

Análisis y perspectivas del derecho humano al agua en el orden jurídico mexicano*

Human rights Analysis and perspectives about water in the Mexican legal system

PEDRO JOAQUÍN GUTIÉRREZ-YURRITA**

VÍCTOR AMAURY SIMENTAL FRANCO***

RESUMEN

La LXI Legislatura del Congreso de la Unión produjo importantes reformas en la constitución desde 2011, dedicadas a la protección más amplia de derechos humanos, al reconocimiento explícito de la jerarquía de tratados internacionales, de intereses colectivos y a reformas en la ley de amparo. Otra gran reforma, por cuanto implicó reformar y decretar nuevas leyes, se dio en 2012 al introducir de manera explícita que es deber de todos cuidar el ambiente y que el agua es un derecho fundamental. Estos cambios constitucionales son un punto de quiebre en la política nacional no sólo en materia ambiental, sino en derechos humanos. El recurso hídrico es estratégico para la seguridad nacional y presenta un doble reto: proteger los derechos de las personas y la integridad ecológica del paisaje. Celebramos que nuestra constitución sea tan vanguardista como hace 160 años al promulgarse como de un Estado Social (1857), y como hace 100 años, cuando garantizó los valores de un Estado de derechos (1917).

PALABRAS CLAVE

Derechos humanos, neoconstitucionalismo, intereses difusos, medio ambiental.

ABSTRACT:

The Congress of the Union in its LXI Legislature have produced important reforms in the constitution since 2011, Such as a broader protection of human rights, and a explicit recognition of the hierarchy of international treaties, collective interests and reforms in protection law. Another great reform, in as much as it involved reforming and decreeing new laws, came about in 2012 by explicitly introducing that it is everyone's duty to take care of the environment and that access to water is a fundamental right. These constitutional changes are a turning point in national politics not only in environmental matters, but also in human rights. A water resource is strategic for national security and presents a double challenge: to protect the rights of people and the ecological integrity of the landscape. We praise that our constitution is as avant-garde as 160 years ago when it was promulgated as a Social State (1857), and as 100 years ago, when it guaranteed the values of a State of rights (1917).

KEYWORDS

human rights, neo-constitutionalism, diffuse interests, environmental.

* Artículo de reflexión. Recibido: 14 de febrero de 2017. Aceptado para su publicación: 20 de abril de 2017

** Profesor Investigador en el Instituto Politécnico Nacional -CIEMAD (pedro_joaquin_gutierrez@yahoo.com.mx) Orcid. 0000-0003-3287-9008

***Profesor Investigador en la Universidad del Valle de México. (simental_franco@yahoo.com.mx) orcid.org/0000-0001-8720-9787

SUMARIO 1. Introducción / 2. Los bienes públicos en un estado social de derechos / 2.1 El agua como bien jurídico en el derecho público / 2.2 El agua como bien jurídico en el derecho privado / 3. Los derechos humanos en torno al agua / 4. Derecho al agua *vs* derecho al acceso al agua / 4.1. Derecho y deber humano de cuidar el agua / 5. El derecho mexicano al ambiente: entre lo ecológico y lo ambiental / 6. Conclusiones / 7. Referencias

1. INTRODUCCIÓN

La agudización de los conflictos sociales derivados de problemas ambientales, aunada a la creciente vulnerabilidad del pueblo ante eventos naturales catastróficos, ha propiciado que la gestión del riesgo de desastres eco-sociales se plantee como una prioridad en las políticas de Estado.¹ Un desastre eco-social afecta la base productiva de la nación, el capital natural sobre el cual descansa nuestro presente y futuro ecológico, y merma la capacidad del estado para garantizar un ambiente sano, limpio y seguro a la población. En síntesis, se crea un Estado de inseguridad multidimensional que afecta prácticamente todos los derechos de las personas.²

Sin lugar a dudas, el asunto más recurrente en las disputas sociales entre iguales y entre pueblo y autoridad es el agua. Este tema se discute y pelea en diferentes arenas simultáneamente, por su misma complejidad administrativa, jurídica, natural y de infraestructura: acceso al agua potable, acceso al agua para fomentar actividades productivas en el campo y en la industria, acceso al agua para actividades recreativas y agua para la conservación de la biodiversidad, por mencionar las más acuciantes.

El agua es un recurso natural limitado pero cuya abundancia presenta cierta regularidad estadística, por ejemplo, la disponibilidad media anual de agua nueva para México es de 476 km³/año³ y tiene una distribución espacial que no atiende a los territorios más poblados de México. Sin embargo, el ritmo de crecimiento de la demanda de agua excede las reservas disponibles más el agua nueva que nos llega cada año. El recurso hídrico, actualmente, nos tiene en una crisis permanente para abastecer a la población, a la industria, al obsoleto

¹ Rebolgar *et al.* 2014.

² Gutiérrez-Yurrita, 2015a.

³ Fuente: <http://www.agua.org.mx/el-agua/agua-en-mexico/cuanthay2/19-datos-y-cifras-sobre-el-agua-en-mexico>. Consultado el 14 de febrero de 2017.

sistema de riego del campo y al mantenimiento de la ecodiversidad natural. La crisis por el agua supera los niveles de una crisis ambiental para alcanzar los niveles de crisis sobre seguridad humana. Seguridad en el sentido civil y físico, y seguridad en el sentido de derechos de las personas.

Si atendemos, por ejemplo, al más reciente informe del Instituto Nacional de Estadística Geografía (INEGI) relacionado con las cuentas ecológicas y económicas de México (2016), tendríamos que el cálculo del Producto Interno Neto Ajustado Ambientalmente durante el 2015 sería equivalente al 5% del Producto Interno Bruto Nacional a precios de mercado, con lo que alcanzó un monto de 907 473 000 000 de pesos por concepto específico de agotamiento de los recursos naturales y por la degradación ambiental. El significado real de este concepto es que la falta de aplicación eficaz de la norma ambiental y la ineficiencia administrativa al sancionar a las empresas contaminantes o a las personas que cometan delitos ambientales nos pasa factura anualmente, y esa factura gira alrededor de los mil millones de pesos. Si se hubieran hecho bien las cosas, ese dinero se podría haber empleado para reducir la vulnerabilidad al cambio climático en la sociedad indígena o para dotar de agua potable y suficiente a muchas comunidades rurales o periurbanas, en vez de emplearlo en reparar daños ambientales o indemnizar sectores de la sociedad que padecieron pérdidas patrimoniales (sin contar las pérdidas de vidas humanas o daños físicos y emocionales a las personas afectadas directa e indirectamente por el desastre) por eventos predecibles que pudieron evitarse, como una inundación o un movimiento de remoción de masa en alguna ladera.⁴

En el caso concreto de la gestión pública del agua, asumimos que es un caso de solidaridad entre mexicanos y de responsabilidad compartida entre Estado y pueblo. El desarrollo del país, como está señalado en el Plan Nacional de Desarrollo, desde hace casi dos décadas contempla al recurso hídrico como estratégico para alcanzar mejores estándares de vida, crecimiento económico y salud en los medios marginados y rurales. No es de extrañar, entonces, que dentro de los programas parciales de desarrollo estatales se tenga una zonificación que corresponda más a los usos del suelo que deseen darle los usufructuarios (naturales o de otras partes) de dicha región frente a los intereses de seguridad humana y protección ecológica de los ecosistemas afectados. El argumento esgrimido en el derecho ambiental (de corte administrativo) es siempre el mismo, no importa el enclave natural ni la comunidad

⁴ Bravo y Gutiérrez-Yurrita, 2015.

rural o indígena de la que se trate: es prioridad internacional la superación de la pobreza; es prioridad nacional —o federal— el desarrollo social que elimine las desigualdades regionales y disminuya las brechas sociales; es prioridad estatal el fortalecimiento de la economía local; es prioridad municipal mantener la cohesión social del municipio al incrementar las oportunidades de crecimiento económico y mejorar el nivel de vida de los pobladores rurales. Pero ¿cuándo, realmente, será prioridad internacional, nacional, estatal o municipal la preservación del funcionamiento ecológico de las áreas naturales protegidas —o del resto del paisaje—, de las cuales seguimos extrayendo los recursos que transformamos en satisfactores —como el agua— y que contaminamos y agotamos aumentando la vulnerabilidad socio-ecosistémica de la población? Sin la protección al paisaje, no hay servicios ecosistémicos, y sin estos, no hay agua. Sin agua, no hay vida.

