

AGUA ¿CUÁL ES EL PROBLEMA?

Eréndira SALGADO LEDESMA*

¿Cuál es el problema del o en torno al agua? El mismo ¿es un problema jurídico? De ser el caso, su solución podemos encontrarla en el derecho constitucional o en el derecho administrativo. Más específicamente, ¿lo ubicamos en el ámbito legislativo o en el espacio del ejecutivo? ¿Cuál es, en síntesis, el objeto de este estudio?

Las anteriores son algunas de las reflexiones que me provocó la invitación que gentilmente me formuló el Instituto de Investigaciones Jurídicas, para participar en este Congreso Internacional.

Resulta evidente que existen diversas cuestiones en torno al vital líquido que constituyen ya una preocupación en el contexto global. Pero, ¿cuántas de ellas se sitúan en el ámbito de lo jurídico?

En investigaciones recientes de este Instituto destaca la preocupación por la contribución que nos corresponde a los juristas y la aportación del derecho constitucional en torno al tema. Se ha propuesto, a partir de un primer esbozo, la necesidad de desarrollar instrumentos jurídicos en la materia, así como la urgencia de generar reformas legislativas y administrativas que incorporen en el terreno de lo jurídico la discusión sobre al agua.¹

Se estima que llevar su análisis al terreno del derecho constitucional incorporándolo como un derecho fundamental —derivación del contenido del derecho a la alimentación—, resulta la respuesta adecuada para

* Catedrática de las especialidades en Derecho constitucional y Derecho administrativo, división de posgrado en derecho, UNAM. Coordinadora académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Anahuac México-Norte.

¹ Carbonell Pérez, Miguel, “Notas sobre el estudio del derecho a la alimentación y el derecho al agua”, *Revista de la Facultad de Derecho*, México, núm. 241, 2003, pp. 11 y ss.

solucionar la complicada problemática en torno al vital líquido. En particular, porque los instrumentos que proporciona el derecho administrativo tienen capacidad limitada para solucionar el fondo del problema, dada su naturaleza.²

Bajo esta lógica que no comparto, a la fecha ya deberían estar solucionados de fondo los problemas locales en torno a la vivienda, la salud, el trabajo, la educación y un largo etcétera a partir de que los derechos que los contienen o incorporan cuentan con rango máximo de tutela en la carta constitucional. Algunos de ellos desde muchas décadas atrás.

Vista la facilidad para reformar la Constitución mexicana —en algunas ocasiones de forma más sencilla que algunas leyes secundarias—, la solución de tantos y tantos problemas esenciales que subyacen en el entorno la tenemos al alcance de la mano. Basta con modificar el texto constitucional para transformar la realidad a modo.

Es evidente que tal presupuesto resulta falaz, basta analizar una serie de buenos propósitos expresados de antaño por el Constituyente o bien por el órgano reformador de la Constitución que a la fecha siguen siendo eso: buenos propósitos. En particular los contenidos en el que denominaré el *cajón de los buenos deseos*, el artículo 4o. constitucional:

- Todo individuo tiene derecho a recibir educación.
- El varón y la mujer son iguales ante la ley.
- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijos.
- Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.
- Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.
- Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.
- Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Cada problema se refiere a situaciones de la vida real que involucran fenómenos en toda su complejidad. A partir del estudio de dichas situaciones particulares podemos construir teorías o generalizaciones del fe-

² *Idem.*

nómeno de interés (el enfoque, por ende, es de tipo inductivo y holístico) y podremos contribuir a su solución; sin embargo estimo que pretender su satisfacción únicamente con los instrumentos propios del derecho parece una pretensión exagerada.

Seguramente, muchos coincidimos en que actualmente existen dificultades para el acceso al agua. Pero, antes que éstas, también se perciben problemas de abasto del vital líquido debido a que ha disminuido la cantidad y la calidad de la existente, en tanto la población se ha incrementado sustancialmente. Estas premisas, hoy por hoy, resultan tan validas como ajenas a cualquier discusión. En especial ajenas a foros como éste, de índole jurídica. Con un gran despliegue de recursos hace escasos tres meses ocuparon los esfuerzos de investigadores de diversas ramas del conocimiento científico en el denominado IV Foro Mundial del Agua.

