



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

NATURALEZA JURÍDICA DEL AGUA EN MÉXICO Y ESPAÑA,
SU PRIVATIZACIÓN ANTE LA GLOBALIZACIÓN
Y LA POLÍTICA NEOLIBERAL MUNDIAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

MAESTRA EN DERECHO

P R E S E N T A :

LUZ PILAR FLORES AGUILAR

ASESOR: DOCTOR AUGUSTO SALOMÓN SÁNCHEZ SANDOVAL



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A mi madre, por el apoyo incondicional,
el tiempo y paciencia que he recibido
toda mi vida para lograr mis objetivos.

A mis hermanos, Fernando y Julieta,
porque siempre han estado cerca de mí,
en las decisiones importantes de mi vida.

A Miguel Ángel, por su amor, apoyo y
el sacrificio de la distancia para que
este trabajo fuera terminado.

A mi tutor, el Dr. Augusto Sánchez
porque sin su guía y apoyo este
trabajo no hubiera sido posible.

ÍNDICE

Introducción	6
I. Marco teórico y entorno jurídico del agua en el derecho positivo mexicano	
1.1 Antecedentes históricos del agua como recurso en la legislación mexicana	17
1.1.1 Época precortesiana. Imperio azteca hasta 1521	17
1.1.2 Régimen hídrico medieval español y su injerencia en México.....	18
1.1.3 Época colonial.....	19
1.1.4 Época independiente	21
1.2 Dominio público de las aguas.....	23
1.3 El agua en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	26
1.3.1 Artículo 27° constitucional.....	30
1.3.2 Artículo 25° constitucional	36
1.3.3 Artículo 28° constitucional	39
1.4 Ley de Aguas Nacionales	41
1.5 Gestión del agua	46
1.5.1 Distribución de competencias	50
1.5.2 Organización administrativa	55
1.6 Puntos clave de la legislación estatal y municipal.....	60
II. El agua y sus formas de privatización en México.	
2.1 Lógica del dominio público, interés general y bien común, que supone una traba a la privatización del agua.....	71
2.1.1 El interés general y bien común	76
2.1.2 El interés general definido en parámetros económicos	81
2.2 Privatización como eficacia.....	83

2.3	Instrumentos jurídicos que abren la puerta a la privatización del agua en México.....	89
2.3.1	Las concesiones.....	89
2.3.2	Concesiones a la iniciativa privada para invertir en infraestructura hidráulica.....	97
2.3.3	Mercado de aguas o Centros de Transmisión de títulos o de derechos de agua.....	100
2.3.4	Servicio público de agua en México y sus concesiones.....	105
2.3.5	Regulación legal del servicio público del agua	109
2.4	Agua embotellada	118
2.5	Cuestiones internacionales que influyen de manera directa en la privatización del recurso	123
2.5.1	La Organización Mundial de Comercio y Tratados internacionales relacionados con la privatización o inversión privada de los recursos hídricos.....	123
2.5.2	El Banco Mundial y otros organismos internacionales, su influencia en la privatización del agua	136
III.	El agua ante la política neoliberal mundial y las figuras jurídicas que sugieren la privatización en el derecho español.	
3.1	La política neoliberal y el agua como recurso natural.....	144
3.2	España, los recursos hídricos y su dominio público	148
3.2.1	El dominio público hidráulico en España	148
3.2.2	Legislación de la Comunidad Europea en materia de aguas	151
3.2.3	La Constitución española y el agua	156
3.2.4	Privatización del agua en España	159
3.3	Los derechos reales administrativos en España.....	160
3.4	Concesiones en la ley de aguas española de 1985	164
3.4.1	Duración de los derechos de uso del agua	171
3.4.2	Disposiciones relacionadas con concesión a particulares y establecimiento de tarifas	172

3.5	Los mercados de agua en España	178
3.5.1	Transferencia de derechos en España	180
3.5.2	El caso de las islas canarias en España	194
IV La privatización del agua a nivel mundial, perspectivas, resultados y alternativas.		
4.1	Perspectivas ambientales y económicas	199
4.2	Privatización del agua en México y otros países, resultados negativos	202
4.2.1	La gestión del agua urbana en México	202
4.2.2	Ejemplos de intervención de la iniciativa privada en la gestión del agua a nivel mundial	209
4.3	Alternativas a la privatización de los recursos hídricos.....	216
4.3.1	Participación ciudadana en la toma de decisiones.....	216
4.3.2	El agua como derecho humano	226
4.3.3	Otras propuestas alternas a la privatización	235
4.3.4	Resultados positivos en cuanto a la gestión pública del recurso.....	239
4.3.4.1	El caso de Porto Alegre, Brasil.....	239
4.3.4.2	Bolivia y el caso Cochabamba	241
	Discusión final	245
	Bibliografía.....	258

INTRODUCCIÓN

Nuestra investigación versa sobre la naturaleza jurídica del agua como recurso natural no estratégico en México, tanto a nivel constitucional como en la legislación secundaria, equiparando dicha naturaleza con la que se tiene en España en cuanto a la gestión del agua y las diversas figuras sugestivas de privatización en ambas legislaciones, así como las implicaciones de ello ante la globalización y la política neoliberal mundial, tomando en cuenta la ingerencia de los diversos organismos internacionales en cuanto a las políticas de privatización implementadas mundialmente, y los medios alternativos para contrarrestar dichas políticas.

El agua, no es considerada como un recurso de naturaleza estratégica y de manejo exclusivo del Estado, en la legislación mexicana y española y es susceptible de manejarse por agentes privados ya sean empresas o particulares, en alguna de las modalidades que el Estado establezca, por lo tanto es vista en su forma más simple como la prestación de un servicio público, que además se concede para su explotación, uso y aprovechamiento, implementándose figuras sugestivas de privatización del recurso como los llamados mercados de agua o centros de intercambio, y las propias concesiones a particulares, dejando así de lado el concepto de bienestar general y común, así como la naturaleza de bien público de la Federación, aunque esta naturaleza a la letra de la ley esté establecida, por todos estos argumentos, en cuanto a su manejo y gestión, en este trabajo de investigación.

Por lo tanto intentamos encuadrar su marco teórico jurídico como recurso natural y la trascendencia, consecuencias e implicaciones a nivel nacional y global en la medida de que esta investigación lo permite, debido a que la política económica neoliberal se está aplicando de forma generalizada en todos los ámbitos de desarrollo de las políticas públicas y privadas aun en lo relacionado con los recursos naturales, como lo es el agua.

Hay que tomar en cuenta que en dicha política neoliberal que se intenta y se logra aplicar a nivel mundial, nos encontramos con un papel reducido del Estado en cuanto a su intervención y como protector de los recursos naturales, siendo sólo un aplicador más de dicha política, además de implementar en la legislación figuras privatizadoras del recurso natural, siendo la economía y el libre mercado, lo que determina los ámbitos de aplicación de la misma política económica, tomándose ya en muchos países pareciera, al agua como un bien comercial susceptible de privatización en diversas formas disfrazadas de políticas públicas y no como un bien común y de bienestar general para la humanidad, siendo esto orquestado sobre todo por organismos internacionales, como Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Organización Mundial de Comercio, que fundamentan sus argumentos en conceptos que han sido redefinidos bajo las políticas económicas actuales, hablando de eficacia y eficiencia en los servicios y gestión del recurso, de un bienestar general bajo políticas privadas, de privatización para beneficiar de la población en general.

No hay que perder de vista que nuestro recurso en estudio es agotable en determinado plazo de tiempo si no se toman las medidas jurídicas, políticas y económicas necesarias para preservarlo y salvaguardarlo tanto a nivel nacional como internacional, esto desembocará en implicaciones políticas, económicas, sociales y culturales no sólo en nuestro país sino a nivel mundial, suscitándose conflictos por el recurso a mediano y largo plazo, de los cuales por ningún motivo México quedaría eximido; y que en varios países de la orbe ya existen.

Ante todo esto es necesario, proponer alternativas jurídicas nacionales y globales, que realmente sean eficaces en su aplicación y que no se queden como sólo parte de un texto legal, tales alternativas podrían ser considerar al agua como un recurso estratégico para protegerlo en cierta forma del movimiento mundial globalizador y neoliberal, la participación activa de los usuarios del recurso en la toma de decisiones a nivel administrativo, el considerarlo como un derecho humano universal y no sea visto como una simple mercancía, y así mismo

buscar y analizar alternativas jurídicas internacionales que puedan ser viables y aplicables en nuestro país, para poder formar parte de la nueva y acelerada ideología neoliberal en la que hoy nos encontramos subsumidos a nivel mundial, sin tener que poner en riesgo nuestros diversos recursos naturales que de una u otra forma resultan esenciales para nuestra sobrevivencia, desarrollo y crecimiento como seres humanos, como país, y como planeta.

La decisión de elegir este tema como problema de investigación, es porque de inicio nos ha generado un interés particular como preocupación y por cada vez ser mas evidente que la política neoliberal es la que define hoy la forma de ser de los Estados, y se ha infiltrado en los ámbitos de aplicación del derecho incluyendo, el de los recursos naturales.

La intención de desarrollar este tema, es intentar hacer una análisis de la naturaleza jurídica del agua y tomar en cuenta los resultados a largo plazo de la misma, es por ello que si ésta lograra modificarse y que el agua fuera un recurso natural estratégico en la legislación mexicana, en primera instancia, nos beneficiaría a todos a nivel nacional, pues ningún particular podría tener injerencia de ningún tipo en asuntos del agua y tal vez sería mas controlada y vigilada su explotación, uso, aprovechamiento, distribución y protección, y en segundo término el que esta naturaleza cambiara, nos daría otro papel ante el mundo, que si bien no nos eximimos de forma parte de la globalización, es mas viable proteger el mencionado recurso natural al menos en lo que respecta a nuestro territorio.

Tenemos que destacar que el estudio de los recursos hídricos se ha vuelto realmente importante a nivel mundial, aunque anteriormente no fuera algo que produjera interés para los estudiosos del derecho o de otras disciplinas, esto se debe a que han entrado en juego otras circunstancias, como lo son los intereses económicos internacionales de los organismos de la misma índole, el de las empresas trasnacionales y el de los propios Estados, que están pugnando por la flexibilización de las legislaciones, por la privatización y comercialización a nivel

macro del nuestro recurso en estudio, ya que como consecuencia de su importancia vital, es mucho mas fácil obtener beneficios, y ganancias, ya que los seres humanos como tal no dejaremos de consumir el recurso por lo esencial que es para la vida, por lo cual los intereses económicos se valen de dicha necesidad, para lucrar y hacer grandes negocios, con la firme intención de convertirlo en una mercancía mas en el mundo.

Esta investigación por lo amplio de su estudio y búsqueda, sobre todo a nivel internacional, es totalmente de efecto continuo, pues se tiene la posibilidad de diversificar en varios temas y comparar diversas figuras e instituciones jurídicas con otras legislaciones como la española tal como se hace en esta investigación, analizando así el como se gestiona el recurso en dicho país del primer mundo, donde las perspectivas en cuanto a la privatización o manejo de los particulares son distintas a las que se establecen en nuestro país, aunque las figuras sugestivas de privatización también se encuentran presentes en la legislación española.

En cuanto a la viabilidad de la investigación, se deben buscar los elementos y las fuentes claves de información, debido a que no es un tema del todo estudiado a nivel nacional, por tanto el interés de profundizar en el tema, aunque es importante destacar que en últimos años ha causado inquietudes importantes y ha sido tema de discusión a nivel nacional e internacional, en éste último, habría que buscar datos e información de las medidas, alternativas y propuestas jurídicas en cuanto al régimen internacional del agua, ya sea de los países en particular y/o medidas o legislaciones conjuntas.

En relación a lo expuesto en cuanto a nuestro tema de investigación es importante destacar que en la lógica neoliberal que impera en México desde el gobierno de Miguel de la Madrid hasta nuestros días, la única forma de superar las dificultades que se reseñan, en la gestión del agua, es privatizar la administración del recurso. En ese propósito, los neoliberales han legislado para facilitar la

inversión privada en el desarrollo de la infraestructura hidráulica. Junto con la reforma del artículo 27 constitucional introducida por Salinas de Gortari, se modificó la Ley de Aguas Nacionales, legalizando por primera vez la inversión privada en infraestructura hidráulica. También se introdujo en la Ley de Aguas Nacionales, la figura de los mercados de agua, que legalizan la comercialización de los certificados de derechos de agua en todos los sectores usuarios figura que también es implementada en la legislación hídrica española. Dichos mercados de agua, permiten el establecimiento de Bancos de Agua, donde se comercian los derechos de agua.

Es por eso que para un dominio soberano de la nación sobre el recurso, es indispensable retirar al agua el carácter de artículo de mercado, para ubicarlo como el primero de los derechos humanos. Lo que es indudable es que solamente con la participación organizada de la población en la toma de decisiones, lograremos una política de gestión a largo plazo para que el agua, logre ser realmente un recurso con sustentabilidad integral, en la se intente que estén incluidos todos los mexicanos sin dejar de formar parte de la globalización que pareciera inevitable, pero al menos una política en la cual el recurso sea considerado como un asunto estratégico y de soberanía nacional.

En nuestra opinión si con leyes secundarias, se da pauta a la creación de una modalidad de propiedad privada con las concesiones a la administración del agua, así como la prestación como servicio público es evidente, que considerarla como un recurso estratégico como el petróleo por ejemplo, limitaría la injerencia de la iniciativa privada, en lugar de estar dando pauta a legislaciones emergentes que sólo superficialmente nos ponen en la práctica global, y no resuelven las necesidades del grosor de la población, por lo tanto con la naturaleza jurídica del agua en la Constitución Mexicana, es mucho mas viable que este recurso sea un bien comercial y no un bien común y en pro del bienestar general.

Ahora tomando en cuenta la forma en la que se objetiviza la situación del agua a nivel mundial tenemos que es necesaria la búsqueda de soluciones

globales que sean congruentes entre sí, y reforzarlas con la asignación de gasto público y la acción gubernamental para así tomar decisiones administrativas para colocar los recursos donde se necesiten en una visión a largo plazo. Por lo tanto también sería necesario cambiar las formas de vincularnos con el resto del mundo y los recursos naturales, habría que cambiar nuestros estilos de desarrollo, formas de vida, estilos tecnológicos, si queremos que la utilización inevitable de estos recursos no se traduzca en su privatización, deterioro y finalmente su destrucción.

Para intentar de manera mas eficaz la protección del agua se tiene que modificar su naturaleza jurídica, tomándola como un recurso estratégico en las legislaciones, tomando en cuenta que esto tal vez no encuadraría con la tendencia a la globalización en todos sus ámbitos incluyendo el de los recursos naturales, y con las nuevas tendencias ideológico-políticas y económicas, pero el que se convirtiera en un recurso estratégico evitaría en cierto modo la injerencia y presión del extranjero a seguir tendencias globales en cuanto al recurso, y lo positivo de ello, sería el aprender a relacionarnos de manera distinta con el medio ambiente, con el desarrollo, con la tecnología y con nuestra forma de vida.

También es importante reflexionar en cuanto a las posturas respecto de los antes llamados Estados nacionales ante las nuevas ideologías económicas, para ya que el significado de los Estados nacionales, así como el espacio de acción y fijación de metas de la política económica y social “nacional” han sido considerablemente transformada, lo cual encuentra su expresión ideológica-programática en el neoliberalismo reinante, la política económica y social nacional se encuentra bajo la creciente presión de optimizar las condiciones de aprovechamiento de su “posición” en la competencia internacional. Es bien conocido lo que esto significa: adelgazamiento del Estado social, “flexibilización” del trabajo asalariado, privatización, desregulación, minimización de los estándares ecológicos.

La postura mundial del neoliberalismo económico, influye definitivamente en el significado de los Estados nacionales como el nuestro, donde el papel del Estado se encuentra reducido para intervenir en asuntos de interés general, haciendo una flexibilización de prácticamente todas las políticas públicas, dando prioridad al juego y reglas del mercado, así como enalteciendo las tendencias de privatización sobre el poder público del Estado como protector del interés general.

Es por esto que en esta investigación intentamos analizar las implicaciones y consecuencias que podrían suscitarse a nivel nacional e internacional por la naturaleza jurídica del agua como recurso no estratégico y susceptible de privatización por diversas figuras, en México y España y su trascendencia en el ámbito mundial debido a la política económica neoliberal que se desarrolla, evaluando las alternativas jurídicas internacionales del recurso para protegerlo como recurso vital para la humanidad.

Es preponderante el intentar analizar el marco teórico jurídico en el que se encuentra el agua como recurso natural en México tanto en la legislación federal como en la legislación secundaria, para realmente poder determinar la naturaleza jurídica del mismo, y así tener un fundamento para realizar los análisis subsecuentes en cuanto a nuestro estudio, como lo es el identificar al agua como un recurso natural en México, analizando las diversas formas de privatizar el recurso como consecuencia de lo que se establece a nivel mundial e internacional para lograrlo.

Complementando lo anterior, también es primordial analizar la política neoliberal mundial y la globalización en cuanto al recurso, estableciendo un punto de comparación con las figuras jurídicas privatizadoras lo cual realizaremos con el derecho español como país del primer mundo involucrado en el ámbito de la globalización y de las políticas económicas imperantes, pero desde una perspectiva de un país que no pertenece al tercer mundo y que forma parte de una comunidad de países como es la Comunidad Europea.

Una vez que hayamos logrado los análisis pertinentes en cuanto a naturaleza jurídica del agua, figuras sugestivas de privatización de la misma a nivel nacional y en el derecho español, procederemos a proponer los principios, alternativas jurídicas, que deben regir ante la política neoliberal mundial consideradas en el ámbito nacional e internacional y que puedan servirnos de alguna manera para contrarrestar dicha política mundial y puedan ser aplicadas en el sistema jurídico reflejando al agua, como recurso natural estratégico y vital para la humanidad al que todos tenemos el derecho de acceder.

El agua al no ser considerada en la legislación nacional, primordialmente en la Constitución mexicana y la legislación secundaria, como lo es la Ley de Aguas Nacionales, así como en el derecho español, como un recurso natural estratégico o área estratégica y en su forma más simple es vista como una concesión a los particulares para la prestación de un servicio público o siendo parte de figuras como los mercados de agua y no como un recurso que debe protegerse, que en la práctica cotidiana termina convirtiéndose en una mercancía más.

Al estar inmersos en la política neoliberal mundial determinada por organismos internacionales, México en su legislación permite las diversas formas que sugieren la privatización del recurso como parte de la política mundial.

Podemos considerar que el agua como recurso no cambia su naturaleza jurídica en la legislación mexicana y en general en las legislaciones del mundo, como la española por ejemplo, para ser área estratégica, debido y como resultado de querer formar parte de la globalización y en el libre mercado mundial, implementando en sus legislaciones, figuras que sugieren de una u otra forma la privatización del recurso en estudio.

El Estado mexicano tomado en cuenta como un Estado neoliberal desde los inicios de la década de los ochentas habría que saber qué papel debe asumir ante

la problemática nacional y mundial del agua, y ser cauteloso en permitir la existencia de formas instrumentos o herramientas sugestivas de privatización en nuestro país, como lo son las concesiones a particulares, los mercados de agua o centros de intercambio de derechos, el asunto del agua embotellada con concesiones a empresas trasnacionales,

El realizar una comparación como un país del primer mundo, como lo es España en cuanto a las figuras que sugieren la privatización del recurso, lo único que nos indica es que dicha privatización y manejo de particulares es algo que se pretende lograr por políticas internacionales impuestas, sea el país que sea, aunque el grado de intervención de los Estados en la gestión del recurso sea diferente en un país del tercer y del primer mundo.

Hay que preguntarnos si el Estado Mexicano o el Estado español han considerado alguna vez la trascendencia y consecuencias de la naturaleza jurídica del agua en su legislación, que lleva al mal manejo, lucro y escasez del vital líquido en los territorios de ambos países, pero sobre todo que dicha naturaleza nos lleva a una mala distribución del recurso, concentrándose en concesiones, mercados de agua que solo benefician a unos cuantos, que tienen la posibilidad de acceder a dichas figuras jurídicas, dejando de lado el bienestar general de la población y permitiendo el lucro como si fuera cualquier mercancía que se compra y se vende.

Es importante tomar en cuenta cuales son las medidas, alternativas o propuestas jurídicas que se podrían asumir y adoptar por parte de los Estados, para considerar al agua como un recurso natural con la importancia que realmente tienen para la sobrevivencia humana, no sólo en el ámbito nacional sino internacional sin dejar de lado que nos encontramos inmersos en la acelerada globalización y con políticas económicas imperantes a nivel mundial que marcan ciertas pautas, pero que no necesariamente deben ser aplicadas en detrimento de los recursos hídricos y de la población que los necesita de forma vital.

Tenemos que ser prudentes y moderados en cuanto a las pretensiones de esta investigación, debido a que quedan muchos tópicos por desarrollar, por aclarar y sobre todo por estudiar. Lo que es real es que lo que se pretende es que este trabajo sea de utilidad para cualquier estudioso de la problemática del agua en las diversas disciplinas y sobre todo del derecho, y que pueda ofrecer ciertas herramientas básicas para abrirnos una visión alternativa más, en el ámbito nacional y mundial en el cual están siendo aplicadas la política neoliberal imperante y como consecuencia la privatización como parte de la primera.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO Y ENTORNO JURÍDICO DEL AGUA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

1. Antecedentes históricos del agua como recurso natural en la legislación mexicana.

1.1 Época precortesiana. Imperio Azteca hasta 1521.

El régimen jurídico del agua a través de la historia ha tenido cierta evolución, no ha sido un régimen permanente, hay que remontar un poco a partir de la época precortesiana, donde era concebida de manera diferente al derecho moderno, no existía una legislación sistemática y solo se dieron costumbres para usar el recurso racionalmente.

Esta visión de usar los recursos naturales racionalmente, se derivó de la forma de organización azteca, que se consideró de una forma específica y esto repercutió en la infraestructura hidráulica, su forma de organización fue:

Un comunismo primitivo... Grandes obras pública sobre todo de carácter hidráulico realizadas por el Estado mexicana, como poder central que surgió precisamente para esos fines, y que ponen al Estado necesariamente en control de un recurso clave para la producción.¹

Tendríamos que conocer aspectos importantes de su organización como sociedad para poder entender su visión del mundo, para este fin tenemos lo siguiente:

Los dioses estaban ordenados jerárquicamente. Dicho ordenamiento se concretizaba en las principales preocupaciones de los hombres: la creación, la guerra y los recursos y actividades que proporcionaban los satisfactores directos. Existían así deidades vinculadas a cada uno de estos aspectos vitales para los mexicas; dioses de la guerra, del sol, de la lluvia.²

En el Señorío Azteca no había disposiciones específicas sobre el agua, porque ésta tenía un carácter divino y por lo tanto se le consideraba de uso común, como la tierra o el aire.

¹ La sociedad mexicana antes de la Conquista. En Historia General de México. México, Colegio de México, vol. I, 1981, pp 184, 185.

² Álvarez Josefina, Alicia González y Augusto Sánchez. Control social en la civilización azteca, en Revista de Posgrado. No. 1-A ENEP – Acatlán . México. 1988.

La utilización del agua fue importante para la construcción de acueductos, acequias y chinampas. La forma de ver los recursos naturales, en esa época fue una concepción natural de las cosas, el cosmos y el hombre integrados.

1.1.2 Régimen hídrico medieval español y su injerencia en México.

Para este efecto nos tendremos que remontar un poco en la historia, no sólo a partir de la legislación mexicana sino retomar brevemente el régimen jurídico que se maneja en España por la injerencia que tuvo en el manejo de los recursos hídricos después de la Conquista y porque fue ahí donde se dieron los principales ordenamientos como El Fuero Juzgo, el Código de las Siete Partidas y la Novísima Recopilación de las leyes de España, de los siglos VII, XII y XIII.

De estos ordenamientos se desprende una clasificación básica de las aguas:

- 1.- Aguas de Propiedad Pública.
- 2.- Aguas de Propiedad Privada.
- 3.- Aguas de Propiedad Comunal³

Desde estos ordenamientos podemos ver que en algún momento el agua no sólo fue considerada un bien público, sino también privado, para explicar esta clasificación realizada, tenemos lo siguiente:

Aguas de Propiedad Pública. A este respecto la Ley de Partidas decía “Los ríos e los puertos e los caminos públicos pertenecen a todos los omnes comunalmente, de tal manera que también pueden usar de ellos los que son de otra tierra extraña como los que moran e vieven en que lla lesona” (Ley VI, tit XXVIII, Partida III). En la Ley LXVII, tit. XVII, Partida III se establece: en estos reinos los ríos son de las ciudades o de los lugares por donde pasan. En esta forma consideraremos que se equiparó a los ríos con los caminos públicos, considerándose que no era susceptible de apropiación particular las corrientes de los ríos navegables. En el Fuero Juzgo, se consideraban público y de uso común.

Aguas de Propiedad Privada. Aquellas que se adquirían a título de merced, composición o reconocimiento del derecho y las que se

³ Acosta, Romero Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, 2º ed., México 1993. p 335,336.

hubieran adquirido por enajenación precisa y determinada de los poderes públicos, pertenecían en propiedad particular las aguas, a los dueños de los terrenos situados en las riveras por donde dichas corrientes atravesaban, pero siempre y cuando el cause y arroyo traspasara una sola propiedad, puesto que en estos casos el agua se convertía en propiedad común o , en su caso, pública. En virtud de la accesión, el agua de la lluvia en cuanto llegare al suelo propietario de un predio, se consideraba como una propiedad particular así como los manantiales, pozos, arroyos, fuentes, siempre que estuvieran comprendidos precisamente dentro de las propiedades particulares. En cuanto a las aguas destinadas al riego, se dispuso que se le otorgaran a cada persona las que necesitara.

Aguas de propiedad comunal. Eran las aguas destinadas a las ciudades y a las villas, a los centros de población con el objeto de satisfacer las necesidades colectivas y pertenecían a todos los habitantes sin distinción alguna.⁴

Como podemos apreciar, la cita anterior nos habla de apropiación de aguas por parte de los particulares en los casos que se establecen, hablándose de enajenación o reconocimiento del derecho por parte de los poderes públicos, lo cual sienta un antecedente importante de la participación de los particulares en la gestión actual de los recursos hídricos.

1.1.3 Época Colonial.

En la época colonial, la cual termina con la consumación de la independencia, el 27 de septiembre de 1821, fue cuando aparecieron las primeras disposiciones sobre el agua, las cuales se fundaron en las leyes vigentes en España a lo cual Guillermo F. Margadant nos refiere que: “El derecho que estuvo vigente en esta fase se nos presenta como un conjunto de sistemas, que no se relacionan entre sí, y sin embargo están claramente jerarquizados”.⁵

En sentido estricto del derecho indiano existían algunos puntos relevantes para nuestro estudio:

Todo el territorio pertenecía a la Corona, se facultó a los reyes españoles en la Bula Alejandrina de 1493 para disponer de las tierras

⁴ Idem.

⁵ Margadant, Guillermo F. El agua a la luz del derecho novohispano, ponencia que se publicó en la memoria del VII Congreso de la historia del Derecho Indiano, Santiago de Chile, 1985 p. 1 y siguientes.

y aguas existentes en las Indias occidentales, en los límites que señaló correspondían a España.

Las aguas y los pastos debían gozarse en común, a no ser que en casos específicos, la Corona dispusiera de ellos.

El fomento a la producción agrícola y minera correspondía a la Corona, y el interés de la comunidad era prioritario sobre los intereses individuales. El bienestar de los indios debía estar en el centro de la política monárquica.⁶

En la recopilación de las Leyes de las Indias encontramos normas que se vinculan con el agua entre otras:

- La forma de nombrar jueces de aguas y la ejecución de sus sentencias.
- Los descubridores debían poner nombres a los ríos.
- Condiciones para la formación de poblaciones, normas que debían observarse en el aprovisionamiento de aguas de las mismas.
- Sanidad y prevención de su contaminación
- Repartimientos que se hacían de tierras y aguas considerando a las últimas comunes y no siendo lícito estorbar su uso.⁷

Las Siete Partidas se considera el antecedente para la posterior legislación de recurso en México.

Durante la época colonial se emitió el Reglamento General de las Medidas de Aguas, el cual sistematizaba tanto disposiciones de la legislación española como de las Leyes de Indias, donde uno de los enunciados primordiales era que las aguas de la Nueva España eran propiedad en dominio eminente del rey español, el cual regula su uso público y privado, ejerciendo este último mediante concesión o merced otorgada por el rey.

Como podemos apreciar en esta etapa colonial todo era según las disposiciones del rey, pero como elemento clave de nuestro trabajo podemos observar que en estas disposiciones se comienzan a sentar las bases de la naturaleza jurídica del agua, no como un recurso estratégico del Estado, de su manejo exclusivo, o más bien que aparentemente si lo es, pero puede ser concesionado en este caso específico por el monarca español.

⁶Idem.

⁷Margadant Guillermo F. Estudios histórico-jurídicos. Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, El Régimen de aguas en el Derecho Indiano, 1º ed, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, Librero editor, México, 1987, p 509.

1.1.4 Época Independiente.

En la época independiente que transcurre del año 1821 a 1917 surgen ya disposiciones que no están vinculadas de forma directa y tradicionalista con el Derecho de la Monarquía Española, pero que si bien no eran del todo sistematizadas, le comienzan a dar forma y origen a lo que sería el Derecho Positivo en la materia que nos ocupa.

En primera instancia se siguió aplicando el Derecho Español, pero se fueron dando circunstancias y situaciones que fueron poco a poco tomadas en cuenta y que fueron conformando un régimen jurídico ordenado al recurso, haciéndolo ya como una Nación independiente.

