

DESALACIÓN DEL AGUA EN MÉXICO: UNA VISIÓN DESDE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El agua en México: un negocio rentable*. III. *La función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*. IV. *El derecho fundamental al agua*. V. *El contenido normativo del derecho fundamental al agua*. VI. *Obligaciones que se desprenden del derecho al agua para los estados*. VII. *Derecho al agua y Constitución mexicana*. VIII. *Conclusión: derecho fundamental al agua y desalación*.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es analizar la problemática de la desalación del agua en México con base en la teoría de los derechos sociales fundamentales. De forma específica tomando en cuenta el contenido esencial del derecho fundamental al agua y las obligaciones que éste impone al Estado. La preocupación que está detrás de este esfuerzo analítico es que el proceso técnico de desalación del agua podría convertirse en una vía más para la mercantilización del líquido y su consecuente concentración en sectores privilegiados de la sociedad.

Como se destacará en algunos de los párrafos de este trabajo, las posibilidades que a lo largo de la historia de nuestro país han tenido diferentes sectores de la población para acceder al líquido son desiguales y en la actualidad su distribución suele estar marcada por la discriminación. A

* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; especialista en derecho y ciencia política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

este proceso de exclusión histórica hay que agregar que en la actualidad existe en México una fuerte presión para que se amplíen los mercados del agua y se facilite la participación del sector privado en la explotación y distribución del recurso. Ello a través de distintas vías como son el embotellamiento, la gestión de redes de distribución o represando ríos. Todos estos procesos están profundizando aún más la brecha entre quienes tienen acceso al recurso y quienes no.

Por lo que toca al tema de la desalación, debido a que en nuestro país aún no existe ningún desarrollo normativo sobre la materia, existe el peligro de que se comience a legislar sobre este proceso tecnológico sin que se vuelva a tomar en cuenta que el líquido es un elemento indispensable para la vida de las personas, las comunidades y los ecosistemas. En otras palabras, que se continúe legislando sobre los problemas del agua como si se tratara sólo de una mercancía más —un insumo necesario para la industria y el turismo— sin valorar el carácter indispensable que este recurso tiene para la vida humana y otras poblaciones animales y vegetales. Si continuamos avanzando en esta dirección, estaríamos aportando un eslabón más a la cadena que impide a amplios sectores de la población en México salir de su condición de exclusión y pobreza así como contribuyendo a la destrucción que los mercados desregulados suelen provocar sobre los ecosistemas.

Frente a estos peligros, en este trabajo se defenderá la conveniente necesidad de elevar a rango constitucional el agua para convertirla en un derecho fundamental. Con base en esta estrategia jurídica se persigue que todos los poderes públicos que intervengan en la regulación sobre desalación —así como los privados que instrumenten la tecnología—, queden condicionados en su acciones debiendo privilegiar la vida digna de las personas antes que la estabilidad y el crecimiento de los mercados. Establecer dicho derecho fundamental obligaría a todos nuestros poderes públicos a regular y reglamentar los procesos de desalación priorizando una distribución equitativa del recurso así como el acceso de más personas y comunidades al vital líquido.

Con el objeto de ordenar la problemática de la desalación y su relación con el derecho fundamental al agua, el trabajo se ha dividido en dos grandes apartados. En el primero se expondrán de forma resumida las distintas vías que el mercado está aprovechando en el país para hacer negocio con el agua. En este primer bloque, se señalarán los riesgos a los que queda expuesta la población —especialmente la más vulnerable—

cuando la participación del sector privado en la materia se produce sin que sus aspiraciones mercantilistas queden limitadas. En el segundo apartado se explicará el contenido esencial del derecho fundamental al agua y se defenderá su constitucionalización. Esta última es concebida como base necesaria para construir una regulación jurídica que tenga como objetivo prioritario garantizar una distribución justa del recurso y un acceso sustentable al mismo por parte de todas las personas así como de los ecosistemas.

