

Comentario bibliográfico

Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Javier SANTIAGO SÁNCHEZ, coords., *Régimen jurídico del agua. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 426 pp. (Serie: Doctrina jurídica, 382)

Del 6 al 9 de julio de 2006 se llevó a cabo el Congreso Internacional de Derecho Administrativo, convocado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, del que formaron parte juristas de diversos países. Uno de los temas tratados durante este evento fue el régimen jurídico del agua, en este libro se contienen las ponencias aportadas por los distintos juristas que intervinieron en la mesa respectiva.

Los participantes nacionales tocan diversos aspectos del derecho administrativo en cuanto al régimen jurídico del agua en el país, la situación de la gestión de los recursos hídricos en México y los diversos problemas que en este ámbito se enfrentan, como la distribución geográfica inequitativa de los cuerpos de agua en el territorio nacional, la desigualdad en la distribución del recurso, las fallas en los organismos operadores de agua potable, las políticas públicas en la materia y la creciente contaminación del medio ambiente, entre otros.

A pesar de la libertad para la realización de las ponencias y los distintos puntos de vista de los diversos participantes, quienes trataron el tema desde perspectivas y corrientes doctrinarias diferentes, llama la atención la coincidencia de muchos de ellos al abordar el tema del centralismo ejercido por la Federación en la gestión del agua en el país, que en palabras de María del Carmen Carmona “ha significado la subordinación de ámbitos locales de gobierno al plano federal, la obstaculización de iniciativas regionales, la ausencia de recursos económicos en los estados y municipios...”,¹ ya que para que la gestión de los recursos hídri-

¹ María del Carmen Carmona Lara, “El sistema de concurrencia y la distribución de las competencias en las reformas a la Ley de Aguas Nacionales”, en Jorge Fernández Ruiz y Javier Santiago Sánchez, coords., *Régimen jurídico del agua. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 123. (Serie: Doctrina jurídica, 382)

cos sea integral, el diseño e implementación de las políticas de administración de los mismos, debe ser implementado por todos los ámbitos de gobierno, no sólo del centro, sino con la intervención de autoridades locales y municipales en el proceso.

Diversos autores critican que las últimas reformas realizadas a la Ley de Aguas Nacionales en el 2004 contemplen repetitivas alusiones de fomento a la descentralización del sector, y sin embargo, a 12 años de la emisión de las reformas, no se haya expedido el reglamento que las materialice en hechos que concreten un mejor aprovechamiento y manejo de los recursos hídricos a nivel nacional, lo que no sólo mantiene el centralismo, sino que lo fortalece, al monopolizarse las funciones de operación, construcción y financiamiento de los sistemas hidráulicos por parte de la Comisión Nacional del Agua, convertida en la única autoridad en la materia.²

Se concluye la existencia de una problemática estructural en la gestión de los recursos hídricos, ya que las facultades otorgadas a los municipios a partir de la reforma constitucional al artículo 115, que prescribe en su fracción III, inciso a), que éstos tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos de agua potable, drenaje, alcantarillado y disposición de aguas residuales, han resultado insuficientes para la consecución de los objetivos planteados, debido al “centralismo financiero, demoras y carencias en capacidades normativas, financieras y administrativas municipales, generadas por la alta concentración de atribuciones, recursos y decisiones en el orden del Gobierno Federal”,³ lo que ha originado que muchos municipios no hayan podido prestar los servicios conforme a las demandas de sus poblaciones, sobre todo en las periferias de las cabeceras municipales y en las zonas rurales apartadas; por lo que argumentan que es imprescindible fortalecer el régimen tanto jurídico como administrativo y financiero de los municipios en materia de servicios públicos de agua potable y saneamiento.

Aparte, diversos ponentes coinciden al señalar la imprecisión de las leyes para delimitar las funciones y competencias de la Federación, los estados y los municipios. Jorge René Olivos Campos considera que el artículo 115 de la Constitución no es claro al pretender delimitar las funciones correspondientes a los municipios; mientras que para María del Carmen Carmona el esquema de distribución de competencias en la Ley de Aguas Nacionales no es claro en la delimitación de atribuciones exclusivas de la Federación, al ser muchas de ellas facultades implícitas, debido al carácter que la nación tiene de propietaria o titular de los bienes nacionales, además de que la legislación no comprende mecanismos de solución para resolver controversias en materia de competencias de los distintos ámbitos

² Juan Jaime Sánchez Mesa, “¿Se ha descentralizado la gestión del agua en México?”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, pp. 333-336.