¿Cuál es entonces el problema en torno al agua que vamos a analizar para tratar de aportar algunas respuestas? ¿Su propuesta de incorporación en la Constitución como un derecho fundamental, como algunos opinan? Pero, ¿qué actualmente la carta federal no lo contempla? Más aun, la sola “constitucionalización” del tema del agua, por decirlo de algún modo, resolverá o al menos orientará su satisfacción. Ese es el tema que me ocupará en este estudio.

Se sostiene que la Constitución no tutela el derecho al agua. Sin embargo, disiento de tal postura. Tanto el derecho del agua como el derecho al agua están incorporados en la carta federal, aun cuando el ordenamiento no garantice los correspondientes deberes estatales; ése creo es el principal problema. En efecto, la insuficiencia normativa no se ubica en el ámbito de la prescripción constitucional del derecho, sino de su garantía. Y esta garantía no puede ser de índole individual, ni siquiera de carácter social, como lo son todos los derechos referidos a prestaciones públicas positivas, sino universal.

La garantía social, como tradicionalmente la enfocan los tratadistas, derivada de su origen histórico, implica una relación de derecho entre los grupos sociales favorecidos o protegidos y de aquellos respecto de los que se implantó la tutela.³ Es decir, un derecho de clase: de la más débil. Pero el derecho al agua debe ser oponible por el universo de individuos —independientemente de su condición social—, frente al poder público para

³ Burgoa, Ignacio, *Garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, pp. 704 y 705.

exigir de éste un quehacer específico para su satisfacción: el suministro de agua en cantidad y calidad suficientes.

La tradicional división de las garantías, como ocurre con otras instituciones jurídicas, actualmente nos resulta limitada para contener toda suerte de relaciones jurídicas susceptibles de darse en la vida en sociedad. Por ejemplo, además de la garantía individual que tutela al gobernado frente al abuso del poder público, finalidad con la que originalmente surge el medio de control, y de la garantía social prevista para la tutela de grupos situados tradicionalmente en relaciones de desigualdad económica o social con los titulares de los medios de producción, en la actualidad, también se dan violaciones de derechos fundamentales, no por la autoridad, sino por otros componentes de la propia sociedad, caso de la protección al consumidor elevada a rango constitucional, cuyas relaciones y violaciones más frecuentes son susceptibles de darse de forma horizontal, es decir, por otros miembros del tejido social, cuya problemática especial ya generó que en otras latitudes proceda el juicio de amparo respecto de actos de particulares, abandonando el criterio tradicional de procedencia contra actos autoritarios, e incluso superando el referido a las autoridades de hecho y de derecho.

Otros tipos de derechos prestacionales, en tanto, son oponibles al ente estadual por la generalidad. Independientemente del nivel social en que se sitúe, todo gobernado requiere agua para vivir. Y la vida, incuestionablemente, es el principal derecho fundamental. Sin ella no existe la aptitud de disfrutar de ninguno otro.

Luego, ¿en qué fallan las prescripciones de la carta federal? En este apartado me apoyaré con ideas de Ferrajoli, frecuentemente citado en este espacio académico.⁴ Este autor nos advierte que la función de la teoría, sobre todo de la teoría jurídica, no es inventar el derecho positivo, sino analizarlo, registrando su grado de efectividad, de inefectividad y hasta de impotencia, señalando sus antinomias y lagunas y proveyendo técnicas de garantía capaces de superarla, o cuando menos de reducirla.

Así pues, procederé a analizar el derecho positivo, a partir de la carta federal de 1917, a fin de establecer su inefectividad. Ésta efectúa treinta y un referencias expresas al agua:

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2002, p. 107.