En la Constitución de 1824, se refiere en su artículo 50, fracción II, a las facultades del Estado con relación a la apertura, mejoras y derechos de los canales. Por lo que respecta a la Constitución de 1836 no se estableció ninguna disposición en cuanto al agua.

Ahora bien, aun con estos saltos de legislación costumbrista española, legislación irregular o nula legislación en materia de aguas en la Constitución de 1857, en el artículo 42 se estableció lo que debía entenderse como territorio nacional, es decir las partes integrantes de la Federación, entre las cuales se señalo las islas adyacentes en ambos mares; en su artículo 72, fracción XXII, se facultó al Congreso para dictar leyes sobre Vías de Comunicación, y por medio de esto se expidieron diversos ordenamientos que tenía relación con las aguas llamadas de propiedad nacional, dando origen a cuerpos legales como Ley de Clasificación de Rentas de 1857, Código de Minas de 1884, Ley sobre Vías de Comunicación de 1888, Ley sobre Régimen de Clasificación de Bienes Inmuebles Federales de 1902.

El citado artículo 72, fracción XXII, fue reformado en 1908, dándole facultades al Congreso de la Unión para determinar las aguas de jurisdicción federal, así como para expedir leyes sobre uso y aprovechamiento de las mismas.

El Código civil de 1870, por primera vez reguló específicamente las aguas, considerándolas como bienes de uso común propiedad de la nación, de dominio público, además se reguló el uso y concesión sobre esas aguas.

El Código Civil de 1884 suprimió la catalogación de aguas y solo las comprendió en los bienes de uso común.

La Ley sobre el Régimen y clasificación de Bienes Federales de 1902 detalló la propiedad en cuanto a las aguas así como sus usos, reiterando la inalienabilidad e imprescriptibilidad de ellas como propiedad de la nación, y por primera vez esta ley, distribuyó las competencias entre las Secretarías de Fomento, Comunicación y obras Públicas, así como de Guerra y Marina con respecto al manejo de aguas y sus bienes correlativos.

En 1910 surge la Ley sobre Aprovechamiento de Aguas y Jurisdicción Federal, donde se clasificaron.

Como podemos apreciar en este breve repaso histórico sobre la legislación sobresaliente en materia de aguas, es importante destacar que desde la época colonial ya existían las concesiones hacia los particulares sobre el recurso, aunque este sea de dominio público; a partir de la Constitución de 1857, se intentó de una forma más sistemática y ordenada establecer leyes en la materia, aunque no podemos decir, que el recurso fuera tomado con gran importancia, pues había inconsistencias tanto a nivel constitucional como en las leyes reglamentarias de la misma, pues así como en una Constitución la de 1836 no se hizo mención de la regulación constitucional del recurso, vemos que en las que si se tomó en cuenta, desde entonces, su naturaleza jurídica es de dominio público y regida por el

derecho público, pero también por normas que parecieran mas de derecho privado.

1.1 Dominio público de las aguas.

Para tener una definición mas precisa, recurriremos al derecho administrativo:

En Derecho administrativo, por "dominio público" (también llamado "demanio") se entiende al conjunto de bienes y de derechos de titularidad pública, no poseídos de forma privativa, destinados al uso público, como las plazas y caminos públicos, o cuya concesión pública corresponde a la Administración pública, como las minas, las aguas terrestres y las aguas continentales.⁸

La referencia inmediata relacionada con el recurso que nos ocupa la encontramos en la Ley General de Bienes Nacionales que en su artículo primero establece:

ARTÍCULO 1.- La presente Ley es de orden público e interés general y tiene por objeto establecer:

- I.- Los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación;
- II.- El régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal;
- ...

Las aguas nacionales al ser patrimonio de la Nación se encuentran íntimamente relacionadas con el siguiente artículo de la misma ley:

ARTÍCULO 3.- Son bienes nacionales:

- I.- Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- II.- Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;
- ...

Como podemos observar esta Ley General de Bienes Nacionales está vinculada a lo que establece el artículo 27º constitucional, donde se enumeran las aguas consideradas como nacionales. De tal forma, las aguas se encuentran reguladas por la Ley de Aguas Nacionales y supletoriamente por la Ley General de Bienes Nacionales como lo menciona el siguiente artículo de la misma:

⁸ <http://es.wikipedia.org>. Consulta: 19 de septiembre del 2007.

⁹ Ley General de Bienes Nacionales. Ed. Ediciones fiscales ISEF. 2006. p 9.

¹⁰ Ibidem.

ARTÍCULO 4- Los bienes nacionales estarán sujetos al régimen de dominio público o a la regulación específica que señalen las leyes respectivas.

Esta Ley se aplicará a todos los bienes nacionales, excepto a los bienes regulados por leyes específicas. Respecto a estos últimos, se aplicará la presente Ley en lo no previsto por dichos ordenamientos y sólo en aquello que no se oponga a éstos.

...¹¹

La Ley General de Bienes Nacionales, tiene contemplados los bienes que se consideran de dominio público de la Federación, incluyendo las aguas, como lo establece el siguiente artículo:

ARTÍCULO 6.- Están sujetos al régimen de dominio público de la Federación:

I.- Los bienes señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;...¹²

Respecto a las características imprescindibles de los bienes de dominio público encontramos lo siguiente en la Ley General de Bienes Nacionales:

ARTÍCULO 13.- Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.¹³

El que sean nacionales las aguas continentales, las superficiales, las del subsuelo, y las marítimas, es decir, que sean bienes del dominio público de la Federación, tiene diversas consecuencias como las establecidas en el párrafo sexto del artículo 27º constitucional, éstas son que ese dominio es inalienable, imprescriptible e inembargable, como de igual forma lo establece el artículo anteriormente citado.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem

¹³ Ibidem

La primer consecuencia, es decir, que es inalienable significa que esta fuera del comercio, por lo que no pueden ser vendidas o cedidas, ni hipotecadas, ni constituirse sobre ellas ningún derecho real, ni realizarse sobre ellas ningún acto que implique traslación de dominio. Al respecto en la Ley General de Bienes Nacionales encontramos:

ARTÍCULO 16.- Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión, el permiso o la autorización correspondiente.¹⁴

Otra consecuencia de su inalienabilidad, es que son inembargables, ya que esto implicaría que traen aparejado la idea de remate o eventual ejecución forzada del bien, lo cual no sucede con este tipo de bienes.

En cuanto a que son imprescriptibles, significa que los particulares no pueden tener posesión sobre ellos que no derive de un título legalmente expedido que les permita su explotación, uso o aprovechamiento, esto desemboca en que los particulares no los pueden poseer con el propósito de que con el transcurso del tiempo se pueda obtener su propiedad por la usucapión o prescripción adquisitiva.

Estas tres consecuencias de las que hemos hablado, nos dejan aun más claro cuál es la naturaleza jurídica del agua en cuanto a recurso natural nacional, efectivamente es un bien de dominio público de la Federación, imprescriptible, inembargable e inalienable, por lo que jamás pertenecerán las aguas a los particulares en términos de un título de propiedad o como un derecho real propiamente dicho, volviendo al punto que nos interesa, en la actualidad de una forma u otra se deja el manejo y distribución del recurso en manos de particulares aunque sea por medio de concesiones, que tengan un plazo de vigencia, y que nunca puedan prescribir el recurso como de su propiedad, pero

¹⁴ Ibidem.

esto de ninguna forma garantiza la protección del recurso por parte del Estado, sino todo lo contrario, se está dejando en manos de particulares, un recurso que si bien es de dominio público, no es de manejo estatal exclusivo, ya que los particulares intervienen en la gestión del recurso.

1.3 El agua en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El régimen de las aguas en nuestro país consta de disposiciones de carácter constitucional, leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, circulares y convenios que integran nuestro Derecho Positivo en cuanto al recurso.

Esta Constitución se da en la época revolucionaria, y es el antecedente primordial en el que se funda la legislación hidráulica vigente.

A partir de 1917 con esta nueva Constitución el Estado se convirtió en un Estado de Derecho Social o un Estado social, a lo cual referimos:

Ahora bien, en toda esta discusión hay que diferenciar el Estado Social como concepto político, económico y social, del Estado social en su definición jurídico-normativa. Esta última dimensión del problema nos lleva al debate del Constitucionalismo Social. Mientras a finales del siglo XIX dominaba el constitucionalismo liberal, y las Constituciones se estructuraban a partir de los derechos de libertad, propiedad, seguridad jurídica e igualdad ante la Ley, el Constitucionalismo Social apareció en la carta de Querétaro de 1917 (México) y en la Constitución alemana de Weimar de 1919. Fue ésta última la que mayor influencia tuvo en Europa, mientras que la de México recibió mayor difusión en América Latina.¹⁵

Para tener una referencia legal de lo anterior, tenemos el artículo 39º constitucional:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste...¹⁶

Considerado en la Constitución mexicana, al Estado como de carácter social, donde la soberanía reside en el pueblo, y el poder público se instituye en

¹⁵ Biardeau, Javier. ¿Es el Estado Social de Derecho equivalente al Estado Socialista de Derecho (parte II)”, en aporrea.org. Consulta : 20 septiembre de 2007.

¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección jurídica Esfinge. Grupo Editorial Esfinge. 2005. p 47

beneficio del mismo, es algo que para nuestra investigación no hay que perder de vista a lo largo de la misma.

Con el fin de reafirmar la postura de un Estado considerado social citaremos:

El Estado social impulsa un sistema de dirección general de la economía, que pretende garantizar objetivos económicos nacionales que no pueden conseguirse por el mercado, manteniéndose a éste como mecanismo básico de asignación de recursos. Uno de los instrumentos clásicos para conseguir aquellas finalidades ha sido la expansión del sector público, frecuentemente mediante nacionalizaciones. Previstas en algunas constituciones del período de entreguerras, las nacionalizaciones comienzan a adquirir alguna relevancia en los años treinta, como respuesta a la crisis económica. Pero será a partir de la segunda postguerra cuando se emprenda el proceso nacionalizador más importante en Europa: el esfuerzo de reconstrucción económica se llevará a cabo partiendo del impulso del Estado, que nacionaliza la energía y los servicios más importantes. En el momento constituyente de postguerra, la idea de la economía mixta propone la posibilidad de conjugar la economicidad de la actividad productiva con el respeto a las razones de utilidad general, que se define como objetivo legítimo y vinculante, sino también para la empresa privada.¹⁷

Con esto se enfatiza que el poder público está sujeto a la ley, pero con un sistema democrático de gobierno, y fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo, es decir será un Estado con un poder público respetuoso de las libertades humanas y promotor de la iniciativa de los particulares y de la sociedad civil, así como rector del desarrollo económico y por ende, participativo y agente de cambio aún en la economía abierta, lo cual implica la responsabilidad de hacer realidad la justicia y libertad para todos y no sólo para una minoría.

Esta postura social es evidente que en la práctica no se lleva a cabo, al menos en lo que se refiere al recurso de nuestro interés como lo es el agua, pues actualmente son intereses económicos y no sociales los que están en juego, y por si fuera poco ya no sólo los intereses económicos nacionales sino internacionales.

¹⁷ Biardeau, Javier. ¿Es el Estado Social de Derecho equivalente al Estado Socialista de Derecho?(parte II), en aporrea. org. Consulta : 20 septiembre de2007.

El derecho de aguas es un derecho unitario, para estudiarlo lo podríamos dividir en federal y en estatal-municipal, según el ámbito de competencia y jurisdicción de sus normas. En el ámbito federal está principalmente la regulación de la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales, en los términos del artículo 27° constitucional, y en el ámbito estatal-municipal está en especial la regulación de la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115° constitucional.

Primordialmente en su artículo 27° se sientan las bases para la legislación hidráulica, en el cual se señaló de primera instancia un fin social al uso y aprovechamiento del agua, propiciando el uso colectivo mediante una distribución racional en el campo, contempló la generación de energía eléctrica además de la fuerza motriz producida, y también la satisfacción de necesidades públicas y domésticas.

Las consideraciones importantes sobre este artículo esencial en la legislación de aguas serán profundizados en el apartado correspondiente, para hacer un estudio más detallado del mismo.

Las aguas nacionales o de propiedad nacional a las cuáles ya se ha hecho referencia en los citados artículos, y como lo indica nuestra Constitución, son competencia exclusiva de la Federación, tanto en el aspecto legislativo como en el ejecutivo y judicial. Podríamos acotar que esto es en teoría pero en realidad en manejo actual sobre todo en la cuestión ejecutiva, son cada vez más las actividades respecto al recurso que se están dejando en manos de los particulares, o donde se permite su participación.

En esta Constitución también se estableció en otros artículos disposiciones relacionadas y donde se contempla la regulación del recurso, en cuanto a partes integrantes del territorio nacional como los mares territoriales y las aguas marítimas interiores, específicamente en el artículo 42° y 48° constitucionales

La fracción XVII del artículo 73 faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

Así mismo, el artículo 73 en su fracción XXIX, faculta al Congreso de la Unión para establecer contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación de

los recursos naturales comprendidos en los párrafos cuarto y quinto del artículo 27° constitucional, referentes al dominio señalado por ese párrafo y a las aguas consideradas como propiedad de la Nación.

En el artículo 115° Constitucional se da el carácter de servicio público al de agua potable y alcantarillado, incluyendo el saneamiento, y se establece que su gestión estará a cargo de los municipios.

En este artículo se prevé el concurso de los estados cuando sea necesario y lo determinen las leyes, entendiendo por concurso la asistencia, ayuda, o en todo caso la coparticipación estatal, pero en ninguna forma la exclusión de los municipios. Esto implica que la intervención estatal es supletoria a la municipal, cuando ésta lo requiera o lo solicite, entonces entendemos del citado artículo que por excepción ante la falta de recursos y capacidad del municipio, el servicio de agua potable y alcantarillado sería prestado por el estado, o ayudando a los municipios.

En el artículo 124° constitucional se precisan que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados, lo cuál también se relaciona con nuestro recurso, en cuestión de competencia para su gestión.

Como podemos analizar esta Constitución es mucho más ordenada y sistemática para contemplar disposiciones relacionadas con el agua basta leer el artículo 27° constitucional, para saber que se estaban reivindicando los valores sociales y naturales de la nación, dentro de los cuales encontramos al agua, ya no como una accesión de las tierras, sino con la consideración de ser propiedad de la Nación, aunque esto con el tiempo, y las legislaciones secundarias vigentes ha ido perdiendo esa calidad, para convertirse en sólo la preocupación de prestación de un servicio a la población donde pareciera que son los particulares los que tienen el mando de su uso y aprovechamiento, y donde a futuro sin alternativas jurídicas

terminara siendo un bien comercial, como cualquier mercancía y perderá del todo su calidad originaria en el artículo 27° de bien para la comunidad.

Para lograr un análisis más ordenado de los artículos relacionados con el recurso en comento, tomemos los más significativos en cuanto al mismo.

1.3.1. Artículo 27° Constitucional

El artículo 27° constitucional en sus párrafos primero, cuarto, quinto, sexto séptimo y octavo y las fracciones VII a XX del mismo, sienta las bases del régimen jurídico hidráulico en nuestro país, en el se indica que el territorio nacional corresponde originariamente a la Nación, por lo que debe ser utilizado para satisfacer sus necesidades, estableciendo los principios conforme a los cuáles el Estado ejerce la soberanía sobre sus bienes. Por supuesto encontramos también dentro de las modalidades que el Estado establece, la propiedad privada de tierras y de aguas.

Respecto a lo anterior tenemos el párrafo primero del artículo:

Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

...¹⁸

Este párrafo tiene una razón y sentido de ser evidente, en 1917, a iniciativa de Venustiano Carranza, la Constitución nacionalizó las tierras y las aguas, considerando a la propiedad privada como un medio y no como un fin, un medio para que la Nación cumpliera su cometido, así fue como se sentaron las bases del México Moderno.

Podemos decir que a partir de 1917, en México la propiedad privada no es un derecho divino, ni un derecho inviolable o intolerable, sino una creación jurídica del hombre y por lo tanto es un derecho derivado o secundario, que tiene sus

¹⁸Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección jurídica Esfinge. Grupo Editorial Esfinge. 2005. p 28

límites dentro de la ley; entonces pareciera según las disposiciones de ley a partir del párrafo mencionado es un derecho de propiedad privada con función social.

En el artículo 27° Constitucional párrafo tercero encontramos:

...La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

...¹⁹

Podríamos entender que es una propiedad a la que se le pueden imponer modalidades según lo dicte el interés público y expropiar por causa de utilidad pública en cuanto a lo que respecta a bienes nacionales, dándose así origen, a empresas privadas, sociales y públicas, y a los sectores privado, social y público, a los cuales ya se hará referencia, y que se establecen en los artículos 25° y 28° constitucionales.

Otro argumento sobre la propiedad originaria a la que hace referencia el artículo 27° constitucional, es que si nos apegamos a su interpretación más estricta a la letra de la ley, o a la intención que se quiso plasmar, encontramos que en este artículo se encuentra un sentido político-social, pues en su exposición de motivos se presentó a consideración del Constituyente que:

En tal concepto, la Nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas de su territorio, y sólo reconoce u otorga a los particulares el dominio directo, en las mismas condiciones en que se tiene por los mismos particulares durante la época colonial y en las mismas condiciones en que la República después lo ha reconocido u otorgado. El derecho de propiedad así concebido es considerablemente adelantado, y permite a la Nación retener bajo su dominio, todo cuando sea necesario para el desarrollo social, como las minas, el petróleo, etcétera, no concediendo a los particulares, más que el aprovechamiento que autoricen las leyes respectivas.²⁰

¹⁹ Idem.

²⁰ "Génesis de los artículos 27° y 123° de la constitución Política de 1917", Puebla, 1945, p 148

En cuanto a la cita anterior diremos que efectivamente el sentido social del Constituyente de 1917, quiso prevalecer en todos los ámbitos de beneficio para y con los mexicanos, pero el punto clave aquí, es que actualmente el sentido de un Estado nacionalista y social, ha sido desvirtuado, por políticas económicas basadas en la generación del dinero a través del dinero, que es un principio fundamental del neoliberalismo, lo cual no permite al Estado mexicano seguirle dando ese sentido social a su forma de conducción, aunque el mismo siga regulando la propiedad privada mediante las leyes respectivas.

Apegándonos de nueva cuenta a la letra del artículo 27º constitucional, establece la presunción general de que todas las aguas son nacionales, salvo prueba en contrario, es decir, las aguas dejan de tener ese carácter sólo por excepción y cuando no se demuestre que se está en los casos según los cuáles se considera legalmente transmitido el dominio de ellas a los particulares.

En cuanto al listado de aguas del artículo 27º debemos decir que es enunciativo y no limitativo, esto quiere decir que no sólo se consideran aguas nacionales las que se precisan claramente en el párrafo quinto del artículo.

Hay que tomar en cuenta la parte final del párrafo mencionado, pues si las aguas no se encuentran en la enumeración, las que se encuentran en depósitos o que corran en los terrenos serán parte integrante de la propiedad, sean éstos del dominio público o del dominio privado, lo que nos da la pauta para afirmar, que pueden existir aguas de propiedad privada, como una de las modalidades que el Estado establezca.

Por lo tanto si son terrenos privados, las aguas son privadas y si corren y se depositan sobre bienes nacionales, se considera que forman parte de ellos, y con ellos se convierten en aguas nacionales o de jurisdicción federal.

De esto se deriva analizar la amplitud del concepto “aguas nacionales” en el artículo 27º constitucional, que se desprende del párrafo quinto del mismo, donde podemos encontrar dos cuestiones importantes. Lo primero, es indicar que las

aguas que no sean nacionales se consideran como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, entonces podemos decir que constitucionalmente se liga tierra y agua, y se les sujeta a la misma suerte o al mismo aprovechamiento o disposición, por lo que si aplicamos estrictamente la norma, las aguas pueden ser parte integrante de la propiedad estatal, municipal o social (ejidos y comunidades) y hasta privada, según donde se encuentren o transitan.

El segundo punto, es que en los casos en los cuáles se liga tierra y agua, cuando se localicen en dos o más predios, el aprovechamiento del agua se considera de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los estados. De esto se desprenden dos cuestiones: una, que la declaratoria de utilidad pública permite que a través de la ley local se puedan excepcionalmente expropiar u ocupar temporalmente, y la segunda, que a través de la ley se puedan establecer modalidades o regulaciones con vista al interés general. Respecto a los dos puntos anteriores consideramos entonces que ambas cuestiones no son excluyentes, por lo tanto ambas se pueden aplicar.

Siguiendo con el análisis de las aguas consideradas nacionales, vemos que en la Constitución hay una separación clara entre las aguas superficiales y las aguas que no lo son y que forman parte de los terrenos en los que corran o se depositen, esto no existe en el caso de las aguas del subsuelo, por un lado, se señala en el artículo 27º constitucional que son aguas nacionales y como tales inalienables e imprescriptibles, situación que no cambia por su extracción, y por otro lado se dice que en las zonas de libre alumbramiento, pueden “apropiarse por el dueño del terreno” lo cual es otra modalidad de la apropiación privada de las aguas por parte de los particulares.

A tal efecto Urbano Farías Hernández argumenta:

.....No estamos en presencia de propiedad privada de aguas sino de aprovechamientos particulares de aguas, sin mayor requisito o condición que el interés de los usuarios sin necesidad de discutir su titularidad o el cambio de titular.²¹

²¹ Farías, Hernández Urbano. Derecho Mexicano de Aguas Nacionales, Legislación, comentarios y Jurisprudencia. Ed. Porrúa, México, 1993. p 46

Entonces, podemos decir al respecto que la Constitución tiene inconsistencias en su redacción, y podría tener interpretaciones diversas y tal vez no necesariamente la que el Maestro Farias realiza, pues pareciera que estas aguas podrían ser susceptibles de apropiación particular, en los dos casos citados del artículo 27º , donde se puede asumir que si hay apropiación privada del recurso y por ende cambio de titular.

Ahora tomando en cuenta que las aguas del subsuelo son aguas nacionales según el artículo 27º constitucional, independientemente de que se permita el libre alumbramiento en ciertas zonas del país, para que los particulares las aprovechen, en su finca, propiedad o posesión, y de que en los demás casos, cuando se trate de zonas de veda, reglamentación o reserva se requiera concesión para su uso y aprovechamiento, esto deja mucho que desear pues se está considerando que sí son aguas nacionales, pero el hecho de permitir estas prerrogativas a ciertos particulares eso ya no las hace propiedad exclusiva de la Federación, pues se está dejando que ciertos particulares hagan uso y aprovechamiento de ellas, prerrogativas que son un tanto arriesgadas, pues no se tendrá la certeza de que su manejo sea el adecuado, además esto nos hace observar, que entonces el Estado no tiene el manejo, distribución y uso exclusivo de las aguas nacionales, porque aunque se haga uso de las concesiones por parte de los particulares, estos tienen la libertad de manejar aguas consideradas bienes y aguas nacionales.

Al respecto de que las aguas del subsuelo son nacionales, al igual que las superficiales, como se estableció en la reforma del artículo 27º constitucional en el año de 1943, en la exposición de motivos de la reforma se estableció lo siguiente:

Es necesario dar el carácter de nacionales a las aguas subterráneas, abarcando en el propio precepto, las bases legales que mejoren la legislación reglamentaria y faciliten la conservación y desarrollo de los recursos hidráulicos.²²

²² Cámara de Diputados, Los Derechos del Pueblo Mexicano, Ed. Manuel Porrúa. 2º ed, México 1978, Tomo IV, p 728

Aquí el punto medular no es cuáles se consideran aguas nacionales y cuáles no, la cuestión es que esas aguas nacionales de alguna forma o de otra se deja su manejo a los particulares, lo cual hace que ya no se detenten como un bien de manejo exclusivo del Estado o propiamente como un área estratégica.

En cuanto al fundamento del otorgamiento de concesiones, que contemplan también las del agua, lo encontramos en el párrafo sexto del artículo 27° constitucional:

...
En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes... Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

...²³

Es importante destacar que se necesita precisar que todas las aguas continentales, sean superficiales y del subsuelo y que forman parte del ciclo hidrológico se requiere unidad y manejo integral por parte del Estado, pero no como un bien público que se pueda concesionar a los particulares, sino como un recurso de área estratégica, y esto se debiera establecer de manera categórica y con la amplitud que el tema y la materia ameritan no sólo a nivel constitucional sino en las leyes reglamentarias de gestión del recurso.

Podemos afirmar que es del todo desigual que sólo algunos particulares gocen de estos privilegios mediante las concesiones, cuando existe gran parte de la población que ni de una forma ni de otra reciben agua, ni por fuentes naturales ni por servicio de agua potable, por lo tanto debiera establecerse a nivel

²³Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección jurídica Esfinge. Grupo Editorial Esfinge. 2005. p 30

constitucional el derecho social de que todo individuo deba tener acceso al aprovechamiento del agua para la satisfacción de sus necesidades básicas, en términos precisados por el propio Estado, estableciendo una distribución equitativa del recurso.

1.3.2 Artículo 25° Constitucional

Empezaremos por citar el artículo en mención y así analizarlo de forma ordenada:

Artículo 25. 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 y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el Artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.

Bajo criterios de equidad social y productividad 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.

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.²⁴

El Estado contemporáneo tiene función vital en el proceso económico. Aún en un sistema de libre concurrencia, despliega actividades propiamente como promotor e impulsor exclusivo de desarrollo económico, con impulso de los diversos sectores.

La política económica del Estado es un instrumento para cumplir fines junto con los particulares. Esta política se lleva a la práctica con diversos mecanismos que van desde la simple intervención en determinada actividad económica, hasta limitar el campo de acción de las empresas o bien la reserva o monopolio legal de ciertas actividades, con el propósito de lograr un supuesto beneficio para la población que conforma el Estado.

Las normas son el medio para legitimar la intervención del Estado en la economía. Dicha intervención, varía de país en país, con matices sumamente diversos que van desde las economías de libre mercado hasta las centralizadas y totalmente intervencionistas.

La justificación de la intervención del Estado en la economía originariamente, se sustentó por el legislador con el afán de proteger a las clases sociales más débiles, y todo aquello que tenga una causa de interés público o social.

Aun con el planteamiento anterior ninguna economía abandona actualmente las fuerzas del mercado. Se podría decir que el Estado ha intervenido principalmente en lo que se refiere a los servicios públicos como correos, telégrafos, gas, electricidad, etc. pero en el caso del abastecimiento del agua, su

²⁴ Ibid. p 27.

desempeño es reservado, además de que no es de manejo exclusivo del Estado y actualmente se da libertad para que los particulares lo suministren y participen en el manejo del recurso, primordialmente a través de concesiones, lo que en general no beneficia a las clases más desprotegidas y mucho menos cuando hay intereses económicos de por medio.

El término rectoría significa conducir y orientar una cosa o situación, por lo que la “Rectoría del desarrollo nacional” en el artículo 25º constitucional, sería la atribución que tiene el Estado, en cuanto hace a la orientación y conducción de todo lo relativo al desarrollo nacional, en donde la economía desempeña un papel fundamental.

El Estado promueve, induce y orienta la acción hacia los objetivos de desarrollo, lo que hace mediante instrumentos como la acción tributaria, gasto público, aranceles, por mencionar algunos.

En México la rectoría económica del Estado se ejerce dentro de un régimen, mediante la participación directa en la actividad productiva del mismo, la función rectora del Estado tiene un doble enfoque:

Uno que considera los elementos e instrumentos teóricos de análisis de la función del Estado en el proceso económico y otro que pondere esa función, describa y analice los diversos instrumentos y mecanismos de los que se vale para la consecución de sus fines.²⁵

En el artículo 25º constitucional se plasma el principio de la rectoría económica del Estado, para garantizar al menos en la letra de la ley un desarrollo integral, consagrando los preceptos de planeación, conducción, coordinación y orientación, por parte del Estado, de la actividad económica nacional, a través de la regulación y fomento de las actividades que demanden el interés general.

²⁵ Acosta Romero, Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, 2º ed., México, D. F. 1993. p 202.

Este artículo es importante mencionar que se encuentra estrechamente vinculado con el artículo 26º, 27º fracción XX y 28º, así como las fracciones XXIX-D, XXIX-E y XXIX-F del artículo 73º constitucionales, que en su conjunto facultan al Estado para conducir la actividad económica del país.

Esta facultad del Estado en la rectoría económica, debe considerar los aspectos sociales y de bienestar general de la misma, y que no sólo sean los beneficios económicos los preponderantes a costa de los aspectos mencionados.

1.3.3 Artículo 28º Constitucional

Este artículo es fundamental en la Constitución en lo que al agua se refiere pues está relacionado con las áreas estratégicas y las concesiones; éstas para su otorgamiento se tienen que ajustar a lo dispuesto en el párrafo antepenúltimo del artículo 28º constitucional, mismo que establece no sólo el principio de legalidad, por tratarse de un acto de autoridad, sino que sólo permite otorgar una concesión cuando la ley faculta a la autoridad, y también señala que sólo se podrá concesionar en casos de interés general, debiendo la ley fijar las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios, en los cuales se encuentra considerado el servicio público del agua potable, tomando en cuenta la utilización social de los bienes, y las medidas que eviten los fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

Este fenómeno de evitar la concentración, es algo que pudiera no cumplirse si el agua es concesionada solo en algunas manos, es sabido, que los particulares en dado momento aunque estén prestando un servicio público, verán finalmente por sus intereses propios, pues como ya se establece en el subtema de los servicios públicos, obtienen beneficios o prerrogativas del Estado en cuanto al recurso, lo cual es riesgoso, pues finalmente aunque el Estado pudiera estar vigilando su manejo, se corre el riesgo de lucro o de abuso por parte de los particulares hacia sus semejantes que requieren del servicio, dejando de lado el llamado interés general o público. En relación a lo anterior tenemos la referencia

de otorgamiento de concesiones en cuanto a servicios públicos en el párrafo décimo del artículo 28º constitucional.