³ Jorge René Olivos Campos, “El déficit de gobernabilidad municipal en el recurso hídrico”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 283.

del Gobierno;⁴ y, en opinión de Adria Velia González Beltrones, la Ley de Aguas Nacionales incurre en otro problema de especificaciones, al aludir repetitivamente al fomento de la participación social en la política de agua y no definir expresamente dichas atribuciones, dejando sin resolver el tema de la corresponsabilidad social.⁵

Respecto de las políticas públicas y medidas que deben ser impulsadas con miras a reparar las múltiples carencias y problemas del sector del agua en el país, los especialistas consideran necesario diseñar políticas que contemplen acciones de almacenamiento, conservación, administración, distribución y cobro de derechos a los usuarios regulares e informales del agua, la creación de sistemas para la detección de fugas, así como el ordenamiento de los asentamientos urbanos irregulares, con la intención de atacar la distribución inequitativa del recurso, su creciente escasez, contaminación y el deterioro de las fuentes de agua.

César Nava Escudero se refiere a la desalación del agua marina para cubrir las demandas de agua, y menciona que esta técnica, establecida de manera incipiente en el país, no ha contado con el sustento programático ni la legislación precisa o adecuada que la impulse y regule, por lo que considera una gran paradoja que la administración gubernamental anterior considerara al agua como un asunto de seguridad nacional y no expidiera los lineamientos para su reglamentación, no obstante los retos que a nivel nacional se enfrentan en materia de agua, por lo que opina que la instalación de plantas desaladoras sin la implementación de marcos regulatorios está significando una gran pérdida de recursos y oportunidades para enfrentar la escasez del agua.⁶

Si bien el análisis de los diversos participantes es muy rico en cuanto al campo del derecho administrativo, existen algunas deficiencias en el tratamiento del derecho al agua, ya que algunos ponentes llegan al grado de considerar que el acceso al agua es un derecho fundamental en nuestro país al ser contemplado dentro del artículo 27 constitucional: “El agua, al ser regulada en el artículo 27 de la Constitución, técnicamente fue incluida en el apartado relativo a las garantías individuales, por lo que puede comenzar por ser considerado como un derecho fundamental”.⁷ “El derecho al agua es un derecho fundamental porque está

⁴ M. del C. Carmona Lara, “El sistema de concurrencia y la distribución de las competencias en las reformas a la Ley de Aguas Nacionales”, en *op. cit.*, pp. 149-150.

⁵ Adria Velia González Beltrones, “Las relaciones intergubernamentales y la participación ciudadana en la gestión integral del agua”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 184.

⁶ César Nava Escudero, “La regulación jurídica de la desalación del agua en México: lo bueno, lo malo y lo más malo del periodo 2001-2006”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, pp. 253-274.

⁷ Carla Huerta, “El agua: patrimonio del Estado o derecho de los particulares”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 216.

establecido en tratados internacionales y en la propia Constitución, no sólo de México, sino de la mayoría de los países del mundo”.⁸

Respecto de las afirmaciones anteriores, cabe aclarar que si bien el artículo 27 de la Constitución se refiere ampliamente a las aguas comprendidas dentro del territorio nacional, se limita a establecer la titularidad de la nación sobre las mismas y la facultad de transmitir su dominio a los particulares para constituir la propiedad privada, además de imponerle a ésta las modalidades dictadas por el interés público, regular en beneficio de la sociedad el aprovechamiento de los recursos naturales susceptibles de apropiación con miras a lograr una distribución equitativa de la riqueza pública, protegerla y conservarla con el fin de conseguir un desarrollo equilibrado y mejorar las condiciones de vida de la población, más no reconoce el derecho fundamental de los ciudadanos sobre el acceso al agua potable. Para poder hablar del acceso al agua como un derecho fundamental es indispensable el reconocimiento expreso del mismo en la Constitución, y la nuestra no lo hace ni el artículo 27 ni en ningún otro.

Por su parte, Agustín Eduardo Carrillo considera más acertado incluir el acceso al agua potable como parte del derecho a la salud y no elevarlo al nivel de un derecho fundamental, por lo que en su opinión lo pertinente es fortalecer las políticas públicas.