Sin embargo, dotar de agua suficiente, saludable, físicamente accesible y asequible a toda la población mexicana, ¿es un acto de justicia social o de justicia ambiental, al tomar en cuenta que es un recurso indispensable para nuestra existencia, pero también para el funcionamiento ecológico, puesto que es el hilo conductor de los procesos ecosistémicos? Esta pregunta señala que este tema, por su naturaleza jurídica y de seguridad nacional, debe ser abordado desde la misma Constitución,⁵ pero por una Constitución actual,

⁵ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIV, septiembre de 2001, Materia(s): Constitucional, Novena Época, No. Registro: 188804, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Tesis: P/J. 113/2001 (Página 5): JUSTICIA, ACCESO A LA. LA POTESTAD QUE SE OTORGA AL LEGISLADOR EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PARA FIJAR LOS PLAZOS Y TÉRMINOS CONFORME A LOS CUALES AQUÉLLA SE ADMINISTRARÁ NO ES ILIMITADA, POR LO QUE LOS PRESUPUESTOS O REQUISITOS LEGALES QUE SE ESTABLEZCAN PARA OBTENER ANTE UN TRIBUNAL UNA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DE LO PEDIDO DEBEN ENCONTRAR JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL. De la interpretación de lo dispuesto en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución General de la República se advierte que en ese numeral se garantiza a favor de los gobernados el acceso efectivo a la justicia, derecho fundamental que consiste en la posibilidad de ser parte dentro de un proceso y a promover la actividad jurisdiccional que, una vez cumplidos los respectivos requisitos procesales, permita obtener una decisión en la que se resuelva sobre las pretensiones deducidas, y si bien en ese precepto se deja a la voluntad del legislador establecer los plazos y términos conforme a los cuales se administrará la justicia, debe estimarse que en la regulación respectiva puede limitarse esa prerrogativa fundamental, con el fin de lograr que las instancias de justicia constituyan el mecanismo expedito, eficaz y confiable al que los gobernados acudan para dirimir cualquiera de los conflictos que deriven de las relaciones jurídicas que entablan, siempre y cuando las condiciones o presupuestos procesales que se establezcan encuentren sustento en los diversos principios o derechos consagrados en la propia Constitución General de la República; por ende, para determinar si en un caso concreto la condición o presupuesto procesal establecidos por el legislador ordinario se apegan a lo dispuesto en la Norma Fundamental deberá tomarse en cuenta, entre otras circunstancias, la naturaleza de la relación jurídica de la que derivan las prerrogativas cuya tutela se solicita y el contexto constitucional en el que ésta se da.

Contradicción de tesis 35/2000. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito. 10 de septiembre de 2001. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy diez de septiembre en curso, aprobó, con el número 113/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a diez de septiembre de dos mil uno.

osada y con gran perspectiva de futuro debido a que garantiza sus decretos con eficientes y eficaces mecanismos e instrumentos de operación.

El agua, como bien privado o como bien colectivo, ha sido tema de fuertes y controvertidos debates en las últimas décadas, y desafortunadamente no se ha resuelto completamente.⁶ Esta incertidumbre jurídica emana más por la política de Estado en materia ambiental, dado que choca con la política de Estado en materia de economía, tanto a nivel nacional como internacional, debido a la necesidad de ser competitivos en mercados diversificados⁷ que por una política integradora de derechos de las personas, derechos eco-sociales que deben ser garantizados, simultáneamente, a través de mecanismos de un derecho ecológico y de un derecho ambiental.⁸ Máxime en los países en los cuales el grueso de la sociedad carece totalmente de este recurso o lo tiene bastante limitado, como México.⁹ El recurso agua como concepto gira en torno a dos derechos humanos fundamentales: el derecho a la vida y el derecho al acceso al agua.¹⁰

Los derechos humanos, como su nombre lo indica, son derechos consustanciales al hombre en su doble personalidad jurídica, como sujeto y como parte de un colectivo.¹¹ Estos derechos están reconocidos actualmente tanto por las leyes internas de un Estado como por el derecho internacional.¹² La praxis jurídica en México se caracterizó durante mucho tiempo por un desfase entre el reconocimiento pleno de los derechos humanos incluidos en los tratados internacionales signados por el Estado mexicano y su efectiva aplicación a los casos concretos que eran sometidos a los tribunales, con el fin específico de hacer de este país un Estado más justo.

La gestión del agua como recurso no es la excepción. En el año 2002 se comenzó a gestar una nueva ley de aguas nacionales para sustituir a la anterior, que databa de diciembre de 1992. Sin embargo, no se terminó el proyecto y sólo se hizo una reforma *profunda* en abril del 2004, de tal suerte que la introducción de nuevos conceptos e instrumentos del derecho ambiental no pudieron incorporarse inmediatamente al derecho ambiental mexicano porque no se adecuaron los reglamentos de la ley del 92. Desafortunadamente,

⁶ Moran y Dann, 2008; Mirosa y Harris, 2011; Cullet, 2011; Fisher, 2017; Jiang, 2017.

⁷ Varela, 2017.

⁸ Gutiérrez-Yurrita, 2015b.

⁹ Gutiérrez-Yurrita, 2016a.

¹⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2002, observación general número 15.

¹¹ Simental-Franco, 2010.

¹² Gros, 2002.

esta situación se ha repetido en los años 2014, 2015 y 2016. Cuando parece que la nueva Ley de Aguas Nacionales va a ver la luz, algo la detiene. Bajo esta premisa, algunos artículos de la ley reformada parece que apuestan por la privatización del agua, pero un concepto nuevo con un reglamento viejo generó esa impresión básicamente en la comunidad de regantes, quienes son los que más demandan agua: 77% del agua disponible en México es para actividades agropecuarias.

Por otro lado, el simple hecho de considerar que el recurso agua puede ser objeto de privatización equivale a considerarla como un bien susceptible de apropiación individual para fines privados¹³ que bien pueden ser comerciales al venderla de forma directa o al vender los servicios que el recurso hídrico ofrece a una comunidad.¹⁴ En ese contexto, el debate se centra en la aparente contradicción entre los derechos humanos recogidos en la constitución mexicana como *iuscogens* y con el de otorgar un precio en el mercado al agua, más propio del *softlaw*. Se considera que concederle un valor económico al agua no justifica su comercialización con fines lucrativos, en detrimento del acceso para satisfacer las necesidades humanas.

Las reformas del constituyente mexicano realizadas a la Constitución durante el ejercicio 2011-2012, referentes a los derechos humanos y a la protección ambiental, y sustentadas con los convenios internacionales y la jurisprudencia que aporte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueden denominarse en genérico bloque de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales.¹⁵ Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, reconocimiento del ambiente como bien jurídico, aceptación constitucional de los derechos colectivos, así como del deber que tenemos los ciudadanos de cuidar nuestro entorno natural, tendrán un impacto profundo en nuestras concepciones de los derechos fundamentales¹⁶ dado que también debe reformar otros muchos artículos constitucionales y leyes reglamentarias, así como promulgar nuevas leyes para continuar con el instrumento de defensa de la constitución más importante de México: el amparo. El desafío más grande contra el que se enfrenta nuestra constitución es cómo instrumentar estas reformas en sus diferentes ámbitos de actuación.¹⁷

El objetivo del artículo es realizar un análisis a profundidad sobre el tema

¹³ Lorenzetti, 2003.

¹⁴ Cernic, 2011.

¹⁵ Pegoraro, 2011; Caballero, 2012.

¹⁶ Arias, 2011.

¹⁷ Muñoz Sevilla y Gutiérrez-Yurrita, 2012.

agua en el orden jurídico mexicano, bajo la mirada de que es un derecho fundamental de la humanidad y un bien ecológico indispensable para la conservación del patrimonio paisajístico y los ecosistemas naturales.