Otro asunto fundamental es el de las áreas estratégicas contemplado en el cuarto párrafo, del artículo 28º Constitucional, donde el Estado tiene manejo exclusivo, ejerciendo en ellas su rectoría protegiendo la soberanía y seguridad de la Nación:

...No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

...²⁶

Después de la lectura del párrafo anterior sería importante preguntarnos y analizar si el agua como recurso no se convertirá un asunto de seguridad nacional a corto plazo, si se hace un mal manejo de este por los particulares o si sólo ven su beneficio, y sino podría ser considerado como un área estratégica en el mencionado artículo, o se podría establecer en la legislación secundaria como un área de este tipo.

En el párrafo quinto del citado artículo se menciona:

...El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

...²⁷

Este párrafo es primordial para el fin de la privatización de las áreas estratégicas, pues lo de menos es a futuro reformar las leyes reglamentarias, como se ha hecho con la Ley de Aguas Nacionales, para así hacer prioritaria la participación de la

²⁶Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección jurídica Esfinge. Grupo Editorial Esfinge. 2005. p 39.

²⁷ Ibidem.

iniciativa privada y de los particulares en dichas áreas lo cual también es evidente en la cuestión de la prestación de servicios en áreas que no son estratégicas, como lo es el agua, pero finalmente se permite su concesión y por tanto el manejo no es exclusivo del Estado, y la participación del mismo, es todavía menor del que se pudiera considerar en las áreas estratégicas.

1.4 Ley de Aguas Nacionales

El régimen jurídico hidráulico tiene sus bases en el artículo 27° constitucional, y se reglamenta por la Ley de Aguas Nacionales, que desde un principio se consideró un derecho de vanguardia, por contener las mismas figuras que se implementan a nivel mundial, como cuencas hidrográficas, mercados de agua, intervención e inversión privada, organismos de cuenca, entre otros.

Es preciso estipular que el ser considerado un derecho de vanguardia, no implica que sea un derecho eficaz y en el cual se establezca que la distribución del recurso se lleve a cabo de manera equitativa, y mucho menos que la forma de hacerlo sea la idónea y la más viable, para las condiciones de nuestro país en cuanto al ámbito social se refiere.

Esta Ley de Aguas Nacionales, es una ley que emana material y formalmente de la Constitución, considerándose sus normas como de orden público e interés social, lo cual se encuentra estipulado en la misma:

Artículo 1.La presente ley es reglamentaria del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de aguas nacionales; es de observancia general en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de orden público e interés social y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable.²⁸

Es importante señalar que en materia de aguas nacionales la competencia es de la Federación y no de los Estados. No hay cabida para leyes estatales o

²⁸ Ley de aguas Nacionales. Agenda Ecológica. Ediciones Fiscales ISEF. 2006. p1.

locales sobre aguas nacionales, sólo la federal, cuya expedición corresponde al Congreso de la Unión, por así estar establecido en la norma.

Como consecuencia de lo anterior, las aguas nacionales sean superficiales o del subsuelo solo pueden ser gravadas con contribuciones federales dictadas por el Congreso de la Unión. Las Legislaturas de los Estados, en términos del artículo 124º constitucional, no pueden ni legislar ni gravar aguas nacionales, y si lo hacen violan lo dispuesto en el artículo 73º constitucional fracción XXIX-A, numeral 2º.

El artículo 134º constitucional establece que las leyes que emanan de la Constitución son ley suprema de la Unión, pues son la prolongación de la Carta Magna, sería como la aplicación práctica de la Constitución, lo cual es el caso de la Ley de Aguas Nacionales.

En relación a lo anterior, la Ley de Aguas Nacionales reglamentaria del artículo 27º constitucional , tiene mayor jerarquía que las leyes ordinarias o locales, como es el caso de las leyes estatales de agua y alcantarillado.

El gobierno, mediante la legislación, ha adoptado las medidas necesarias para llevar al agua hacia los lineamientos del mercado. En el transcurso del tiempo hemos observado los diversos cambios para este cometido. En la ley Federal del Irrigación de 1927, el agua era considerada un “bien comunal” y su gestión dependía de las poblaciones que la utilizaban para la producción y el uso humano. Su vigencia se prolongó hasta 1972, cuando se estableció la Ley Federal del Agua, en la que el líquido pasó a ser “bien nacional”, y en 1992, con el gobierno de Carlos Salinas, se convirtió en un “bien económico” con valor del mismo carácter. En este año se enfatizó la “necesidad” de asignar un precio justo al consumo del recurso, ya fuera doméstico o productivo.

Al respecto encontramos en la actual Ley de Aguas Nacionales:

ARTÍCULO 14 BIS 5. Los principios que sustentan la política hídrica nacional son:

1. El agua es un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y asunto de seguridad nacional;

²⁹
...

Como podemos observar la cuestión del valor económico, no se define como tal en la Ley de Aguas Nacionales, sólo se menciona, pero se especifica que es tarea fundamental del Estado, además de ser un asunto de seguridad nacional, la interrogante es justamente cuál es el sentido del valor económico, y si la acepción es como mercancía, o es un recurso que tiene un valor en dinero para cuestiones de infraestructura y gestión.

Detrás de esta redefinición del agua como un bien económico, se esconde una acusación a la población por una supuesta incapacidad para aprovechar y utilizar el recurso sin afectar su disponibilidad futura.

Analizando, sería de vital importancia que el Estado, tomando en cuenta la disponibilidad del recurso, debiera garantizar a la población el derecho para su uso y aprovechamiento, ya que no lo hace por falta de inversión estatal en infraestructura. A partir de esta afirmación, el Estado debe tener la obligación de intervenir de manera directa para garantizar igualdad de oportunidades y así brindar a los ciudadanos el derecho a satisfacer la necesidad vital del líquido.

Esta Ley de Aguas Nacionales tiene su propio reglamento para facilitar su aplicación, y así precisar el alcance y sentido de las disposiciones legales.

En 1992, como una necesidad de contar con una legislación avanzada en esta materia ante las negociaciones del Tratado del Libre Comercio para América del Norte, que se exigía una reglamentación en materia ambiental, nace la actual Ley de Aguas Nacionales, privilegiando el uso del agua para facilitar la entrada de industrias extranjeras primordialmente de Estados Unidos y Canadá y así pudieran

²⁹ Ibid. p 39

dichos países invertir en cuestiones de agua en nuestro país. Es claro que la apertura económica y la entrada de México a los mercados internacionales, dieron en este ámbito la creación de esta ley. “Inversión canadiense difícil si no se terminan trabas ecológicas, Phil O’Brien”³⁰

Sin duda, la ley de 2004, retoma la problemática del agua en función de los problemas de escasez, contaminación, disponibilidad y ausencia de una cultura del agua.

En esta ley se considera al agua como un bien de dominio público, vital, vulnerable, y finito, con valor económico y social y ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la sociedad.

Es importante saber cómo debemos entender el valor económico del recurso. Evidentemente el agua debe tener un valor económico, en lo que se refiere a la infraestructura que se requiere para potabilizarla, intubarla, transportarla y distribuirla a la población, la cual debe pagar el servicio que está recibiendo. Pero cuál es y será la situación de quién no tiene para pagar el servicio y por ende el recurso, debemos entonces entender que no debe recibirlo. Es importante también como saber que dicho valor económico, no es solo ver al recurso como una mercancía más, con la que se puede lucrar obteniendo beneficio los particulares concesionarios y el Estado como consecuencia de dichas concesiones.

Al destacar, la frase “el agua paga el agua”, cuestionemos de nueva cuenta, cuál es la situación de quien no tiene para pagarla; por esta razón es que el Estado en sus diversos niveles de gobierno, debiera proveer el recurso de manera exclusiva, encargándose de su distribución, del cobro de tarifas, y por supuesto de proveerla también en base a los recursos económicos obtenidos de la misma, tomando en cuenta que quién no tiene para pagarla, tiene el derecho

³⁰ Periódico Siglo XXI, Economía, 10 de junio 1993, pág 28.

fundamental como ser humano de recibirla, que aunque no se ha reconocido como tal en ninguna legislación local ni a nivel mundial, debiera de serlo.

Aquí es donde pasamos a otro de los conceptos de la Ley, lo cual son los apoyos sociales para que las comunidades rurales y urbanas marginadas accedan al agua. Es realmente impreciso el poder saber hasta qué punto esto sólo es retórica de la ley y hasta que punto dichos apoyos sociales existen en la práctica cotidiana. Cuando lo importante ha sido concesionar el recurso más no distribuirlo de manera equitativa en la sociedad, y mucho menos a quien no tiene para pagarla. Al respecto encontramos la referencia en el siguiente artículo de la ley en su numeral VII:

ARTÍCULO 14 BIS 6. Son instrumentos básicos de la política hídrica nacional:

...

VII. Los apoyos sociales para que las comunidades rurales y urbanas marginadas accedan al agua y al saneamiento, y

...

En este punto es donde el reglamento de la multicitada ley debe entrar en acción, de tal manera que si lo que se quiere perdurar es la inversión privada en infraestructura hidráulica y en la prestación del servicio, dicho reglamento debiera garantizar, que la falta de pago, nunca será motivo para negar el acceso al agua para consumo de los gobernados.

Aunque aparentemente se mantiene la rectoría del Estado sobre el recurso, al otorgar parte de la gestión a empresas privadas o particulares se convierte realmente en garante de las inversiones de capital privado.

La gestión y manejo del agua en México, como recurso vital, no se encuentra fuera, sino en función de un nuevo orden mundial del agua, deriva de la globalización económica.

³¹ Ley de aguas Nacionales. Agenda Ecológica. Ediciones Fiscales ISEF. 2006. p 41.

En esta ley se descentraliza la política hidráulica, y se crea la figura regional que es el organismo de cuenca, donde los mismos son órganos consultivos, pero integrados por representantes del gobierno federal y de la CONAGUA, además de los gobernadores y los usuarios organizados, pero en realidad en la práctica y la gestión del recurso esto no tiene un impacto real de control y distribución equitativa del recurso.

Los mecanismos de participación son una trampa pues en los consejos se prevé la participación del gobierno, empresas privadas y asociaciones civiles ligadas a ellas, así como de prestadores de servicios de agua potable y saneamiento, es decir las empresas concesionarias.

Una nueva figura que se deriva de las recientes modificaciones a la legislación, es el banco de agua o centros de intercambio o transmisión de derechos de agua, que es una instancia de carácter privado que gestionará operaciones reguladas de transmisión de derechos ante la CONAGUA, facilitándola, tanto para quienes desean transmitirlos como para quienes desean adquirirlos, lo cual estudiaremos a detalle en el apartado correspondiente.

1.5 Gestión del agua.

El “Derecho de aguas” por catalogar a la legislación de este recurso como tal, en su parte sustantiva, es decir la parte del derecho que regula el núcleo fundamental de la disciplina, se refiere al aprovechamiento y administración de aguas continentales, así como los bienes y los servicios inherentes. Así mismo, esta parte sustantiva se puede dividir en general y especial.

En la general encontramos dos puntos importantes:

- El aprovechamiento de agua continental, que comprende el sistema de concesiones o asignaciones, el registro, protección y transmisión de derechos; la preservación de la cantidad y la calidad del agua, incluyendo la

vinculación entre el agua y suelo y el aprovechamiento de los bienes de dominio público inherentes al agua.

- La administración del agua, que comprende las atribuciones de la autoridad para la planeación, gestión, desarrollo sustentable y protección del recurso; la construcción y operación de infraestructura y la prestación de los servicios hidráulicos; el financiamiento de todo el sistema como lo es la recuperación de inversiones y cobro por el aprovechamiento del agua y de los demás bienes y servicios hidráulicos, así como las sanciones por infracciones a la ley.

En la parte sustantiva especial tenemos la regulación de los distintos usos del agua, como el doméstico, el público urbano, el agrícola, el ganadero, el de generación de energía eléctrica y el uso en otras actividades productivas. Esta parte también considera la invariabilidad de ciertos usos del agua, sobre todo para proteger el uso doméstico, o un determinado ecosistema que requiera mantener el mismo uso del agua.

Para que una disciplina legal tenga autonomía se requieren instituciones reunidas en un sistema coherente que regule una realidad bien acotada, pero sobre todo inspirados en la finalidad de la tutela, sobre todo al hablar del recurso del que se trata, y la legislación primordial en la que se apoya para su gestión esta disciplina, es la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento respectivo.

Para apoyar dicha postura de autonomía en cuanto al derecho de aguas diremos:

Se presenta como un derecho mixto expresión con la que se denomina aquellos derechos que se han formado lentamente en la historia y que atendiendo a su contenido no pueden ser incluidos íntegramente ni en el derecho público ni en el derecho privado, ni agregaríamos en el derecho social.³² (Traducción personal)

En cuanto al Derecho Mexicano de Aguas, es una parte importante materia del derecho público, por lo que se refiere sobre todo a la administración y gestión

³² Roubier, Paul. *Theorie Générale de Droit*, Ed. Libraire Letouzey et Ané. Paris, 1946,p 244 y ss. Traducción personal del idioma francés.

del agua, pero también en ciertos casos tiene instituciones y figuras jurídicas que cuentan con disposiciones que son más bien del derecho privado y del derecho social.

En este orden de ideas, esta rama tiene por objeto la ordenación jurídica de la administración y gestión del recurso hidráulico, que es una actividad administrativa diferenciada de las demás, que da origen a instituciones jurídicas propias, como los consejos de cuenca, cuencas hidrológicas, regiones hidrológicas, organismos de cuenca, programa nacional hídrico, cuota de autosuficiencia, distrito de riego, unidades de drenaje, la veda, reglamentación de extracción y aprovechamiento del agua por causa de interés público, el control y la preservación de la calidad del agua, el servicio público del agua potable y saneamiento, todas éstas y otras, son instituciones propias, reguladas jurídicamente en forma particular en las leyes y reglamentación respectiva, las cuáles deberían regirse por los siguientes principios rectores propuestos que considero básicos:

- Las aguas consideradas como patrimonio nacional deben utilizarse en beneficio de la población.
- Equilibrio entre equidad y eficiencia en el aprovechamiento del agua.
- La corresponsabilidad en la conservación y el uso racional del agua.
- El compromiso solidario para que el agua refleje su verdadero valor y costo social.
- Considerarlo como un derecho humano social, para que todos tengan acceso al recurso.

En relación al apartado que nos ocupa en cuanto a gestión hídrica en México, comenzaremos por definirla, acotando el significado de la propia Ley de Aguas Nacionales:

Artículo 3. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

...

XXVIII. "Gestión del Agua": Proceso sustentado en el conjunto de principios, políticas, actos, recursos, instrumentos, normas formales y no formales, bienes, recursos, derechos, atribuciones y responsabilidades, mediante el cual coordinadamente el Estado, los

usuarios del agua y las organizaciones de la sociedad, promueven e instrumentan para lograr el desarrollo sustentable en beneficio de los seres humanos y su medio social, económico y ambiental, (1) el control y manejo del agua y las cuencas hidrológicas, incluyendo los acuíferos, por ende su distribución y administración, (2) la regulación de la explotación, uso o aprovechamiento del agua, y (3) la preservación y sustentabilidad de los recursos hídricos en cantidad y calidad, considerando los riesgos ante la ocurrencia de fenómenos hidrometeorológicos extraordinarios y daños a ecosistemas vitales y al medio ambiente. La gestión del agua comprende en su totalidad a la administración gubernamental del agua;

XXIX. "Gestión Integrada de los Recursos Hídricos": Proceso que promueve la gestión y desarrollo coordinado del agua, la tierra, los recursos relacionados con éstos y el ambiente, con el fin de maximizar el bienestar social y económico equitativamente sin comprometer la sustentabilidad de los ecosistemas vitales. Dicha gestión está íntimamente vinculada con el desarrollo sustentable. Para la aplicación de esta Ley en relación con este concepto se consideran primordialmente agua y bosque;

³³
...

Es importante señalar que el objetivo de este apartado es establecer de una forma general y entendible la manera en que se gestionan los recursos hídricos en México en base al artículo 27º constitucional y la Ley de Aguas Nacionales y su reglamento, ocupándonos primordialmente de las figuras e instituciones jurídicas de interés para nuestra investigación.

Se habla en las definiciones anteriores de desarrollo sustentable, de acción coordinada de Estado, usuarios y organizaciones de la sociedad en beneficio de los seres humanos, de su medio social económico y ambiental. Todo esto es muy importante pero lo esencia es que se establece que la gestión del agua comprende en su totalidad a la administración gubernamental del agua, lo cual debemos preguntarnos si en la práctica en realidad es así.

1.5.1 Distribución de competencias

En primera instancia estableceremos las competencias que se dan a nivel constitucional respecto al recurso que nos ocupa. Nos encontramos entonces, con el artículo 27º constitucional al que ya se ha hecho referencia en el apartado

³³Ley de aguas Nacionales. Agenda Ecológica. Ediciones Fiscales ISEF. 2006. p 5.

correspondiente especificando y enlistando las aguas que son patrimonio de la Nación, siendo este artículo, el punto de partida de la legislación hidráulica vigente en nuestro país.

Respecto a las facultades del Congreso de la Unión, órgano legislativo encontramos lo siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, y sobre postas y correos, para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

...

XXIX. Para establecer contribuciones:

...

2o. Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4o. y 5o. del artículo 27;

...

4o. Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y ...³⁴

De aquí deriva que el Congreso de la Unión tenga la facultad de dictar la Ley de Bienes Nacionales y la Ley de Aguas Nacionales que es de carácter federal, y que es en las que se establecen de manera fundamental el régimen de gestión de las aguas nacionales, además de la facultad del Congreso para establecer las contribuciones sobre el aprovechamiento de recursos naturales comprendidos en el artículo 27º constitucional y de los servicios públicos concesionados.

En el artículo 115º Constitucional se da el carácter de servicio público del agua potable y alcantarillado, incluyendo el saneamiento, y se establece que estarán a cargo de los municipios, para lo cual referiremos lo siguiente:

Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

³⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección jurídica Esfinge. Grupo Editorial Esfinge. 2005. p 46

...

III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales

...

En este artículo se prevé el concurso de los estados cuando sea necesario y lo determinen las leyes, entendiendo por concurso la asistencia, ayuda, o en todo caso la coparticipación estatal, pero en ninguna forma la exclusión de los municipios. Esto implica que la intervención estatal es supletoria a la municipal, cuando ésta lo requiera o lo solicite, entonces entendemos del citado artículo que por excepción ante la falta de recursos y capacidad del municipio, el servicio de agua potable y alcantarillado sería prestado por la entidad federativa correspondiente, para lo cual citamos lo siguiente en el artículo 115° constitucional:

...

Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Los Municipios, previo acuerdo entre sus ayuntamientos, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos o el mejor ejercicio de las funciones que les correspondan. En este caso y tratándose de la asociación de municipios de dos o más Estados, deberán contar con la aprobación de las legislaturas de los Estados respectivas. Así mismo cuando a juicio del ayuntamiento respectivo sea necesario, podrán celebrar convenios con el Estado para que éste, de manera directa o a través del organismo correspondiente, se haga cargo en forma temporal de algunos de ellos, o bien se presten o ejerzan coordinadamente por el Estado y el propio municipio;³⁶

En el artículo 124° constitucional se precisan que las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados

Lo anterior es en cuanto a nivel constitucional se refiere, las competencias en materia de aguas de una forma general.

³⁵ Ibid. p 67.

³⁶ Ibidem.

En cuanto a la Ley de Aguas Nacionales (LAN), en primer término referiremos el objeto de la ley:

ARTÍCULO 1. La presente Ley es reglamentaria del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de aguas nacionales; es de observancia general en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de orden público e interés social y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable.³⁷

Las aguas que son consideradas como nacionales en la Ley son:

Artículo 3. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

I.- Aguas nacionales: las aguas propiedad de la Nación, en los términos del párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
...³⁸

En cuanto a las competencias y quien toma las decisiones respecto a la gestión de aguas tenemos lo siguiente:

ARTÍCULO 4. La autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes corresponde al Ejecutivo Federal, quien la ejercerá directamente o a través de "la Comisión".³⁹

Al referirse el artículo anterior a la Comisión el artículo 3º de la LAN nos indica:

...
XII. "Comisión Nacional del Agua": Órgano Administrativo Desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con funciones de Derecho Público en materia de gestión de las aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes, con autonomía técnica, ejecutiva, administrativa, presupuestal y de gestión, para la consecución de su objeto, la realización de sus funciones y la emisión de los actos de autoridad que conforme a esta Ley corresponde tanto a ésta como a los órganos de autoridad a que la misma se refiere;⁴⁰

³⁷ Ley de aguas Nacionales. Agenda Ecológica. Ediciones Fiscales ISEF. 2006. p 1.

³⁸ Ibid. p 1, 43.

³⁹ Ibid. p 10.

⁴⁰ Ibid. p 2.

En cuanto a las atribuciones de la Comisión Nacional del Agua son de carácter técnico, normativo y consultivo:

ARTÍCULO 9. "La Comisión" es un órgano administrativo desconcentrado de "la Secretaría", que se regula conforme a las disposiciones de esta Ley y sus reglamentos, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de su Reglamento Interior.

"La Comisión" tiene por objeto ejercer las atribuciones que le corresponden a la autoridad en materia hídrica y constituirse como el Órgano Superior con carácter técnico, normativo y consultivo de la Federación, en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, incluyendo la administración, regulación, control y protección del dominio público hídrico.

...⁴¹

Respecto a las atribuciones, obligaciones y actuación del Ejecutivo Federal, relacionadas íntimamente con la Comisión, se coordinan acciones con los gobiernos de los estados y municipios, donde participan los usuarios, particulares y organizaciones sociales, fomentando la participación de los usuarios y particulares en la realización y administración de obras y servicios, favoreciendo la descentralización de la gestión del agua, como se establece en el artículo 5o de la LAN, lo cual nos indica la apertura a la participación privada en la gestión.

En el artículo 7o de la misma ley se considera de utilidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos y se considera asunto de seguridad nacional, cuando lo que debería serlo es la distribución equitativa del recurso.

Un término primordial es el interés público, el cual realmente debiera ser prioritario en lugar de intentar privatizar el recurso:

ARTÍCULO 7 BIS. Se declara de interés público:

I. La cuenca conjuntamente con los acuíferos como la unidad territorial básica para la gestión integrada de los recursos hídricos;

⁴¹ Ibid. p 14.

II. La descentralización y mejoramiento de la gestión de los recursos hídricos por cuenca hidrológica, a través de Organismos de Cuenca de índole gubernamental y de Consejos de Cuenca de composición mixta, con participación de los tres órdenes de gobierno, de los usuarios del agua y de las organizaciones de la sociedad en la toma de decisiones y asunción de compromisos;

III. La descentralización y mejoramiento de la gestión de los recursos hídricos con la participación de los estados, del Distrito Federal y de los municipios;

...

X. La organización de los usuarios, asociaciones civiles y otros sistemas y organismos públicos y privados prestadores de servicios de agua rurales y urbanos, así como su vinculación con los tres órdenes de gobierno, para consolidar su participación en los Consejos de Cuenca.⁴²

Ahora el interés público ha dado un vuelco para volverse un asunto de descentralización, de participación de organismos y prestadores de servicios de agua privados, así como de organizaciones de la sociedad las cuales no se menciona de que tipo son, y las cuestiones sociales se quedan en la letra de la ley.

La LAN establece que una de las Secretarías fundamentales en cuanto a la gestión de aguas nacionales es la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNA), de la cual encontramos sus atribuciones en el artículo 8 de la propia ley las cuales se ejercen a través de su titular.

1.5.2 Organización administrativa

Hay que mencionar de una manera específica que en cuanto a la organización administrativa en materia de aguas y su gestión, habría que hacer un análisis minucioso de la LAN, por lo cual en este apartado sólo referiremos dicha organización para la gestión de forma general, tocando los puntos de interés para nuestra investigación.

⁴² Ibid. p 12,13.

En primera instancia retomaremos algunos de los conceptos básicos que maneja la LAN y que son útiles para nuestro estudio, y así entender la organización en cuanto a la gestión de aguas en México.

Retomando el artículo 3º de la LAN:

ARTÍCULO 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

...

VIII. "Asignación": Título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de "la Comisión" o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para realizar la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, a los municipios, a los estados o al Distrito Federal, destinadas a los servicios de agua con carácter público urbano o doméstico;

...

XIII. "Concesión": Título que otorga el Ejecutivo Federal, a través de "la Comisión" o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y de sus bienes públicos inherentes, a las personas físicas o morales de carácter público y privado, excepto los títulos de asignación;

...

XV. "Consejo de Cuenca": Órganos colegiados de integración mixta, que serán instancia de coordinación y concertación, apoyo, consulta y asesoría, entre "la Comisión", incluyendo el Organismo de Cuenca que corresponda, y las dependencias y entidades de las instancias federal, estatal o municipal, y los representantes de los usuarios de agua y de las organizaciones de la sociedad, de la respectiva cuenca hidrológica o región hidrológica;

...

Para los fines de esta Ley, se considera como:

...

XXI. "Desarrollo sustentable": En materia de recursos hídricos, es el proceso evaluable mediante criterios e indicadores de carácter hídrico, económico, social y ambiental, que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se fundamenta en las medidas necesarias para la preservación del equilibrio hidrológico, el aprovechamiento y protección de los recursos hídricos, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de agua de las generaciones futuras;

...

XXXIX. "Organismo de Cuenca": Unidad técnica, administrativa y jurídica especializada, con carácter autónomo, adscrita directamente al Titular de "la Comisión", cuyas atribuciones se establecen en la presente Ley y sus reglamentos, y cuyos recursos y presupuesto específicos son determinados por "la Comisión";

XLII. "Programa Nacional Hídrico": Documento rector que integra los planes hídricos de las cuencas a nivel nacional, en el cual se definen la disponibilidad, el uso y aprovechamiento del recurso, así como las

estrategias, prioridades y políticas, para lograr el equilibrio del desarrollo regional sustentable y avanzar en la gestión integrada de los recursos hídricos;

...⁴³

Realmente quien el organismo que lleva la batuta en cuanto a gestión de aguas en nuestro país es la Comisión Nacional de Agua, como órgano desconcentrado del Ejecutivo Federal, quien a través de las cuencas hidrológicas y las regiones hidrológico administrativas, organismos de cuenca, y consejos de cuenca, establece los parámetros para ejercer sus atribuciones, en base al desarrollo sustentable, y las figuras de asignación y concesión a organismos, particulares y empresas.

El siguiente artículo nos indica cómo se establecen los Consejos de Cuenca:

ARTÍCULO 13 BIS 1. Los Consejos de Cuenca se establecerán por cada cuenca hidrológica o grupo de cuencas hidrológicas que determine "la Comisión", lo que constituirá su delimitación territorial.

Los Consejos de Cuenca, con apego a esta Ley y sus reglamentos, establecerán sus reglas generales de integración, organización y funcionamiento...

...

La Asamblea General de Usuarios tendrá las siguientes funciones:

1.- Discutir las estrategias, prioridades, políticas, líneas de acción y criterios, para ser considerados en la planeación de corto, mediano y largo plazo de la cuenca hidrológica;

...⁴⁴

La cita anterior es importante por el establecimiento de la participación de los usuarios en los Consejos de Cuenca, pero en la práctica sería esencial conocer hasta que punto esto es realmente eficaz.

⁴³ Ibid. pp1-4.

⁴⁴ Ibid. p 29.

En cuanto a la participación de usuarios y sociedad, que también se relaciona con la cita anterior, encontramos en la LAN lo siguiente:

ARTÍCULO 14. En el ámbito federal, "la Comisión" acreditará, promoverá y apoyará la organización de los usuarios para mejorar el aprovechamiento del agua y la preservación y control de su calidad, y para impulsar la participación de éstos a nivel nacional, estatal, regional o de cuenca en los términos de la presente Ley y sus reglamentos.

ARTÍCULO 14 BIS. "La Comisión", conjuntamente con los Gobiernos de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, los organismos de cuenca, los consejos de cuenca y el Consejo Consultivo del Agua, promoverá y facilitará la participación de la sociedad en la planeación, toma de decisiones, ejecución, evaluación y vigilancia de la política nacional hídrica.

...

Para los efectos anteriores, "la Comisión", a través de los Organismos de Cuenca y con apoyo en los Consejos de Cuenca:

...

III. Proveerá los espacios y mecanismos para que los usuarios y la sociedad puedan:

a. Participar en los procesos de toma de decisiones en materia del agua y su gestión;

...⁴⁵

En el artículo anterior encontramos en la ley, la participación de los usuarios, consultas públicas y democráticas para la toma de decisiones en cuanto a la gestión del agua, lo esencial es saber de que forma se lleva a cabo dicha participación y la supuestas consultas, donde realmente los usuarios y la sociedad en general vierten sus opiniones y necesidades, y si éstas son realmente tomadas en cuenta a la hora de la planeación hidrológica.

Los principios de la política hídrica nacional son:

ARTÍCULO 14 BIS 5. Los principios que sustentan la política hídrica nacional son:

⁴⁵ Ibid. p 35,36.

I. El agua es un bien de dominio público

...

V. La atención de las necesidades de agua provenientes de la sociedad para su bienestar, de la economía para su desarrollo y del ambiente para su equilibrio y conservación; particularmente, la atención especial de dichas necesidades para la población marginada y menos favorecida económicamente;

VII. El Ejecutivo Federal se asegurará que las concesiones y asignaciones de agua estén fundamentadas en la disponibilidad efectiva del recurso en las regiones hidrológicas y cuencas hidrológicas que correspondan...

...