- En el artículo 27 que relaciona los bienes de propiedad originaria del Estado mexicano (párrafos primero, tercero, cuarto, quinto y octavo —en algunos de ellos hasta siete veces— y en las fracciones I, VI, VIII y XVIII).
- Lo incorporan los artículos 42, fracción V, y 48 que relacionan las partes del territorio nacional.
- El 73, fracción XVII, que relaciona las atribuciones del Congreso general.
- El 76, fracción III, que refiere las atribuciones del Senado.
- El 107, base II y párrafo tercero, que establece atribuciones del Poder Judicial de la Federación.
- El 115, fracción III y segundo párrafo, que regula las atribuciones del municipio libre y atribuye a éstos tanto la función como el servicio público.
- El 122, base quinta, g) que desarrolla la naturaleza jurídica y atribuciones del Distrito Federal, y
- En el artículo 123, que por excepción establece la competencia federal en materia de trabajo cuando se trate de empresas que ejecuten trabajos en aguas territoriales de la nación mexicana.

De manera especial destacan las previsiones del numeral 27, que en su párrafo tercero dispone que la nación tiene en todo tiempo el derecho de regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y cuidar de su conservación a fin de lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población. Se está, por tanto, frente a una garantía de índole social que tiene como finalidad última que todo hombre cuente con los satisfactores económicos y culturales mínimos para llevar una vida humana y digna, confiriéndole superioridad al interés social sobre el particular.⁵ Y dentro de los elementos naturales, indudablemente el agua se ubica en primerísimo lugar, por ello su aprovechamiento debe regularse en beneficio de la sociedad. Estimo que no queda duda del sentido y finalidad que el Constituyente deseo atribuirles a los bienes propiedad del Estado mexicano.

⁵ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 487 y 488.

El artículo 4o., consagrado dentro del apartado de las garantías individuales refiere, en esencia, componentes similares a los que prevé el numeral 27. El mismo tutela el derecho a la protección de la salud, entendida como el derecho del que goza toda persona y toda colectividad que se encuentra en el territorio nacional a que se le asegure el adecuado acceso y atención de los servicios de salud.

Pero, ¿qué es la salud? La misma se integra no sólo por un valor biológico, sino con bienes sociales y culturales susceptibles de protegerse, acrecentarse y restaurarse con la participación del Estado, la sociedad y los individuos. Implica no sólo el bienestar físico y mental de la persona humana, sino la prolongación y el mejoramiento de su calidad de vida. Para lograrlo se necesitan alcanzar condiciones que contribuyan al desarrollo social y al disfrute de servicios que satisfagan las necesidades de la población, y es evidente que sin agua suficiente y de calidad al alcance de la población no se satisfacen estos presupuestos.

Por ello, en México, el agua tradicionalmente ha sido un bien social y público. Su provisión fue planteada por el Constituyente de 1917 como parte de un componente de los derechos sociales, tal y como posteriormente se planteó por órgano reformador de la Constitución, el derecho a la protección de la salud, ambos quedaron bajo responsabilidad del Estado para el logro de una vida digna de la población; por ende, alejados de cualquier visión mercantilista.

El derecho a la salud o la protección de la salud sobrepasa del concepto de garantía individual porque: *a)* es de índole universal, *b)* su parte medular consiste en el acceso a ciertos bienes o servicios, y *c)* genera el derecho a prestaciones públicas positivas.

Algunos autores niegan su existencia y recomiendan no incluirlos como derechos, sino como servicios sociales que debe brindar el Estado. Prestaciones asistenciales que deben ofrecerse discrecionalmente por el sistema político por una exigencia sistémica de igualdad e integración social en razón de legitimación política y orden público.

A diferencia de las garantías que implican una abstención de la autoridad, los derechos progresivos o prestacionales implican un quehacer. Por ello, su calificación constitucional como derechos no supone sólo la obligación de llenar lagunas con disposiciones normativas. Adicionalmente hacen falta: *a)* políticas públicas; *b)* medidas presupuestarias orientadas a su satisfacción, y *c)* el establecimiento de otras tantas directrices a fin de satisfacerlos.