2. LOS BIENES EN UN ESTADO SOCIAL DE DERECHOS

En términos generales, bien es todo aquello que produce bienestar para el ser humano; de una u otra manera, todo lo que existe en la naturaleza es un bien.¹⁸ Todo bien es valioso, aunque no todo lo valioso pueda ser valuado en dinero; desde la antigua Roma se determinó que existían bienes dentro y fuera del comercio, bienes colectivos e individuales, bienes del Estado y privados.

Sin embargo, desde el punto de vista legislativo, decir que algo es un bien implica que ese algo tiene valor para una sociedad, lo cual deviene en hacer un juicio de la valía que debe ir asociado a la justificación de su tutela legal. La tutela de los bienes jurídicos es jerarquizada, puesto que, derivado de los diversos conflictos que se pueden suscitar al interior de la sociedad, una de las finalidades del derecho es la de resolverlos, lo cual, de ser necesario, requiere un sistema diferenciado de un bien sobre otro bien¹⁹.

El concepto de bien en la doctrina del derecho se manifiesta, entre varias acepciones, en dos particulares:

- Bien como sinónimo de cosa, es decir, todo lo que existe en el universo (sentido civilista).
- Bien jurídico, es decir, el objeto de protección de las normas jurídicas (sentido constitucional).

Aunque se ha asociado el concepto de *bien jurídico* con las nociones de *delito* y de *castigo*, en realidad este concepto tiene relación con prácticamente todas las ramas del derecho. Ahora bien, la forma de proteger los bienes jurídicos es mediante el uso de la sanción civil, penal o administrativa. Esta última es la que se recoge en el derecho ambiental mexicano y podría ser muy útil si se tomara en cuenta lo siguiente:

- Que el objeto a tutelar por el Estado quede claramente definido con criterios ecológicos objetivos más que antropocéntricos;

¹⁸ Savenije, 2002.

¹⁹ Gutiérrez-Yurrita, 2007.

- Que se utilicen los principios observados por el derecho internacional para la conservación del bien tutelado, con especial énfasis en los principios de precaución y prevención, más propios del derecho ambiental;
- Que sin un entorno natural donde se tenga asegurada la continuidad de los procesos ambientales de los ecosistemas conectados en red, no será viable la vida humana sobre la tierra.

2.1 El agua como bien jurídico en el derecho público

El agua continental (epicontinental y subterránea) en la administración pública se asimila en general al agua dulce, aunque existen varios cuerpos de agua epicontinentales que contienen agua con alto contenido de sales, por ejemplo, el lago de Texcoco, en la cuenca del Anáhuac.²⁰

La norma jurídica mexicana considera al agua como un bien en el sentido civilista.²¹ Al ser el agua un bien, se le debe clasificar a fin de determinar el régimen jurídico aplicable; por lo tanto, el agua puede ser, dependiendo de su ubicación o fines para los que se destine, un bien que está fuera o dentro del comercio.²² Si está fuera del comercio, debe inscribirse, a su vez, en uno de los siguientes grupos: que lo sea por su naturaleza o por disposición de la ley.²³

Considerar al agua como un bien por su naturaleza hace que emerjan problemas para su clasificación, con consecuencias legales sobre sus efectos en la vida cotidiana de los ciudadanos, ya que la misma ley también la concibe bajo estas acepciones: como un objeto o bien específico, o como medio o contenedor de otros bienes.

La normativa jurídica se refiere al agua marina como contenedor, por ejemplo; bajo esa significación, la regulación jurídica del agua de mar ha recaído en el derecho internacional público, mientras que el agua continental presenta las dos acepciones a la vez.

Esta doble dualidad en el significado del recurso agua continental complica su adecuada gestión y el desarrollo de políticas de Estado (integrales y

²⁰ Gutiérrez-Yurrita y col., 2017.

²¹ Trujillo (2010).

²² Papaño y col. 2007.

²³ Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio. Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular (Código Civil Federal. Última reforma DOF 24/12/2013).

públicas), por lo cual el Estado tiene severos problemas para garantizar este derecho fundamental, circunscrito en el artículo 4 de la misma Constitución desde el 8 de febrero del 2012:

Artículo 4, sexto párrafo:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Por otro lado, aunque la Constitución mexicana de manera implícita abogaba por el cuidado ambiental y la gestión conservacionista de los recursos naturales a lo largo de nuestro constitucionalismo post-revolucionario mediante el artículo 27, cuando en su redacción original de 1917 ya hablaba de “utilizar los recursos de tal manera que sea para provecho de interés público –social–, equitativo y para su conservación”, es en sus subsecuentes reformas del párrafo tercero donde lo hace de forma más explícita. En concreto, podemos citar la reforma del 6 de febrero de 1976, porque desde entonces establece que “las modalidades de uso de la tierra deben ser de interés público para regular el beneficio social y el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación; y la reforma del 10 de agosto de 1987 que dispone se dicten las medidas necesarias para la restauración y conservación del equilibrio ecológico”. Todo esto, de cara a la nueva ley ambiental que aparecería el 28 de enero de 1988 bajo el nombre de Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, todavía vigente.

Este análisis nos hace ver que la consagración de protección al ambiente está en la Carta Magna desde hace un centenar de años, antes de tener una normativa secundaria ambiental y antes de que la vinculación entre hombre-naturaleza fuese un asunto relevante para la consolidación del Estado mexicano como un estado social de derechos, como también puede observarse en el artículo 25 del texto vigente:

Artículo 25, primer párrafo (la reforma 28/06/1999, agrega sustentable.):
Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar

que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático...

Séptimo párrafo (reformado 20/12/2013): Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.²⁴

Bajo este panorama constitucional, se aprecia que la protección ambiental está decretada, así como los derechos humanos, puesto que desde que fue redactada, en 1857, se decretó así en el artículo 1:

Artículo 1 (único párrafo)

El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

La reforma del 5 de febrero de 1917 lo mantuvo, aunque con otra redacción, pero la reforma del 10 de junio del 2011 hizo una mezcla de ambas redacciones, la modernizó incluyendo enunciados como el reconocimiento de los tratados internacionales y que la protección será pro-persona, y la lanzó al futuro dejando abiertas muchas posibilidades de protección tanto a los derechos humanos, al ambiente, a los intereses difusos y colectivos como a la misma Constitución. Dicha protección se ha visto favorecida con el control difuso de convencionalidad²⁵ y la aceptación de la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁶

Lo que no se ve reflejado en la jurisprudencia es que el binomio persona (derechos humanos)-medioambiente (seguridad humana y protección ecológica) debe tratarse de manera integral, conjunta, inseparable, como si se tratase de una forma de hacer justicia social + justicia ambiental. Bajo este supuesto, se puede decir que la unión de ambas directrices de manejo de los recursos hídricos en el país expuestas anteriormente (como bien jurídico y un

²⁴ Constitución Política Mexicana, última reforma, *DOF*, 15 de septiembre de 2017.

²⁵ Ferrer Mac-Gregor, 2012.

²⁶ Hitters, 2012.

derecho fundamental y como contenedor de otros bienes y un derecho colectivo), bajo la mirada de la neo-constitución, como lo hemos planteado, es muy reciente y debe, necesariamente, aplicarse bajo los elementos que para impartir justicia ha establecido el Alto Tribunal:

- Justicia Pronta
- Justicia Completa
- Justicia Gratuita
- Justicia Imparcial²⁷

Por otro lado, pero con la misma meta de distribuir equitativa y de manera justa recursos naturales como el agua, la jurisprudencia aceptada en el caso de los derechos humanos es la que ha dictado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través del control de convencionalidad. La historia paralela de los cambios de las reformas estructurales constitucionales hace suponer que la manera de resolver controversias judiciales y reparar violaciones a los derechos constitucionales de los ciudadanos pasará por el tamiz interpretativo extensivo de los derechos fundamentales,²⁸ perspectiva que deberá contemplar las nuevas reformas de la constitución mexicana, como una ampliación del marco tutelar de los derechos fundamentales y pro-persona.²⁹

²⁷ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Segunda Sala, Jurisprudencia, Novena Época, No. Registro: 171257, XXVI, octubre de 2007, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a./J. 192/2007 (Página 209): ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES. La garantía individual de acceso a la impartición de justicia consagra a favor de los gobernados los siguientes principios: 1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes; 2. De justicia completa, consistente en que la autoridad que conoce del asunto emita pronunciamiento respecto de todos y cada uno de los aspectos debatidos cuyo estudio sea necesario, y garantice al gobernado la obtención de una resolución en la que, mediante la aplicación de la ley al caso concreto, se resuelva si le asiste o no la razón sobre los derechos que le garanticen la tutela jurisdiccional que ha solicitado; 3. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido; y, 4. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. Ahora bien, si la citada garantía constitucional está encaminada a asegurar que las autoridades encargadas de aplicarla lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, es claro que las autoridades que se encuentran obligadas a la observancia de la totalidad de los derechos que la integran son todas aquellas que realizan actos materialmente jurisdiccionales, es decir, las que en su ámbito de competencia tienen la atribución necesaria para dirimir un conflicto suscitado entre diversos sujetos de derecho, independientemente de que se trate de órganos judiciales, o bien, sólo materialmente jurisdiccionales.