IX. La conservación, preservación, protección y restauración del agua en cantidad y calidad es asunto de seguridad nacional, por tanto, debe evitarse el aprovechamiento no sustentable y los efectos ecológicos adversos;

...

XV. La gestión del agua debe generar recursos económicos y financieros necesarios para realizar sus tareas inherentes, bajo el principio de que "el agua paga el agua", conforme a las Leyes en la materia;

XVI. Los usuarios del agua deben pagar por su explotación, uso o aprovechamiento bajo el principio de "usuario-pagador" de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal de Derechos;

...

XX. La participación informada y responsable de la sociedad, es la base para la mejor gestión de los recursos hídricos y particularmente para su conservación; por tanto, es esencial la educación ambiental, especialmente en materia de agua;

XXI. La cultura del agua construida a partir de los anteriores principios de política hídrica, así como con las tesis derivadas de los procesos de desarrollo social y económico, y

...

Los principios de política hídrica nacional establecidos en el presente Artículo son fundamentales en la aplicación e interpretación de las disposiciones contenidas en esta Ley y en sus reglamentos, y guiarán los contenidos de la programación nacional hídrica y por región hidrológica y cuenca hidrológica ... recurso federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental, cuya preservación en cantidad y calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y asunto de seguridad nacional;

...

⁴⁶ Ibid. p 38,39,40.

El artículo anterior es de vital importancia, pues nos sigue hablando de participación de la sociedad, de población marginada y menos favorecida económicamente, de la cultura del agua, de la cuestión de pago de la misma y del “usuario pagador”, y del acceso de la sociedad a la información oportuna sobre la gestión del agua, lo que nos lleva a reflexionar si todos estos términos son empleados realmente en la cotidianidad de la gestión del recurso, y si realmente son prioritarios ante los problemas reales del agua.

Otro artículo fundamental en la LAN son los instrumentos para llevar a cabo la gestión los cuales se establecen en el siguiente artículo:

ARTÍCULO 14 BIS 6. Son instrumentos básicos de la política hídrica nacional:

I. La planificación hídrica; incluye los ámbitos local, estatal, cuenca hidrológica, región hidrológica-administrativa y nacional;

II. El régimen de concesiones, asignaciones y permisos referentes a los derechos por explotación, uso o aprovechamiento del agua, por el uso de los bienes nacionales conforme a lo dispuesto en el Artículo 113 de la presente Ley, así como los permisos de descarga;

...

IV. El cobro de derechos causados por la explotación, uso o aprovechamiento, descarga y protección del agua.

⁴⁷
...

Como podemos ver dentro de los instrumentos básicos encontramos las concesiones, el cobro de derechos por la explotación y la participación de organizaciones y usuarios en la gestión, lo importante es el sentido que se le da a todos estos instrumentos en la actualidad, y analizar si sólo son un medio para poner a merced del mercado el recurso o son realmente instrumentos que el Estado utiliza en su gestión.

Después de este breve repaso por la Ley de Aguas Nacionales en cuanto a competencias y gestión administrativa podemos concluir, que el encargado de la

⁴⁷ Ibid. p 41.

gestión de aguas nacionales es el Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional del Agua, quien ejerce sus atribuciones a partir de la organización administrativa y de gestión por medio de las cuencas hidrológicas, organismos de cuenca, regiones hidrológicas, basado en los principios y postulados fundamentales de la LAN, a partir de los cuáles se organiza la gestión, y donde se contempla la participación de organismos, usuarios, particulares y empresas, como una supuesta forma de eficacia que no ha dado en la práctica resultados tangibles.

En cuanto a las figuras de la concesión, mercado de agua y servicio público, atenderemos estos tópicos en el capítulo siguiente, por ser parte de los instrumentos jurídicos considerados en esta investigación como precursores de la privatización del recurso.

1.6 Puntos clave de la legislación estatal y municipal.

Partiendo del artículo 115º Constitucional que es el esencial para atribuir las facultades al municipio en materia de agua tenemos, que dicho precepto establece que los municipios tienen a su cargo las funciones y servicios públicos de agua potable, drenaje y alcantarillado. Sin embargo cada ley estatal determina las tarifas correspondientes, por las legislaturas locales o el consejo de administración del organismo operador. A su vez los organismos municipales, sean públicos o privados, tienen que efectuar un pago de derechos a la CNA(Comisión Nacional del Agua) por explotar aguas nacionales para suministro urbano.

Además de sistema de gobierno federal, tenemos dentro de las entidades federativas un sistema de gobierno municipal, que es independiente del gobierno estatal. Los municipios son formas de descentralización política y no solo administrativa, pues se refieren igualmente a la descentralización del poder público y su ejercicio dentro de cada entidad.

En el ámbito estatal municipal, cada una de las entidades federativas tiene sus respectivas leyes de agua potable y alcantarillado, incluyendo el saneamiento.⁴⁸

El servicio público de agua potable y alcantarillado, conforme al artículo 115º constitucional, es competencia municipal con el concurso de los Estados, por lo que corresponde a las legislaturas de éstos expedir las leyes que regulan la organización y funcionamiento de dicho servicio. Carece de competencia, por lo tanto, el Congreso de la Unión para regularlo. En el caso del Distrito Federal, corresponde a la Asamblea de Representantes legislar en materia de agua y drenaje como lo establece el artículo 122º fracción IV, inciso h, de la Constitución.

En función del citado artículo constitucional, el hecho de que el servicio público esté a cargo de los municipios con el concurso de los Estados, cuando así lo determinen las leyes, no implica que lo tengan que prestar directamente, sino sólo que la responsabilidad de su manejo y prestación en última instancia entre los tres niveles de gobierno, recae en el municipio, el cual lo puede realizar directamente o a través de paramunicipales, con la asistencia, ayuda o concurso del estado, de ahí que se esté prestando por la administración descentralizada del municipio a través de comisiones estatales, o sea por entidades u organismos con personalidad y patrimonio propios, que incluso, conforme a la ley exista la posibilidad de su concesión a particulares.

Dentro de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución, destacan la de la forma de gobierno federal y la de la autonomía municipal. Es importante no perder de vista ésta última, para el análisis del sistema estatal del agua potable y saneamiento, ya que no podemos analizar el derecho de aguas de una forma unidimensional.

⁴⁸ Para mayor referencia y conocimiento se puede ampliar la información de dichas leyes, consultando alguna de las mismas como la Ley sobre la Prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado en el Estado de México, que podría tomarse como referencia de ellas, tomando en cuenta que en que cada Estado de la República, existen variaciones dependiendo circunstancias de diverso tipo.

En las mismas leyes estatales de agua y alcantarillado, en la mayoría se dan las bases para la descentralización y consolidación de los organismos operadores, que en los municipios tienen a su cargo la prestación de los servicios, mismos que tienen la más diversa naturaleza jurídica, pues van desde los organismos paramunicipales con personalidad jurídica y patrimonio propios hasta desconcentrados del estado o del municipio, o bien desconcentrados, sin personalidad jurídica pero con cierta autonomía técnica, de las comisiones estatales, que a su vez son organismos descentralizados del gobierno estatal.

La misma lucha que se ha dado entre Federación y estados para el respeto de la autonomía estatal dentro del sistema de gobierno federal, igualmente se da entre los estados y municipios para el respeto de la autonomía municipal. Para ello la descentralización es el mecanismo que en ambos casos los hace realidad.

La revisión de las leyes estatales de agua potable y alcantarillado, permite apreciar que la situación jurídica de los organismos prestadores de los servicios en el país, dentro del proceso de descentralización, es la siguiente:

- La característica fundamental de las legislaciones estatales en materia de agua potable y alcantarillado desde 1982 es la tendencia hacia la descentralización.
- A partir de 1980, en la mayor parte de las entidades federativas se establecieron organismos públicos descentralizados del gobierno del estado, para prestar el servicio. Esta tendencia solo tuvo cuatro excepciones en Campeche, Durango, y Guerrero que optaron por organismos desconcentrados, los dos primeros de carácter estatal y el tercero municipal; y Aguascalientes donde en la ley se establece que la prestación del servicio corresponde a una dirección municipal.

Un ejemplo de ello es la Ley de Organismos Públicos descentralizados de carácter municipal para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento, del Estado de México, que establece:

Artículo 2.- Los organismos, como parte del sector administrativo auxiliar de los ayuntamientos, asumirán la responsabilidad municipal de organizar y tomar a su cargo, la administración, funcionamiento, conservación y operación de los servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento, dentro de los límites de su circunscripción territorial, para lo cual se les asignarán los bienes que constituyen la infraestructura municipal para la prestación de esos servicios.⁴⁹

Al igual que en la cita anterior, la tendencia a la descentralización fue imponiendo que en algunas entidades federativas se fueran creando órganos operadores a nivel municipal, mismos que formaban parte de organismos paraestatales (Chihuahua, Querétaro, Quintana Roo y Tlaxcala). En otros casos estos órganos operadores, empezaron a tener personalidad propia, pero seguían siendo organismos paraestatales y no paramunicipales (Guanajuato y Zacatecas).

Entre los aspectos más importantes en las leyes estatales se encuentra que los organismos operadores son paramunicipales, con autonomía de gestión, con participación de representantes de usuarios, con facultad de fijar sus tarifas de cobro, con posibilidad de suspender el servicio por falta de pago y con la posibilidad de intervenir en la concesión de los servicios, conservando en este caso los actos de autoridad y las facultades para realizar fiscalizaciones y el control de servicio concesionado.

Los organismos operadores deben ser paramunicipales o en caso de que no se pueda momentáneamente, deben ser organismos administrativos desconcentrados de la comisión estatal. Es un retroceso que los organismos operadores formen parte del gobierno estatal, aun con el carácter de desconcentrados, y un regreso innecesario y contrario al artículo 115º constitucional, que una vez reconocida la posibilidad de capacidad y autosuficiencia para su autonomía de gestión, así como de personalidad y patrimonio propios, los organismos operadores se vuelvan paraestatales, en lugar de paramunicipales. El concurso del estado sólo opera cuando no puede existir un

⁴⁹ Ley de Organismos Públicos descentralizados de carácter municipal para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento, del Estado de México. www.google.com.mx, Consulta: 14 noviembre 2007.

organismo operador con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuando éste puede existir por sí mismo, es la mejor demostración de que el concurso ya no es necesario, por lo que deja de tener sentido la intervención o interferencia estatal.

Los organismos operadores paramunicipales deben operar como empresas públicas, como unidades económicas de producción de servicios, que no sólo sean rentables socialmente sino también económicamente, buscando autosuficiencia financiera, así como alcanzar, eficiencia en los medios, eficiencia en la obtención de resultados y economía en la administración de los recursos, con autonomía de gestión y criterio empresarial.

Existiendo los organismos operadores paramunicipales, la comisión estatal cambia sus funciones y responsabilidades, pues sería un órgano rector y normativo estatal, que coordinaría el sistema estatal para su integración, evitando que la descentralización lleve a la desarticulación del sistema; sería un organismo de planeación en todo el estado del que se trate, sería un apoyo, asesoría y asistencia técnica a los organismos operadores, y sería un organismo operador por excepción y temporal, por concurso dentro de los municipios.

La consecuencia de todo esto sería que el organismo operador paramunicipal, que presta el servicio de agua y alcantarillado, sea al que le corresponde la fijación de las tarifas que se cobren, es decir, tener autonomía de gestión, como cualquier organismo descentralizado, dichas tarifas se deben fijar por el órgano de gobierno, donde sería ideal que existieran representantes de los usuarios, que vigilen la toma de decisiones.

Los ingresos que tengan las paramunicipales no son contribuciones ni derechos, pues no pueden tener este carácter debido a que son empresas públicas, por tanto, no serían tomados como ganancias, por aplicación de tarifas, sino estos mismos recursos serían reinvertidos en infraestructura, para que no sea necesaria la intervención de la iniciativa privada con recursos económicos, y que

el agua cambie su carácter de bien público, a un bien como mercancía o tener un valor económico con afán de lucro y no de bienestar social y general.

En cuanto a las concesiones, en la mayor parte de las entidades federativas la regulación se encuentra en las leyes orgánicas municipales, las cuales confirman que quien puede legalmente concesionar el servicio público de agua potable y alcantarillado, es el municipio pero no el estado, ni aun en el caso de los servicios intermunicipales. La concesión siempre se debe otorgar por autoridad competente en forma individual o en forma coordinada si deben intervenir varias autoridades.

En la mayor parte de las leyes estatales tenemos el siguiente panorama de participación de inversión de los particulares:

- En ningún caso se ha previsto la privatización propiamente dicha, por ser contraria al interés público y social que está detrás del servicio público de agua. Aparentemente al igual que en la Ley de Aguas Nacionales se contempla la inversión privada como un medio y no como un fin, pero esto al final nos llevara no a un manejo exclusivo del Estado, sino de los particulares en cuanto al recurso se refiere.
- En la legislación generalmente encontramos que el contrato público se utiliza para la construcción y no la concesión. Una vez que existe la obra o el bien nacional la misma se puede concesionar, así como el servicio público inherente. Igualmente una vez que existe la obra se pueden contratar los servicios de terceros o concesionar la prestación del servicio, sin necesidad de concesionar las obras. Sin embargo, tal esquema no es rígido, pues en varias leyes se han previsto combinaciones.
- En nuestra legislación existe heterogeneidad, no hay una regla general, lo cual ha puesto en serios problemas la prestación del servicio a nivel nacional, pues cada estado tiene su régimen legal, lo cual crea un problema de inseguridad o incertidumbre primordialmente a los que requieren el recurso, que prácticamente es toda la población.

Igualmente se abren las posibilidades para las concesiones, en las cuales si bien el otorgamiento y revocación corresponde al ayuntamiento, el organismo operador puede actuar como órgano técnico de auxilio y apoyo en la decisión de su otorgamiento; en la supervisión y fiscalización ; en la aprobación de tarifas, en la posibilidad de intervenir para garantizar la continuidad y eficacia del servicio, y para seguir ejerciendo los actos de autoridad en apoyo al concesionario, por ejemplo para imponer multas o sanciones, otorgar permisos de descarga e inspeccionar; y en otras actividades de apoyo.

Los organismos paramunicipales es otra de tantas alternativas a nivel nacional y una perspectiva a futuro, pues la legislación local en su mayoría no lo contempla, lo cuál el que lo hiciera será un gran paso y un instrumento más para dejar en manos sólo del Estado el manejo del agua en el nivel municipal, sin la injerencia de agentes privados.

Un caso en realidad bastante significativo es la Ley de Agua Potable y Alcantarillado de Sonora, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 7 de mayo de 1992⁵⁰, la cual constituye un parteaguas en materia de leyes estatales que regulan dicho servicio público, y que podría ser un modelo para el resto de las entidades federativas.

La ley de Sonora ha aprovechado los mejores logros y experiencias de las leyes estatales vigentes. El presupuesto de dicha ley de Sonora es que el municipio es el prestador original, de los servicios de agua potable y alcantarillado y a partir de esto, se estructura toda la ley.

Esta ley busca la consolidación, descentralización y modernización de los sistemas de agua potable y alcantarillado, para lo cual:

⁵⁰ Ley de Agua Potable y Alcantarillado de Sonora. www.google.com.mx. Consulta: 19 noviembre 2007

- Se promueve la creación de empresas operadoras descentralizadas municipalmente.
- Se fortalece la autonomía y capacidad de gestión y ejecución de los organismos operadores.
- Se conservan las empresas operadoras que forman parte de la comisión estatal descentralizada del gobierno del estado, pero con la función de rectoría y coordinación del sistema estatal en su conjunto, con funciones de apoyo normativas, y de asistencia técnica, y solo cuando los municipios no pueden asumir la responsabilidad de la prestación del servicio, entonces con el concurso de los mismos y aprovechando la economía de escala, se prevé la posibilidad de crear organismos operadores intermunicipales.
- Se sientan las bases para un esquema autofinancieramente sano de los sistemas de agua potable y alcantarillado, al permitir al organismo fijar sus tarifas y suspender el servicio por falta de pago.

En cuanto al último punto, si tomamos al agua como un derecho social en beneficio de la colectividad es importante cuestionarnos por qué se suspende el servicio por falta de pago, tomando en cuenta lo que establece la LAN en cuanto a apoyos sociales respecto a la población marginada o económicamente débil, que no cuenta con los recursos para pagar el servicio. En realidad no estamos hablando de cualquier recurso o bien llamado “público” estamos hablando de uno que como tal es fundamental en la vida de los hombres, que no se puede negar por no tener los recursos económicos para pagar la tarifa a un concesionario; es por eso que es y seguirá siendo apremiante el manejo exclusivo del Estado, en un recurso de tal importancia social.

No hay que perder de vista, que desgraciadamente la riqueza económica en nuestro país no está distribuida de forma equitativa, hay centros de población donde se concentra la riqueza y existen lugares donde la población obtiene un ingreso que no es suficiente para las necesidades básicas de subsistencia , dentro de las cuales por supuesto, se encuentra el obtener el agua como un recurso vital para la existencia del ser humano.

Aquí plantearémos una interrogante fundamental ¿cuál es la solución ante una población que se encuentra de forma general en el país, subsumida en condiciones de pobreza y a la cuál sus ingresos le son insuficientes, para poder pagar una tarifa para el suministro de agua?

Justamente es aquí donde se plantea la rectoría exclusiva y estratégica del Estado en cuanto al recurso, velando por el bien y el bienestar social y común a toda la población; cubriendo la necesidad de él, a las personas que a pesar de no tener recursos económicos para pagar tarifas de agua, tienen el derecho humano de tener acceso a ella, por simple cuestión de supervivencia. Tal vez una alternativa pudieran ser las subvenciones y/o las ayudas sociales, lo cual se vuelven un sueño más que una realidad, en cuanto a ayudar a las personas mas marginadas.

Por lo tanto el agua debiera ser un bien público como lo es, pero estratégico, que no debiera ser concesionado a particulares sea para su uso y aprovechamiento o para suministro a otros particulares y mucho menos llegar a ser susceptible de propiedad privada propiamente dicha; el Estado debe suministrar el recurso directamente sea cual sea el requerimiento del particular.

Las concesiones debieran ser una excepción a la regla en el manejo exclusivo del Estado en cualquiera de sus niveles de gobierno; éstas debieran sólo permitirse cuando la inversión del Estado sea insuficiente para la infraestructura en lugares, donde no se cuenta con ella, y dichas concesiones deben ser vigiladas en forma rigurosa y estricta por el Estado, para que a nadie ni por falta de pago se le prive del recurso, y se ayude con subvenciones o ayudas sociales por parte del Estado como una forma de velar realmente por el bienestar general.

Debe ser que donde ya existe dicha infraestructura, el manejo estatal debe ser exclusivo, para ser como tal un servicio público y no un servicio al público manejado por particulares que obtienen beneficios de un bien considerado

público; pues la concesionarse, este recurso pierde todo su carácter de público, relacionado con una función social, pues el beneficio económico lo obtienen los particulares a los cuales se les concesiona.

En relación al sujeto prestador del servicio, la prestación será de derecho público cuando el servicio está a cargo de la administración pública, lo cual se propone en la presente investigación y no solo eso, sino que sea de una forma estratégica y exclusiva; y la prestación del servicio mediante una concesión sea una excepción y no una regla, ya que si bien interviene el Estado en el otorgamiento de la misma, el manejo, no está directamente a cargo de él, sino de los particulares lo cual no es una garantía de satisfacción de la necesidad general, en este caso de un bien público, como lo es el agua.

CAPITULO II

EL AGUA Y SUS FORMAS DE PRIVATIZACION EN MÉXICO.

2.1 Lógica del dominio público, interés general y bien común, que supone una traba a la privatización del agua.

El objetivo de este capítulo es conocer y entender cuáles son las diversas formas en las que el agua se privatiza en México y como términos esenciales como el dominio público e interés general ahora se les da un sentido económico preponderante, para que correspondan y sean acordes a las política neoliberal, y sus privatizaciones.

Al referirnos a este tema citaremos a Francisco Villalobos que anota que el dominio público es:

Un derecho del dominio del Estado fundado en un régimen especial por la afectación a una utilidad pública que comprende no sólo la propiedad misma de bienes materiales, sino también un poder de ordenación, control y disposición de los mismos, aún cuando se encontraren temporalmente al servicio de la comunidad o de ciertas personas físicas o jurídicas. Ahora el Patrimonio del Estado, tiene un sentido más restringido y participa, de alguna forma, del concepto de propiedad del derecho privado. Tanto el dominio público como el patrimonio del Estado tienen en común el que su titularidad corresponde a la Administración Pública, pero mientras el patrimonio o bienes patrimoniales se consideran suficientemente protegidos por el derecho privado, los bienes demaniales, en los que el interés público es mucho más patente y manifiesto, necesitan de un régimen especial de utilización y protección exorbitante del Derecho Civil. Demanio y Patrimonio son propiedades administrativas, en cuanto su titular es la Administración, pero su régimen es distinto. Se podría decir que el demanio es doblemente administrativo por la titularidad y por su régimen jurídico.⁵¹

La importancia de reconocer que el agua es un bien de dominio público, implica la obligatoriedad del Estado de definir políticas públicas que aseguren el abasto de usuarios múltiples, con múltiples necesidades. En el caso del Estado mexicano, el agua que ha pasado de jurisdicción nacional a elemento de seguridad nacional como lo indica la Ley de aguas Nacionales (LAN), y se deja su distribución a las características propias de los actores locales a través de las

⁵¹ Villalobos, González Francisco, La Milla Marítima: Un Bien de Dominio Público, en Revista de la Procuraduría General de la República, Imprenta Nacional, 1984, San José, Costa Rica. p 87

cuencas y sus Consejos de Cuenca, sin embargo esto no es suficiente, para lograr una equitativa distribución del agua en la población.

El agua, en primera instancia pertenece a la naturaleza y luego, dado el privilegio de la humanidad de convertir a la naturaleza en recursos naturales, el agua pertenece al hombre, de ahí que independientemente de su ubicación geográfica y disponibilidad física, el agua es un bien de propiedad común siendo el mismo hombre quien a través de sus instituciones, le atribuye al Estado el dominio público del recurso para su administración en aras del bien común. En la actualidad, el efecto de la globalización ha conducido que las políticas hídricas a nivel internacional observen una clara preferencia por la disminución del Estado en la administración del agua. Esto no es gratuito ya que al convertirse en un bien escaso aunque sea un bien de dominio público, al agua es un insumo muy importante para la generación de riqueza y no para el bienestar social o común, lo que le hace atractivo para el mercado.

Un ejemplo de ello, es el planteamiento de la visión Andina de noviembre del 2002, bajo el principio de que “el agua es de todos y es de nadie, refrendando así la percepción de que ésta es patrimonio común, por lo que no debe tratarse como una mercancía y no debe ser privatizada, sino mantenerse bajo el dominio público de los Estados regulado por políticas participativas que garanticen la equidad en su acceso”.⁵²

Considerando lo anterior, un elemento clave que debe incluir una política hídrica, que considere al agua un bien público, es la preservación del “orden de prelación”, de tal manera que sea el Estado el que asegure el suministro mínimo requerido para satisfacer las necesidades básicas de la población.

Además de que los bienes de dominio público como ya se ha explicado tienen los caracteres esenciales de la inalienabilidad e imprescriptibilidad, los

⁵² Alurralde, J.C. Comentarios al foro electrónico La naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento y acceso al agua dulce. 2003. www.socialwatch.com Consulta: 18 de noviembre 2007.

cuales son medios jurídicos a través de los cuáles se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de dominio público, a efectos de que cumplan el fin que motiva su afectación, pero lo importante de estos caracteres esenciales es que la norma tenga la validez y la eficacia en su aplicación y que no sólo se enuncien en la letra de la ley.

En relación a lo anterior esto también implica como lo indica el artículo 27º constitucional, que el Estado tiene el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público y busca regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública.

En los casos en que la Constitución hacer referencia a dominio sobre las aguas, específicamente en el artículo 27º, no se refiere a propiedad particular sobre las aguas que son nacionales, sino al aprovechamiento particular de las mismas, se podría decir que las aguas por su propia naturaleza no son susceptibles de apropiación particular, por lo menos en términos del derecho administrativo y privado, pero como bien lo dice el citado artículo en su primer y tercer párrafos, "...la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. La Nación tendrá todo el tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación"⁵³

Ya con la cita anterior, encontramos totalmente contradictorio que las aguas sean originariamente propiedad de la Nación, y que con ellas se pueda constituir en cierta manera, la propiedad privada de las mismas, por lo tanto, no es del todo cierto, que las concesiones no sean un medio de sólo uso, aprovechamiento y explotación del recurso del concesionario, sin que llegue a ser propiedad privada o una apropiación del recurso muy especial; sí es una forma de ir privatizándolo,

⁵³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección jurídica Esfinge. Grupo Editorial Esfinge. 2005. p 28,29.

pues independientemente del uso o aprovechamiento, se da más importancia al manejo privado del agua, que a la inversión en infraestructura y gestión por parte del Estado.

Diversos juristas han tratado de argumentar o sostener distintas tesis, dignas de mejor causa, para demostrar que el artículo 27 constitucional no dice lo que está escrito en él. Se ha dicho que la propiedad originaria no es propiedad, sino que equivale a dominio eminente, en el sentido de que los bienes en ella comprendidos son un elemento del ser mismo del Estado (territorio), al mismo tiempo que son el objeto sobre el cual éste despliega su poder soberano (imperio).

54

Haciendo un análisis de lo anterior, el Estado al tener ese poder soberano del que se habla, lo ejerce sobre los elementos del mismo en este caso el territorio que comprende las aguas, las cuales si nos apegamos literalmente a los párrafos del artículo 27° constitucional citado, la Nación tiene el derecho de transmitir ese dominio de ellas a los particulares y constituir la propiedad privada, lo cual por supuesto no excluye al recurso materia de nuestra investigación, aunque sea un bien de dominio público.

En cuanto a la doctrina y los autores que sostiene la postura del dominio inminente, al mantener tal posición tratan de ignorar el texto expreso de la Constitución y sobre todo que la misma ya tiene otras disposiciones sobre dominio inminente con textos más precisos que, por su claridad, no requieren de interpretación, como lo son los artículos 42 constitucional que establece lo que comprende y conforma el territorio nacional y 48 constitucional que establece otros componentes del mismo⁵⁵, por lo que quien establezca dicha postura, según su razonamiento o argumento, no explican la razón de la duplicidad o redundancia constitucional; igualmente pasan por alto, que por su ubicación, las disposiciones sobre dominio inminente están, como deberían estar, en la parte orgánica de la

⁵⁴ Burgoa, Orihuela Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. México D.F. 1985.p 173, 174.

⁵⁵ Para mayor claridad y precisión en cuanto a los elementos que se enumeran en el artículo 42° y 48° constitucionales consultarlos de manera amplia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución, y no en la parte dogmática a la que pertenece el artículo 27 constitucional.

Las tierras y las aguas tienen un tratamiento diferente que deriva de su propia naturaleza jurídica. Las primeras son propiedad privada; y por excepción, pública y social, las segundas son propiedad pública, y excepcionalmente pueden entrar al dominio de los particulares, siendo éste por lo tanto, un régimen de excepción y de interpretación y aplicación estricta, pero hoy día no es un régimen de excepción, sino la concesión a los particulares se ha vuelto una regla, respaldada por la Ley de Aguas Nacionales que más que regular concesiones, reafirma una apertura de la inversión privada sobre el recurso.

En este punto una postura respecto a la propiedad privada de las aguas es la de Urbano Farías Hernández que acota:

Es un dominio o apropiación muy especial y sui generis, por la naturaleza cambiante, dinámica y fugitiva que tienen las aguas, que las hacen propiamente inaprensibles; es más bien un derecho de explotación, uso y aprovechamiento y no de propiedad en el sentido tradicional del concepto. Por eso hablar de propiedad en este aspecto es una impropiedad.⁵⁶

Ante la cita anterior entonces diremos que lo importante es la rentabilidad privada, aunque el recurso no sea como tal propiedad de los particulares, y sea de dominio público.

Al hacer una relación dominio público y privatización del recurso es fundamental mencionar las condiciones políticas y mundiales que han dado pauta a seguir iniciativas y proyectos que pudieran desvirtuar o desmembrar lo que el dominio público de los bienes implica. En el caso particular de México, a partir de los años ochenta del siglo pasado se da un cambio en el contexto político y económico del país. Todavía bajo el régimen del Partido Revolucionario Institucional (PRI), que gobernó al país de forma continua desde 1929 hasta el año 2000, México se dirigió con veloz rumbo hacia la apertura al mercado

⁵⁶ Farías, Hernández Urbano. Derecho Mexicano de Aguas Nacionales, Legislación, comentarios y Jurisprudencia. Ed. Porrúa, México, D. F. 1993. p 148.

mundial. Con Miguel de la Madrid (1982-1988) asumido como el primero de los llamados presidentes tecnócratas que gobernaron el país; siguiéndole en la misma tónica Carlos Salinas de Gortari (1988-94) y Ernesto Zedillo (1994-2000), orientados hacia el libre comercio, la desregulación de la inversión extranjera y hacia la desincorporación de las empresas paraestatales no estratégicas. Si pensamos en sus malas intenciones, la "ineficiencia" de los municipios sirvió como un argumento de peso para convencer de que el suministro de agua podría funcionar mejor en manos de la iniciativa privada, y así trastocar el dominio público del recurso.

