



GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, “Garantías de protección del derecho fundamental al agua en México: un panorama”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, pp. 149-173.

En virtud de las diversas problemáticas suscitadas en el país en materia de acceso al derecho al agua, como la sobreexplotación, la contaminación, el despojo de recursos naturales a pueblos indígenas y la discriminación que los habitantes menos favorecidos de la población enfrentan al pretender acceder al recurso, el autor de este artículo, especialista en derecho al agua y defensor del mismo, considera necesario emprender acciones que permitan exigir el cumplimiento, el respeto y la protección de este derecho.

En su opinión, la importancia y gravedad del tema, exigen dejar de hacer una apuesta única en la lucha por el derecho al agua y los recursos hídricos, por lo que considera indispensable identificar todas las vías disponibles para proteger el derecho en México. Para ello, en el trabajo que se reseña, a partir de la teoría multinivel de las garantías de los derechos, presenta un esquema de las distintas garantías ejercibles al respecto, y no duda en mostrarse en favor del ejercicio de garantías de tipo social, cuando las contempladas en el ordenamiento jurídico no sean eficaces.

Señala que a pesar de que el derecho al agua no se encuentra reconocido de manera explícita en la Constitución, se incluye implícitamente en ella, al relacionarse con otros derechos y atendiendo al contenido de ciertas disposiciones; además de que el derecho ha sido incluido en instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Recoge la definición del derecho comprendida en la Observación General Número 15 “El derecho al agua”, del Comité

de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que a partir de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), relativos a los derechos a un nivel de vida adecuado y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, respectivamente; lo define como el derecho de acceso a una cantidad mínima de agua potable al día, para la satisfacción de las necesidades personales y domésticas.

Entendiendo a las garantías como “mecanismos o técnicas de tutela, diseñadas para proteger y asegurar la efectividad de los derechos” (p. 154), su estudio parte de una división principal entre garantías institucionales y sociales. En este sentido, las garantías institucionales corresponden a mecanismos de protección encomendados a los poderes públicos, mientras que en las sociales o extrainstitucionales, la vigilancia y protección del derecho está a cargo de sus titulares y afectados por su incumplimiento.

Establece una primera subdivisión respecto de las garantías atendiendo a los criterios de los órganos políticos a los que éstas les son encomendadas y a su propio alcance.

Dentro del primer criterio, relativo al órgano político al que las garantías le son encomendadas, distingue entre garantías políticas (a cargo de órganos políticos de gobierno y control) y garantías jurisdiccionales (a cargo del Poder Judicial). Conforme al segundo criterio, relacionado con el alcance de las garantías, las clasifica como primarias y secundarias, siendo las prime-

ras, aquellas que tienden a especificar el contenido mínimo de los derechos y las obligaciones derivadas de ellos; y las segundas, las diseñadas para reparar el incumplimiento de las primeras. En términos generales, dentro de las garantías institucionales, identifica a las garantías políticas con las primarias y a las jurisdiccionales con las secundarias, aunque advierte una excepción, al referirse a ciertas garantías políticas de carácter secundario, como veremos más adelante.

Así, dentro de las garantías institucionales de carácter político del derecho al agua en México, ubica como primarias, a las garantías constitucionales genéricas y a las garantías políticas específicas.

Dentro de las garantías constitucionales genéricas encuadra postulados básicos del Estado como la rigidez constitucional, la separación de poderes, el principio representativo y el principio de publicidad. En este sentido, dichos principios coadyuvan en el respeto y cumplimiento del derecho al agua, al representar límites a los poderes públicos y sus acciones. Por ejemplo, la esfera de protección del principio de rigidez constitucional, impide que las mayorías políticas y el mercado afecten el núcleo esencial de los derechos; en opinión del autor, el reconocimiento implícito del derecho en la Constitución, implica ya una forma de protección.

