios sectores de la población, en México y en el mundo, consideran que el derecho fundamental al agua, en una relación de interdependencia con otros derechos (incluyendo el de un ambiente sano), puede servir como puente entre los intereses en conflicto. Es necesario que desde la Universidad, que es el espacio natural para la discusión, se continúe ampliando y profundizando en el debate para intentar ofrecer respuestas incluyentes que tomen en cuenta las

necesidades y los intereses de todos los integrantes de nuestra comunidad política.

* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

Notas:

1 En México a los derechos fundamentales la doctrina tradicional suele denominarlos "garantías individuales". En este documento no habré de utilizar esta categoría. Considero necesario —por las consecuencias prácticas que se desprenden de ello— que en México debemos comenzar a distinguir entre derechos y garantías y, paralelamente, debemos profundizar en el debate sobre derechos colectivos y no sólo sobre los individuales. 1

2 La interdependencia de los derechos fue reconocida formalmente en el apartado 1.5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 1993. En dicho apartado se señala que "Todos los derechos son universales, indivisibles, e interdependientes y están relacionados entre sí". 2

3 Para profundizar en el concepto de exigibilidad, véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. 3

4 Guastini, Ricardo, "Derechos: una contribución analítica", en Sauca, José María, *Problemas actuales de los derechos fundamentales,* Madrid, Universidad Carlos III, 1994, p. 128. 4

5 *Ibidem,* p. 129. 5

6 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Ediciones GPS, 2006, p. 5. 6
7 Existen varios países donde ya se ha constitucionalizado el derecho al agua. En las Constituciones de Uganda (1995), Sudáfrica (1996) y Ecuador (1998) se reconoce el derecho de forma explícita. En las de Cambodia (1993), Colombia (1991), Eritrea (1997), Etiopía (1995), Guyana (1980), Gambia (1996), Irán (1979), Laos (1991), Nigeria (1999), Panamá (1994), Portugal (1997), Venezuela (1999) y Zambia (1996) hay un reconocimiento explícito de obligaciones para el Estado. Véase, Legal Resources for the Right to Water: Internacional and National Standards, Sources 8, COHRE, Ginebra, 2004, pp. 46-52. 7
8 En México, la contaminación del agua que produce Pemex en Tabasco, podría ser considerada como la violación de un derecho fundamental y por tanto permitiría que ciudadanos pudieran exigir, a través del Poder Judicial, que se frenaran los derrames, se indemnizara a las víctimas o se repararan los daños ambientales. 8
9 En el apartado V de este trabajo habremos de señalar algunas de las obligaciones a las que ya se ha comprometido el Estado mexicano en materia de derecho fundamental al agua al firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU. 9
10 El Instituto Federal de Acceso a la Información y sus réplicas en los estados son sólo un ejemplo de ello. También hay que tomar en cuenta todo el gasto que el Estado lleva a cabo en el

mantenimiento de tribunales, procuradurías o en las instancias de vigilancia y regulación de medios de comunicación e información que también son instancias de protección de este derecho. 10
11 Como ejemplos podemos citar la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (1979)* que expresamente establece en su artículo 14 inciso h) "Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el *abastecimiento de agua*, el transporte y las comunicaciones…", ratificada por México el 18 de diciembre de 1980 mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981. El inicio de la vinculación es de 23 de marzo de 1981. 11
12 El Comité fue establecido en 1985 a través de la resolución del ECOSOC 1985/17 de 28 de mayo de 1985. Su primera sesión ocurrió del 9 al 27 de marzo de 1987. 12
13 Derecho a un nivel de vida adecuado. 13
14 Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. 14
15 E/C. 12/2002/11, noviembre de 2002. 15
16 De esta resolución deriva la tesis 192,867 cuyo título es "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* t. X, noviembre de 1999, novena época, pleno, tesis P. LXXVII/99, p. 46. 16
17 "Continuo" significa que la periodicidad del

suministro de agua es suficiente para los usos personal y doméstico. 17
18 El hogar puede ser tanto vivienda permanente o simplemente un lugar de alojamiento provisional. 18
19 Carmona, Ma. del Carmen, "Derechos humanos y medio ambiente: nuevos desafíos", en Díaz-Müller, Luis (coord.), *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia,* México, UNAM, 2006, p. 35. 19
20 Para una definición de sostenibilidad, la Observación General 15 remite a los principios 1, 8, 9, 10, 12 y 15 de la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo; al Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, del 3 al 14 de junio de 1992; y al Programa 21, en particular a los principios 5.3, 7.27, 7.28, 7.35, 7.39, 7.41, 18.3, 18.8, 18.35, 18.40, 18.48, 18.50, 18.59 y 18.68. 20
21 Observación General número 3 punto 1. 21
22 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 81-89. 22
23 Observación General número 15 punto 19. 23
24 Rodríguez, Gabriela, "Normas de responsabilidad internacional de los Estados", en Courtis, Christian et al., *Protección internacional de derechos humanos: nuevos desafíos,* México, Porrua-ITAM, 2005, p. 251. 24
25 El artículo 27 de nuestra Constitución ha sido reformado en 16 ocasiones, lo que ha supuesto una transformación radical del mismo. En la redacción original de 1917 el párrafo tercero tenía un fraseo que establece el derecho al agua.

En él se señalaba que "Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación". 25

26 Valgan por todas las sentencias, las de la Corte Europea de Derechos Humanos que en múltiples casos ha establecido el carácter positivo de las obligaciones de derechos civiles. Asimismo lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios asuntos, entre otros el *Caso Velásquez Rodríguez,* Sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrafo 166. Véase, Sepúlveda, Magdalena, "La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos", en Courtis, Christian *et al.*, *Protección internacional de derechos humanos…* , cit., nota 24, p. 285. 26

27 *Ibidem*, p. 287. 27

28 Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción,* Madrid, Icaria, 2004, p. 163. 28

29 Kothari, Miloon, "La privatización de los derechos humanos: el impacto de la globalización en la vivienda digna el agua y el saneamiento", en Social Watch, *Los pobres y el mercado,* Informe 2003, p. 18. 29

30 Son muchos los ejemplos que se pueden señalar en México. Valga por todos el reciente caso de una empresa lechera que goza de

exenciones fiscales en materia de agua y agotó en tres meses reservas subterráneas en Cuatrociénegas muy importantes para personas y ecosistemas. Véase, *La Jornada,* 12 de agosto de 2006. 30