2.1.1 El interés general y bien común

Luis Recaséns Siches, al estudiar las funciones del derecho en su obra *Introducción al estudio del Derecho*, dice que el fin último del derecho consiste en satisfacer unas necesidades sociales de acuerdo con las exigencias de la justicia y de los demás valores jurídicos implicados por ésta, tales como el reconocimiento y garantía de la dignidad personal del individuo humano, de su autonomía, de sus libertades básicas y de la promoción del bienestar general o bien común; sin embargo, cuando se refiere a las "funciones del derecho" o "finalidades funcionales de lo jurídico", expresamente señala que no trata de inquirir sobre los más altos valores que deben ser realizados por el derecho, sino que trata de averiguar cuáles son los tipos generales de necesidades humanas sociales que todo derecho intenta satisfacer.⁵⁷

Hay que tomar en cuenta que la finalidad que Recasen Siches, establece para el derecho, se aplica también a la rama que nos ocupa, el derecho administrativo, donde encontramos la cuestión del interés general y el bien común.

Según Lares⁵⁸ la administración obra y razona para ilustrarse y determinar, lo más conveniente a los intereses generales aún a costa, de los intereses de los

⁵⁷ Recasen Siches, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, 12a. ed., México, Porrúa, 1997p 323.

⁵⁸ Lares , Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1852. p 2.

individuos. De esta suerte, el interés general es una de los conceptos clave de la competencia administrativa.

Estos conceptos podrían ser tomados como definiciones clásicas que toman en cuenta el interés general, pero que sucede con las nuevas percepciones de este siglo:

La excesiva expansión del Estado intervencionista, en su versión de Estado social de derecho, sumado al colapso de los regímenes comunistas de Europa oriental, generó una reacción neoliberal a escala mundial que proclama el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa y la privatización de muchas instituciones y actividades públicas, bajo el slogan, “El mejor Estado es el menor Estado”, para poner al solidarismo social en retirada...⁵⁹

Lo cual es del todo lógico que si esto es lo que sucede a nivel mundial el interés general no sea más, una de las prioridades para los Estados, no será visto más en el sentido de un Estado que interviene para proteger a su población, sino será definido en base a las nuevas políticas económicas mundiales.

Como quiera que sea, a escala mundial el derecho administrativo se advierte en retirada de diferentes frentes, dominado en mayor o menor medida por los afanes de privatización, desregulación y “desmonopolización”, peculiares del esquema neoliberal y globalizador, imperante en el mundo de nuestros días, acorde a los intereses de los países más ricos del mundo, a su vez dominados por unos cuantos dueños del dinero que, a través del Fondo Monetario Internacional e instituciones afines, imponen esquemas de actuación y organización a otros países, en especial a los necesitados de apoyo financiero.⁶⁰

En cuanto al interés público o interés general, existen dos concepciones sobre este tema, mismas que subsisten hasta nuestros días:

La utilitarista y la liberal. La primera se basa en el modelo en que no es necesaria la intervención de poder político para regular las relaciones entre los individuos sino que la mejor manera para conseguir el interés general es la de trabajar para que cada individuo satisfaga sus propios intereses. Esta concepción va unidad al liberalismo económico cuyo máximo representante defiende que el

⁵⁹ Fernández, Ruiz Jorge. Apuntes históricos sobre la ciencia del Derecho Administrativo en México. En www.bibliojuridica.org. Consulta 18 de septiembre del 2007.

⁶⁰ Ibidem.

interés general radica en la prosperidad económica. Las teorías económicas más liberales tienen una gran influencia en los conceptos político y administrativo y en consecuencia en el concepto de interés general. La segunda concepción está basada en la teoría de Rousseau, que defiende que no existe interés común sin que el interés personal se borre ante la ley, además que el Estado regule a la sociedad para la realización de estos fines.⁶¹

Sin duda, con la compleja actividad económica del Estado, al pretender crear normas justas que busquen un equilibrio entre los sectores público, privado y social, que impulsen el desarrollo económico donde prevalezca el interés general, nos encontramos que hoy en día, además de tratar de buscar el bien común, el cual no sabemos en qué sentido se busca, debe tenerse presente siempre el desarrollo e impulso económico, el desarrollo sustentable y la protección al medio ambiente.

Es importante destacar la cuestión de la intervención estatal en la economía pues se vincula de manera estrecha con las cuestiones de interés general o público, como lo acota contradictoriamente un vanguardista del neoliberalismo en México, Miguel de la Madrid Hurtado⁶² que indica que la necesidad de que el Estado interviniera en la vida económica del país fue reconocida, desde la Carta de 1917 por varias razones: a) condiciona y limita la propiedad en atención al interés público; b) establece un régimen de propiedad pública sobre cierto tipo de bienes; c) instaura un control directo y hasta exclusivo y no concesionable, del poder público sobre ciertas actividades o cometidos; d) garantiza la libertad económica pero la condiciona y limita por el interés público; e) atribuye al poder público facultades para intervenir en la economía con el fin de impulsar el desarrollo de la sociedad de una forma equitativa.

Como podemos observar, el ex presidente de la República en sus cuatro primeros incisos, enuncia la propiedad pública de ciertos bienes pero sobre todo invariablemente menciona la importancia del interés público o general, en torno a

⁶¹ Franch I. Sagner, Martha. El interés público: la ética pública del derecho administrativo. Ed. Porrúa. México 2000. p 405.

⁶² Madrid, Hurtado Miguel de la. Elementos del Derecho Constitucional. Instituto de Capacitación Política del PRI. México, 1982.p 297. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y posteriormente vanguardia del neoliberalismo como Presidente de la República(1982-1988) postulado por el Partido Revolucionario Institucional.

la intervención del Estado, tanto en cuestiones de propiedad pública como en asuntos económicos, la pregunta es ¿a qué concepción de interés público se refiere, a la utilitarista o a la liberal?

Por otra parte, en este contexto de la globalización, los entes públicos se ven obligados a reducir su actividad de producción de bienes y servicios a una intervención subsidiaria y excepcional, justificada en el interés general -entendido éste como la suma de los intereses particulares, la cual surge de manera espontánea a través de la búsqueda de utilidad por parte de los agentes económicos.⁶³

Esta definición es propia de la corriente neoliberal, donde los entes públicos solo pueden intervenir como agentes productores de bienes y servicios en los casos en que, en consideración a la satisfacción del interés general, sea necesario prestar un determinado servicio o producir un bien que los particulares no tienen interés en prestar o producir; o en los casos en que, a su vez en consideración a la satisfacción del interés general, sea necesario prestar un servicio o producir un bien que los particulares prestan o producen de manera deficiente sin observar las condiciones mínimas de calidad y cantidad exigidas para satisfacer las necesidades de la sociedad.⁶⁴

Podemos afirmar que las nuevas implementaciones económicas a nivel mundial han ocasionado lo que podemos denominar el relanzamiento del concepto jurídico de “interés general” como piedra angular de la acción pública en materia de actividades económicas. En efecto, aunque dentro del marco de la globalización, la noción de interés general cuya tendencia se ha buscado imponer es la de la corriente utilitarista.⁶⁵

⁶³ Conseil D'état, Français. Rapport Public 1999. L'intérêt Général. La documentation Française. Paris. 1999. p 333

⁶⁴ Esta segunda situación, sólo fue aceptada hacia finales de los años noventa cuando los organismos internacionales de crédito aceptaron la necesidad de la intervención del Estado para suplir las deficiencias de la actividad privada. A este propósito se puede revisar el informe sobre la economía mundial realizado por el Banco Mundial en 1997.

⁶⁵ Esta corriente utilitarista se opone a la corriente voluntarista, según la cual el interés general es la expresión de la voluntad general, lo que confiere al Estado la misión de perseguir fines que se imponen al conjunto de los individuos más allá de sus intereses particulares.

Para que una colectividad pública pueda ejercer su libertad de industria y comercio, dicha colectividad debe justificar su ejercicio, demostrando que dicha actividad se sustenta en el interés general. A este propósito hay que precisar que es esta condición la que más trabas pone a la iniciativa del Estado para desarrollar actividades de producción de bienes y servicios pues, de manera general, dentro del marco de la globalización, se ha aceptado la idea según la cual sólo en la actividad de servicio público se encuentra una finalidad de satisfacción del interés general. En otros términos, dentro del marco de la globalización, la noción de interés general ha sido directamente ligada a la noción de servicio público, lo que significa que sólo las actividades de servicio público son actividades de interés general y por ende son las únicas actividades mercantiles que puede desarrollar el Estado, siendo contradictoriamente en la actualidad, el que la iniciativa privada incurriere en dichos servicios públicos, también en aras del interés general.

En otros términos, la introducción del concepto de beneficio público mercantil dentro de la noción de interés general, permite a las colectividades públicas justificar de la manera más amplia su participación en el mercado globalizado y la participación de agentes privados ya sean nacionales o extranjeros, debido a que se crea una especie de presunción según la cual, todo acto mercantil del Estado se realiza dentro del interés general, en la medida que todos los beneficios regresan a las arcas de la colectividad para ser reinvertidos en los mismos administrados.

Hoy día se privilegia "la libre voluntad contractual" en lugar del interés público. Ese criterio nos hace recordar que los conceptos "interés público" o "interés general", entre otros son:

... simples excusas del poder. Estos principios se constituyeron hace muchos decenios en elementos troncales del derecho público. Por desgracia, estas nociones no han avanzado un ápice en la filosofía de esa rama jurídica y, lo más grave, es que tenderán a convertirse en las herramientas estatales por excelencia para restringir los derechos humanos. Serán manipulados con demasiada laxitud... o se aplicarán para prohibir, sancionar o reprimir ciertas conductas sociales... La

función de estos términos se limitará a la defensa de las instituciones, es decir, al mantenimiento del poder de corte liberal. Como nunca, el Estado requerirá de medios para asegurar la trasmisión de la ley y de su autoridad. Precisaré de "una sumisión de las entidades sociales a la ideología estatal. Esta ideología se expresa en el principio de legalidad, así como en las nociones de interés general y de servicio público.⁶⁶

2.1.2 El interés general definido en parámetros económicos.

Desde hace unas décadas hasta nuestros días, términos como el interés general y otros tantos, han sido trastocados como conceptos jurídicos troncales del derecho público y estatal, para convertirse en herramientas jurídicas utilizadas también por los Estados, pero no con un sentido social, sino con sentido económico preponderante.

Particularmente a comienzos de los años noventa, se dio mucho significado específico a términos combinados. Ellos fueron integrados como si lo que denotaran fueran verdades evidentes por sí mismas. Los términos "cambio", "modernización", "transición" y "globalización", representados en términos lineales, hacían referencia a tendencias, las cuales eran consideradas como casi universales e impulsadas por fuerzas históricas que apuntaban irreversiblemente hacia una sola dirección: el triunfo de los mercados, la contracción del Estado, la desaparición gradual de las culturas tradicionales débiles y la convergencia de valores. El decaimiento del Estado, profetizado por Vladimir Lenin, se convirtió en el punto central de las reformas neoliberales y en los años 90 obtuvo aceptación como la expresión del Estado postbienestar, un nuevo orden mundial después de la Guerra fría.⁶⁷

Son muchos los sucesos históricos significativos que trastocan y repercuten en los cambios estructurales, institucionales, legales y económicos de nuestros días, los cuales se convierten en fundamento y pauta del nuevo quehacer económico y político a nivel mundial.

Una derivación, fue la llamada "Nueva Gerencia Pública" (NGP), la cual en realidad no era tan nueva. Apoyándose en la Teoría de la Opción Pública, descartó todos los conceptos tales como interés público o general, el cual, desde el Siglo de las Luces, proporcionó las

⁶⁶ Jean-Jacques Gleizal, Seguridad y policía: a propósito del Estado autoritario descentralizado, en *Crítica jurídica*, en *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, UAP-UAZ, México, 1984, p. 44.

⁶⁷ Argyriades, Demetrios. Los valores del sector público y la supuesta supremacía administrativa del sector privado. En *Revista Venezolana de Gerencia*. Vol. 8. Núm 24. 2003 Maracaibo. Venezuela.

bases del Estado y del servicio público. Del mismo modo, la administración pública fue puesta en cuestión. El lema frecuentemente citado “gerencia es gerencia”, sugería de una manera muy explícita que las estrictas distinciones entre los roles y las funciones de los administradores del sector público y del sector privado eran cosas realmente del pasado. ...Se encontraba el mensaje de que la “administración regulada” necesitaba ser reemplazada por la gerencia empresarial; “los resultados sobre proceso” exigidos y las prácticas contrarias a la búsqueda de la eficiencia debían ser condenadas o minimizadas.⁶⁸

“Dejar que los gerentes administren” se convirtió en el lema del movimiento. La eficiencia y la eficacia, junto con la economía, recibieron el más alto lugar dentro de la jerarquía de los valores. Por el contrario, el imperio de la ley y los procesos justos, perdieron territorio. A pesar de contar con mucho apoyo, especialmente desde hace algunos años, aquellos que apoyan la Nueva Gerencia Pública (NGP) los consideran como elementos de “las estructuras tradicionales de la gobernabilidad que necesitan ser minimizados ya que pueden interferir con la efectividad y la eficacia de la administración pública en términos económicos”⁶⁹

Entonces el interés general se convierte ahora, en algo que se obtendrá al dejar actuar a cada uno de los particulares o actores privados en pro del beneficio económico, el cual se distribuirá entre todos, pues cada particular verá por su propio interés pero este se manifestará de forma colectiva, sin necesidad de que el Estado sea el que salvaguarde dicho interés general o bien común, pues el mismo, se dará de manera automática tan solo por el quehacer de los individuos de forma particular.

El énfasis en las tres “E” (economía, eficiencia y eficacia) fue inequívoco. Opacó la función de la ley, de las ciencias políticas, la psicología, la filosofía y de otros contribuyentes a la teoría y práctica de la administración pública. A la luz de este enfoque, la dicotomía entre la administración del sector privado y la administración pública fue considerada como “obsoleta.

A la luz del desarrollo y del progreso logrado contra todos los pronósticos durante los últimos doscientos años, la campaña contra el Estado y la profesión en el sector público, conducida principalmente

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Sommermann, Karl Peter. The Rule of Law and Public Administration in a Global Setting. Informe al Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Atenas, 9-13 julio 2001.

durante los años 80 y 90, representó una regresión. Debe enfatizarse que lo que se ha buscado en nombre de las tres “E” y la “guerra contra la burocracia” ha significado:

...

- Entrometimiento en el espacio público y privatización del dominio público.
- Prominencia de particularismo sobre un criterio universal en la conducción de asuntos públicos.
- Incremento substancial en la corrupción y baja credibilidad en las instituciones públicas como guardianes del bienestar público.⁷⁰

En la actualidad el papel de las empresas y su competitividad económica a nivel internacional, así como la deslocalización de las mismas, aunado a la degradación del papel social de Estado, son presentados de una manera perversa como una versión moderna del “interés general e intereses nacionales”.

2.2 Privatización como eficacia.

Al hablar de privatización del agua nos referimos a tres contratos fundamentales que se manejan a nivel global en cuestión de aguas:

Los principales contratos que se han concretado para la privatización del agua son la “concesión”, que es cuando se otorga a una empresa privada la licencia de administrar el sistema de agua y cobrarles a los clientes por el servicio con fines de lucro. En este tipo de contrato la empresa privada es responsable de todas las inversiones, incluidas las nuevas tuberías y alcantarillas para unidades domésticas aún no conectadas a la red. Otro contrato es el “arrendamiento”, en el que la compañía es responsable de administrar el sistema de distribución y de hacer las inversiones necesarias para reparar y renovar los activos existentes; pero la autoridad pública sigue asumiendo la responsabilidad de las nuevas inversiones y la ampliación de la red.

Finalmente, el contrato de “gestión” deja en manos de la empresa privada la

⁷⁰ Argyriades, Demetrios. Los valores del sector público y la supuesta supremacía administrativa del sector privado. En Revista Venezolana de Gerencia. Vol. 8. Núm 24. Maracaibo, Venezuela. 2003

responsabilidad de administrar el servicio de agua, pero no de hacer ninguna parte de las inversiones, y generalmente tampoco de emplear al personal.⁷¹

La privatización en general, así como del agua y de muchos otros activos naturales se fundamenta en los siguientes parámetros:

En el sector privado, las tres “E” (economía, eficiencia y eficacia) encabezan la escala de valores. Contrariamente, en el sector público éstos toman su lugar dentro de un amplio marco de lineamientos y normas. De todos ellos, el interés público y la propiedad democrática son los más importantes.⁷²

Por lo tanto, las tres “E” del sector privado, son los argumentos infalibles, para minimizar los lineamientos públicos como el interés general.

En el contexto del esquema del neoliberalismo rampante de nuestros días, se entiende por privatización la acción de atribuir o asignar a los particulares la facultad de realizar cotidianamente determinadas actividades, ya sean éstas inéditas, -por derivar de nuestras tecnologías- o bien, se trate de actividades que anteriormente estaban atribuidas o asignadas al Estado o a la administración pública, en resumen, privatizar es transferir atribuciones, actividades, bienes o derechos del sector público al privado; o asignar a este último las atribuciones y actividades emergentes.⁷³

El transferir dichas actividades a la iniciativa privada significa que ella tiene el poder de realizarlas con mayor eficacia que el sector público, debido a que el mismo presenta obstáculos que no le permiten realizar dichas actividades de manera eficaz.

⁷¹ Angulo César y Nancy Herrera. Espejismos en el Agua. Revista Industrial del Campo. No. 57. 1 abril 2006. www.teorema.com.mx. Consulta 2 de diciembre 2007.

⁷² Argyriades, Demetrios. Los valores del sector público y la supuesta supremacía administrativa del sector privado. En Revista Venezolana de Gerencia. Vol. 8. Núm 24. 2003 Maracaibo. Venezuela.

⁷³ Fernández, Ruiz Jorge. Apuntes históricos sobre la ciencia del Derecho Administrativo en México. En www.bibliojuridica.org. Consulta: 12 de diciembre 2007

Para el autor argentino Rodolfo Carlos Barra “privatizar es transferir la titularidad de los medios o de la competencia para ejercer una determinada actividad, del sector público al privado”.⁷⁴

Lo cual es lo que se pretende realizar con los servicios públicos y muchas otras áreas de manejo estatal en pro de la eficiencia y eficacia del sector privado.

En razón de la participación de los particulares en el desempeño de actividades atribuidas o realizadas por la administración pública, la doctrina reconoce algunas formas adicionales de privatización, como pueden ser entre otras, la concesión de un servicio público, hasta ese momento prestado bajo gestión directa de la administración pública; la subrogación o concierto, total o parcial, de un servicio público directamente prestado por la administración pública; y la locación o arrendamiento a particulares, con o sin opción de compra, de una empresa en mano pública.⁷⁵

Los procesos de privatización se han intentado justificar como un paso necesario para incrementar la eficacia del servicio o reducir el gasto público. Sin embargo, los beneficios que prometían no han sido tales y muchas de las empresas privadas han tenido que romper el contrato de su gestión por empeorar aún más las condiciones de acceso al agua. Entre estas empresas privadas destacamos, la compañía Agbar que, por ejemplo, está saliendo de la concesión antes de terminar el contrato en Cartagena de Indias (Colombia). En esta ciudad Agbar ha dejado decenas de miles de personas sin agua y sin saneamiento después de diez de nefasta gestión.⁷⁶

Lo anterior es tan sólo un ejemplo de la eficacia que promete la privatización de un recurso tan imprescindible como el agua. Pero esto finalmente se da, debido a los argumentos que se presentan en contra de la administración por parte del sector público.

⁷⁴ Barra Rodolfo, Carlos. Prólogo, en Mertchikian, Eduardo, La iniciativa privada en la concesión de obras y servicios públicos. Ed. Abaco, Buenos Aires, Argentina, 1992. p 35.

⁷⁵ Fernández, Ruiz Jorge. Apuntes históricos sobre la ciencia del Derecho Administrativo en México. En www.bibliojuridica.org. Consulta 2 de diciembre 2007.

⁷⁶ www.ecologistasenaccion.org. Consulta 22 de diciembre 2007.

Este argumento que los problemas del sector surgen del hecho de que la propiedad sea pública y que la privatización proporcionará más agua a más personas, en forma económica, eficaz, confiable y sin corrupción.⁷⁷

Entre los mecanismos principales para asegurar la independencia institucional y empresarial – así como la viabilidad financiera – de los servicios del agua, están la autofinanciación, una mayor eficacia a través de la inversión privada e incentivos de lucro, y un mejor rendimiento del uso del agua por parte del cliente a través de mecanismos de precios.

La modalidad de la privatización –sociedad público-privada o participación del sector privado– es racionalizada como un alejamiento del enfoque exclusivo sobre la eficacia del mercado para aprovechar el dinamismo y los recursos del sector privado, con el fin de hacerlo funcionar para el bienestar social, el bien común o el interés público.

Hoy mundialmente ubican como la panacea de la solución de los problemas sociales del agua a la concesión de los servicios a la empresa privada, para que aumente la "eficacia" que no tienen las instituciones públicas, en este caso encargadas del servicio de agua potable, y consecuentemente la subida de tarifas, que ha provocado violentas manifestaciones en Bolivia, Perú, y otros países latinoamericanos.⁷⁸

Lo público es criticado de ineficaz y empieza a ser reestructurado y desmantelado. Bajo el argumento de los enormes recursos necesarios para invertir en infraestructuras, y la participación de empresas privadas, podría solucionar los problemas del sector, la política del agua se convierte en una cuestión de financiación, de acceder a una inversión capaz de generar beneficio.

⁷⁷ Sir William Halcrow and Partners Ltd. Final Report of Consultancy Services for the Restructuring of the Water Sector. Stone and Webster Consultants, Information Memorandum – Enhanced Leases for the Operation, Maintenance and Management of Urban Water Supply Systems in Ghana. 1995.

⁷⁸ voltairenet.org. Consulta 18 de diciembre 2007.

Quienes defienden la privatización del agua fundan su posición en un simple argumento lógico. Remarcan que el desafío de abastecer a vastas poblaciones que carecen de este recurso es enorme para las naciones pobres; supone una tarea de infraestructura y financiamiento compleja y extremadamente onerosa. Según los funcionarios del Banco Mundial "pocos países cuentan con los recursos necesarios o con una administración del sector público poderosa para realizar la tarea solos; por consiguiente, para construir, mantener y administrar los sistemas de agua, recurren a asociaciones entre empresas de servicios del Estado y empresas privadas".⁷⁹

Los defensores de la privatización sostienen que, al poner el agua en manos privadas que buscan rentabilidad, los países pobres reciben tres elementos que necesitan desesperadamente para cubrir sus necesidades. Primero, acceso a la inversión de capitales privados que es, a su criterio, imprescindible para financiar la expansión del sistema de agua; segundo, funcionarios capacitados del sector privado que cumplen la función administrativa con más honradez y eficiencia que los sistemas públicos que en los países pobres, frecuentemente impregnados de la corrupción local; tercero, acceso a asistencia técnica capacitada, esencial para la administración y expansión de los servicios de agua.⁸⁰

La motivación primordial de la privatización, se basa en consideraciones de gestión económica más que de otras que tienen que ver con la "equidad social", con la salud pública y la conservación del ambiente.

Si bien es cierto que muchos países de América Latina y de África parecen estar convencidos de que la privatización del agua y una participación creciente

⁷⁹ Gouarne, Vincent y John Briscoe, Don't shut the tap on private-sector water, The Globe and Mail, 18 de mayo de 2000.

⁸⁰ Christopher Neal, External Affairs Officer Latin America & the Caribbean, The World Bank, at The Democracy Center, Carta enviada al Banco Mundial el 10 de mayo de 2000 al sitio http://democracyctr.org/bechtel/world_bank_letters.htm. Consulta 15 de diciembre 2007.

del sector privado en su gestión no tendrán sino efectos positivos para la población al mejorar los rendimientos del sector sobre varios planos:

1. Asegurando la permanencia a través del sesgo de la recuperación de los costos;
2. Mejorando la eficacia de la producción y de la distribución como consecuencia de una mejoría de la operación y del mantenimiento;
3. Aumentando la razón “costo/eficacia” y estableciendo los precios guiados por simples principios comerciales;
4. Haciendo crecer la distribución y la oferta de agua potable en las zonas urbanas;
5. Asegurando que las familias pobres puedan tener acceso al agua.⁸¹

En relación al numeral dos diremos que los países que promueven la privatización del recurso y el Banco Mundial comparten la misma opinión: es deseable abandonar las empresas del Estado y reemplazarlas por empresas privadas que por lo general se administran mejor. Esa política contribuye a reducir los gastos del Estado, a aliviar el peso de la deuda pública y a mejorar la gestión del presupuesto nacional.

Y si nos referimos a los cinco puntos anteriores, todo se resume a que los principios del mercado y comerciales en los cuales trabaja la iniciativa privada serán los que arrojarán, el beneficio general, los bajos costos, la distribución equitativa y el suministro del recurso para los sectores vulnerables.

Para el Banco Mundial, no hay sombra de duda de que el sector privado es mejor colocado en la relación «costo/eficacia» que el sector público en las industrias de bienes y servicios esenciales en muchos campos, incluyendo en el de la producción y de la distribución del agua potable que implica la construcción de una red de infraestructura y su mantenimiento.

⁸¹ Ibidem.

Un ejemplo claro de la injerencia internacional y sus mecanismos en nuestro país en cuanto al postulado de que la privatización es la mejor opción, fue la celebración del IV Foro Mundial del Agua en el 2006, que ya ha tenido encuentros previos similares en otros países. En este contexto; José Ángel Gurría, director general de la OCDE, se convirtió en feroz defensor de la privatización del agua, según él para bien de la humanidad, cree que el agua ya no puede ser “un bien público, casi gratuito”, sino que debe costar, claro para arrojar ganancias a las transnacionales porque si no “se va a acelerar el mal uso, la mala asignación y el abuso” ⁸²

Ninguna decisión en cuanto al agua debería tomarse sobre la sola lógica económica. Su aprovisionamiento y su distribución tocan campos sensibles y críticos como la salud pública, la equidad social, los derechos humanos, el medio ambiente, el papel de los diversos actores que intervienen en su gestión, así como la gestión de los recursos renovables.

2.3 Instrumentos jurídicos que abren la puerta a la privatización del agua en México.

2.3.1 Las concesiones

Esta es una de las formas a la que particularmente nos referimos cuando hablamos de "privatización". Este sistema opera a través de "concesiones y contratos de servicios múltiples". El actor por excelencia aquí son las empresas transnacionales que "se apropian de las redes de distribución y plantas purificadoras, fijando las condiciones de su acceso y tarifas a la población. Lo que antes era un recurso público vital y de todos, ahora es una mercancía a la que accederán solo los que puedan pagar por ella".

La concesión es un acto administrativo a través de la cual el Estado encomienda a los particulares, por tiempo determinado, la organización y funcionamiento de un

⁸² La Jornada, 8 de marzo 2006. Primera plana.

servicio público la explotación y aprovechamiento de los bienes de dominio del Estado. El otorgamiento de una concesión implica un acto de autoridad que debe estar previsto en la ley por el principio de legalidad. Es un acto administrativo por medio del cual el concesionario, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo, por su labor en caso de servicios públicos, la retribución correspondiente, que puede consistir en un precio o tarifa pagada por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o ambas cosas a la vez, y en caso de bienes, los beneficios y productos derivados del aprovechamiento de bienes públicos.

Este es uno de los puntos medulares de esta investigación, en sí la concesión no es una transmisión de propiedad privada, como derecho real, pero evidentemente se deja en manos de algunos particulares el suministro del recurso a otros particulares, aunque sea vigilado formalmente por el Estado. De ahí, que no se puede garantizar que esta sea la mejor forma de prestar el servicio público, pues como bien se menciona en el párrafo anterior, esto implica algunos beneficios a los concesionarios por parte del Estado, y en cierta forma retribuciones de las que no son partícipes todos los individuos en el territorio nacional.

La concesión, según la doctrina y jurisprudencia mexicana, es un acto que tiene naturaleza mixta, es, en parte, un acto reglamentario de autoridad de carácter unilateral, y es en parte un acto contractual de carácter bilateral entre autoridad y concesionario, y finalmente es un acto condición pues a partir de su celebración se aplican las normas legales previamente establecidas.⁸³

Haciendo referencia propiamente a la regulación de las concesiones en la legislación mexicana, La Ley de Aguas Nacionales vigente establece en su artículo 20º:

De conformidad con el carácter público del recurso hídrico, la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales se realizará mediante concesión o asignación otorgada por el Ejecutivo Federal a través de la Comisión por medio de los Organismos de Cuenca o directamente por ésta cuando así le competa, de acuerdo con las reglas y condiciones que dispone la presente Ley y sus reglamentos...

La explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales por dependencias y organismos descentralizados de la administración

⁸³ Farías, Hernández Urbano. Derecho Mexicano de Aguas Nacionales, Legislación, comentarios y Jurisprudencia, Ed. Porrúa, México, 1993 p 51

pública federal, estatal o municipal, o el Distrito Federal y sus organismos descentralizados se realizará mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal a través de "la Comisión" por medio de los Organismos de Cuenca..

La asignación de agua a que se refiere el párrafo anterior se regirá por las mismas disposiciones que se aplican a las concesiones, salvo en la transmisión de derechos, y el asignatario se considerará concesionario para efectos de la presente Ley.

Las concesiones y asignaciones crearán derechos y obligaciones a favor de los beneficiarios en los términos de la presente Ley...⁸⁴

Las concesiones se pueden otorgar a particulares y sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas. Se entiende por particular las personas físicas o morales que tienen su propia individualidad, distinta a las oficiales, son los que no son parte integrante del poder público o de la administración pública, o sea en tanto, no son autoridades o realizan la función pública, por lo que particulares son los que forman parte del sector social y privado. Particulares son las comunidades, las asociaciones, las sociedades y las demás instituciones o personas reconocidas por la ley.