Amparo directo en revisión 980/2001. Enlaces Radiofónicos, S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2002. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: María Dolores Omaña Ramírez.

²⁸ Arias, 2011.

²⁹ Caballero, 2012.

La gestión que se realice en México deberá tener tintes de sustentabilidad, solidaridad y equidad social (art. 25 CPEUM). Las directrices para manejar los recursos naturales no son la excepción, y así se expresa en diversos párrafos del artículo 27; resalta, por la naturaleza del recurso, que el agua es un bien supra-ordenado con respecto a otros bienes, con reconocimiento constitucional como bien colectivo (art. 107) y en las reformas que ha llevado a cabo para los juicios de amparo (art. 103).³⁰

Esta modificación a los artículos 103 y 107 vinculándola con las respectivas a los artículos 1 y 4 adquiere una especial importancia debido a que, a pesar de lo antiguo que es el reconocimiento del concepto de *intereses colectivos*, México los tenía ubicados sin los instrumentos de defensa legales pertinentes para hacerlos efectivos. La redefinición antes anotada, en gran medida, obedece a la necesidad de vincular las directrices de los convenios internacionales firmados con nuestra normatividad ambiental.³¹ Los intereses difusos son *cosas, algo físico* que pertenece a la sociedad, y si se dañan, el daño va en perjuicio de toda la comunidad, no sólo de un individuo. Son intereses reales y necesarios de una sociedad.³² Por otra parte, los intereses colectivos, no obstante que son intereses comunes a la sociedad, son de índole abstracta, como derecho a la libertad, a la expresión, etc. Ésta es la diferencia fundamental en la antigua doctrina jurídica. Sin embargo, los intereses difusos tienen una nueva forma de expresarse mediante el derecho ambiental, ya que el ambiente es, a la vez, real y abstracto; su estructura ecosistémica puede asirse, mientras que su funcionamiento ecológico es inasible; se compone de un medio físico y de un medio intangible (invisible), y ambos medios son aprovechados por la humanidad, forman, por consiguiente, un paisaje que es *res pública* en su total expresión.³³

El derecho de todos los individuos al agua es reconocer que el agua es una cosa común, lo que ha derivado en otorgarle la categoría de un bien difuso; no obstante, asume especialmente la connotación de un bien colectivo. Este derecho implica no sólo el acceso al agua, sino su calidad para desarrollar diversas actividades humanas y para la continuidad de la vida y sus procesos evolutivos;³⁴ es decir, el agua es un bien específico que debe ser administrado por el Gobierno bajo el derecho ambiental, además de que es un bien

³⁰ Constitución Política Mexicana, última reforma, *DOF*, 15 de septiembre de 2017.

³¹ Gutiérrez-Yurrita, 2008.

³² Piña, 1999.

³³ Gutiérrez-Yurrita, 2004a.

³⁴ Gutiérrez-Yurrita, 2009.

contendor de otros bienes que debe ser normado por un derecho ecológico cuya diferencia con el ambiental sea que no pretende regular la distribución ni la calidad del agua, sino velar por la protección de los procesos ecológicos que permiten que la naturaleza siga proveyéndonos de este líquido.³⁵

2.2 *El agua como bien jurídico en el derecho privado*

El Código Civil Federal en vigor regula, del artículo 933 al 937, lo relativo al dominio privado de las aguas. Dichos artículos determinan las reglas que los particulares deben seguir cuando hacen uso de las aguas que les está permitido apropiarse.³⁶ Por su parte, la Ley de Aguas Nacionales en vigencia sistematiza las normas relativas al uso de las aguas que de origen pertenecen a la nación pero que pueden ser concesionadas a los particulares o asignadas a dependencias y organismos de la administración pública federal, estatales o municipales.³⁷

Por lo tanto, se entiende que el agua es un bien que, bajo el orden jurídico mexicano, dependiendo de su origen (mares, ríos, lagunas, manantiales, mantos freáticos), ubicación geográfica (compartida por dos o más entidades federativas, como frontera interior o internacional, u otras) o sus fines, podrá ubicarse en dos supuestos jurídicos diferentes: ya sea dominio público o de dominio privado. El uso y aprovechamiento de las aguas de dominio público puede ser concesionado si se cumplen los principios que derivan de la propia Constitución política mexicana, lo cual, en términos prácticos, equivale a la apropiación privada de un bien colectivo. Este hecho podría no tener connotaciones especiales si no se tratara de que el acceso al agua potable y al agua limpia para diversas actividades humanas es un derecho fundamental de última generación.³⁸

Ahora bien, bajo el esquema del neoconstitucionalismo mexicano, los tratados internacionales están en orden jerárquico de Ley Suprema.³⁹ El control difuso de convencionalidad serviría, en este caso, para interpretar las normas mexicanas no sólo bajo la perspectiva interna, sino también bajo la mirada del derecho internacional,⁴⁰ aplicando de manera contundente el

³⁵ Gutiérrez-Yurrita, 2015b.

³⁶ Código Civil Federal, última reforma, *DOF*, 24 de diciembre de 2013.

³⁷ Ley de Aguas Nacionales, última, reforma *DOF*, 24 de marzo de 2016.

³⁸ Gros, 2002.

³⁹ Art. 133, Constitución política mexicana, última reforma, *DOF*, 27 de enero de 2016.

⁴⁰ Castilla, 2012; Varela, 2017.

principio de no regresión y promoviendo una política de gestión holística de agua como la establecida en la Unión Europea, con base en la convención de Aarhus.⁴¹ De esta manera, el nuevo paradigma para resolver las controversias judiciales, dictaminar los juicios de amparo y desarrollar las sugerencias de cómo actuar en favor de los derechos fundamentales, emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, versarán sobre el control difuso de convencionalidad.⁴² La gestión de los recursos hídricos, desde este punto de vista, deberá pasar por el tamiz del derecho internacional vinculándose por una consulta pública férrea de una población informada y tomando en consideración que siempre actuará el Estado en favor de los derechos fundamentales.

3. LOS DERECHOS HUMANOS EN TORNO AL AGUA

La posición *ius positivista* del orden jurídico mexicano, anclada en una perspectiva interpretativa exegética, restringió hasta hace muy poco la aplicación de propuestas interpretativas amplificadoras de los derechos humanos. Por lo anterior, es necesario redefinir los instrumentos de protección del derecho ambiental, en específico las leyes nacionales reglamentarias de nuestra Carta Magna, para garantizar los derechos de las personas, el derecho a un ambiente sano y el derecho al agua, así como el deber de conservar el ambiente.

Desde el momento que es un deber de todos y todas las mexicanas el cuidado del ambiente, surge la necesidad de establecer una ley reglamentaria de la Constitución específica para este propósito. El 2013 vio nacer la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA). Esta ley, de carácter federal y no general, vela porque todos los sujetos de derecho tengamos conductas más responsables respecto al ambiente. Es una ley que, si bien tiene bastantes fallos, mete a México en el grupo de países vanguardistas en protección del ambiente. Se judicializa la protección ambiental, de tal manera que el ambiente, por lo que tiene de valor en sí mismo, es sujeto de derechos subjetivos, al reconocer que el daño al ambiente es independiente del daño que pueda causarse a los bienes patrimoniales de particulares y propietarios de elementos y recursos naturales.