II. EL AGUA EN MÉXICO: UN NEGOCIO RENTABLE

Debido a la falta de espacio no es posible detallar aquí las condiciones generales (de escasez) del agua en México y su relación con la población.¹ Pero si es posible decir que algunos de los problemas más relevantes de dicha relación se sintetizan en cuatro grandes temas: *a)* discriminación, *b)* contaminación, *c)* sobreexplotación y *d)* privatización.²

Por lo que se refiere a este último es importante decir que en México, a partir de la década de los ochenta, se inició un complejo proceso de transformación legal e institucional con la clara intención de permitir la participación de capitales privados en la distribución, gestión y aprovechamiento del agua en el país. Esto como parte del proceso mundial de mercantilización e integración económica impuesta por el modelo de globalización que impulsa el proyecto neoliberal.

Como se señaló en párrafos anteriores, hoy en México existe una fuerte presión por parte de grupos económicos, y de un sector de la burocracia hídrica, para abrir los mercados del agua. Empresas y sectores gubernamentales han estado pavimentando el camino para que el agua se convierta en una mercancía más. Este paulatino avance ha ido provocando que el acceso al recurso dependa cada día más de la capacidad económica de las personas. Situación que pone en riesgo a un porcentaje amplio de la población en nuestro país que apenas y cuenta con los recursos mínimos para su supervivencia y por lo tanto no forma parte de las estadísticas del mercado.

1 Para ello consultar Nava, César, "La regulación jurídica de la desalación de agua en México: lo bueno, lo malo y lo más malo del periodo 2001-2006", Documento de trabajo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Gutiérrez, Rodrigo, "El derecho humano al agua en México", en Esch, Sophie (ed.), *La gota de la vida: hacia una gestión sustentable y democrática del agua*, México, Heinrich Böll, 2006, pp. 72-78.

2 Gutiérrez, Rodrigo, "El derecho humano...", *cit.*, nota anterior, pp. 75-82.

Como sucede en otras regiones del mundo, las formas de privatización son múltiples y se dan de forma interrelacionada a través de procesos contradictorios y dispersos que intentan ser ordenados por poderes públicos y privados a través de normas e instituciones. Las restricciones de espacio obligan a señalar sólo algunos de los que se consideran paradigmáticos.

1. *El negocio de las redes de distribución*

Dicho de manera muy simple, este negocio consiste en hacer llegar el agua a la población. Las empresas privadas llevan a cabo las negociaciones necesarias con el gobierno para poder hacerse cargo de la administración de las redes que distribuyen el recurso.

Si bien es cierto que desde finales del siglo XIX pueden encontrarse algunos ejemplos en México de participación privada en la distribución del agua, la realidad que se impuso a partir del segundo tercio del siglo XX, debido a la preeminencia del pensamiento social revolucionario fue la gestión pública de las redes.

Sin embargo, desde finales de la década de los ochenta y principio de los noventa, bajo el gobierno de Salinas de Gortari, comenzó a apoyarse la participación de las empresas privadas en el sector.³ En aquellos años se establecieron contactos con la compañía francesa Suez asociada con Desarrollo Hidráulicos de Argentina⁴ para concesionar el servicio de agua. A partir de entonces el camino hacia esta forma de privatización del agua en México se ha estado construyendo y fortaleciendo. “Desde esa fecha la participación mixta (extranjeros asociados a mexicanos) se ha convertido en la práctica más común para el control y el dominio del agua mexicana”.⁵ Como lo han señalado algunos autores, “...los servicios de operación y distribución de agua potable y su tratamiento son en la

3 Véase Arreguín, Felipe *et al.*, “Experiencia de México en la participación de la iniciativa privada en los sistemas de agua potable, alcantarillado y saneamiento”, en Torrijada, Cecilia (coord.), *Precio del agua y participación pública-privada en el sector hidráulico*, México, Centro del Tercer Milenio para el Manejo del Agua-Miguel Ángel Porrúa, 2004, pp. 39-41.

4 Véase León, Efraín, “Empresas que impulsan y se benefician de la privatización del agua. Los «multiservicios» y el embotellado de agua”, *Primer taller popular en defensa del agua*, México, CASIFOP, 2005, p. 173.