Germán Cisneros Farías considera el acceso al agua como parte del derecho a la vida, que por tanto debe ser garantizado por el orden jurídico, para lo que plantea su reconocimiento dentro del artículo 4o. constitucional, que comprenda, además, la creación de una procuraduría que defienda el derecho al agua, pues considera que no es posible articular su defensa a cargo de un órgano de carácter administrativo como la Comisión Nacional del Agua; su propuesta apunta a la instauración de un órgano de mayor jerarquía con una vía procesal acusatoria para cubrir los vacíos legales en la defensa del acceso al agua potable para la población.⁹

Una propuesta similar es planteada por Miguel Alejandro López Olvera, quien apuesta por la creación de un Tribunal Federal del Agua, como instancia para resolver los problemas suscitados en este ámbito, y que en el futuro evite conflictos mayores; un órgano autónomo e independiente de la administración central, que posea competencia para conocer de las violaciones a las disposiciones y principios contenidos en tratados de derechos humanos y leyes nacionales que tengan relación con el agua, y cuya ley de procedimiento comprenda un capítulo de medidas cautelares; que sus sentencias sean obligatorias para las partes, con

⁸ Miguel Alejandro López Olvera, “El Tribunal Federal del Agua. Propuesta para su creación en México”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 223.

⁹ Germán Cisneros Farías, “Procuraduría de la Defensa del Derecho al Agua”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, pp. 166-168.

la posibilidad de imponer medidas de apremio para hacerlas cumplir, y que las resoluciones de primera instancia puedan ser recurridas ante una instancia superior o impugnadas ante el Poder Judicial.¹⁰

Los ponentes internacionales, por su parte, tratan diversos aspectos de los regímenes jurídicos del agua en sus países de origen, aportaciones que enriquecen el texto general al brindar la posibilidad de conocer y comparar las distintas normativas, métodos y técnicas tanto en la gestión y protección del agua como en la solución de problemas comunes y los métodos para allegar del recurso a las personas.

Allan R. Brewer Carías, con la ponencia “El régimen de las aguas en Venezuela. Efectos de su declaratoria general y constitucional como bienes del dominio público”, explica que el régimen que regulaba la política de las aguas en Venezuela, hasta 1999, contemplaba aguas destinadas al dominio público y aguas de propiedad privada; sin embargo, a partir de la reforma constitucional de ese año se declaró que todas las aguas serían en adelante parte del dominio público de la nación por su carácter insustituible para la vida y el desarrollo.

Los efectos de la reforma mantuvieron libres los usos comunes, pero los usos especiales fueron sometidos a limitaciones administrativas, como la obtención de concesiones. En este sentido, manifiesta que la extinción de derechos preferentes no dio lugar a derechos de indemnización a los antiguos titulares de las aguas, debido a que la figura jurídica representada por la declaratoria no implicaba una confiscación de bienes, sino el cambio de un régimen jurídico por otro, lo que no significó una lesión especial a la garantía de un propietario determinado, sino un cambio de régimen jurídico con efectos para todos los habitantes por igual, aparte de que no se extinguieron los derechos de aprovechamiento sobre las aguas.¹¹

Lo más destacable en la ponencia de Mariano R. Brito, respecto del régimen jurídico del agua y el saneamiento en Uruguay, se refiere a la reforma constitucional de 2004, en la que se reconoció a nivel constitucional el derecho fundamental de acceso al agua potable y al saneamiento.

A partir de dicha reforma, todas las aguas, con excepción de las pluviales, fueron consideradas un recurso unitario subordinado al interés general y parte del dominio público estatal, como el llamado dominio público hidráulico. Se estableció también el carácter del agua como un *recurso natural esencial para la vida*, y se reconocieron los derechos humanos fundamentales al agua potable y al sa-

¹⁰ Miguel Alejandro López Olvera, “El Tribunal Federal del Agua. Propuesta para su creación en México”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, pp. 235-237.

¹¹ Allan R. Brewer Carías, “El régimen de las aguas en Venezuela. Efectos de su declaratoria general y constitucional como bienes del dominio público”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, pp. 61 y 69.

neamiento;¹² por ello, la política en materia de agua en Uruguay abarca principios esenciales y fines concretos en materias de medio ambiente, desarrollo sustentable, políticas y servicios públicos, aunque el autor expresa su convicción respecto de que ninguna de dichas afirmaciones legales constituyen la garantía de una buena gestión de los recursos hídricos.