La LFRA, al parecer de Peláez y Gutiérrez-Yurrita (2014), tiene cuatro puntos clave para su aplicación en la defensa y restitución de los bienes y servicios perdidos y deteriorados por responsabilidad subjetiva, dolosa y negligencia:

⁴¹ Gutiérrez-Yurrita y Peláez-Gálvez, 2017.

⁴² Ferrer, 2012.

1) el concepto de *daño ambiental* se define por primera vez para ser aplicado por y en el sistema judicial mexicano, 2) se obliga a reparar el daño para que el sistema ecológico dañado vuelva a funcionar como lo hacía antes de la perturbación dañosa; 3) sin embargo, cuando sea imposible reparar el daño ecológico en el ecosistema afectado, puede hacerse la reparación en un lugar alternativo fijado por la autoridad ambiental competente; 4) la jurisdicción queda en el Poder Judicial de la Federación hasta que se conformen los juzgados ambientales.

Aquí cabe agregar otro punto importante: 5) se utilizan todos los mecanismos alternativos de solución de controversias, resaltando los sistemas de mediación y conciliación, con el afán de evitar conflictos entre particulares o entre el infractor y la autoridad. En este último punto, cabe hacer mención de que los mecanismos alternativos que se refieren a conductas constitutivas de delitos contra el ambiente, respecto a aquellas en las que no proceda el perdón o el desinterés jurídico de la víctima o de la Profepa, se regularán en términos del Título de Responsabilidad Penal de la LFRA y el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP). Asimismo, la LFRA nos recuerda que el fin de estos mecanismos es alcanzar una justicia restaurativa mediante la participación de la víctima u ofendido y el imputado, para buscar la solución a las controversias derivadas del hecho calificado como delito. Por ejemplo, de nada sirve que se realice una reparación del daño sustitutiva si se ha perdido la función de un bosque de cosechar agua y regular el clima; debe buscarse por todos los medios que se restaure el funcionamiento del ambiente dañado.

La LFRA es un mecanismo del derecho administrativo-penal e incluso civil que actúa muy ligado a un instrumento del derecho ambiental muy poderoso, el de planeación del territorio. La planeación territorial y los mecanismos y herramientas más utilizados para desarrollarse con eficacia y eficiencia son los programas de ordenación territorial, en sus vertientes urbana y ecológica. Esta ordenación debe sustentar los Planes Parciales de Desarrollo (elaborados por los municipios), que respaldan los Planes de Desarrollo de los Estados (que componen la federación mexicana) y que respaldan el Plan Nacional de Desarrollo.⁴³ Un buen programa de ordenación territorial contempla los usos actuales y potenciales del suelo, para lo cual realiza estudios técnicos que justifican la vocación natural de un territorio, los servicios que puede prestar a la comunidad, los recursos que pueden extraerse y la manera en la cual se orientará el crecimiento para que tienda a la sustentabilidad.⁴⁴ De esta

⁴³ Gutiérrez-Yurrita, San Román y López, 2017.

⁴⁴ Gutiérrez-Yurrita, 2004b.

manera, el artículo 25 de la Constitución, junto con el 27, se hacen presentes en la gestión del agua, ya que debe ser equitativa, de interés social y de común acuerdo con la comunidad que demanda la gestión.

Bajo estos supuestos, la ordenación y planificación de usos del territorio, sea ecológica, agrícola o urbana, es prioritaria respecto a otras políticas públicas y de Estado. El ordenamiento del territorio, como instrumento de la política ambiental, es un imperativo para mantener el desarrollo del país con metas de sostenibilidad y seguridad humana; es indispensable para cumplir las metas del Milenio de Naciones Unidas y el mandato de adaptación al cambio climático, propuestos en la última reunión sobre cambio climático. El ordenamiento territorial debe atender, asimismo, a diversos criterios políticos con la finalidad de resolver conflictos históricos y actuales, y prever los conflictos futuros en los marcos social y económico, para resolver cada conflicto bajo una cultura de paz que los transforme en nichos de oportunidad para mejorar el manejo de nuestro patrimonio paisajístico.

No obstante, siguen primando los factores sociales y económicos ante los desafíos ecológicos de conservación, lo cual es totalmente comprensible en un país como México, donde se concentra aproximadamente 30% de la población en tres grandes regiones metropolitanas. Por otro lado, un país que tiene una enorme dispersión de la población en aproximadamente 185 000 pequeñas localidades, a las que es extremadamente difícil dotar de infraestructura, equipamientos y servicios adecuados por la compleja topografía y extensión territorial nacional.⁴⁵ Cabe mencionar que un aspecto relevante de esta dispersión de núcleos poblacionales es que aproximadamente 60% de las personas catalogadas como de muy bajos recursos económicos en México habita en o cerca de las áreas mejor conservadas del país; y que 90% de esas personas que viven en la indigencia son “indígenas o perteneces a grupos autóctonos”, muchos de los cuales no saben siquiera hablar español ni tienen acceso a los servicios básicos. Esta gente no conoce la justicia en ninguna de sus manifestaciones y sólo han visto la corrupción, el abandono por parte de las autoridades y el menosprecio social, incluso del rezagado urbano.

No es de extrañar que dentro de paisaje que merezca la tutela legal por sus atributos ecosistémicos, en particular, por ser cosechador de agua, se tenga una zonificación que corresponda más a los usos del suelo que deseen darle los usufructuarios –naturales o de otras partes– de dicha región, frente a los

⁴⁵ Gutiérrez-Yurrita, 2008.

intereses de protección ecológica de los ecosistemas afectados, aun cuando en las comunidades locales se carezca del recurso agua. La teoría ecológica marca que la óptima gestión de los recursos de una cuenca hidrográfica es la que contempla a las cuencas como telas paisajísticas conectadas en red, de tal forma que se conserve el patrimonio paisajístico en su totalidad, esto es, incluyendo la estructura y el funcionamiento ecológico del mismo.⁴⁶

La planeación territorial debe garantizar, mediante el cuidado del ambiente y vigilar los usos que se hagan de sus elementos, dos de los derechos humanos vinculados con el agua. El primero –por demás evidente– es el derecho a la vida. El alto comisionado para los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, en un comunicado conjunto indica que:

El acceso a agua potable es una condición previa fundamental para el goce de varios otros derechos humanos, como los derechos a la educación, la vivienda, la salud, la vida, el trabajo y la protección contra tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También es un elemento crucial para lograr la igualdad de género y erradicar la discriminación.⁴⁷

El derecho a la vida quedó plenamente reconocido como un derecho humano en el artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, emitida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución 217, del 10 de diciembre de 1948, que recoge la Constitución mexicana en el tercer párrafo del artículo 1.

El otro derecho es el del acceso al agua potable y al agua que permita el sano desarrollo de las personas. El 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento (resolución A/RES/64/292). En esta asamblea se reafirmó que el agua potable limpia y el saneamiento acuático son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La resolución exhortó a los Estados y a organizaciones internacionales más desarrollados en tecnologías de tratamiento de agua y gestión de recursos hídricos a proporcionar apoyo económico para la capacitación y transferencia de tecnología de personal técnico de los países en vías de desarrollo.⁴⁸

⁴⁶ Gutiérrez-Yurrita, 2016b.

⁴⁷ Fuente: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf>. Consultado en enero del 2012.

⁴⁸ Fuente: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml. Consultado en enero del 2012.

Previo a la resolución A/RES/64/292, de noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la “observación general número 15 sobre el derecho al agua”. El artículo I.1 establece que: “El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna”. La observación número 15 define el derecho al agua como “el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico”.⁴⁹

El reconocimiento internacional al derecho humano al agua fue un proceso largo y sinuoso que pasó por diversas vicisitudes, sin embargo, hoy es un derecho fundamental plenamente reconocido en el contexto internacional desde hace varios años, no así dentro del orden jurídico mexicano. Su reconocimiento constitucional apareció en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 2012.⁵⁰

Es interesante señalar que la redacción utilizada para incluir el derecho humano al agua en el orden constitucional mexicano evidencia que fueron cuidados los dos elementos esenciales para hacer efectivo este derecho: calidad y cantidad; de igual forma, se hizo mención expresa para que en la consecución de este derecho tuviesen participación los tres niveles de gobierno. Finalmente, se hace referencia a la participación de la ciudadanía. Sin embargo, la manera en que será llevado este derecho a la realidad en la legislación secundaria aún es una incógnita, ya que la participación ciudadana podrá ser entendida como intervención social-comunitaria o privada-especulativa.