5 *Idem.*

actualidad una de las vertientes de negocios más lucrativas para empresas transnacionales”.⁶

El negocio de los servicios de agua está liderado por un pequeño grupo de poderosas empresas transnacionales como Suez, Vivendi (ahora Veolia Environment),⁷ Bechtel, Bouygues, RWE, United Utilities (Suez y Veolia Environment, ambas de Francia y RWE de Alemania controlan alrededor del 70% del mercado mundial de servicios de agua);⁸ por lo que toca a empresas nacionales, intervienen en el negocio del agua compañías del ramo minero y de construcción como Grupo ICA, Grupo Peñoles, Grupo Mexicano de Desarrollo y Pinfra.⁹

Existen diversas modalidades en la privatización de los servicios de agua, el Instituto Polaris, en Canadá, distingue tres: *a*) la venta completa de los sistemas públicos de distribución y tratamiento del agua a corporaciones privadas; *b*) las concesiones de largo plazo a empresas privadas para ejercer el control del suministro de los servicios de agua y para recolectar los pagos de los consumidores, y *c*) la contratación de empresas para el manejo de los servicios de agua.¹⁰

El crecimiento y expansión de todas ellas ha sido acelerado en los últimos años y es importante hacer referencia a ellas debido a que aun cuando tienen presencia en una parte importante del territorio, los habitantes de las zonas en donde operan no siempre tienen conocimiento de la forma como éstas intervienen, y muchas veces ni siquiera de que en sus municipios o delegaciones el servicio de agua potable se encuentra privatizado.

Uno de los peligros del aumento de estos procesos es que las instituciones estatales van perdiendo el control del recurso y cada vez resultará más difícil tomar decisiones en beneficio de la población más vulnerable. Como se señaló en párrafos anteriores, actualmente muchas comunidades enfrentan graves y diversas dificultades para acceder al recurso y está

6 Rodríguez, Carlos, *La privatización de los sistemas de agua potable en México*, Documento del taller popular defensa y gestión comunitaria del agua, México, Fundación Rosa Luxemburg, 2006, p. 9.

7 Vivendi-Universal hoy existe bajo el nombre de Veolia environment. Asimismo, Suez Lyonnaise des Eaux se actualmente como Suez.

8 Véase Peña, Alejandra, “La privatización de los servicios públicos de agua potable drenaje y saneamiento en México”, *Primer taller...*, *cit.*, nota 4, p. 82.

9 Véase Peña, Alejandra, “Los actores de la privatización mundial del agua”, *Primer taller...*, *cit.*, nota 4, p. 158.

10 Véase Instituto Polaris, “El arrebato global del agua”, trad. de Octavio Rosas Landa, *Primer taller...*, *cit.*, nota 4, p. 138.

claro que no serán las empresas del agua las que resolverán el problema de la escasez de agua, pues en gran medida éste es el fundamento de su existencia; tampoco serán ellas quienes planteen una distribución justa del recurso pues desde ahora han desdeñado las poblaciones donde los habitantes no tienen posibilidad de pago.¹¹

Por otra parte, a través de diversas investigaciones se han podido identificar serias irregularidades e incumplimiento por parte de empresas en municipios donde se han llevado a cabo estos procesos. En Aguascalientes, Saltillo, Puebla, Navojoa y Cancún, donde los servicios públicos de agua potable, drenaje y saneamiento son total o parcialmente operados por empresas privadas, se han documentado multitud de problemas entre los que destacan: concesiones en las que no ha mediado un proceso de licitación transparente; aumento desproporcionado en las tarifas; servicio a los usuarios de mala calidad; abusos por parte de las empresas; cobros injustificados y cargos excesivos por servicios diversos; incumplimiento de inversiones prometidas; pérdida de empleos; necesidad de rescate empresarial cuando éstas enfrentan problemas financieros; hermetismo y falta de transparencia para informar a los consumidores sobre el desempeño de las empresas; sobreexplotación de mantos acuíferos y contaminación de los mismos.¹²

Rodríguez Briceño¹³ ha investigado el caso particular de Aguascalientes como una de las primeras experiencias de participación privada en la prestación de servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento en México.

Al respecto, nos señala que comenzando la década de los noventa, se contrató en dicho estado los servicios de una empresa —resultado de la asociación de ICA de México y *Générale des Eaux* de Francia— que entre otras funciones, operaría completamente los servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento durante quince años.

11 Se destaca la no intervención de las empresas en lugares donde hay menos de 50,000 personas o no existe total certidumbre de que los usuarios pueden pagar con la intención de evidenciar la dinámica de las empresas, pues como se ha señalado en este apartado, la privatización de los servicios en los municipios y estados conlleva a consecuencias frecuentemente negativas.