Respecto de la categorización del acceso al agua potable como derecho fundamental, menciona que el reconocimiento constitucional del agua como recurso natural esencial para la vida es la piedra angular que fundamenta al derecho, al proteger el máximo bien de los seres humanos, que es la vida; y en ese sentido se explica que la prestación del servicio de agua potable deba realizarse *anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico*.¹³ En Uruguay, el estado deberá ser el único prestador de los servicios, sin contemplarse la extinción de las concesiones otorgadas antes de la emisión de la reforma constitucional, pero con la posibilidad de terminarlas si se quebrantan las disposiciones regulatorias.

Jacqueline Morand-Deville, de Francia, explica que en su país se cuenta con un sistema satisfactorio de gestión de los recursos hídricos, que sin embargo requiere algunas reformas en sus técnicas de gestión, pues la materia de contaminantes y daño ambiental está diversificada en políticas sectoriales bajo la coexistencia de policías especiales en materia de agua, aire, residuos y ruido, entre otras, lo que dificulta su gestión integral.

Menciona que en la Comunidad Europea se intenta implementar una gestión general y equilibrada de los recursos hídricos, planteándose diversos objetivos a cumplirse progresivamente conforme a los plazos establecidos dentro de la Directiva Marco 2000/60 sobre el agua, lo que ha favorecido cambios y unificaciones en la política del agua en Francia.

Respecto del régimen jurídico del agua en ese país, se observa que durante mucho tiempo el agua fue considerada fundamentalmente de carácter privado, pero a partir de una ley expedida en 1992 se estableció como patrimonio común de la nación, y el Estado funge como *guardián* del recurso, con miras a la consecución de una gestión equilibrada y a su preservación bajo el principio de desarrollo sustentable.¹⁴

Menciona que el derecho al agua es un derecho fundamental reconocido al mismo nivel que el derecho al medio ambiente, al ser proclamado en el Protocolo de Helsinki sobre el agua y la salud; además de que en la Directiva Marco europea 2000/60 se determina que no es un bien comercial, sino un patrimonio;¹⁵ pero a

¹² Mariano R. Brito, "Régimen jurídico del agua y saneamiento en Uruguay", en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 95.

¹³ *Ibid.*, p. 97.

¹⁴ Jacqueline Monard-Deville, "Derecho y política del agua en Francia", en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 242.

¹⁵ *Ibid.*, p. 243.

pesar de ello, en Francia existe aún una distribución desigual del recurso, y un gran desequilibrio entre las demandas y la disponibilidad del mismo, aparte de estar atrasado en cuanto al estado ecológico de las aguas, por lo que en diversas ocasiones ha sido condenado por la Corte de Justicia Europea, previéndose que muchas de las deficiencias actuales sean subsanadas con la aprobación —en proceso— de una nueva ley dentro de la que se contempla la creación de una Oficina Nacional del Agua y el incremento de los poderes municipales en la materia para el establecimiento de una gestión coordinada de los recursos hídricos.

Johan Christian Pielow se refirió al desarrollo en la economía del agua conforme al derecho europeo y el alemán, haciendo patente su preocupación por los diversos problemas del agua en la actualidad, principalmente por la consideración del recurso como un bien de consumo de la economía de mercado y las dificultades que presenta la economía del agua al requerir grandes sumas económicas para la inversión en construcción, mantenimiento de la infraestructura en el sector, el suministro del agua potable, la eliminación de aguas residuales y las exigencias paralelas en cuanto a la protección del medio ambiente y de la salud de los individuos.

Menciona que al primar en Europa un mercado interno compartido, la competencia es el motor que impulsa a los integrantes de los mercados estatales a brindar los servicios de agua, que en dicho continente implican el suministro de agua potable y la eliminación de aguas residuales dentro de las llamadas *medidas preventivas para la vida*,¹⁶ que comprenden todas las tareas del Estado relacionadas con la creación de bienes y servicios necesarios para la consecución de una vida digna para las personas.