De igual forma, el hecho de que en la Constitución mexicana se reconozca de manera explícita que los tratados internacionales son considerados como ley suprema⁵¹ deja atrás viejas controversias que algunos letrados todavía tenían presentes y los faculta para generar tesis más audaces en la manera de resolver controversias constitucionales y conflictos por el agua, tomando como punto de partida las resoluciones de la Naciones Unidas, las sugerencias de la CNDH y la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.⁵² Todo ello, dentro del marco de la ordenación territorial para la sustentabilidad.

Asimismo, el reconocimiento expreso de los derechos humanos y la redacción del artículo primero de la Constitución mexicana hace referencia a

⁴⁹ Fuente: <http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/og15.pdf>. Consultada en enero del 2012.

⁵⁰ Artículo 4 de la Constitución Política Mexicana, última reforma, *DOF*, 15 de septiembre de 2017.

⁵¹ Constitución Política Mexicana, última reforma, *DOF*, 15 de septiembre de 2017.

⁵² Caballero, 2012.

que el Estado interpretará todas las leyes de tal manera que siempre se favorezca al individuo o la colectividad bajo la declaratoria internacional de los Derechos Humanos; por lo tanto, las controversias legales en torno a los usos del agua, derechos del agua y derecho a agua potable y un ambiente sano serán resueltos de manera que se privilegie al ciudadano frente a los consorcios que pretenden abusar de su poder económico.

El reconocimiento explícito del derecho a los intereses colectivos amplía el espectro de protección de los derechos de un individuo cuando se afecten sus intereses colectivos o supraindividuales. Los intereses difusos o derechos colectivos son, por ejemplo, el derecho a un medio ambiental adecuado para desarrollar nuestras actividades y elevar nuestra calidad de vida, el aire, el agua y los elementos de un ecosistema que no son susceptibles de apropiación por particulares y que de ellos puede depender la resiliencia de un ecosistema.⁵³

Estos puntos de las últimas reformas constitucionales sirven de estímulo para promover y agilizar la resolución de los juicios de amparo por delitos ambientales y promover la responsabilidad civil y penal por daño ambiental. De igual manera, también se satisfacen otros derechos humanos, como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la justicia y el acceso a la ella. Además, se avanza en nuestro orden jurídico hacia un mejor estado democrático, defendiendo derechos sociales. Esta manera de aplicar la neoconstitución mexicana pone al país en sintonía con otros Estados-nación en el llamado derecho paraestatal o derecho de paranaciones.

4. DERECHO AL AGUA VS DERECHO AL ACCESO AL AGUA

No es lo mismo tener derecho a un bien público, colectivo y de intereses difusos como el agua que tener el acceso a ella de manera gratuita. El derecho al agua claro que es gratuito porque es un derecho fundamental sobre un recurso público. Pero el derecho al acceso al agua potable en tu propio domicilio conlleva gastos de operación por parte del Estado o de alguna empresa concesionaria para aprovechar el recurso hídrico, por tanto, es un derecho pero no gratuito. El agua como bien en tu domicilio está sujeta a los precios del mercado.⁵⁴ Un precio que, de acuerdo con algunos juristas, debería ser subvencionado por el Estado, en caso de que éste no pueda dotar del servicio a la población con fondos públicos, con independencia de que empresas

⁵³ Peláez-Gálvez y Gutiérrez-Yurrita, 2014.

⁵⁴ Bel y Warner, 2008.

internacionales acusen al gobierno de crear un monopolio en la distribución del agua y no permitir la libre competencia en condiciones de igualdad.⁵⁵

La propuesta de privatizar el agua no se empeña en cobrar por el recurso mismo, sino por los servicios de extracción, purificación y distribución del recurso, así como por las actividades de construcción del drenaje y su saneamiento para deshacerse de las aguas residuales, tratarlas, reusarlas y devolverlas al medio natural o encauzarlas para otras actividades humanas. Se incluye dentro de esta perspectiva la propuesta de los mercados de agua: “Todo marco institucional en virtud del cual los titulares de derechos sobre el agua están autorizados, respetando unas reglas establecidas al respecto, a cederlos voluntariamente a otro usuario a cambio de una compensación económica”.⁵⁶

Establecer un precio a los recursos hídricos, aunque sea por debajo de su valor, ya que sólo se considerarían valores de uso y no valores de no uso, supone que se realizará una mejor categorización de criterios para su uso. De esta forma, la gestión del agua será más eficiente y sustentable,⁵⁷ Por otro lado, los antagonistas de la apertura del mercado en la extracción, purificación y distribución del agua⁵⁸ han centrado su tesis en considerar al agua como un bien común,⁵⁹ un derecho fundamental del ser humano y un derecho de la vida silvestre para su conservación. Así, la pugna ha pasado a otro nivel de discusión con base en el reconocimiento del derecho humano al agua en las convenciones internacionales⁶⁰ y en las reformas de la Constitución mexicana de los artículos 103 y 107, que van en el sentido de reconocer intereses colectivos, bienes difusos y modificaciones al juicio de amparo.⁶¹

El debate se ha agudizado por diversas razones, que pueden sintetizarse en un rubro específico: la relación entre disponibilidad y demanda. El agua, además de la importancia que tiene para todos los procesos vitales humanos y del resto de la diversidad biológica, es un elemento esencial en los sectores primario, secundario y terciario de la economía. Ante el aumento exponencial en la demanda del agua y al ser un recurso limitado, se genera escasez. La escasez, a su vez, crea un valor añadido al recurso, lo cual ha sido objeto de interés por la iniciativa privada.

⁵⁵ Goldman, 2005.

⁵⁶ Sumpsi *et al.*, 1998.

⁵⁷ Pereira, 2002.

⁵⁸ Trawick, 2003.

⁵⁹ Savenije, 2002.

⁶⁰ Miroso y Harris, 2011.

⁶¹ Constitución Política Mexicana, última reforma, *DOF*, 27 de enero de 2016.

Es posible que el papel integrador y vinculante del agua entre la naturaleza y sus espirales ecológicas con los sistemas productivos humanos se deba a que el agua es el eje conductor de todos los procesos a nivel de cuenca hidrográfica;⁶² en la aseveración radical pero realista de Andrew Steer, representante del Banco Mundial en la COP 16 de Cancún, México (2011): “Si a usted le preocupa el clima, o si le preocupa la pobreza, usted simplemente debe hacer del agua un tema central de su reflexión. La discusión del agua debe moverse desde el cuarto de bombas a la sala de reuniones del gobierno”.⁶³

El hecho de que el agua sea definida como un bien no significa que faculte al Estado para que se privatice su distribución, pero tampoco para que su monopolio lo utilice en favor propio. Definir el derecho humano al agua, a su vez, está estrechamente vinculado con reconocerle al agua el carácter de un bien común inalienable, y que su uso debe atender al interés colectivo y al balance ambiental. Tomando en cuenta que si una persona no puede pagar por el recurso, tampoco se le debe privar por eso. La misma ley establece los casos que están exonerados de pagar por tener agua en sus viviendas.

4.1. Derecho y deber humano de cuidar el agua

La Teoría General del Derecho hace mención de un tipo particular de derecho subjetivo al que denomina derecho personal o derecho de crédito; en la construcción conceptual de este tipo de derechos ha quedado plenamente identificado que concomitante a la existencia del derecho se tiene una obligación, es decir, al lado de la persona que tiene el *derecho* a exigir una conducta existe otra persona que tiene la *obligación* de cumplir esa conducta.

Siguiendo esta posición deontológica, se puede proponer la construcción de los deberes humanos correlativos a los derechos humanos; de hecho, esta posición existe bajo diferentes denominaciones, y en las constituciones políticas de algunos países está reconocida en su capitulo ambiental. La Constitución mexicana la acaba de incorporar al reformar el párrafo 5 del artículo 4, el 8 de febrero del 2012: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley”.⁶⁴

⁶² Ruiz *et al.*, 2004.