El derecho al agua, como todo derecho prestacional, debe tratarse como un todo integral, tanto en el sentido económico como en otros aspectos. Deben considerarse las necesidades de todos sus componentes, en tal sentido se expresaron las recomendaciones del Foro Internacional del Agua. Dentro de las acciones que deben realizarse destacan:

- La investigación, administración y elaboración de políticas públicas.
- El desarrollo y administración de los recursos hídricos.
- La administración y conservación del medio ambiente.
- La administración fluvial, navegación y control de avenidas.
- El uso del agua por los sectores industrial, comercial y turístico.
- El uso y saneamiento del agua municipal y residencial.
- La recolección y tratamiento de aguas residuales.

En apariencia, todas constituyen o implican acciones o actividades que corresponde realizar al Poder Ejecutivo y sus agentes, o bajo la vigilancia de aquél, debido a que se trata del uso y aprovechamiento de un bien público. Por ende, si existen tareas pendientes, y es obvio que sí, las mismas quedan comprendidas más apropiadamente en el ámbito de lo administrativo, de la administración pública, que de la teoría constitucional.

Sin embargo, no se advierte articulación integral en las tareas que realizan las autoridades mexicanas de los tres ámbitos de gobierno respecto del agua. Ello se evidenció de las propuestas presentadas en el Foro Internacional. México presentó 139 acciones en la materia, de un total de 556. Es decir, un solo país presentó 22% del total, lo que demuestra el interés en la cuestión. De ellas, 32 fueron proyectos de instituciones del Ejecutivo Ffederal, 17 de entidades federativas, 19 de gobiernos municipales y 17 de instituciones de educación superior. Todas las demás fueron presentadas por la denominada “sociedad civil”. Pero, el problema que advierto es que la mayoría de ellas propuso acciones aisladas y/o locales, ante un problema que resulta ya generalizado. Es decir, al enfermo de gravedad se le administran dosis de aspirinas.

Para comprender la dimensión del problema, basta advertir que según información del Foro, cerca de 35 millones de km³ del volumen de agua

total en la tierra (estimado en alrededor de 1,400 millones de km³) es dulce. De esta agua la porción utilizable para consumo humano es menos de 1%. El consumo global de agua se duplica cada 20 años a un ritmo mayor al doble que la tasa de crecimiento poblacional. Si persistieran las actuales tendencias, algunas estimaciones sugieren que para el 2025 la demanda de agua podría incrementarse en más de 50%. La situación es más grave en muchos de los países en desarrollo, donde se espera el mayor incremento en la demanda, y donde la erosión, la contaminación y el agotamiento de las fuentes de agua reducen la disponibilidad de agua dulce. Estos problemas surgen de la creciente competencia entre usos y usuarios; de la desigual distribución geográfica del agua; de la inequidad en el acceso a la misma y de las “crisis” institucionales que afectan su gestión.

Pero, a pesar del hecho de que en promedio existe suficiente agua para todos los seres humanos, 17% de la población mundial no tiene acceso al agua potable. Aunque las cifras no reflejan el hecho de que muchas veces la calidad del agua empleada para beber es frecuentemente inadecuada.

Más aun, las cifras reportan que 2 mil 400 millones de personas (40% de la población mundial) carecen de servicios de saneamiento básico y más de 5 millones de personas mueren cada año por infecciones prevenibles relacionadas con el agua. Se calcula que entre un cuarto y un tercio de la morbilidad humana es directamente atribuible a factores de riesgo ambiental, y de estos, aquellos relacionados con el agua ocupan un lugar predominante. Los anteriores son datos tan ciertos como preocupantes.

Por ello, en el ámbito internacional existe un largo proceso de reconocimiento de la necesidad urgente de tomar acciones prácticas en relación con los problemas del agua, el que ha derivado recientemente en la adopción de nuevos compromisos por parte de la comunidad internacional. Así, el tema del agua se internacionaliza cada día más. De hecho en este país existen signados tratados para regular fuentes de aguas limítrofes con otros Estados, caso de Estados Unidos y Guatemala.