De todas las personas físicas o morales, tratándose de sociedades, que son las personas morales más importantes y que en caso de sociedades mercantiles por acciones pueden permitir todo tipo de inversión, nacional o extranjera, la Constitución exige que una sociedad para ser concesionario, se debe constituir conforme a las leyes mexicanas, es decir que sea mexicana, lo cual excluye a cualquier sociedad extranjera del otorgamiento de la concesión de aguas.

Para lo cual citaremos el artículo 27º párrafo sexto de la Constitución:

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes...⁸⁵

⁸⁴ Ley de Aguas Nacionales. Agenda Ecológica 2006. Ediciones Fiscales ISEF. p 45

⁸⁵ Constitución Política del los Estados Unidos Mexicanos. Colección Jurídica Esfinge. Editorial Esfinge 2005. p 30.

Entonces podemos decir que la concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, o sea, sobre bienes ajenos o cuya titularidad no corresponde al concesionario, son concesiones solo para el ejercicio de dichos derechos, por lo tanto, no es un poder o derecho real sobre las aguas que no le pertenecen al concesionario ni le pertenecerán, entonces pareciera que ante las concesiones estamos frente a una variante de los derechos personales y no derechos reales, lo cual da derechos y obligaciones recíprocos entre autoridad concedente y concesionario. Pero finalmente esto no es para todos, sólo para algunos, en primera porque no todos tiene la posibilidad de obtener una concesión para dichos derechos, y aunque algunos particulares la tengan, gran parte de la población en el país no recibe el recurso para sus necesidades básicas por falta de infraestructura e inversión por parte del Estado, mucho menos tendrá la posibilidad de que el servicio le sea concesionado.

En tal caso el aprovechamiento otorgado al concesionario puede tener al mismo tiempo el carácter de derecho y de obligación, pues el Estado al otorgar la concesión supuestamente procura que la explotación de las riquezas públicas beneficie a la colectividad, aunque en la práctica sabemos que no es así, y también el Estado procura que esa explotación se dé en la forma más efectiva y con los mejores rendimientos, con el fin también de beneficiar a la colectividad; aparentemente poniendo al concesionario también un deber a su cargo, y con esto podríamos inferir que los bienes públicos al ser concesionados no cambian su carácter y naturaleza con motivo del otorgamiento de la concesión.

El uso y aprovechamiento de las aguas nacionales por personas físicas o morales, se realiza entonces, mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establece la ley y su reglamento.

El uso o aprovechamiento de aguas nacionales por dependencias y organismos descentralizados de la administración pública, federal, estatal o municipal, se realiza mediante asignación otorgada por la Comisión Nacional de

Agua⁸⁶, dicha asignación, se rige por las disposiciones que se aplican a las concesiones, pero en este caso encontramos que el servicio se presta por una asignación realizada a organismos que forman parte de la administración pública del Estado, lo cual debiera ser una regla en México, y no una excepción, pues hoy día se tiende debido a la política neoliberal mundial en la que directamente nos encontramos inmersos, que las concesiones son la forma de distribuir el recurso, donde los particulares y la inversión privada, son el manejo de vanguardia del mismo.

Dicha concesión solo puede ser otorgada a los particulares, por quien indique la Constitución que tienen a su cargo el servicio, esto es solo, puede ser otorgada por los municipios, lo cual se establece en el artículo 115º constitucional que establece en su fracción tercera que: “Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales...”⁸⁷

Respecto a los artículos de la LAN, en los que se toma en cuenta la regulación de las concesiones tenemos lo siguiente:

ARTÍCULO 16. La presente Ley establece las reglas y condiciones para el otorgamiento de las concesiones para explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, en cumplimiento a lo dispuesto en el Párrafo Sexto del Artículo 27 Constitucional...⁸⁸

También debemos de tomar en cuenta los casos en que las aguas no requieren concesión:

ARTÍCULO 17. Es libre la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales superficiales por medios manuales para uso doméstico conforme a la fracción LVI del Artículo 3 de esta Ley, siempre que no se desvíen de su cauce ni se produzca una alteración

⁸⁶ Que es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, con funciones de derecho público en materia de gestión de las aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes, con autonomía técnica, ejecutiva, administrativa, presupuestal y de gestión, para la consecución de su objeto, la realización de sus funciones y la emisión de los actos de autoridad que conforme a la ley corresponde tanto a ésta como a los órganos de autoridad a que la misma se refiere. Definición Ley de Aguas Nacionales Art. 3.

⁸⁷ Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Agenda Ecológica 2006. Ed. ISEF. 2005. pág 17.

⁸⁸ Ley de aguas Nacionales, Agenda Ecológica, Ediciones Fiscales ISEF, 2006.p 33.

en su calidad o una disminución significativa en su caudal, en los términos de la reglamentación aplicable.

No se requerirá concesión para la extracción de aguas marinas interiores y del mar territorial, para su explotación, uso o aprovechamiento, salvo aquellas que tengan como fin la desalinización, las cuales serán objeto de concesión.

ARTÍCULO 18. Las aguas nacionales del subsuelo podrán ser libremente alumbradas mediante obras artificiales, sin contar con concesión o asignación, excepto cuando el Ejecutivo Federal establezca zonas reglamentadas para su extracción y ...⁸⁹

En el artículo 21 de la LAN se establecen los requisitos de la solicitud de concesión a particulares que quieren usar, explotar o aprovechar el recurso.

En cuanto a la duración de la concesión tenemos:

ARTÍCULO 24. El término de la concesión o asignación para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales no será menor de cinco ni mayor de treinta años, de acuerdo con la prelación del uso específico del cual se trate...⁹⁰

La LAN 1992 tuvo el propósito explícito de fortalecer la concesión de derechos de uso y favorecer la administración privada del agua. Entre los instrumentos que se establecieron se encuentran una mayor participación de los usuarios en el diseño de las políticas regionales y locales, una sola autoridad federal a cargo del agua; y una mayor certeza legal en los derechos del agua de manera que las entidades privadas pudieran planear estratégicamente sus actividades a largo plazo.

El Título Cuatro de la nueva ley formula las reglas y requisitos para las concesiones y transferencias de los derechos sobre el agua. Se permitieron concesiones a particulares por periodos variables que van desde los cinco hasta los treinta años.

En resumen, el mecanismo para las concesiones es el siguiente: Las solicitudes pueden ser presentadas tanto por personas físicas como por personas morales; esta últimas deberán acreditar su existencia legal. En el caso de varias

⁸⁹ Ibid. p 34.

⁹⁰ Ibid. p 35.

solicitudes para una sola concesión de agua, la CNA decide a favor de la solicitud que cumpla - en teoría – mejor con los objetivos de programación hidráulica; que proyecte el uso más racional del agua y la mejor protección al ambiente y de aquella que proporcione el mayor beneficio económico y social. En caso de que cualquier interesado no esté de acuerdo con la asignación del recurso, puede comprar este derecho en un mercado del agua.

Según la teoría, el recurso agua permanecerá en manos de las personas físicas o morales, que le impartan el mejor valor. Salta a la vista, que según esta teoría del "mejor postor" existe el peligro de que se dé una concentración de derechos del uso de agua en unas pocas manos.

Las aguas por estar fuera del comercio, no pueden enajenarse, de ahí que no se pueden constituir derechos reales sobre las mismas, pues constituiría en teoría, un desmembramiento de la propiedad pública, no autorizado por la Constitución, pero finalmente la concesión es una forma de disolución de la propiedad pública de las aguas, y se convierte mas en objeto de un contrato privado que de un contrato público que se celebra con el Estado, aunque como tal éste no venda las fuentes o los mantos acuíferos a los particulares, ellos son los que disponen de esas aguas mediante las concesiones.

Aunque las aguas no sean susceptibles de propiedad privada, por tener un dominio público, se necesita un acto de Estado que afecte o destine un bien, para prestar fundamentalmente servicios públicos, es decir, incorporarlo a los servicios públicos, pues como en el caso de las aguas supuestamente, no pueden ser poseídas permanentemente y a título de dueño por los particulares, ni se adquieren por prescripción.

La concesión origina derechos de explotación y al mismo tiempo impone la obligación de efectuarlo, creando una relación jurídica directa no entre el concesionario y la cosa, sino entre éste y el poder público.

En relación a lo anterior, las funciones declaradas y las latentes de una norma, evidentemente la concesión significa todo lo anteriormente expuesto, en su función declarada que la define, pero lo que en la realidad existe son las funciones latentes de dicha norma, donde podemos apreciar que las concesiones no funcionan tal y como lo establece la ley, sino en la práctica, se ha abusado de las concesiones en primera instancia como ya lo ejemplificaremos en el apartado referente al servicio público; segundo, los concesionarios realmente no cumplen con las obligaciones establecidas, y tercero se benefician de la explotación de un recurso que si bien es público, no es cualquier recurso, pues el mismo no sólo lo necesitan los concesionarios sino la población en general, no solo nacional sino mundial, tomando en cuenta que a nivel mundial por lo general también se maneja la figura de la concesión.

Este sólo es un breve repaso sobre las concesiones respecto al recurso hídrico en cuanto a los usos del agua, pero estos es importante destacar que se dan a nivel mundial, además del mencionado monopolio para gestionar y usufructuar los recursos hídricos por medio de proyectos de “conservación” o privatización de cuencas hídricas, acuíferos, también como mecanismo complementario, resulta estratégica para el mercado mundial, la privatización parcial o total (concesiones)⁹¹ de los sistemas mundiales de distribución, almacenaje y potabilización de agua, sobre todo los que satisfacen las necesidades de las grandes ciudades, es ahí donde está el negocio.

Hay tres formas de privatización del agua a nivel mundial en cuanto a concesiones a multinacionales se refiere. La primera: venta total de los sistemas de distribución, tratamiento o almacenamiento por parte de los Estados a favor de las multinacionales. Segunda: los Estados hacen una concesión para que las multinacionales se hagan cargo del servicio y del cobro por la operación y mantenimiento del sistema de uso. El cobro de servicio y las ganancias son gestionados en su totalidad por las multinacionales. Tercera: Modelo restringido en el que el Estado contrata a una multinacional para que administre el servicio de

agua a cambio de un pago por costos administrativos. La multinacional puede o no cobrar el servicio, pero en ambos casos no tiene acceso a las ganancias generadas. La más popular a nivel mundial ha sido la segunda, en la Ciudad de México se ha puesto en marcha también el tercer tipo.

2.3.2 Concesiones a la iniciativa privada para invertir en infraestructura hidráulica.

En México, se ha empezado a generalizar en las entidades federativas diversos mecanismos que permiten la inversión de los particulares en los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, incluyendo el saneamiento, entre las que destacan:

- Contratos de construcción con la modalidad de financiamiento total o parcial de inversión privada.
- Contratos de construcción y operación, con la modalidad de financiamiento de inversión privada para que una empresa efectúe el proyecto, la construcción, el equipamiento, la tecnología, y en su caso la operación. Este contrato se conoce como “llave en mano”.
- Contrato de operación o servicios de gestión, con la modalidad de inversión privada recuperable.
- Concesiones a particulares para la prestación de servicios públicos y concesiones para la construcción y operación de infraestructura.

En los tres primeros casos, los particulares ayudan a la administración pública a cumplir con su responsabilidad frente a los usuarios, lo cual no está mal, pues la administración pública es la que paga a los contratistas y no los particulares.

En el último caso se transfiere al particular la responsabilidad de la gestión, quien es el que responde y cobra directamente a los usuarios por sus servicio. En este caso, es donde se encuentra el principal problema de las concesiones, pues no es propiamente la administración pública la que cobra a los usuarios, y por lo tanto el concesionario obtiene una ganancia por la prestación del servicio de un

bien público para recuperar su inversión, lo cual no es equitativo para el resto de la población, pues se encuentran en la incertidumbre de que si no tienen los recursos para pagar el servicio, simplemente el agua no se les suministrará.

Lo anterior se relaciona directamente con lo establecido en la LAN en cuanto a inversión privada en obras hidráulicas e infraestructura federal lo cual también se maneja por medio de concesiones, para lo cual citaremos lo siguiente:

ARTÍCULO 97. Los usuarios de las aguas nacionales podrán realizar, por sí o por terceros, cualesquiera obras de infraestructura hidráulica que se requieran para su explotación, uso o aprovechamiento.

...

ARTÍCULO 99. "La Autoridad del Agua" proporcionará a solicitud de los inversionistas, concesionarios o asignatarios, los apoyos y la asistencia técnica para la adecuada construcción, operación, conservación, mejoramiento y modernización de las obras hidráulicas y los servicios para su operación.⁹²

Como podemos observar en el último artículo citado se habla de inversionistas, como si estuviéramos hablando de una sociedad mercantil, y de cuestiones mercantiles en cuanto a la gestión del recurso o su inversión en infraestructura.

En cuanto al siguiente artículo el mismo indica de forma literal "participación de los particulares" en diversas actividades relacionadas con la infraestructura, para lo cual hay que poner especial atención en los numerales:

ARTÍCULO 102. Para lograr la promoción y fomento de la participación de los particulares en el financiamiento, construcción y operación de infraestructura hidráulica federal, así como en la prestación de los servicios respectivos, "la Comisión" podrá:

I. Celebrar con particulares contratos de obra pública y servicios con la modalidad de inversión recuperable, para la construcción, equipamiento y operación de infraestructura hidráulica, pudiendo quedar a cargo de una empresa o grupo de éstas la responsabilidad integral de la obra y su operación, bajo las disposiciones que dicte la Autoridad en la materia y en los términos de los reglamentos de la presente Ley;

⁹² Ibid. p 55.

II. Otorgar concesión total o parcial para operar, conservar, mantener, rehabilitar y ampliar la infraestructura hidráulica construida por el Gobierno Federal y la prestación de los servicios respectivos, y

III. Otorgar concesión total o parcial para construir, equipar y operar la infraestructura hidráulica federal y para prestar el servicio respectivo.

⁹³
...

En cuanto a las tarifas mínimas, se relacionan con el artículo siguiente:

ARTÍCULO 104. Las tarifas mínimas a que se refiere el Artículo anterior, conforme a las bases que emita "la Comisión" deberán:

I. Propiciar el uso eficiente del agua, la racionalización de los patrones de consumo y, en su caso, inhibir actividades que impongan una demanda excesiva;

II. Prever los ajustes necesarios en función de los costos variables correspondientes, conforme a los indicadores conocidos y medibles que establezcan las propias bases, y

III. Considerar un periodo establecido; que en ningún momento será menor que el periodo de recuperación del costo del capital o del cumplimiento de las obligaciones financieras que se contraigan con motivo de la concesión.

El término de la concesión en relación con este Capítulo no podrá exceder de cincuenta años...

ARTÍCULO 106. Si durante la última décima u octava parte de la duración total de la concesión, según el caso que proceda conforme a lo dispuesto en el Artículo anterior, el concesionario no mantiene la infraestructura en buen estado, "la Comisión" nombrará un interventor que vigile o se responsabilice de mantener la infraestructura al corriente, con cargo al concesionario, para que se proporcione un servicio eficiente y no se menoscabe la infraestructura hidráulica.⁹⁴

Analizando el artículo anterior, ¿no sería mejor que fuera el Estado el que invirtiera en la infraestructura directamente sin tener que nombrar interventores que vigilen que la misma esté en buen estado, cuando son los particulares o los llamados inversionistas quienes lo hacen?

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

Con el siguiente artículo podemos observar que no sólo la participación de los particulares en la infraestructura, es un mero beneficio social o en pro del mismo, sino que tienen participación en la gestión del agua para recuperar su inversión, ya que pueden suministrar el agua para usos múltiples:

ARTÍCULO 108. La recuperación total o parcial de la inversión privada o social se podrá efectuar mediante el suministro de agua para usos múltiples, incluyendo la venta de energía eléctrica en los términos de la Ley aplicable en la materia...⁹⁵

Tanto las concesiones para los diversos usos como las que son para invertir en infraestructura , lo podemos referir como parte de la privatización del servicio público, que se lleva a cabo por medio de concesiones.

Si lo que se busca es la inversión de particulares, debiera existir un marco objetivo, eficiente y equitativo que sea permanente a través de la ley, que de seguridad para contratar y concesionar, lo cual debiera ser general e igual en todas las entidades federativas, sin combinaciones de inversión que queden o al arbitrio y subjetividad de la autoridad pública o lo que es peor de la iniciativa privada.

2.3.3 Mercados de agua o Centros de Transmisión de títulos o de derechos de agua.

Otra de las figuras importantes que consideramos que son parte de la privatización de los recursos hídricos, es el llamado mercado de agua, o centros de intercambio o transmisión de derechos de agua, los cuáles se han implementado a nivel mundial, en países como en Chile, España, Alemania, Gran Bretaña, y México lo se considera en la Ley de Aguas Nacionales, para lo cual referiremos los siguientes artículos:

ARTÍCULO 33. Los títulos de concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, legalmente vigentes y

⁹⁵ Ibidem.

asentados en el Registro Público de Derechos de Agua, así como los Permisos de Descarga, podrán transmitirse en forma definitiva total o parcial, con base en las disposiciones del presente Capítulo y aquellas adicionales que prevea la Ley y sus reglamentos.

Los títulos de concesión o permisos con carácter provisional para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, para su transmisión se sujetarán a lo siguiente:

I. En el caso de cambio de titular, cuando no se modifiquen las características del título de concesión, procederá la transmisión mediante una solicitud por escrito presentada ante "la Autoridad del Agua", quien emitirá el acuerdo correspondiente de aceptación o no, así como la inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua;

...

III. La presentación ante el Registro Regional o Nacional, al tratarse de aquellos títulos que hubiese autorizado "la Autoridad del Agua", a través de acuerdos de carácter general que se expidan por región hidrológica, cuenca hidrológica, estado o Distrito Federal, zona o localidad, autorización que se otorgará solamente para que se efectúen las transmisiones de los títulos respectivos, dentro de una misma cuenca o acuífero. Los acuerdos referidos deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación...⁹⁶

También se pueden estipular acuerdos para el intercambio de títulos entre las diferentes regiones y cuencas, como lo establece el artículo 34 de la Ley de Aguas nacionales.

Este artículo 34 nos refiere en forma general como se debe hacer dicha transmisión de títulos o derechos de agua respecto a las concesiones que ya han sido otorgadas. Finalmente aunque la administración y órganos que están a cargo de la gestión del recurso, intervengan en dicha transmisión, los particulares tienen la capacidad de poder transmitir sus títulos como si se tratara de cualquier contrato privado, celebrado entre ellos, cuando no hay que perder de vista que estamos hablando de un supuesto bien de dominio público.

En el artículo 35 de la LAN, también encontramos otro supuesto de transmisión de derechos que está vinculado con los terrenos, lo cual se puede hacer de forma definitiva, total o parcial.

⁹⁶ Ibid. p 14.

En cuanto a la transmisión de titularidad de los derechos de agua, tenemos lo siguiente en la LAN:

ARTÍCULO 36. Cuando se transmita la titularidad de una concesión el adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones de la misma.

ARTÍCULO 37. Serán nulas y no producirán ningún efecto las transmisiones que se efectúen en contravención a lo dispuesto en la presente Ley.⁹⁷

En nuestra Ley de Aguas Nacionales el término mercados de agua no es el que se emplea, sino son los llamados bancos de agua, los que son los centros de intercambio o transmisión de los derechos del recurso:

ARTÍCULO 37 BIS. "La Comisión" podrá establecer definitiva o temporalmente instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos que se denominarán "bancos del agua", cuyas funciones serán determinadas en los reglamentos respectivos.⁹⁸

Respecto a lo anterior tenemos la siguiente cita:

En México comenzarán a operar los denominados bancos de agua, una vez que sea reglamentada la Ley de Aguas Nacionales. El agua entrará a las reglas del libre mercado, a la ley de la oferta y la demanda...

Con esos bancos se efectuará la transacción comercial de los títulos de derechos de agua que poseen los usuarios agropecuarios, industriales y de zonas urbanas, que son alrededor de 330 000... En los acuíferos donde existen problemas de disposición, "el banco de agua cumplirá una labor social importante como facilitador".

Alfonso Salinas Ruiz, subdirector general de Administración del Agua de la CONAGUA precisó que los bancos serán privados y operarán como sociedad, conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles; dispondrán de un sistema de información de transmisiones de derechos en el que se indicarán los volúmenes de

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

agua que se deseen transmitir, y no podrán almacenar los derechos ni quedarse con ellos, ya que sólo funcionarán como intermediarios.⁹⁹

Como podemos observar estos bancos son considerados como centros de intercambio de derechos regidos por la ley de la oferta y la demanda además de que se constituyen en base a la Ley General de Sociedades Mercantiles, y son de carácter privado; y contradictoriamente pueden ser considerados como medios para facilitar labor social, cuando finalmente los intercambios sólo se darán entre los particulares que tengan la capacidad para dicho intercambio, y eso no es garantía de que sea en pro del bienestar social.

Se admite el intercambio de derechos entre sujetos privados, siempre y cuando sea notificado al Registro Público de Derechos de Agua (REPGA), instancia que fue creada en el contexto de la nueva ley y ante la cual deberán inscribirse todos los usuarios de aguas nacionales, a fin de obtener el título de concesión o asignación respectiva y así poder transmitir títulos y derechos de agua. Toda esta parte de la ley apuntó a que se creara un mercado de agua en los distritos de riego con la suposición que el mercado produciría los incentivos correctos para la asignación eficiente del recurso.

Respecto a estos mercados de agua encontramos lo siguiente:

La posibilidad de crear un mercado de derechos está siempre sujeto a normas de interés público y social dada la afectación a terceros, que siempre existe y que los economistas denominan las “externalidades” que afectan al mercado, sobre todo cuando los costos y los beneficios privados no son iguales a los costos y los beneficios sociales.¹⁰⁰

Como lo refiere la cita anterior, es muy probable que el mercado de derechos este sujeto a normas de interés público y social, pero la importancia de esta afirmación es en qué sentido del interés público o general, en el utilitarista; donde el mercado será el que asignara en bienestar por el sólo hecho de existir,

⁹⁹ La Jornada; México. 3 octubre 2005 www.jornada.unam.mx. Consulta realizada 3 de febrero de 2008.

¹⁰⁰ Getches, David H. Sobre las externalidades en el mercado del agua en los Estados Unidos y la conveniente regulación estatal. *Water Law and Water rights in a Nutshell* p 157 y ss. Scarce Resource Allocation. *Bureaucracy and the Environment*. p 137 y ss.

pero la consecuencia primordial de ello es que tal vez los costos y beneficios privados se superponen a los sociales.

En relación a la compatibilidad del mercado de aguas con el dominio público es importante destacar que si bien las aguas nacionales son de dominio público, fundamentado en asuntos de interés público y general o bienestar social, y estando presentes los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad, finalmente se permite que ciertos particulares realicen dichas transacciones de derechos de agua, como si la misma fuera una mercancía común, fuera del dominio público, que se compra y se vende al mejor postor, aunque intervenga la administración pública, la cual facilita dichos intercambios supuestamente como una herramienta de distribución del recurso.

En relación a lo anterior acotaremos lo siguiente:

Conseguir progresivas mejoras en la protección del dominio público hidráulico y en los usos y prestación de servicios públicos que proporciona debería ser el objetivo primero de toda intervención, que en ese campo forzosamente tiene que ser pública. Para ello será necesario proceder a la reasignación de usos de los recursos disponibles. Son precisos nuevos marcos institucionales que actualicen las prioridades legales y las concesiones existentes con arreglo a la concepción expuesta del agua, asegurando su carácter de bien público o activo ecosocial, y flexibilizando la transferencia de derechos de uso de la fracción excedente utilizada como bien económico privado.¹⁰¹

Comentando lo que Navarro indica, es verdad la intervención respecto a la gestión del agua tiene que ser necesariamente pública, en base al dominio público de la misma, estableciendo prioridades legales para reasignar el recurso, pero el flexibilizar la transferencia de derechos de uso de fracción excedente que es utilizada como bien económico privado es algo irreal, y tal vez no congruente con el dominio público, esto sólo sería posible si tomamos que el interés general se basa en el mercado. Hablar de excedentes del recurso es algo ilógico y contradictorio, pues los mismos no existen, cuando gran parte de la población ni siquiera tiene a su alcance la distribución del mismo.

¹⁰¹ Bartolomé, Navarro José Luis. Abogado, Jefe del Servicio de Urbanismo, Obras y Medio Ambiente del Ayuntamiento de Jaca. El agua, dominio público jurídico y bien público económico: coincidencias y divergencias de sus conceptos. Jaca, 1998. p18.

Desconocer, así, la trascendencia social del uso y distribución del agua para postular, simplemente, un precio mercado real de la misma, supone olvidar muchas cosas. Entre ellas la necesidad de ponerla al alcance de cualquier ciudadano con independencia de su capacidad de pago, para que éste pueda, simplemente, desarrollar una vida con la calidad que la misma Constitución postula y en el marco de una existencia digna.

Es evidente, entonces, que un mercado sobre aguas calificadas de dominio público no puede en modo alguno funcionar de la misma forma que lo haría un mercado basado en aguas de titularidad privada. En éste último caso la venta es hasta una consecuencia "natural" del régimen de propiedad privada, una facultad del propietario que no podrá ser negada excepto en casos extremos, allí donde sea necesaria una intervención pública (sequías extraordinarias, por ejemplo, y ello mediante la correspondiente indemnización), mientras que la venta o intercambio entre particulares de derechos de agua calificadas como de dominio público es, en principio, una inconsistencia conceptual que se quiere salvar acudiendo a la metáfora de que, en realidad, lo que se transmitiría serían los derechos concesionales y no el recurso en sí mismo.

Pero lo que esto realmente implica, es que si bien lo que se transmiten son los títulos también es verdad que esto trae aparejado la transmisión del recurso como consecuencia, por lo que el agua termina siendo un bien de dominio público transferible entre determinado número de particulares y usuarios, en base a contratos con determinantes y voluntades privadas.

2.3.4 Servicio Público de agua en México y sus concesiones.

Una de las formas sugestivas consideradas en este trabajo como privatización son las concesiones para el servicio público del agua.

El servicio público para Serra Rojas es:

Una actividad técnica, directa o indirecta, de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada, para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósito de lucro, la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público.¹⁰²

Para desentrañar esta naturaleza es imprescindible distinguirla de la función pública como tal, para lo cual tomaremos un concepto muy completo de la misma:

Es la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad...De entre cuyas modalidades destacan la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. En síntesis, función estatal o pública es la atribuida al Estado – Federación, estados y municipios-, cuyo ejercicio requiere del desempeño de una actividad que conlleve su potestad, su imperio, su autoridad, de ahí que sea en última instancia una manifestación de su soberanía.¹⁰³

En cuanto al concepto de “servicio público” encontramos puntos que son totalmente de apoyo en cuanto a la prestación del servicio público de agua al cual nos referimos:

La doctrina registra una fuerte discrepancia respecto del criterio que debe regir para determinar el carácter público de un servicio: para unos, el acento público lo pone el órgano a cuyo cargo corre su prestación, pues a su juicio sólo los órganos públicos pueden gestionar tal servicio: criterio orgánico; para otros, el calificativo público lo aporta el régimen jurídico exorbitante del derecho privado a que se somete el procedimiento de su organización y funcionamiento: criterio jurídico; no son pocos los que rechazan ambos criterios definitorios del carácter público del servicio, porque, en su opinión, tal rasgo lo habrá de imprimir el objeto del mismo: criterio funcional; o, en fin, su reconocimiento por la ley: criterio legal.¹⁰⁴

Por lo que se refiere a nuestra visión, sobre la prestación del servicio público de agua, nosotros retomamos el primer criterio, en el cual el acento público del servicio, se encuentra en que sólo los órganos públicos, es decir del Estado, pueden prestar y gestionar el servicio público para así garantizar los caracteres esenciales y elementos indispensables del mismo. Pero en la práctica este carácter de servicio público del agua se desvirtúa, tomando el criterio de que son

¹⁰² Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Tomo I. Ed. Porrúa, México, DF. 1981.pp 106,107.

¹⁰³ Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, Bibliográfica Ameba, Tomo III, Buenos Aires, Argentina. 1967, p 187.

¹⁰⁴ Fernández, Ruiz Jorge. Derecho Administrativo y Administración Pública. Ed. Porrúa. México, D.F., 2006. p 62.

los órganos públicos los que deben de manejarlo, pues con las concesiones, son los particulares los que lo manejan, ya que se les permite un uso especial del mismo o suministrarlo como parte del servicio público de agua potable.

En cuanto a estos caracteres esenciales del servicio público tenemos:

- a) Generalidad. La posibilidad de que toda persona lo use, previa satisfacción de los requisitos respectivos, sin más límite que la capacidad del propio servicio, lo que identifica a ese carácter esencial del servicio público con el derecho humano que protege a sus potenciales usuarios contra toda discriminación.
- b) Igualdad. Estriba en el trato uniforme que debe darse a todos los usuarios...estableciendo categorías de usuarios, siempre y cuando dentro de cada categoría se dé el mismo trato a todos los comprendidos en la misma, por lo que también deriva del derecho humano que preserva contra todo tipo de discriminación.
- c) Regularidad. Se debe prestar conforme a una normativa jurídica específica, misma que es exorbitante del derecho privado.
- d) Continuidad. Dicho servicio no debe interrumpirse dentro del calendario, horarios y circunstancias previstos en su propia regulación. A estos cuatro caracteres esenciales del servicio público, se pretenden agregar otros que no han recibido consenso generalizado de la doctrina, como la obligatoriedad, adaptabilidad y la permanencia, que muchos autores consideran variaciones de la continuidad; y otros, incluyen la gratuidad, la que, tratándose de servicios públicos concesionados, resulta inadmisibile.¹⁰⁵

En cuanto a este último comentario de Fernández Ruiz la gratuidad del servicio del agua, no existe en la práctica efectivamente, debido a que al estar concesionado a los particulares, tienen en sus manos el manejo del recurso, con el cobro de tarifas y por ende, las personas que no paguen a los particulares que tienen las concesiones se les suspenderá el servicio.