⁶³ Steer, 2011.

⁶⁴ Constitución Política Mexicana, última reforma, *DOF*, 15 de septiembre de 2017.

No obstante, cuanto más difuso es el derecho humano también más integral es el deber de tutelarlos; en el caso del agua, paralelo al deber del Estado de proveer un derecho humano al agua, existe el deber de todo usuario de utilizar eficientemente el agua. El marco teórico de la nueva cultura del agua, sin hacer pleno énfasis en el aspecto jurídico subyacente a la deontología que propone, es una muestra del deber de toda la sociedad de participar en el cuidado del vital recurso.

Sin duda alguna, los grandes consumidores industriales, agropecuarios o de servicios también tienen un deber en restituir el balance ecológico de todas las cuencas que han sido afectadas por la sobre-explotación del vital recurso, para satisfacer sus necesidades primarias y secundarias. La reparación del daño ambiental, como hemos visto, está en la LFRA,⁶⁵ aunque dicha ley favorezca al empresario y vaya contra la política de la conservación de la biodiversidad como está establecida en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 y en el Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020.

El agua tiene un valor de uso que la vincula de manera directa con el carácter de bien social y común, prioritario sobre cualquier otro uso o connotación que se le dé. Los cambios en los paradigmas culturales son urgentes; han demostrado su inviabilidad para sostener la calidad de vida mínima a la que tienen derecho todos los seres humanos, aunado a que es insostenible una economía depredadora del ambiente; la especulación con bienes esenciales para la vida es éticamente injustificable, debe ser jurídicamente prohibida.

5. EL DERECHO MEXICANO AL AMBIENTE: ENTRE LO ECOLÓGICO Y LO AMBIENTAL

La gestión del recurso agua implica dos grandes retos en uno: por un lado, está asegurar a la población el acceso al agua suficiente, limpia y de forma continua, además a un costo subvencionado, extremadamente bajo, sin coste para las personas que no puedan costearlo, o gratuito para todos los sujetos físicos y para ciertas actividades del sector primario; por otro lado, está la conservación de los paisajes, para lo cual se requiere que puedan abastecerse de agua con tal de continuar con los procesos ecológicos que los mantienen en funcionamiento. El agua es un derecho para la vida de todas las formas vivas de la tierra.

⁶⁵ Nueva Ley publicada en el *DOF* el 7 de junio de 2013.

Bajo este doble desafío administrativo, Dubovik (2006) ha sugerido dividir el derecho al ambiente en dos tipos de derechos: derecho ambiental y derecho ecológico.⁶⁶ El derecho ambiental es totalmente administrativo, distributivo. La mayoría de las veces es reactivo, ya que funciona bajo el sistema de comando-control. El derecho ecológico vela por que el comportamiento y la ética humana sean normadas para evitar alteraciones en las funciones ecológicas.⁶⁷

Una apuesta segura del devenir del derecho ecológico y ambiental mexicano es por un Estado de derechos humanos, social y democrático, con leyes transfronterizas o sujeto a los tratados internacionales. Lo interesante a corto plazo es vigilar la transición de nuestro anquilosado sistema judicial a este innovador sistema.

Lo primero es que la formación de los jueces permita su adaptación a esta nueva realidad jurídico-legal. Se necesitan simplificar los procedimientos en materia ambiental, a fin de reducir el tiempo de resolución de los conflictos y que se convierta en su sistema más preventivo que punitivo. Al tener derecho a un juicio de amparo, se requiere una preparación especializada en torno a los conceptos y principios imperantes en el ámbito *ius-ambiental*, lo cual no significa que sea indispensable la creación de tribunales ambientales ni jueces especializados en la materia.⁶⁸ Aun tomando en cuenta la no necesidad de tribunales ambientales o exclusivos para atender conflictos sobre derechos humanos, sí se hace necesaria una reforma institucional profunda.

La estructura administrativa del Estado está anquilosada, cargada de burocratismo, pero sobretodo, en temas ambientales y de derechos humanos, no es transversal. Crear una secretaría nueva, que atienda todos los problemas del binomio sociedad-paisaje podría ser una magnífica opción, ya se ha sugerido la Secretaría de Conservación del Patrimonio Paisajístico.⁶⁹

La jurisprudencia internacional jugará un papel esencial en el nuevo orden jurídico mexicano, ya que la que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el ejercicio de las acciones colectivas ante los órganos jurisdiccionales exige al juez adecuar el procedimiento para adoptar los principios del proceso jurisdiccional social.⁷⁰

En este devenir histórico, la tutela y reconocimiento de los derechos humanos ha sido acorde con la ideología dominante a nivel internacional, de

⁶⁶ Dubovik, 2006.

⁶⁷ Gutiérrez-Yurrita, 2015b.

⁶⁸ Gutiérrez-Yurrita, 2012.

⁶⁹ Rosillo y Gutiérrez-Yurrita, 2011.

⁷⁰ Rosas, 2011.

la misma forma que la protección al ambiente se ha implantado en nuestro orden jurídico.⁷¹ Nuestro problema es cómo garantizar estos derechos (derecho humano al agua, por ejemplo), toda vez que los instrumentos del derecho ambiental (ordenación ecológica del territorio), así como los mecanismos de impartición de justicia, no actúan de forma clara en nuestro país (juicios de mediación y conciliación).

6. CONCLUSIONES

- El agua es un bien colectivo y difuso, con características únicas, pero eso no es obstáculo para que sea susceptible de ser valorada en términos económicos.
- El reconocimiento del derecho humano al agua es la consecuencia lógica de entender el agua como un bien esencial para la vida del planeta y para la existencia de la humanidad como tal.
- México ha logrado un avance significativo al reconocer a nivel constitucional el derecho humano al agua.
- La construcción teórico-conceptual de los derechos humanos y su efectivo reconocimiento por el derecho positivo de cada Estado sienta las bases para el desarrollo similar de los deberes humanos esenciales, incluyendo el relativo al agua.
- El hecho de que el agua tenga precio en el mercado ha sido malinterpretado por los consorcios empresariales como si fuese un objeto susceptible de privatización.
- Las características de este bien impiden una libre concurrencia de la iniciativa privada en su apropiación, dejando únicamente viables los caminos de concesiones para su distribución y saneamiento, cuando el Estado no pueda ofrecerlos con la calidad que el pueblo merece.
- La concesión para distribuir, potabilizar y depurar las aguas utilizadas debe realizarse bajo premisas sólidamente estudiadas y plenamente justificado por el gobierno, bajo una cobertura informativa plena hacia los gobernados, de tal manera que se evite caer en monopolios y se desarrolle una verdadera política pública de la administración del agua.

⁷¹ Guastini, 2011.

- Las recientes reformas constitucionales marcan un avance en nuestro orden jurídico hacia un mejor Estado democrático, incluyendo la plena integración a nuestro marco constitucional de los derechos humanos.
- La participación colectiva en la toma de decisiones en general debe convertirse en una realidad que derive en una democracia efectiva y que derive en una mejoría en las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto; en lo particular, la gestión del agua debe pasar necesariamente por el involucramiento de la mayor parte del conglomerado humano.
- Normativamente se ha incluido en el catálogo explícito de los derechos humanos el derecho a la participación social y a la gestión comunal o social de recursos naturales, tal como acontece con el agua; sin embargo, mientras estos derechos no sean reclamados por el conjunto de la sociedad, seguirán la suerte del axioma que dice que todo derecho que no es exigido se convierte en letra muerta.

7. REFERENCIAS

- Arias, Salvador Felipe, “La reforma constitucional de derechos humanos y la transversalización de los derechos”, *Revista IUS*, 2011, vol. 5, núm. 28.
- Bravo, Brenda; Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín, “Introducing a new logical model based on the holistic approach to risk assessment for environmental disaster”, *Geological and Environmental Sciences*, vol. III, núm. 73.
- Caballero Ochoa, José Luis, “La incidencia constitucional de los tratados sobre derechos humanos en México. El caso del sistema interamericano de protección a los derechos humanos”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Funadp, 2012.
- Castilla Juárez, Karlos, “El control de convencionalidad. Un Nuevo debate en México a partir del caso Radilla Pacheco”, en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Funadp, 2012.
- Cernic, Jernej Letnar, “Corporate obligations under the human right to water”, *Denver Journal of Internacional Law and Policy*, vol. 39, núm. 2, 2011.
- Cullet, Philippe, “Water Law in a Globalised World: the Need for a New Conceptual Framework”, *Journal of Environmental Law*, 23, 2011.
- Dubovik, O. L., “Ecological law and ecological conflicts. Law and Politics”, *International Scientific Magazine* (Rev. Dig. U.K.), 2006.
- Fisher, Elizabeth, *Environmental Law: a Very Short Introduction*, Oxford University Press, 2017.