El principio de la separación de poderes, a su vez, sería una garantía instrumental del derecho, ya que como sistema de controles y contrapesos, “introduce en el orden jurídico un conjunto de mecanismos que permite la vigilancia mutua entre centros de decisión para el cumplimiento de sus obligaciones en materia del derecho al agua” (p. 157); en ese sentido ejemplifica algunos mecanismos de control entre autoridades como las comparecencias de los integrantes del Ejecutivo ante el Legislativo o incluso, el juicio político. En cuanto al principio representativo, menciona las facultades de iniciativa legislativa o reforma constitucional como vías de protección del derecho; finalmente establece el principio de publicidad de los actos de gobierno como garantía en favor de otras autoridades o de la ciudadanía en el control de la administración y una gestión adecuada de los recursos hídricos.

A las garantías políticas específicas, por su parte, las relaciona con las condiciones que la Constitución impone a los poderes del Estado para dotar de un contenido mínimo a los derechos, designar a sus titulares, a las autoridades responsables y sus obligaciones al respecto, así como las vías de ejercicio de los derechos en específico; establece que dichas garantías se encuentran representadas por diversos mandatos constitucionales dispersos, dirigidos a asegurar la disponibilidad de acceso tanto del agua, como de los servicios relativos.

Al respecto, considera que los mandatos constitucionales incluidos en los artículos 2o., 4o. y 27, comprenden algunos de los elementos de contenido mínimo del derecho e imponen obligaciones a distintas autoridades, destinadas a realizar acciones para asegurar la disponibilidad y el acceso al agua en favor de personas y grupos determinados;<sup>1</sup> aunque no perfilen o desarrollen el derecho con precisión. Además, establece que la autoridad tiene la obligación de cumplir con otras fuentes del derecho, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como pactos, convenciones, criterios, recomendaciones y observaciones, refiriéndose específicamente, a la Observación General Número 15.

Posteriormente, alude a dos mecanismos de importante utilidad para controlar el contenido del derecho, ya que permiten disciplinar el ejercicio de las facultades de los poderes en su desarrollo y reglamentación (p. 160); los principios de no regresividad y no discriminación, derivados del

<sup>1</sup> El artículo 27 establece la obligación de ejecutar acciones dirigidas a regular la distribución y el acceso a los recursos hídricos necesarios para el desarrollo y bienestar de las personas en general. El 4o. contempla la obligación del Estado de proveer lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad y el ejercicio de los derechos de los niños y las niñas, a quienes reconoce el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. El artículo 2o. otorga a los pueblos y comunidades indígenas autonomía para disfrutar y usar, de modo preferente, los recursos naturales de los lugares donde habitan y que sus comunidades ocupan; y establece que los tres niveles de gobierno tienen la obligación de ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos, con el fin de abatir sus carencias y rezagos.

PIDESC, que funcionarían tanto como garantías de estabilidad en los aspectos ya regulados del derecho, como de equidad en el acceso al recurso. También considera que ciertos instrumentos de compensación, como las acciones positivas deben contemplarse como posibles garantías de acceso al derecho para grupos históricamente excluidos del mismo, tradicionalmente marginados o en situación de vulnerabilidad.

Dentro de las mismas garantías institucionales, caracteriza a las garantías políticas secundarias como aquellas dirigidas a órganos políticos específicos que tienen como objeto el control y la reparación de la violación de las garantías primarias; es decir, se accionan una vez que el derecho ha sido vulnerado.

Dentro de este grupo ubica al poder de policía, encargado de establecer controles preventivos y de sancionar a los poderes privados que vulneren derechos humanos; a organismos de vigilancia como la Comisión Nacional del Agua, encargada de vigilar el cumplimiento de la Ley de Aguas Nacionales y de las Normas Oficiales Mexicanas que regulan distintos aspectos de la contaminación de los recursos hídricos; a los recursos administrativos contemplados por distintas dependencias para la revisión de decisiones —aunque apunta que el cumplimiento de normas y la capacidad de vigilancia del mecanismo es reducido— y la intervención de los órganos no jurisdiccionales o comisiones de protección de derechos humanos que al conocer quejas, iniciar procedimientos de investigación y emitir recomendaciones, cumplen funciones de control.