Si estos elementos esenciales los tomamos en cuanto al servicio público del agua, encontraremos que ninguno se cumple, empezando por el sujeto que presta el servicio, que no es exclusivamente el Estado; en segundo término ni la generalidad, ni igualdad, ni regularidad ni continuidad, se cumplen hoy día en cuanto al servicio del agua, pues al estar concesionado dicho servicio, nos encontramos que el que paga la tiene, y si no hay infraestructura en un lugar determinado no se goza de recurso.

¹⁰⁵ Ibid. pp 64, 65.

Entonces tenemos que el servicio público es toda "actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, y su cumplimiento es indispensable para la realización y desarrollo de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza gubernamental"¹⁰⁶

En cuanto al concepto de concesión administrativa relacionada con la prestación de los servicios públicos tenemos que es: "el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes de dominio del Estado".¹⁰⁷

Esto es todo lo que el servicio público del agua implica, lo cual ahora relacionaremos con los elementos indispensables del mismo, para lo cual nos es de gran utilidad lo siguiente:

- a) La necesidad a cuya satisfacción se destina el servicio.
- b) La actividad técnica destinada a satisfacer la necesidad.
- c) El universo de usuarios potenciales del servicio público.
- d) La inversión estatal.
- e) El sujeto prestador del servicio.
- f) Los recursos necesarios para la prestación del servicio.
- g) El régimen jurídico exorbitante del derecho privado.¹⁰⁸

El punto fundamental en estos elementos indispensables del servicio público es la cuestión de la necesidad, la cual tiene el carácter de general, y el Estado debiera tener el deber de asegurar su satisfacción. Esto se encuentra íntimamente relacionado con la intervención estatal, pues el Estado es el único que dará la pauta del régimen jurídico del servicio, aunque en realidad, se debiera considerar, para el tema que nos ocupa, la intervención estatal exclusiva para

¹⁰⁶ Franco Muñoz José. El derecho administrativo en México. Universidad Abierta de San Luis Potosí, S.L.P. 2001.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Fernández, Ruiz Jorge. Derecho Administrativo y Administración Pública .Ed. Porrúa. México, D.F., 2006. pp 65- 68.

cubrir la necesidad general, no sólo estableciendo el régimen jurídico, sino tal régimen debiera ser de manejo y gestión estratégica y exclusiva de Estado.

Por lo tanto, el agua como servicio público no reúne ni los elementos esenciales ni los caracteres esenciales del mismo, y si se llegan a cumplir no es de una manera eficiente ni total, pues existen deficiencias en su prestación, ya que al estar concesionado a los particulares es como tal un servicio al público y no un servicio público propiamente dicho, que cumpla todas las características requeridas para ser tal, pues ni lo presta el Estado exclusivamente, y cuando lo hace mediante sus organismos no lo hace cumpliendo los requerimientos del mismo.

2.3.5 Regulación legal del servicio público del agua.

En cuanto a las disposiciones legales del servicio público del agua, conforme a nuestro artículo 27° constitucional existe propiedad pública que pertenece al Estado, social la cual puede ser de tierras, bienes o de algunos servicios que presta el Estado para el bienestar social, y la privada la cual es de los particulares, lo cual da origen, como se señala en los artículos 25° y 28° constitucionales, a empresas públicas, privadas y sociales y con ellas al sector público, privado y social, esto pareciera ser reiterativo, pero es necesario tener bien clara esta clasificación para comprender la naturaleza jurídica del agua como bien público que se concesiona a los particulares, como servicio público, lo cual no debiera ser de tal forma, por su función social como recurso indispensable para la sobrevivencia humana.

Apegándonos a este marco, al mismo tiempo se han generado en la práctica que no sólo existen servicios públicos que brinda exclusivamente el Estado, sino entonces estamos hablando de servicios al público de carácter administrativo y económico en cuanto al agua se refiere, los servicios públicos, por su propia naturaleza debieran ser generales y sin distinciones, y los servicios al público que brindan los particulares mediante las concesiones, tienen las características contrarias. También existen servicios sociales, en tanto servicios

de, por y para las comunidades y los grupos sociales, sobre todo del sector social, en los cuáles en la práctica, el agua como tal pareciera no formar parte de ellos.

La diferencia entre servicios públicos y sociales se desprende del mismo Derecho Positivo Mexicano. En realidad las aguas, nacionales se pueden utilizar para prestar servicios hidráulicos federales, como el suministro por medio de acueductos para entregar agua en bloque a centros de población, el servicio de riego y drenaje agrícola, el tratamiento de agua residual, el servicio de generación de energía hidroeléctrica y otros. Igualmente se pueden utilizar para prestar por parte de las entidades federativas o municipios los servicios públicos de agua potable y alcantarillado, incluyendo el tratamiento de agua residual proveniente del drenaje o alcantarillado.

El fundamento legal de lo anterior la encontramos en el artículo 115º constitucional, donde se establece que los municipios manejarán dicho servicio público, y los estados emitirán las leyes estatales del servicio público del agua potable y alcantarillado.

En cada una de las entidades federativas se ha expedido leyes de agua potable y alcantarillado, donde se establecen las disposiciones que regulan la prestación del servicio, que incluye el saneamiento, en las cuales se fijan los aspectos organizacionales y funcionales para la prestación, que está primordialmente en manos de los municipios como lo establece el artículo 115º constitucional y se prevé el concurso de los estados sólo cuando sea necesario y así lo determinen las leyes, entendiendo por concurso la asistencia, ayuda o en todo caso, la coparticipación estatal.

Lo anterior no implica la exclusión de los municipios, sino que significa que la intervención estatal es supletoria de la municipal, cuando ésta lo requiera o solicite. Tampoco implica que los municipios tengan que prestar el servicio directamente, sino que la responsabilidad de su manejo y prestación, en última instancia se da entre los tres niveles de gobierno, pero principalmente en el municipio.

El hecho de que sea un servicio público para la ley, no impide la participación de los sectores social y privado en su prestación. Sin embargo, ésta sólo es posible si está previsto en la ley. Las disposiciones legales que rigen la participación de los sectores social y privado en los sistemas de agua potable, son de competencia estatal y no federal establecido en los artículos 124 y 115 constitucionales; sin embargo, dichas leyes deben ser consecuentes con los principios rectores que emanan de la Constitución Federal, la cual es ley suprema de toda la Unión.

El artículo 115 constitucional, a partir de la reforma en 1983, establece la responsabilidad municipal en la prestación de los servicios, pero no establece que lo deban prestar directamente; por lo que existe la posibilidad de que se preste a través de la administración pública descentralizada (municipal y/o estatal), e incluso, conforme a la ley exista la posibilidad de concesionarlo a particulares.

Desde Mayo de 1990, El Programa Nacional de Agua Potable y Saneamiento otorga la responsabilidad a los organismos operadores en los municipios para definir la forma de participación privada que más convenga de acuerdo a sus condiciones específicas, estableciendo esta opción como viable para obtener recursos de inversión, mejorando supuestamente la eficiencia y así garantizar la continuidad de los programas.

En cuanto a la regulación del servicio público de agua potable y alcantarillado en la Ley de Aguas Nacionales tenemos:

ARTÍCULO 44. La explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales superficiales o del subsuelo por parte de los sistemas del Distrito Federal, estatales o municipales de agua potable y alcantarillado, se efectuarán mediante asignación que otorgue "la Autoridad del Agua", en los términos dispuestos por el Título Cuarto de esta Ley...

Las asignaciones de aguas nacionales a centros de población que se hubieran otorgado a los ayuntamientos, a los estados, o al Distrito Federal, que administren los respectivos sistemas de agua potable y alcantarillado, subsistirán aun cuando estos sistemas sean administrados por entidades paraestatales o paramunicipales, o se concesionen a particulares por la autoridad competente.

Como podemos observar en lo citado anteriormente, se expresa literalmente la concesión a particulares y la administración por parte de las empresas de los servicios de agua potable, por lo que dicha participación de los mismos se encuentra considerada en las disposiciones legales.

ARTÍCULO 45. Es competencia de las autoridades municipales, con el concurso de los gobiernos de los estados en los términos de esta Ley, la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales que se les hubieran asignado, incluyendo las residuales... La explotación, uso o aprovechamiento se podrá efectuar por dichas autoridades a través de sus entidades paraestatales o de concesionarios en los términos de Ley.

Entonces es competencia de los municipios el servicio, con el concurso de los gobiernos estatales, sin descartar la concesión del servicio, en cuanto a la asociación de varios municipios o estados tenemos lo siguiente:

ARTÍCULO 46. "La Autoridad del Agua" podrá realizar en forma parcial o total, previa celebración del acuerdo o convenio con los gobiernos de los estados o del Distrito Federal y, a través de éstos, con los gobiernos de los municipios correspondientes, las obras de captación o almacenamiento, conducción y, en su caso, tratamiento o potabilización para el abastecimiento de agua, con los fondos pertenecientes al erario federal o con fondos obtenidos con aval o mediante cualquier otra forma de garantía otorgada por la Federación,

El artículo anterior es fundamental para el tema de investigación, ya que los acuerdos a nivel federal con los estados y municipios debieran ser la forma de prestar el servicio público de agua potable y alcantarillado, por lo tanto no tendría porque ser necesario recurrir a la participación de la iniciativa privada ya sean particulares o empresas.

¹⁰⁹ Ley de Aguas Nacionales. Agenda Ecológica. Ediciones Fiscales ISEF. 2006. p 39.

¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹ Ibidem.

El siguiente artículo también es fundamental en cuanto a la participación de la iniciativa privada:

ARTÍCULO 47 BIS. "La Autoridad del Agua" promoverá entre los sectores público, privado y social, el uso eficiente del agua en las poblaciones y centros urbanos, el mejoramiento en la administración del agua en los sistemas respectivos, y las acciones de manejo, preservación, conservación, reúso y restauración de las aguas residuales referentes al uso comprendido en el presente Capítulo.¹¹²

Este es otro de los artículos donde se establece y no se descarta la participación del sector privado, con el argumento del uso eficiente del agua en los centros urbanos y el mejoramiento de la administración de la misma.

Para diversos autores, la participación de los particulares en el servicio de agua potable significa:

La participación del sector privado no debe entenderse como la liberación de la responsabilidad del gobierno de asegurar la prestación de los servicios a la población. Esta alternativa debe significar únicamente, contar con una opción que asegura una reducción del nivel de inversión de recursos públicos escasos y al mismo tiempo un incremento en la calidad y cobertura de los servicios, en la misma medida en que lo sustente la posibilidad de mejorar la eficiencia del organismo, incluyendo los aspectos relacionados con la capacidad económica de la comunidad atendida que tendrá que pagar por ellos.¹¹³

Evidentemente la participación privada puede ser una alternativa, pero debiera ser el último recurso, buscando algunas otras alternativas que se relacionen más con la gestión pública

En cuanto al establecimiento de tarifas por parte de los municipios tenemos el ejemplo de la Ley de aguas de uno de los estados de la República, el Estado de México:

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ortiz Rendón, Gustavo con la colaboración de Flor Cruz y Juan Carlos Valencia. Aspectos relevantes de la política del agua en México, en el marco de desarrollo sustentable. En www.oieau.fr/ciedd/contributions/at2/contribution/rendon.htm. Consulta realizada 17 de junio de 2007.

Por lo que toca a los derechos por la prestación de los servicios hidráulicos, el organismo tendrá la facultad de cobrar derechos y aportaciones a través de cuotas y tarifas establecidas; los organismos municipales para aprobar sus cuotas y tarifas para el cobro de los servicios que prestan: Queda prohibido el otorgamiento de exenciones o subsidios por el pago de los servicios de agua. Las cuotas y tarifas para el cobro de los servicios de suministro de agua potable, drenaje y tratamiento de aguas residuales, se aprobarán y publicarán anualmente, para determinar el monto de las cuotas y tarifas, el organismo prestador del servicio elaborará los estudios técnicos necesarios y con base en ellos formulará el proyecto respectivo.

Los usuarios de los servicios de agua, están obligados a pagar las cuotas y tarifas que apruebe el organismo, o a falta de éste, la que apruebe la Legislatura del Estado;... La falta reiterada de pago, de dos o más periodos, por parte de los usuarios, faculta al organismo prestador para suspender el servicio, hasta que se regularice el adeudo, mismo que tendrá el carácter de crédito fiscal.¹¹⁴

También en México, en cuanto a las tarifas del agua por los diversos usos y servicios de la misma encontramos la Ley Federal de Derechos donde se inducen mediante instrumentos económicos, el uso eficiente y la preservación del mismo. Estos instrumentos están fundamentados en el artículo 31º de la Constitución Mexicana, que en su fracción IV establece la obligación de los mexicanos de contribuir para el gasto público de la Federación, del Distrito Federal, Estados y Municipios en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

En su artículo 222º la Ley Federal de Derechos establece:

Están obligadas al pago del derecho sobre agua, las personas físicas y las morales que usen, exploten o aprovechen aguas nacionales, bien sea de hecho o al amparo de títulos de asignación, concesión, autorización o permiso, otorgados por el gobierno federal, de acuerdo con la zona de disponibilidad de agua en que se efectúe su extracción
...¹¹⁵

En su artículo 223º de la misma ley se establece:

...

¹¹⁴Ley de aguas del Estado de México. Compilación estatal. 2005.

¹¹⁵ Ley Federal de Derechos. [www. google.com.es](http://www.google.com.es). Consulta realizada 18 de diciembre del 2007.

Las empresas públicas y privadas que tengan asignación o concesión para explotar, usar o aprovechar aguas nacionales y suministren volúmenes de agua para consumo domestico a centros o núcleos de población, cubrirán el derecho respecto de los volúmenes de agua suministrada, con las cuotas establecidas en el apartado b, fracción i, de este artículo; para tales efectos...

I.- uso de agua potable:

...

B) concesionadas a empresas que presten el servicio de agua potable o alcantarillado y que mediante autorización o concesión, presten el servicio en sustitución de las personas morales a que se refiere el inciso a).

C) concesionada a colonias populares constituidas como personas morales que por concesión de las personas morales a que se refiere el inciso a), presten el servicio de suministro de agua potable de uso domestico.¹¹⁶

Es del todo evidente que la legislación reconoce abiertamente la concesión y su pago de derechos a empresas, así como la reconoce y establece paralelamente para las entidades federativas y municipios, como si estuviéramos hablando del mismo ente que gestiona el recurso para los diversos usos o lo pone a disposición del resto de los ciudadanos.

En este sentido, esta Ley federal de Derechos es fundamental para lograr el supuesto uso eficiente del agua y la preservación de su calidad, es una ley fiscal que se basa en el principio de que "el que usa el agua la paga" en función de la disponibilidad del recurso y "el que contamina paga".

El tema primordial en este apartado es la regulación legal del servicio público del agua, pero sobre todo el establecimiento en la misma, de preceptos y disposiciones sobre la participación privada en dicho servicio, así como el establecimiento de cuotas y tarifas, donde a falta de pago de las mismas se le puede suspender el servicio al usuario, para lo cual debemos tomar en cuenta que existen poblaciones muy pobres en el país a las cuáles les sería prácticamente imposible pagar el servicio.

¹¹⁶ Ibidem.

El hecho de que sea catalogado como un servicio público, no ha impedido la participación de los sectores social y privado en su prestación, pues un servicio público como el agua, es un servicio al público. Sin embargo, dicha participación, sólo es posible si, por el principio de legalidad, está prevista en la ley. La Constitución establece el marco general de dicha participación al prever que son dos las alternativas de participación del sector social y privado en los servicios públicos y en las obras públicas: la concesión de la prestación de servicios públicos o para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes públicos siempre y cuando se prevea en la ley (artículo 28 constitucional) y los contratos públicos de obra, de servicio o de adquisiciones (artículo 134 constitucional).

Debemos entonces entender por privatización de un servicio público, la transferencia de su operación a una empresa privada. Paul Cook y Collin Kirkpatrick 1988¹¹⁷ consideran un rango de diferentes iniciativas públicas que buscan cambiar la distribución de funciones entre el sector público y el sector privado en determinada área de actividad. Estos autores distinguen tres tipos principales de privatización: el cambio de la propiedad de una empresa en la que tanto la infraestructura como la operación del servicio pasan de ser propiedad pública a ser propiedad y responsabilidad de una empresa privada; la liberalización o desregulación que se da cuando sin que el gobierno deje de prestar determinado servicio permite la apertura y oferta paralela de servicios privados y la concesión cuando el gobierno retiene la propiedad de la infraestructura y la responsabilidad de prestar un servicio, pero encarga su operación a una empresa privada. La privatización de Teléfonos de México fue una transferencia de propiedad del sector público al sector privado, en cambio las privatizaciones que se han dado en el servicio de agua potable han sido del tipo de servicio de concesión.

Sólo hay que tomar en cuenta que no basta con vender empresas públicas o concesionar servicios públicos a particulares o empresas, este proceso debiera

¹¹⁷ Cook, Paul y Collin Kirkpatrick. Privatization in Less Developed Countries. An Overview. In Privatization in Less Developed Countries. Editors Paul Cook y Collin Kirkpatrick. St. Martins Press. New York. pp 3-37. 1988.

ser abordado en un contexto socio político, jurídico y regulatorio global, que con frecuencia no es tomado en cuenta.

Tomando en cuenta los esfuerzos de los últimos gobiernos y de la CNA, la participación privada en la operación y administración de los sistemas de agua potable todavía es de alcance limitado, aunque es impulsado en todo momento. Se aducen varias razones: La mayor cantidad de condicionantes de los contratos, la falta de experiencia de las empresas locales, los mayores riesgos financieros y las implicaciones políticas, también hay que referir la gran crisis de 1994-1995, que de alguna manera paró la privatización durante un tiempo. En la situación actual de una supuesta estabilidad macroeconómica y con gobiernos con ideología empresarial y totalmente proclives hacia la iniciativa privada, están dadas las condiciones para un nuevo auge de la privatización, también en el rubro del servicio de agua potable.

Al respecto se ha documentado la presencia de la corporaciones transnacionales de agua más grandes del mundo: las francesas Suez y Vivendi; la española Aguas de Barcelona; la alemana Thames Water (RWE) y las estadounidenses Solaque y Bitwater; prestando servicios como diseño, planeación, construcción, operación y mantenimiento de plantas de tratamiento de aguas residuales, tanto industriales como municipales, plantas potabilizadoras, abasto de agua potable y servicios de drenaje y saneamiento, en más de veinte estados de la República Mexicana.¹¹⁸

A. Peña habla de un primera etapa de la operación de empresas extranjeras en servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento con la formación de alianzas estratégicas entre éstas y empresas nacionales, y de éstas y operadores municipales. Este tipo de acciones generalmente obedece a la necesidad de evitar despertar suspicacias sobre la entrega del manejo de un servicio tan necesario a firmas extranjeras. Sin embargo, estamos hablando de empresas de gigantes dimensiones contrastadas con firmas de poco peso económico y poder en la toma de decisiones, con lo que las sospechas no

¹¹⁸ Peña, A.: ya citado, p. 73

desaparecen fácilmente. Es muy probable que posteriormente, cuando las condiciones políticas lo permitan, las firmas transnacionales terminen operando solas. Los primeros casos en los que se introdujo la participación privada tuvieron lugar en Aguascalientes en 1994, Cancún en 1995, el Distrito Federal, también en 1995, y en Navojoa en 1996. En todos estos casos destaca que están involucradas las grandes empresas constructoras mexicanas, los dos bancos más importantes del país¹¹⁹ y grandes empresas extranjeras.¹²⁰

2.4 El agua embotellada.

Una forma que está tan arraigada en el sentido común y que habitualmente no consideramos privatización es el embotellamiento de agua. El eje del planteamiento de este negocio, es "transformar agua en agua", planteando a los consumidores un costo final que "es de mil a 10 mil veces más caro"¹²¹.

El proceso de privatización del agua también tiene que ver con este negocio del agua embotellada y otros sectores empresariales que consumen grandes cantidades del líquido. Entre ellos el sector petrolero, automotriz, de cervezas y refrescos, minero, textil, aluminio, hidroeléctrico, del papel y el cartón, agroindustria y en especial las grandes extensiones de monocultivos para la exportación, entre otros.

¹¹⁹ En aquel tiempo todavía bancos con capital mexicano, hoy en manos de Citibank (Banamex) y BBVA (Bancomer).

¹²⁰ Vale la pena reproducir aquí íntegramente la interpretación de Nicolás Pineda Pablos: "Estas grandes compañías constructoras, que tienen acceso directo al Director General de la CNA, con el Secretario de Estado e incluso con el Presidente, y que ejercen mucha influencia en los asuntos relacionados con las obras públicas y los grandes contratos de construcción, son también las que se han aventurado en los primeros casos de suministro privado de sistemas de agua potable en México. Este hecho constituye una evidencia más en el sentido de que la privatización de los sistemas urbanos de agua fue promovida de una manera vertical por la CNA. Es muy probable que estas empresas hayan aceptado incursionar en el sector de agua urbana como una señal de buena voluntad hacia el gobierno federal, si tenemos en cuenta otros proyectos que les han sido concesionados o que deseaban obtener en el futuro próximo. Con todo, ya que ninguna de estas compañías constructoras tenía experiencia previa en el manejo del agua de las ciudades, la política de la CNA ha consistido en convocar a compañías de agua de Francia, España, o Gran Bretaña para que asesoren la puesta en práctica de la participación privada en México." Pablos Pineda, Nicolás, p 14.

¹²¹ socialwatch.com Consulta 22 de diciembre 2007.

Los argumentos que se plantean para justificar el embotellamiento del agua redundan en la deficiente calidad del agua potable. “El agua para uso doméstico frecuentemente no es apta para ser tomada. Se estima, que un 60 por ciento de la población es afectada por enfermedades que se deben a la mala calidad del líquido, la deficiente calidad del agua también incide en la tasa de mortalidad infantil. Las cifras oficiales, que enuncian un suministro de agua potable para más de 80 por ciento de la población, no reflejan la situación real. Como consecuencia florece el negocio del agua embotellada”.¹²²

Después de Italia, los mexicanos son los subcampeones mundiales per cápita en consumo de agua embotellada. Existen estimaciones, según las cuales se podría sanear toda la red de agua potable del país con los gastos anuales que se hacen para comprar agua embotellada. A nivel latinoamericano, los mexicanos además ocupan el primer lugar en consumo de refrescos embotellados. Tomando en cuenta al mercado mexicano y simplificando un poco, eso significa, que en este caso los mexicanos o son clientes de Coca Cola¹²³, o de Pepsi Cola. Para muchos esta situación es una prueba de que el agua potable en México en gran medida ya está privatizada.

La Coca Cola –uno de cuyos antiguos gerentes fue presidente de la república- posee en México una red de 17 empresas embotelladoras, frente a las 6 que tiene Pepsi.¹²⁴ El resultado es que un litro de agua embotellada cuesta ahora igual que un litro de gasolina.

Organizaciones sociales mexicanas citadas por el informe de redes aseguran que en el estado de Chiapas, principal zona de recarga de agua en el territorio nacional, empresas privadas como Coca Cola buscan controlar las fuentes del líquido y expanden su presencia con pretextos como la construcción de escuelas para llegar a comunidades donde adquieren los predios con cuerpos de agua.

¹²² Peña, Francisco. Gestión local y control estatal del agua en regiones indígenas de México. p.33; en: Peña, Francisco (Coord.): Los pueblos indígenas y el agua: desafíos del siglo XXI, Colombia, 2004.

¹²³ Sobre el caso de Coca Cola en México consultar documento de la organización no gubernamental CIEPAC.

¹²⁴ Maude Barlow y Tony Clarke, op. cit., pág. 231.

Intentando equiparar esta situación con otros países por ejemplo, en China la industria de bebidas ligeras embotelló 20.000 millones de litros en el 2000, con unas ventas de 7.500 millones de dólares, donde contradictoriamente dos tercios de las principales ciudades del país sufren una carestía acuciante además de que el 39% de las bebidas corresponden a agua embotellada .¹²⁵

La venta del agua por medio de botellas o galones no es un servicio público en términos de la ley. Se trata de una actividad comercial, lo que ha justificado que diversas empresas privadas comercialicen agua sin requerir para ello la concesión que sería necesaria si se tratase de un servicio público. Aún cuando el consumo del agua con esa presentación haya aumentado en los últimos tiempos, es cierto que esa venta no puede considerarse una actividad tendiente a la satisfacción de necesidades colectivas y de interés general. No sólo en esa venta no está comprendido el interés general, sino que no puede considerarse que su consumo constituya una necesidad colectiva que determine la actividad de venta.

Entonces otra vía de mercantilización del agua es el consumo de la misma, en botellas y garrafones en detrimento del grifo, lo cual, como se sabe, es una estafa colosal ya que las embotelladoras no usan agua de manantial, sino que ponen su sello al agua de la red pública.

En el caso específico de México, debemos subrayar que, entre los logros de la privatización del agua (sin abusos y mala asignación que son argumentos de la privatización) debe acotarse lo siguiente: cuatro trasnacionales controlan gran parte del exitoso negocio del agua embotellada en el país (Coca-Cola, Pepsico, Nestlé y Danone), que obtienen el líquido "con subsidios estatales asombrosamente generosos y favorables vendiéndolo en botellas de plástico a mil o 10 mil veces lo que les costó conseguirla."¹²⁶

Para reforzar lo anterior:

¹²⁵ Periódico, El País, Sección Negocios, 14 de septiembre del 2007. p. 25.

¹²⁶ socialwatch.com. Consulta 22 de diciembre 2007.

A partir de 2000 y hasta julio del 2003 se habían dado 10 concesiones de más de 4 millones de metros cúbicos de agua a las embotelladoras que operan en México (todas de Coca-Cola y Pepsico), pero desde 1994 se han otorgado a 16 embotelladoras alrededor de 27 concesiones en 10 estados y sobre 15 ríos: cinco en Aguascalientes; dos en Zacatecas; cinco en Jalisco; tres en Colima; una en Coahuila; cinco en Durango; una en Zacatecas; tres en San Luis Potosí; una en Guerrero y una en Morelia. La concesión más grande se otorgó en 2001 a la Embotelladora de Cuernavaca por un millón 353 mil metros cúbicos de agua subterránea de la cuenca del Río Balsas.

Además de las siguientes embotelladoras, hay otras tres que también han adquirido concesiones: Ameca (Jalisco), Coahuila (Coahuila), y la Gómez Palacio (Coahuila). Estas 19 embotelladoras que han duplicado sus ganancias con la ayuda gubernamental pertenecen al grupo Continental y los empresarios Purita Leonor, Guillermo Prieto Rivera y Robert J. Dotson Castrejón (Presidenta del Consejo de Administración y Tesorero del Grupo Continental, respectivamente), amigos del presidente Fox, quienes conectaron sus tuberías al recurso hoy en disputa por la privatización más importante del mundo: el agua.¹²⁷

Con o sin concesión para extracción la grandes empresas embotelladoras de agua en nuestro país como en todo el mundo, comercializan el recurso, obteniendo ganancias inimaginables¹²⁸, cuando en nuestro país existen personas que no reciben el servicio en sus hogares y que están privadas del mismo, como se ejemplificará a continuación.

Gian Carlo Delgado Ramos, investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en una breve entrevista, manifestó que: “las noticias sobre el escándalo en Europa de la venta de agua de la llave son la punta del iceberg de lo que hay detrás del negocio de agua embotellada, ya que esta industria implica la privatización de un recurso vital y público”.¹²⁹

¹²⁷ Fernandez, Vega Carlos. “La conclusión de José Angel Gurría llega tarde, cuando menos para México: el agua ya no puede ser un bien gratuito”. La Jornada , 9 marzo 2006.

¹²⁸ Coca-Cola-FEMSA, la embotelladora más grande de América Latina, vende 30 millones de litros diarios de refrescos en América Latina que equivale al consumo normal de agua diaria de 14 millones 500 mil personas. Entre 2000 y 2003 en México el gobierno otorgó 27 concesiones para la extracción de agua en 10 estados y sobre 15 ríos del país a 16 embotelladoras. Véase Castro Soto, Gustavo, La Coca-Cola en México. ¿El Agua tiembla?, Chiapas al Día No. 445, www.ciepac.org .Consulta realizada 10 enero 2008.

¹²⁹ síntesisdigital.com.mx. Consulta 10 enero 2008.

Rogelio Zenteno Trecho, coordinador de la organización Enlace y Capacitación en Tlahuapan, municipio de Puebla uno de los Estados de la República Mexicana, manifestó que: “es una contradicción que la embotelladora Santa María de Nestlé tenga una concesión de agua en la región y que a ejidatarios se les niegue el permiso de tener agricultura de riego. A los ejidos de Santiago Colzingo y San Juan Cuauhtemoc, entre otros, la Comisión Nacional de Agua (CNA) les ha negado el permiso de extracción de agua para sus siembras, sin embargo, Agua Santa María de Nestlé tiene una concesión para usufructuar una toma de agua”.¹³⁰

El coordinador de Enlace y Capacitación recalcó en la entrevista que : “Esta situación no sólo pasa en Tlahuapan, sino en la mayoría de municipios del estado y del país; las autoridades favorecen a las empresas grandes en lugar de a los habitantes y en el caso del campo los dejan sin forma de subsistencia, por lo que llegan a vender sus recursos naturales como la madera y la arena para poder obtener \$200.00 pesos diarios y ello incide directamente en la menor cantidad de agua que hay actualmente”.¹³¹

Como podemos observar este negocio del agua embotellada es un círculo vicioso, como muchas de las otras figuras que sugieren la privatización del recurso, las empresas extraen el agua con o sin concesión de extracción o de servicio público, se les favorece y da prioridad ante las necesidades de la población nacional, que tienen que valerse de otros medios para subsistir como es el caso de la agricultura, lo que también repercute en el ciclo hidrológico y vuelve al recurso aún más escaso.