12 *Cfr.* León, Efraín, “La privatización de los servicios públicos de agua potable, drenaje y saneamiento en México”, *Primer taller...*, *cit.*, nota 4, pp. 84 y 85.

13 Véase Rodríguez, Emiliano, “El papel de los organismos operadores en la gestión del agua”, *Hacia una gestión integral del agua en México: retos y alternativas*, México, Centro del Tercer Milenio para el manejo del Agua-Miguel Ángel Porrúa, 2004, p. 279.

Algunos de los elementos que caracterizaron esta relación son:

La concesión no se concursa y los términos de la misma no se hacen del conocimiento público... los elementos reguladores de la concesión están contenidos en el propio título de concesión... en el título concurren amplias garantías a la empresa para prevenir sus posibles pérdidas... durante el proceso de contratación previa de servicios, se acumula un adeudo de dos años con la empresa... las tarifas tienen que incrementarse en dos años casi un 300 por ciento en términos reales...¹⁴

El impacto social en Aguascalientes ha sido muy negativo: en ocho años las tarifas se incrementaron de 1.7 a 8.1 pesos por cada m³; se reportaron fugas, tandeos inequitativos, mal trato a los usuarios, deficiente facturación, poca eficiencia en la reparación y atención al usuario y percepción de que el agua es de dudosa calidad.¹⁵

El proyecto de Aguascalientes había sido considerado como un modelo de intervención privada en el tema del agua que podría ser aprovechado por otros municipios; sin embargo, esta experiencia —como afirma Rodríguez Briceño— “...cuestiona en forma grave la viabilidad de la concesión de los servicios”.¹⁶

2. Agua embotellada: mil veces más cara

Otro fenómeno que también evidencia el proceso de privatización del agua es el de su embotellamiento. En la actualidad embotellar y vender el agua se ha convertido en un rentable negocio que en el mundo alcanza los veintidós mil millones de dólares. Este mercado se encuentra en franco crecimiento, de tal forma que cada año se comercializa un 7% más de agua embotellada que el año anterior.¹⁷ En la venta de agua intervienen empresas que están aprovechando las condiciones de escasez y contaminación del recurso para multiplicar el valor de venta del agua.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 279 y 280.

¹⁵ Véase Torregrosa, María *et al.*, “Barriers to and Conditions for the Involvement of Private Capital and Enterprise in Water Supply and Sanitation in Latin America and Africa: Seeking Economic, Social and Environment Sustainability”, *An Interdisciplinary Research Project*, Aguascalientes-México, Case Study, Prinwass, 2003.

¹⁶ Rodríguez, Emiliano, “El papel de los organismos...”, *cit.*, nota 13, p. 280.

¹⁷ García, Edgar, “El negocio del agua embotellada en México”, *Primer taller...*, *cit.*, nota 4, p. 1.

En México, este mercado tiene un valor de treinta y dos mil millones de pesos, lo que nos convierte en el mayor consumidor de agua embotellada en Latinoamérica y a escala mundial sólo se encuentra por debajo de Italia.

Debido a que el agua que llega a las casas cada día es más escasa y de peor calidad, las personas en el país están obligadas a comprarla a empresas que la embotellan y distribuyen; sin embargo, esto supone un gasto desproporcionado en relación con el valor que solía tener el líquido. Por ejemplo, llenar un tinaco de agua de 1000 litros en el Distrito Federal, con agua proveniente de la red, cuesta aproximadamente dos pesos con cincuenta centavos. Si decidiéramos llenarlo con agua embotellada tendríamos que pagar dos mil quinientos pesos, o sea, mil veces más por el mismo recurso.

A esto hay que agregar que las empresas embotelladoras, a través de las concesiones que otorga el Estado, se están apropiando de los pozos que antes eran comunitarios y en algunos casos los están sobreexplotando. Además, es importante decir que el agua embotellada tampoco está sometida a controles eficientes de calidad por lo que no siempre es garantía de salud pagar mil veces más por un recurso que en ocasiones puede provenir de pozos contaminados. Contrario a lo que se cree, el agua embotellada no es siempre más saludable que el agua del grifo, en ciertos casos es incluso menos sana¹⁸ y cabe señalar que una cuarta parte de toda el agua embotellada, aunque sometida a procesos, procede actualmente del grifo. Aún así, decenas de empresas, entre las que destacan: Danone, Nestlé, PepsiCo y Coca-Cola,¹⁹ están haciendo negocios multimillonarios con un recurso que debería ser un bien común.