Sobre las garantías institucionales secundarias o jurisdiccionales en materia de derecho al agua, considera que normalmente operan en el área administrativa para denunciar violaciones a leyes como la de Aguas Nacionales, entre otras. Entre las principales garantías jurisdiccionales contempla el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad; para accionar estas últimas, establece la posibilidad de acudir a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), dada su facultad de interponer estas acciones, a partir de la reforma al artículo 105 de la Constitución, en 2006.

No obstante, considera que este tipo de garantías no tienden a abordar el tema desde una perspectiva de derechos humanos debido a diversas razones, entre las que destaca una lenta apertura a la incorporación de las normas internacionales al sistema jurídico interno; a mecanismos de derechos ya construidos con concepciones limitantes sobre el derecho subjetivo (precedentes del siglo XIX) y al predominio de la consideración de los derechos sociales como cláusulas o normas programáticas.

En este sentido, establece que los grupos sociales, al no encontrar vías institucionales que atiendan sus reclamos, son orillados a plantear sus exigencias a través de vías no institucionales, cuyo resultado tiene consecuencias que actúan en su contra, como la criminalización de la protesta mediante la persecución o la cárcel, lo que produce mayores tensiones y una amplificación de la polarización social.

Por ello, considerando que el poder político difícilmente se limita por sí sólo y que las garantías de los derechos como instrumentos para controlar el poder se encuentran dentro del área de ese poder, llama al rescate de las garantías sociales como medios efectivos a disposición de los afectados para acceder al derecho al agua. En este sentido, agrega que para evitar que las herramientas institucionales de protección de derechos se conviertan en una ilusión que se desvanece en el primer intento de ejercitarlas, es necesario impulsar y reforzar una ciudadanía organizada paralelamente al Estado (p. 169).

Para el autor, dicha organización puede darse a través de vías directas e indirectas. Como acciones directas, identifica sistemas comunitarios de gestión y distribución del agua; el derecho de asociación y a la información, así como la difusión de información relevante sobre el tema. Como participación indirecta contempla las garantías de elección y para organizarse y emprender acciones con el fin de exigir información a las autoridades sobre el control de las políticas públicas y leyes, así como actuar y “ejercer presión” sobre órganos facultados para solicitar modificaciones legales, como la CNDH; solicitar información con el fin de verificar en qué y de qué manera se gasta el presupuesto y vincular a expertos del tema en el control del gasto, entre otras.

La virtud de este trabajo radica en colocar sobre la mesa no sólo las garantías jurídicas disponibles para hacer exigible el derecho al agua, sino en ahondar en las garantías sociales también disponibles, al describir las distintas medidas al alcance de los grupos sociales para lograr dicho fin; desde esta perspectiva, tiene una doble aportación, tanto académica como práctica y responde acertadamente a los fines del derecho centrados en la justicia.

El autor pretende “poner en primer lugar la satisfacción de necesidades básicas de los más necesitados”, atendiendo a que la mayor parte de los movimientos por el agua en México, involucran situaciones de exclusión e incumplimiento de obligaciones jurídicas por parte de distintas autoridades en contra de sectores débiles o en situación de vulnerabilidad; y al otorgarles un

rol protagónico en la lucha y defensa por el derecho, consigue, a su vez, fomentar una sociedad informada, capaz de proteger sus derechos.

A pesar de ser considerado como un nuevo derecho, el derecho al agua, se encuentra bastante desarrollado en la actualidad y su inobservancia no puede excusarse en su falta de reconocimiento constitucional; nos obligan a observarlo razones y medidas lógicas, jurídicas, políticas, sociales y de justicia, que se fortalecen y hacen visibles al articular de forma paralela las garantías institucionales y sociales que específicamente, desarrolla el autor en este artículo.

LUISA FERNANDA TELLO MORENO  
Centro Nacional de Derechos  
Humanos de la CNDH