- Goldman, Michael, “How ‘Water for All!’ policy became hegemonic: The power of the World Bank and its transnational policy networks”, *Geoforum* 38, Department of Sociology and Institute for Global Studies, University of Minnesota, Twin Cities, USA, 2005.
- Gros, Héctor, “Bioética y derechos humanos”, en Benítez, F. (coord.), *Genética humana en el tercer milenio. Aspectos éticos y jurídicos*, España, Universidad Internacional de Andalucía/AKAL, 2002.
- Guastini, Ricardo, “Sobre el concepto de Constitución”, *Cuestiones constitucionales*, 2007, núm. 001.
- Guille, Howard, “Rights & interests: trade & disputes”, *Human Rights & Human Welfare*, núm. 10, 2010.
- Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín; Peláez-Gálvez, María, “Regional Agreement for Latin America and the Aarhus Convention”, *IWRA XVI World Water Congress*, Cancún, México, 2017^a.
- _____, *Los logros de la Conferencia de las Partes COP13 en Cancún*, Fundación Desarrollo Humano Sustentable, A. C. Disponible en: <http://www.fdh.org.mx/single-post/2017/02/01/Los-logros-de-la-Conferencia-de-las-Partes-COP13-en-Canc%C3%BA>n. Consultado en febrero 2017b.
- Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín; San Román, José; López, Miguel, “El concepto de dominios ambientales como estrategia en la planificación territorial del Sistema lacustre Lago de Texcoco, Estado de México”, *Revista Geográfica Venezolana*, núm. 2, vol. 58, 2017, en prensa.
- Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín, “Cambio Climático Global, Una Perspectiva Desde La Seguridad Y Los Derechos Humanos”, en J. A. Castellanos; Carrasco Aquino, R. J. (eds.), *Estudios ambientales y del territorio*, 2016a.
- _____, “La ecología hoy, en tiempos del ‘fracking’”, en Valencia Martín, G.; Moreno, J., Rosa (eds.), *Derecho y fracking*, Thomson Reuters-Aranzadi, España, 2016b.
- _____, “Social and citizen perception on human rights and security due to Climate Change Policies in México”, *Proceedings Annual International Conference on Interdisciplinary Legal Studies*, Oxford UK, 1, 2015a.
- _____, “El ABC de la ecología para un Código Federal Ambiental de México”, en Profepa-Ceja (comp.), *Retos y tendencias en materia de codificación ambiental en México. Reflexiones surgidas en el marco del taller de codificación de la normativa ambiental federal en México*, Semarnat-Profepa-Ceja-UNAM, México, 2015b.
- _____, ¡A diseñar el futuro! El Holismo de la Tercera Cultura: hacia la integración científica y cultura, México, Instituto Politécnico Nacional-Centro de Estudios Jurídico Ambientales, 2009.
- _____, “Ecojusticia, o lo que debería entenderse por justicia en las Áreas Naturales Protegidas y Planes de Ordenamiento Ecológico del Territorio”, *Derecho Ambiental y Ecología*, vol. 5, núm. 26, 2008.

- _____, “Configuración ecológica del medio ambiental como bien jurídico”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, vol. 12, núm. 2, 2007.
- _____, “El Paradigma de la ecología integral en la gestión de los recursos naturales”, *Sapere*, vol. 1, núm. 1, 2004a.
- _____, “Análisis de la legislatura de Impacto Ambiental”, *Scientiae Naturae*, vol. VII, núm. 1, 2004b.
- Jiang, Min, “Towards Tradable Water Rights: Water Law and Policy Reform in China”, *Springer*, vol. 18.
- Lorenzetti, R., “¿Qué fue, qué es y qué será el agua para el derecho?”, en Benjamin, A. H. (comp.), *Memorias en extenso del 7º Congreso Internacional de Direito Ambiental-Direito, água e vida*, São Paulo, Imprensa Oficial, 2003.
- Miroso, Oriol; Harris, Leila, “Human Right to Water: Contemporary Challenges and Contours of a Global Debate”, *Antipode*, vol. 00, núm. 00, 2011.
- Moran, Dominic; Dann, Sabrina, “The economic value of water use: Implications for implementing the Water Framework Directive in Scotland”, *Journal of Environmental Management*, 87, 2008.
- Muñoz Sevilla, Norma; Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín, “La gestión del agua en México: un viaje del pasado hacia el futuro. Agua: retos y soluciones”, *Revista Digital Especializada de la Fundación ICA*, 46 (junio), 2012.
- Ortega-Marín, Andrea; Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín, “A new way to protect natural areas through the human rights. The case of ethnic minorities in Mexico”, *Environment, Energy and Biotechnology*, núm. 70, vol. 3, 2014.
- Papaño J. et al., *Manual de derechos reales*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Pegoraro, Lucio, “Derecho constitucional comparado”, México, Fundap, 2011.
- Peláez-Gálvez, María; Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín, “Recensión de la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental de México y análisis comparado con la ley equivalente española”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, 28 (mayo-agosto), 2014.
- Pereira, Joao, “A cobrança pelo uso da água como instrumento de gestão dos recursos hídricos: da experiência francesa à prática brasileira”, *Tese (Doutorado em Engenharia)-UFRGS/IPH, Porto Alegre, Brasil*, 2002.
- Piña, Ma. C., *Daño ecológico y sanciones positivas*, Córdoba, Argentina. 1999.
- Rebollar, Minerva; Oliva, Víctor; Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín, “Diferenciación de problemáticas y soluciones de manera específica en el sistema de protección civil en México, Las condiciones de riesgo en el marco nacional a lo local”, *Memorias del V Congreso Internacional en Gobierno Administración y Políticas Públicas*, Madrid (España), V, 2014.
- Rosas, Fregoso, “Publican colosal reforma constitucional en derechos humanos”, *El Sol de Tijuana*, 13 junio 2011, México.
- Ruiz Rojas, Jesús; Félix-Cuencas, Leticia; Gutiérrez-Yurrita, Pedro Joaquín, “Los criptohumedales del Sistema acuático Camécuaro. Aproximación con enfoque de gestión de cuencas”, *Memorias del Congreso Nacional y Reu-*

- nión Mesoamericana de Manejo de Cuencas Hidrográficas, Instituto Nacional de Ecología, México, Tema 5, 2007.
- Savenije, Hubert, “Why water is not an ordinary economic good, or why the girl is special”, *Physics and Chemistry of the Earth*, 27, 2002.
- Simental-Franco, Víctor Amaury, *Derecho ambiental*, México, Limusa, 2010.
- Steer, Andrew, *Conferencia dictada en la COP16 como representante del Banco Mundial*, Cancún, México. 2011.
- Sumpsi, José María; Garrido, A.; Blanco, M.; Varela, C.; Iglesias, E., *Economía y política de gestión del agua en la agricultura*, España, Mapa, 1998.
- Trawick, Paul, “Against the Privatization of Water: An Indigenous Model for Improving Existing Laws and Successfully Governing the Commons”, *World Development*, vol. 31, núm. 6, 2003.
- Trujillo Segura, Julio, *Hacia una nueva naturaleza jurídica del agua: res communis*, Biblioteca Jurídica Virtual del Inst. Invest. jurídicas de la UNAM, 2010.
- Varela, Justo Corti, “Contribuciones de la Unión Europea a los desafíos que representa la protección del medio ambiente: La diplomacia europea en materia de lucha contra el cambio climático”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2017, núm. 57.
- Warner, Mildred E.; Bel, Germà, “Competition or monopoly? Comparing privatization of local public services in the US and Spain”, *Public Administration*, 2008, vol. 86, núm. 3.