Y tales acciones se orientan en sentido opuesto a la regulación actual en diversos estados, entre ellos México, pretendiendo la transformación de dichos servicios en mercancías. Esto incluyó reformas constitucionales para permitir la creación de mercados para la asignación del agua y la descentralización en su gestión (la transferencia de distritos de riego a las

organizaciones de usuarios y la delegación de responsabilidad a los municipios para la provisión de servicios de agua y saneamiento) la promoción activa en el contexto global de diferentes formas de participación del sector privado para reemplazar al sector público en la provisión de los servicios de agua y saneamiento (concesiones, contratos de servicio, etcétera), entre otras cuestiones.

Existe un reconocimiento cada vez mayor de que el logro de los objetivos que plantea la ONU en torno al agua sólo será posible si se toman decisiones radicales en temas cruciales como el fortalecimiento de las autoridades locales y las comunidades en su rol de actores centrales del desarrollo, en la función central del sector público, en el financiamiento y gestión del agua y sus servicios, y en la búsqueda de soluciones que permitan superar los problemas de ineficiencia, corrupción, falta de transparencia y control social democrático que subyacen en torno a la gestión del recurso. En este tema vuelve a destacar la importancia de las herramientas que puede aportar el derecho administrativo en la búsqueda de soluciones saludables y efectivas para la administración del recurso. Se advierte que en muchos países más que una crisis del agua lo que existe es una crisis del conjunto de sistemas encargados de desarrollar y gestionar los recursos hídricos y de proveer los servicios del agua (Foro Mundial del Agua, 2003).

Globalmente, existe un largo proceso de reconocimiento de la necesidad urgente de tomar acciones prácticas en relación con los problemas del agua, que ha propiciado la adopción de nuevos compromisos por parte de la comunidad internacional, entre ellos se incluyen los objetivos de Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas (ONU, 2000-2002). Sin embargo, a pesar de tales compromisos, también se reconoce que el logro de los objetivos sólo será posible si se toman decisiones radicales en temas cruciales como el fortalecimiento de las autoridades locales y las comunidades en su rol de actores centrales del desarrollo, en la función central del sector público, en el financiamiento y gestión del agua y sus servicios, y en la búsqueda de soluciones originales que permitan superar los problemas existentes de ineficiencia, corrupción y falta de transparencia en la gestión, entre otros, y tales herramientas pueden ser proporcionadas por el derecho administrativo.

Sin embargo, en la actualidad, todos los problemas pretenden “constitucionalizarse”. Nuevos temas, cada día, son llevados al foro de la discusión constitucional. Todas las respuestas parecen encontrarse en la Cons-

titución. A ello ha contribuido la yuxtaposición de las autoridades en los diversos niveles y esferas de gobierno que limita la solución concertada de diferendos, llevando cualquier conflicto al árbitro para su solución. En la búsqueda de reflectores, cualquier tema es bueno para que algunos estudiosos del derecho constitucional los planteen como novedad.

Me parece que no auxilia a la discusión y solución del problema del agua su incorporación como un derecho fundamental, es obvio que ya lo es. Lo que debe preverse es de qué forma garantizamos la preservación, operación y administración de los recursos hídricos a fin de garantizar agua suficiente y de calidad para toda la población en su conjunto. Si como es el caso, algunas materias como la ambiental y la referida a los asentamientos humanos se han “federalizado” debido a la trascendencia de los bienes tutelados y a que las mismas no pueden quedar bajo resguardo de un solo nivel de gobierno, con mayor razón debe hacerse respecto del agua.

En efecto, si se pretende incorporar en la Constitución el agua como un derecho fundamental, al estimarlo uno de los componentes del derecho a la alimentación, también resultaría conveniente incluir el derecho a la *Lulú* de grosella y el derecho al *Libro vaquero*, ambos son bienes de primera necesidad para un sector importante de la población mexicana.

El derecho a la protección de la salud y sus componentes es tan importante como la vida y la libertad, debido a que sin él no es posible que los otros se desarrollen a plenitud.