Todo este negocio produce detrimento de la economía de las familias mexicanas quienes, por el deterioro de las fuentes hidrológicas, producida en importante medida por la propia industria, cada día están más obligadas a pagar por un recurso que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos debería estar al alcance de todos.

Aunadas a estas formas de mercantilización existen otras que han ido avanzando sin mayor freno tanto en ciudades como en el campo. Aunque no hay espacio para abordar más problemas, conviene mencionar que la

¹⁸ Esto se dio a conocer mediante un estudio realizado en 1999 por Natural Resources Defense Council (NRDC).

¹⁹ *Ibidem*, p. 89.

construcción de presas y otros macroproyectos (turísticos e industriales), impulsados por poderosas fuerzas políticas y económicas, permiten el avance de la apropiación privada del agua²⁰ y otros recursos, lo que está chocando con los intereses de comunidades enteras quienes se están movilizandando para defender la vida de los ríos y resistiéndose para no ser despojados y ver destruidas sus formas de vida.

Independientemente de si se crea o no en los posibles beneficios que la globalización económica puede traer a la población, lo cierto es que en un país como México, las políticas de libre mercado en el marco de la globalización neoliberal²¹ han aumentado las desigualdades de ingreso y oportunidades, e incrementando la cantidad de personas que no tienen acceso a necesidades básicas como salud, educación, vivienda o agua. Esto último lo ha expresado rotundamente el relator especial de Naciones Unidas sobre Vivienda Adecuada al señalar que "...la globalización de las corporaciones y su clara expresión de la privatización de los servicios, es una de las mayores amenazas para el acceso universal al agua potable".²²

Por lo que toca al tema de la desalación del agua ya se han levantado voces a nivel internacional señalando los esquemas de privatización que se encuentran detrás de esta nueva tecnología.²³ Asimismo, se ha destacado la importancia de construir servicios públicos de desalación que privilegien el acceso de las personas al recurso antes que los mercados.

²⁰ Un campo de golf unido a viviendas residenciales llega a consumir 300,000 metros cúbicos de agua por año lo que significa 830,000 litros por día. Esto equivale al consumo de un municipio de 6 u 8000 habitantes.

²¹ De acuerdo con las categorías que utiliza Boaventura existe una globalización neoliberal y una alternativa, la primera busca imponer un modelo hegemónico basado en la lógica del mercado y la segunda pretende construir una sociedad más solidaria comenzando por la radicalización de la democracia y el ejercicio de todos los derechos. Véase De Souza Santos, Boaventura, "Globalización y democracia", *Revista Memoria*, núm. 175, septiembre de 2003.

²² En el mismo documento dicho relator ha denunciado las malas experiencias en los procesos de privatización del agua y señala tres causas por las que esto se produce: 1) las empresas privadas ponen demasiado énfasis en el lucro y la recuperación de los costos; 2) los servicios brindados a los grupos vulnerables son insuficientes y de mala calidad, y 3) los operadores privados no son responsables ante el público. Véase Kothari, Miloon, *La privatización de los derechos humanos: el impacto de la globalización en el acceso a la vivienda, el agua y el saneamiento*.

²³ Jiménez, Concepción, *Régimen jurídico de la desalación el agua marina*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2003.

Por ello, frente a la posibilidad de que la tecnología de la desalación se convierta en una vía más para la apropiación del agua (en este caso el mar) y el enriquecimiento de sectores minoritarios de la población, conviene establecer en nuestro sistema jurídico el derecho fundamental al agua. Ello con el objetivo de que la regulación que se desarrolle en la materia tenga que tomar en cuenta como prioridad la vida digna de las personas.

Para explicar esto, en los apartados siguientes habremos de exponer cual es la función de los derechos en el Estado constitucional contemporáneo, cual es el contenido del derecho fundamental al agua y que obligaciones adquiere el Estado frente a él.

III. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Si bien es cierto que los derechos fundamentales tienen un carácter subjetivo —esto es, la posibilidad que los ciudadanos adquieren a través del derecho de exigir al Estado determinados comportamientos u obligaciones—, no es menos cierto que los derechos también tienen un carácter objetivo. De este carácter objetivo 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.) o 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, tomemos como ejemplo el derecho a la información. Cuando se decidió establecer 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*, a *proteger* y a *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 instituciones²⁴ 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.