Describe las posibilidades de regulación ofrecidas por la Unión Europea para implementar una competencia igualitaria dentro del mercado del agua, y establece que conforme al artículo 86 de la Constitución comunitaria, las reglas de la competencia económica no podrán ser utilizadas contra empresas que presten servicios de interés económico general —dentro de los que se encuentran los servicios referidos a la previsión para la vida— cuando las reglas de competencia impidan su cumplimiento de hecho o de derecho; por lo que conforme a su opinión, el problema no radica en que se impida el cumplimiento de dichos servicios, sino en que se puede poner en peligro el cumplimiento de la tarea del Estado respecto de los servicios de previsión para la vida.

En su reflexión final, señala que es viable privatizar y liberalizar al sector, mientras los programas implementados sean responsables de la salud de las personas y de la protección del medio ambiente.

¹⁶ Johan Christian Pielow, "El desarrollo actual en la economía del agua según el derecho europeo y alemán. Dentro del conflicto entre prevención para la vida y competencia económica", en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 297.

Por su parte, Fernando Rafael Velezmoro Pinto determina que el acceso al agua es un derecho humano que se encuentra en la transición de convertirse en un derecho fundamental, para lo cual menciona algunos tratados internacionales que comprenden este derecho y la Observación General Número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU sobre el derecho al agua, de la que dice ha generado reacciones en diversos Estados sudamericanos en los que se presenta una tendencia hacia el reconocimiento progresivo de este derecho como un derecho fundamental.

En ese sentido, aunque el derecho no se encuentra formalmente reconocido en la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional ha establecido que el agua es un elemento esencial para la salud y el desarrollo de las actividades económicas, y ha reconocido el derecho de los ciudadanos al agua, y el deber del estado de respetar, proteger y realizar tal derecho.

Por otra parte, indica que la Defensoría del Pueblo ha emitido diversos informes sobre la categorización del acceso al agua como derecho humano, y promovido su reconocimiento constitucional, al considerar que se trata de un derecho derivado de la dignidad humana que posibilita el ejercicio de otros derechos constitucionales; además de considerar que la Observación General Número 15 es plenamente aplicable por constituir una interpretación de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por Perú.

Por lo tanto, estima necesario “conciliar la evolución del acceso del agua potable de servicio público con la de derecho fundamental”,¹⁷ pues no es sólo una obligación del Estado como servicio público, sino un derecho de los ciudadanos.

Respecto del régimen jurídico del agua en Ecuador, Patricia Vintimilla indica que en la Constitución ecuatoriana se reconoce el derecho a la calidad de vida de las personas, mismo que debe asegurar agua potable, saneamiento ambiental y otros servicios sociales, por lo que el Estado debe de garantizar el derecho a la previsión de agua potable.

Menciona que Ecuador posee suficientes recursos hídricos como para no tener que enfrentar una crisis del agua durante los próximos 25 años, ni se han presentado situaciones de tensión significativas en la materia, pero a pesar de esto y del reconocimiento constitucional del derecho al agua potable existe una grave desigualdad en el acceso al recurso, originada por factores de naturaleza social, natural, cultural y política.

Para la ponente, la falta de coordinación entre los órganos de gobierno y el desorden en la aplicación de los recursos en los servicios de agua y saneamiento

¹⁷ Fernando Rafael Velezmoro Pinto, “El servicio de agua potable y su reconocimiento como derecho fundamental en el Perú”, en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 398.

inciden directamente en el acceso desigual a los recursos hídricos, por lo que concluye que el país no carece de agua, pero existe una desigualdad compleja y desordenada de las formas institucionales, que desarmoniza con las normas constitucionales.¹⁸

En síntesis, el libro ofrece profundos estudios respecto del régimen jurídico del agua en México y en otras partes del mundo, bajo distintas perspectivas de análisis. Si bien se establecen algunos puntos de vista exagerados respecto de la consideración del derecho al agua como un derecho fundamental de los mexicanos, lo cual se aparta de la realidad, el texto en su integridad ofrece un panorama general respecto del régimen jurídico del agua en el país que abarca diversos aspectos relativos a su estatus constitucional, su manejo en el derecho administrativo, las políticas públicas, el derecho del medio ambiente, los problemas de contaminación y escasez del recurso, desde puntos de vista generalmente críticos que enriquecen el estudio y debate respecto de la gestión del agua en México.

Luisa Fernanda TELLO MORENO
Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH

¹⁸ Patricia Vintimilla, "Régimen jurídico del agua", en J. Fernández Ruiz y J. Santiago Sánchez, coords., *op. cit.*, p. 406.