IV. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA

Por lo que toca a la problemática del agua, hoy, 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 pro-

²⁴ 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.

teger 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 movilizand 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 lo más grave de esta situación es que la vida, presente y futura, de las 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.²⁵

²⁵ 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 del 23 de marzo de 1981.

V. 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* el 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 poder alcanzar un nivel de vida adecuado.

De acuerdo con el Comité DESC —que es el órgano especializado encargado de vigilar la aplicación del PIDESC y facultado por la ONU para realizar la interpretación autorizada del mismo—²⁶ el derecho al agua se desprende de los artículos 11.1²⁷ y 12²⁸ del Pacto. Así lo ha establecido en su Observación General núm. 15 (O. G. 15),²⁹ 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,³⁰ in-

26 El Comité fue establecido en 1985 a través de la resolución del ECOSOC 1985/17 del 28 de mayo de 1985. Su primera sesión ocurrió del 9 al 27 de marzo de 1987.

27 Derecho a un nivel de vida adecuado.

28 Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

29 E/C. 12/2002/11, noviembre de 2002.

30 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 *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, novena época, pleno, tesis P. LXXVII/99, p. 46.

cluyendo 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 O. G. 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 o 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 porque las zonas rurales y zonas 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 como 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:

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 que resulta adecuado para el ejercicio del derecho puede variar en función de distintas condiciones que existan en cada región, hay cinco factores que se deben aplicar en cualquier circunstancia.

- a) Disponibilidad. Esto significa que el suministro de agua para cada persona debe ser continuo³¹ 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,³² 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

³¹ “Continuo” significa que la periodicidad del suministro de agua es suficiente para los usos personales y domésticos.

³² El hogar puede ser tanto vivienda permanente o simplemente un lugar de alojamiento provisional.

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.

VI. 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 interpretado³³ que, aun cuando en el párrafo 1o. 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) relevamiento de información, y c) provisión de recursos judiciales efectivos en la materia.³⁴

³³ Observación General núm. 3, punto 1.

³⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 81-89.

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.³⁵

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 partes, éstas son las de respetar, proteger y cumplir. Las tres tienen como objetivo general que el derecho al agua se convierta en una prioridad para los Estados partes 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, menoscabar 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.

³⁵ Observación General núm. 15, punto 19.

- c) Por último, la obligación de cumplir se subdivide en obligación de facilitar, promover y garantizar. Todas ellas obligan a los Estados partes 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 O. G. 15 releva, referenciados a la obligación de cumplir, en primer lugar se pronuncia sobre a la necesidad de que los Estados partes reconozcan en grado suficiente este derecho en el ordenamiento jurídico a través de las leyes nacionales.

VII. DERECHO AL AGUA Y 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 auto referencial, 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 acarrear 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 provi-

sión de recursos efectivos, la obligación de garantizar niveles esenciales de derechos, la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad.³⁶

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 mucho en la conveniencia de adecuar nuestra 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 O. G. 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, diversos pactos, convenciones y tratados firmados por México —con rango superior a las leyes— que si lo establecen, y toda una legislación secundaria que no lo desarrolla, contraviniendo así a los tratados.

Este clima general de confusión, que produce 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.³⁷ Y es que resulta más con-

³⁶ Rodríguez, Gabriela, “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en Courtis, Christian *et al.*, *Protección internacional de derechos humanos: nuevos desafíos*, México, Porrúa-ITAM, 2005, p. 251.

³⁷ 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

gruente, 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 y 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 del PIDESC y establece:

Artículo 27:

- 1) Todas las personas tiene 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...

VIII. CONCLUSIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA Y DESALACIÓN

Una vez expuesto el contenido del derecho fundamental al agua y las obligaciones que el Estado adquiere, no es difícil descubrir la relación que existe entre éste y la desalación. Con base en la perspectiva de los derechos, esta nueva tecnología tendría que ser pensada y regulada como un instrumento que en primer lugar sirva para garantizar agua a las personas que más lo necesitan. Antes que un negocio, la desalación deberá ser regulada como una vía que permita que más personas, especialmente las más vulnerables, puedan tener el acceso al agua que hoy no tienen.

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”.