Además la concesión a dichas empresas, si es que la tienen, que en su mayoría son extranjeras, es como todas las concesiones, no implica una regulación específica para la extracción, tomando en cuenta los volúmenes de agua que se extraen para comercializarla y venderla como mercancía. Es realmente difícil, el poder entender, que los Estados y sus gobiernos no perciban este saqueo del

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ Ibidem.

recurso, cuando existen otras necesidades hídricas para la población que no son atendidas ni resueltas.

2.5 Cuestiones internacionales que influyen de manera directa en la privatización del recurso.

2.5.1 La Organización Mundial de Comercio y Tratados internacionales relacionados con la privatización o inversión privada de los recursos hídricos.

Hay que tomar en cuenta que además de lo que se expone en cuanto a las cuestiones internas en el Derecho Mexicano respecto a la gestión y manejo de las aguas, a nivel global, existen instituciones financieras que injieren en las políticas que los Estados adoptan directa o indirectamente, lo cual se realiza para no quedar fuera del juego mundial en cuanto a la política neoliberal imperante.

La agenda de privatización del agua inicia con más claridad en la década de los 90, es en esta década cuando en la Declaración de Nueva Delhi se estableció como una nueva ordenación global que las políticas de gestión del agua estuviera basada en las cuencas. En 1991 la Organización de las Naciones Unidas crea el Secretariado Internacional del Agua. Un año después, en 1992, en la Cumbre de Río sobre Biodiversidad se definió como meta el año 2000 para establecer nuevas estructuras institucionales y jurídicas en torno al agua bajo el diseño, apoyo y financiamiento del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional quienes serían los acicates por medio de los cuáles se presionaría a los gobiernos para modificar sus legislaciones y preparar el terreno para el mercado abierto del agua.

El posterior encuentro en Dublín ya sólo es dedicado al tema del agua. Estos son los eventos previos a la creación de la Organización Mundial de Comercio en cuyo amparo se crean otras instituciones que promoverían la privatización del agua como el caso de la Coalición de las Industrias de Servicios con sede en los Estados Unidos, y el Foro Europeo sobre Servicios de la Unión Europea. Al mismo tiempo en que nace la OMC y se firma el Tratado de Libre Comercio de

Norteamérica (TLCAN) en 1994, nace el Banco de Desarrollo de América del Norte (BND) para financiar proyectos del sector público y privado en materia de agua.¹³²

Los argumentos fundamentales para privatizar el recurso, a nivel internacional y avalados por los diversos organismos y tratados son los siguientes: crear una campaña publicitaria pública y privada en varias direcciones, hay crisis del agua, millones de personas en el mundo mueren por falta de agua o por su mala calidad; el agua se está acabando y en un futuro será incierto para la humanidad; la culpa la tienen los indígenas por talar árboles, y la población en general por no cuidarla; los gobiernos no cuentan con recursos; el cambio climático y la contaminación del agua agrava la situación; es justo que todos paguen por el servicio; el subsidio es paternalismo; la inversión privada puede salvar la situación, mejorará el servicio, lo garantizará a toda la población y reducirá sus costos por ser más eficaz; por lo que es necesario modificar las legislaciones sobre el agua a la realidad.

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS por sus siglas en inglés)¹³³ es uno de muchos acuerdos bajo la sombrilla de la OMC. Su misión es eliminar lo que en la nomenclatura de la OMC se conoce como “restricciones innecesarias y regulaciones gubernamentales internas que constituyen barreras al comercio entre los países en materia de servicios”. Se trata de un "acuerdo de marco multilateral", lo que significa que en un principio se define un amplio mandato y posteriormente se agrega nuevos sectores y reglas mediante negociaciones permanentes. Las negociaciones en el marco del GATS aplican a toda acción o medida emanada de un gobierno, a escala local, nacional o regional, incluyendo subsidios, donaciones, requerimientos de nacionalidad o residencia,

¹³² Castro Soto, Gustavo. El andamiaje para la privatización del agua. Revista Semillas, 3 de noviembre de 2006. arriate.org. Consulta 18 septiembre 2007.

¹³³ AGCS (sus siglas en inglés: GATS): Cuando el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio se convierte en la OMC en 1994, el comercio de servicios es uno de los pilares fundamentales y uno de los 28 acuerdos comerciales internacionales administrados por la OMC. El AGCS figura entre los acuerdos comerciales cuya aprobación se hizo obligatoria para cada país que quiere ser miembro de la OMC. El AGCS abarca todos los servicios existentes y desde 2000 se está negociando una versión ampliada del acuerdo para restringir aún más las capacidades gubernamentales y construir un arma eficaz a favor de la privatización de todos los sectores públicos, incluido el suministro y saneamiento de agua.

regulaciones cuantitativas, laborales y ambientales, etcétera. Estas negociaciones formalmente se iniciaron en febrero de 2000, el poder de vinculación de la OMC es enorme, así como su capacidad para establecer sanciones a sus Estados miembros.

La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (World Summit on Sustainable Development - WSSD) fue la cuna de un plan de acción para un futuro en el que las prioridades se concentrarían sobre la justicia social y ambiental. Por lo contrario, en las discusiones principales se ha observado que los países ricos como Canadá, los Estados Unidos y Japón presionan para que se acomode la Sostenibilidad a las reglas de comercio de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Si el desarrollo sostenible debe someterse a las normas de la OMC, el lucro tendrá precedencia sobre nuestro planeta y sus habitantes; y los servicios esenciales, como el agua, serán entregados a las corporaciones más poderosas.

El agua para la OMC es sólo una mercancía en el mercado global, por lo cual debe hacerse disponible como un bien comerciable y como negocio privado, por lo tanto las leyes que protegen el medio ambiente en los Estados, se intenta por parte del organismo, que no sobrevivan a los desafíos que éste impone, pues si dichas leyes aseguran servicios sociales y protegen el agua pueden ser calificadas de “barreras al comercio” y se podrá entonces forzar su anulación.

El propósito de el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios es liberalizar progresivamente el “comercio de servicios” entre los miembros de la OMC. El GATS entró en vigor en enero de 1995, pero las negociaciones comenzaron oficialmente a principios de 2000. En marzo de 2001, el Consejo del Comercio de Servicios estableció las directrices y procedimientos para las negociaciones. La Declaración de la Conferencia Ministerial de Doha en noviembre de 2001, respaldó la labor realizada, reafirmó las directrices y procedimientos para las negociaciones y estableció como plazo para la conclusión de las negociaciones el 1º de enero de 2005.

El comercio de servicios se define de manera muy amplia para incluir la inversión extranjera directa en servicios tales como salud, educación, agua, pensiones, transporte. Entre otras cosas, la liberalización implica la eliminación de cualquier medida gubernamental que podría favorecer a un proveedor nacional frente a uno extranjero, como por ejemplo los subsidios públicos preferenciales. Significativamente, también incluye terminar con los monopolios públicos, así como la desregulación cuando una norma se considera demasiado onerosa para los inversionistas y proveedores de servicios extranjeros.

Técnicamente el AGCS no exige la privatización de los servicios públicos, pero la lógica de la liberalización del comercio y las pautas establecidas en cuanto a ellos y los requisitos legales de los acuerdos seguirán erosionando el sector de los servicios públicos. Por ejemplo, conforme a la obligación de trato nacional¹³⁴, si un país subvenciona un sector público, deberá subvencionar a cualquier proveedor extranjero que proporcione el mismo servicio.

Los defensores del proceso de liberalización del AGCS argumentan que el Artículo 1 del AGCS¹³⁵ excluye “los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”. Sin embargo, esta afirmación queda modificada por la definición del AGCS de servicios gubernamentales, que dice: “un servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios” (AGCS, Artículo I, 3,c). Habida cuenta que la mayoría de servicios públicos a menudo se pagan y son suministrados tanto por proveedores públicos como privados, como en el caso de la salud y la educación,

¹³⁴ El trato nacional es un compromiso específico y solo se aplica a los sectores de servicio respecto a los cuales un país ha contraído una obligación en el marco del AGCS. Un miembro del AGCS debe “otorgar a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el dispensado a los propios servicios similares o proveedores de servicios similares”. Esta medida proscribire toda regulación que dé preferencia o ventaja competitiva a la industria de servicios nacional y significa que “ciertos proveedores extranjeros también tienen derecho a toda forma de subsidio que se conceda a los proveedores nacionales” (OMC).

¹³⁵ Para mayor amplitud en el conocimiento de éste y otros artículos del referido acuerdo de la OMC, remitirse a la documentación respectiva.

la ambigüedad del lenguaje de esta sección abre prácticamente la puerta a la liberalización y privatización de todos los servicios públicos.

El AGCS es muy diferente de los acuerdos tradicionales sobre los bienes y la agricultura, que son claramente mercancías que han estado sometidas a aranceles aduaneros. Liberalizar y abrir el acceso al mercado de los bienes y las mercancías tradicionales en general ha significado negociar una disminución de los aranceles. Las principales barreras al comercio de los servicios no son los aranceles aduaneros, sino las disposiciones legales nacionales. El esfuerzo encaminado a liberalizar el comercio de servicios se dirige, a la fuerza, hacia dichas disposiciones, que de alguna forma restringen el comercio. En el lenguaje del acuerdo, las prescripciones nacionales no deben ser “más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio” (AGCS, Artículo VI, 4,b). Además, el alcance de los reglamentos que abarca el Acuerdo va potencialmente más allá de los gobiernos centrales e incluye “las medidas adoptadas por gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; e instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales” (AGCS, Artículo I, 3, a, i-ii).

La liberalización de servicios conforme al AGCS prosigue la liberalización de muchos servicios impuesta por las políticas de ajuste estructural elaboradas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI) como condiciones para la reestructuración y reducción de la deuda durante las dos últimas décadas. La OMC, el Banco Mundial y el FMI trabajan conjuntamente para proseguir el proceso de liberalización comercial en todos los sectores. Si bien es posible que las compañías transnacionales proveedoras de servicios se beneficien, los derechos humanos, las personas que viven en la pobreza pagan el precio.

Los proveedores de servicios públicos y privados tienen prioridades diferentes y por consiguiente sirven a las comunidades de distintas maneras. El sector privado es un sector lucrativo y no tiene la obligación de proveer servicios a las zonas rurales o a las personas que viven en la pobreza. El sector público tiene

la obligación de servir a todos los ciudadanos y por consiguiente a menudo debe subvencionar el servicio para garantizar que llegue a las zonas y personas económicamente desfavorecidas. Tanto si un país cumple con el acuerdo de trato nacional del AGCS mediante la subvención de los proveedores públicos y privados o mediante el recorte de subsidios a los proveedores públicos, las zonas y personas económicamente desfavorecidas sufrirán y los ciudadanos se enfrentarán a un sistema de dos velocidades: aquellos que pueden comprar los servicios podrán disfrutar de ellos y aquellos que no pueden comprarlos o verán su acceso disminuido o no dispondrán de ningún servicio en dicho sector.

Como ya se ha mencionado, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, están trabajando conjuntamente con la OMC, para forzar al agua hacia propietarios privados induciendo a las naciones a abandonar sistemas públicos y permitir la distribución privada del agua, con esto se le asigna un precio al agua y se termina con los subsidios para los pobres lo cual también han sido políticas de dichos organismos para hacer que los servicios públicos sean atractivos para las corporaciones transnacionales. Debido a las reglas de la OMC, el ámbito público pierde el control de los servicios privados de agua y devolverlos posteriormente al sistema público se vuelve y volverá casi imposible.

A pesar de que la mayoría de los países aseguran que el agua es un bien que no puede ni debe ser comercializado, el recurso es considerado en el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios como una mercancía más, sin tomar en cuenta el desarrollo humano. Existe una gran preocupación ante la insistencia de la Unión Europea (UE) de incluir el agua en las negociaciones del GATS, sobre todo porque bajo las reglas de la OMC este servicio no podría retornar al sector público, aún cuando la empresa privada no cumpla con las condiciones.

Documentos de la Unión Europea, como el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea (TLCUE) contienen demandas de privatización y comercialización de agua y otros servicios como, los postales, financieros y bancarios, la generación y abastecimiento de electricidad, el turismo y las telecomunicaciones, que el bloque se propone presentar en las negociaciones que

se desarrollan en la Organización Mundial del Comercio (OMC), reclamando en forma específica también la derogación de todas las leyes que permiten a los países en desarrollo la regulación de las inversiones extranjeras.

Lo importante ante un organismo como la OMC es reafirmar el derecho soberano que cada país a regular sus recursos hidrológicos en todos sus usos y servicios, como parte de una política integral y sostenible para garantizar el derecho humano al acceso al agua de toda la población. Por tanto su gestión debe permanecer en el ámbito público, social, comunitario, participativo, equitativo y sin fines de lucro; y no debería ser privatizada y tendría que ser retirada de todos los acuerdos de inversiones y libre comercio.

México no ha sido la excepción, en cuanto a la injerencia de las políticas de la OMC. Los tres últimos sexenios presidenciales, en alianza con grupos empresariales mexicanos y extranjeros, se han fomentado e instrumentado una abierta política hacia la privatización del uso, infraestructura y gestión del agua. Esa política mercantilista proviene de la aceptación de la asesoría y financiamiento del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, de la política de cooperación francesa y de la liberalización mercantil y de inversión de los servicios de agua, promovida por las empresas transnacionales bajo el Acuerdo General de Comercio de Servicios (GATS-OMC).¹³⁶

Existe por ejemplo en México, el Proyecto de Modernización Integral del Riego (PMIR), que pretende consolidar la privatización de la mayor infraestructura de riego de América Latina, la creación de mercados de agua y de servicios en el espacio rural de México (el mayor consumidor de agua del país).¹³⁷

¹³⁶ Villamar, A. Un cuarto de siglo de políticas neoliberales en el agua de México. Ed Esfinge. México, D. F. 2005. p 234.

¹³⁷ Los cerca de 6mil 200 millones de pesos del proyecto lo eleva al primer lugar de inversión y operación. Para mayor detalle consúltese:<http://www.bancomundial.org.mx/pdf/DIP/PMIR/PMIR.pdf> Consulta 27 de noviembre 2007.

Una segunda meta importante es, la aceptación de la “oferta de liberalización” de los Servicios de Agua bajo el GATS, usando el instrumento de intermediarios financieros mercantiles bautizados como “Bancos de Agua” para concentrar las concesiones sobre derechos de uso el cuál es invisible para la inmensa mayoría de los ciudadanos, y su objetivo es consolidar en el marco de los compromisos internacionales del GATS-OMC, la obligación del Estado Mexicano para dar entrada a las empresas extranjeras en todos los rubros y etapas vinculadas con el agua y su tratamiento.

Al respecto, los tratados de libre comercio (TLCAN, TLCUE) relacionados con las pautas que se establecen en el GATS (Acuerdo General de Comercio de Servicios) de la OMC, han sido marcos jurídicos específicos para “liberalizar” la entrada de inversionistas extranjeros al sector hidráulico del mundo y de nuestro país. En la OMC, desde enero del 2003¹³⁸, el gobierno ha ofrecido la apertura total del agua a los inversionistas extranjeros, algo que en la práctica venía haciéndose silenciosamente desde hace tiempo; desde 1999 el sistema de agua potable y las plantas de tratamiento de Cancún e Isla Mujeres fueron vendidas a la empresa estadounidense Azurix (Enron) quien después la revendió a la trasnacional francesa Ondeo (Suez-Vivendi) quien ahora también posee los sistemas de Torreón, Coahuila y León, Guanajuato, y una parte del Distrito Federal; por su parte la trasnacional Aguas de Barcelona desde 2001 participa en Aguas de Saltillo y de Aguascalientes.

Otras trasnacionales del Reino Unido participan parcialmente en el Distrito Federal. Y en el sector de aguas embotelladas tres grupos trasnacionales (Bonafont-Danone, Ciel-CocaCola y Electropura-PepsiBottle-Group) controlan más del 60% del mercado nacional; en tanto que el subsector refrescos es dominado aun más por los dos últimos grupos.¹³⁹

¹³⁸ México, Proyecto de Lista refundida de Compromisos Específicos S/DCS/W/MEX/24 de enero de 2003, pag 25. disponible en <http://www.wto.org> Consulta 23 de noviembre 2007.

¹³⁹ Martínez, Ruiz Beatriz (Traducción) . Por un modelo público del agua. Triunfos, Luchas y Sueños. Ed. Ediciones de Intervención Cultural, España, 2005. p 251.

Los procesos de privatización solo son posibles desde que los gobiernos están abandonando el control de las fuentes nacionales de agua al participar en tratados o arreglos comerciales tipo OMC, TLCAN o TLCUE (Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea), en este último se establece que se consolidará el grado de apertura vigente en las respectivas legislaciones nacionales para garantizar que ninguna de las partes establezca una normatividad más restrictiva. Los prestadores de servicios podrán acceder al otro mercado con la certeza de que no se les impondrán restricciones al número de prestadores o de operaciones y podrán gozar de trato nacional, lo que significa que habrá igualdad con los proveedores nacionales y recibirán el trato de nación más favorecida.

Este tratado con la Unión Europea en su artículo 4º establece:

El objetivo del presente Título es establecer un marco para fomentar el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios, incluyendo una liberalización bilateral y preferencial, progresiva y recíproca del comercio de bienes y servicios que tenga en cuenta la sensibilidad de determinados productos y sectores de servicios, y de conformidad con las normas pertinentes de la OMC.¹⁴⁰

Este artículo es del todo claro en su contenido, si la OMC propugna por la liberalización de los servicios entre ellos los públicos este tratado se suscribe en el mismo sentido.

En su artículo 6º establece:

Con el fin de alcanzar el objetivo establecido en el artículo 4, el Consejo Conjunto decidirá las medidas necesarias para la liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios, de conformidad con las normas pertinentes de la OMC, en especial el artículo V del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) y teniendo debidamente en cuenta los compromisos adquiridos por cada una de las Partes en el marco de dicho Acuerdo.¹⁴¹

Este artículo establece la vinculación directa con el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC, además de acotar que se deben tomar en cuenta los compromisos adquiridos en el marco de dicho Acuerdo.

¹⁴⁰ Tratado con la Unión Europea. www.google.com.mx. Consulta 23 de noviembre 2007.

¹⁴¹ Ibidem.

En el siguiente artículo encontramos de nueva cuenta la vinculación con el AGCS, y la cuestión de no discriminar el suministro de servicios de las partes:

Artículo 7 - Liberalización del comercio

...

1. Según se dispone en los párrafos 2 al 4 de este artículo, las Partes deberán liberalizar entre ellas el comercio de servicios de conformidad con el artículo V del AGCS.

2. A partir de la entrada en vigor de esta Decisión, ninguna de las Partes adoptará nuevas medidas discriminatorias ni medidas más discriminatorias respecto al suministro de servicios de la otra Parte, en comparación con el trato otorgado a sus propios servicios o proveedores de servicios.¹⁴²

Estos artículos finalmente forman parte del fomento de la transferencia a la iniciativa privada del derecho de la gestión de los recursos hídricos y de otros servicios, al mismo tiempo haciendo uso de argumentos ya muy desgastados en el discurso mundial respecto a la privatización de otros activos estratégicos nacionales, como la necesidad de mejorar el mal servicio que prestan las paraestatales y la ausencia de presupuesto público.

En lo que se refiere al TLCAN (Tratado de Libre Comercio para América del Norte) en sus principios generales también es importante para el asunto del agua, que se trata específicamente en sus capítulos III, XI y XII bajo las modalidades de mercancía, servicio e inversión. Un principio del TLCAN se refiere al "trato nacional", es decir, ningún país puede discriminar a los otros socios del tratado con el propósito de favorecer su sector nacional, sea público o privado. Un ejemplo: Si un municipio mexicano pusiera en venta sus servicios públicos de agua y saneamiento, el país se vería obligado a permitir que las compañías de los países signatarios participen en la oferta pública.

Otra disposición clave se encuentra con la "cláusula de proporcionalidad" (artículo 315 del TLCAN) según la cual, un país signatario del TLCAN no puede reducir o restringir la exportación de un recurso a otro país signatario, una vez que se haya autorizado la exportación. Es decir, cuando una nación decida comenzar

¹⁴² Ibidem.

la exportación de agua a otro de los socios, no habría manera de pararla, a pesar de posibles daños irreversibles al medio ambiente y al consumo interno del país exportador.

La tercera disposición corresponde a la "solución de conflictos entre el inversionista y el Estado". Permite a cualquier empresa de un país signatario del TLCAN entablar una demanda contra el gobierno de otro país signatario por concepto de indemnización por beneficios futuros, es decir, que la expropiación de bienes a las empresas privadas por parte de los gobiernos queda prácticamente anulado. Este beneficio sólo aplica a empresas extranjeras, las empresas locales deben guardar obediencia a sus leyes nacionales. Con estas disposiciones del capítulo XI, cualquier nivel de gobierno de las naciones socias, que intentara acaparar para su sector nacional la prestación de servicios de agua o su exportación comercial se vería en la obligación de indemnizar a las empresas foráneas que así lo solicitaran, por concepto de discriminación y por compensación de oportunidades perdidas.

Otro rubro, es la quinta parte del tratado relacionada con Inversión, servicios y asuntos relacionados que en su Capítulo XI Inversión Sección A – Inversión establece:

Artículo 1101. Ambito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
- (c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.¹⁴³

En el artículo anterior se habla de inversionistas en cuanto al rubro de servicios, esto significa el poder invertir en los mismos en el territorio de las partes, en los cuáles no queda excluido el servicio del agua como veremos más adelante.

¹⁴³ Tratado de Libre Comercio para América del Norte. google.com.mx. Consulta 12 de diciembre del 2007.

Artículo 1503. Empresas del Estado

1. Nada de lo dispuesto en este Tratado se interpretará para impedir a una Parte mantener o establecer empresas del Estado.
2. Cada una de las Partes se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que toda empresa del Estado que la misma mantenga o establezca actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con los Capítulos XI, "Inversión", y XIV, "Servicios financieros", cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado, como la facultad para expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.
3. Cada una de las Partes se asegurará de que cualquier empresa del Estado, que la misma mantenga o establezca, otorgue trato no discriminatorio a las inversiones de inversionistas de otra Parte en su territorio, en lo referente a la venta de sus bienes y servicios.¹⁴⁴

En el artículo anterior podemos interpretar que las Empresas de Estado pueden mantenerse o establecerse siempre y cuando no sean incompatibles con las obligaciones contraídas por las Partes del Tratado, en lo que se refiere a inversión y servicios financieros. En el numeral tres del mismo se establece claramente que las empresas de Estado no discriminarán a los inversionistas de otra de las Partes en su territorio, en lo que se refiere a venta de bienes y servicios. Lo cual queda totalmente claro, no se obstruirá la inversión privada en estos ramos en los cuales se encuentra incluido el del agua.

La afirmación de que el agua se encuentra incluida en dichos servicios se fundamenta en dicho Tratado, en el Apéndice 1001.1b-2B en la subsección de servicios públicos, que en su numeral 5003 acota "Servicios de Agua" y en el apéndice 1001.1b3-A, numeral 5152 acota "perforación de pozos de agua". Por lo anterior también en el TLCAN, se contempla la inversión privada en el servicio de agua, en relación y como parte de la liberalización de los servicios públicos impulsada por la OMC.

Ahora el gobierno habla de preferencia de "apertura" y "participación privada", no directamente de privatización. Al mismo tiempo se conceden más y más contratos

¹⁴⁴ Ibidem.

de servicios a empresas privadas como ya se ha ejemplificado, que al final de cuentas significan una privatización silenciosa de los sectores antes considerados meramente estatales. La privatización bajo los designios del libre comercio y la apertura ha llevado frecuentemente y en un mediano plazo, a que ramas internas de la Economía sean controladas por grandes empresas extranjeras. Un ejemplo son los bancos, que mientras tanto, casi sin excepciones se encuentran en manos de las instituciones financieras norteamericanas y europeas.

Aunque en la OMC asegure que ningún país es forzado a tomar decisiones, ya que éstas son adoptadas sobre la base del consenso de todos los gobiernos Miembros, por lo que los gobiernos no pueden ser obligados a abrir el sector de los servicios públicos, estamos ante una realidad que no indica lo anterior, pues los diversos países son condicionados en cuanto a préstamos de organismos internacionales como Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, para así ser presionados para tener que tomar decisiones impuestas por el “club” de la OMC.

Debido a ostensibles vacíos o ausencias en la legislación sobre algunos recursos naturales, los actores interesados en usufructuarlos aprovechan la situación para violar el espíritu constitucional, ya que en el rubro de los recursos hídricos, al menos “formalmente”, las concesiones totales o parciales no contradicen el artículo 27º constitucional, ya que el Estado según la ley sigue teniendo el dominio directo sobre el agua. La inexistencia de candados constitucionales que coloquen al agua y la biodiversidad en general como recursos estratégicos es el grave problema, salvaguardas que sí existen con el petróleo, ya que al no existir, facilitan en cierto modo su saqueo incluso “legal”.

Así, bajo la política de atraer inversión extranjera para sustituir la falta de voluntad política gubernamental para invertir en servicios e infraestructura, es previsible que tienda a aumentar la presencia de transnacionales del agua en muchas ciudades y sectores, al amparo de los organismos internacionales, de sus acuerdos y tratados.

Dejando a un lado las limitaciones que impone el artículo 27º constitucional, que señala el agua como de dominio directo de la Federación Mexicana, en el marco de la OMC y los diversos Tratados el agua ha sido declarada por sus miembros como una mercancía que puede lanzarse al mercado como un “bien”, un “servicio” o una “inversión”.¹⁴⁵ Ello permite que, al margen de la norma constitucional, los Estados neoliberales centrales, los organismos internacionales, como la OMC, y las compañías multinacionales, interesados en actividades de inversión en ese rubro puedan “argumentar” que de no abrirse ese recurso al mercado mundial –y entonces a sus inversiones–, se estaría cayendo en una violación sancionable bajo las reglas del comercio internacional acordadas, tanto en el TLCUE, TLCAN como en la OMC.

2.5.2 El Banco Mundial y otros organismos internacionales, su influencia en la privatización del agua.

Además de la OMC, otro organismo internacional que es fundamental en cuanto al impulso de la privatización de recursos hídricos a nivel global es el Banco Mundial, orquestado por las grandes potencias económicas.

Las potencias que llevan la pauta en la políticas neoliberal mundial, por medio de programas, proyectos, préstamos que aluden a la conservación y protección de los recursos naturales presionan y buscan incidir en los espacios de decisión de los Estados, específicamente en cuanto al acceso, uso, privatización y supuesta conservación de dichos recursos naturales, promoviendo una reformulación de la política nacional y su funcionamiento.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cepal: Progresos realizados en la privatización de los servicios públicos relacionados con el agua: reseña por países de México, América Central y el Caribe, LC/R. 1697, 1998.

¹⁴⁶ Un ejemplo de ello es el Global Environmental Citizenship que es un proyecto del Banco Mundial por medio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, para Argentina, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, México y Perú. El proyecto de fondo busca impactar los distintos niveles de toma de decisiones en cuestiones medioambientales en estos países. Por ejemplo mediante la promoción de legislaciones nacionales, de descentralización de manejo ambiental, el diseño de áreas naturales y de estrategias de conservación local tanto de las áreas naturales como de los cuerpos de agua dulce, entre otras iniciativas (PNUMA/GEF, 2002. Anexo 2:15)

En el caso de México el proceso inició desde 1992, con la nueva Ley de Aguas Nacionales y en ese mismo año el Banco Mundial otorgó un crédito de 250 millones de dólares al gobierno para impulsar su privatización previamente con el mejoramiento de la infraestructura de las grandes ciudades del país. El proceso se ha profundizado hasta la fecha donde las trasnacionales como Suez, Vivendi y Bechtel camuflajeada como Unites Utilities tienen presencia en nuestro territorio.

Al respecto nos encontramos con el texto del Sistema de Integración Centroamericano relacionado con el Banco Mundial:

...Todos los países de Centroamérica atraviesan por reformas del Estado que responden a una serie de factores externos, lo cual explica la similitud de políticas tendientes a reducir el papel del sector público y estimular la mayor participación del sector privado.....la reducción del gasto público ha contemplado, entre otras medidas, reducir el tamaño del personal en las entidades públicas, además de fomentar la mayor participación del sector privado en la provisión de los servicios básicos, como energía eléctrica, agua potable y telecomunicaciones; todo dentro de un proceso que viene acompañado de cambios legales e institucionales....las reformas efectuadas persiguen propósitos comunes.....modernizar la estructura gubernamental y establecer el marco regulatorio para apoyar una mayor apertura a la participación del sector privado en la provisión de servicios públicos. En el sector de recursos hídricos los cambios.....tienden a romper los monopolios estatales, para posteriormente facilitar la instrumentación de esquemas de concesión de los servicios públicos o para la capitalización y/o privatización total o parcial de las empresas públicas.¹⁴⁷

En cuanto a nuestro país podemos distinguir dos periodos de operación sobre todo del Banco Mundial. El primero cubre desde su lanzamiento hasta mediados de la década de 1970 y principios de 1980, con el esquema de “sustitución de importaciones”. El segundo se ocupa de la época neoliberal, que es un régimen que se ha implantado a los Estados Periféricos que es conocido como “Consenso de Washington”¹⁴⁸, que se instaló por medio de un régimen acreedor a ultranza resultado de la negociación de la deuda derivada de la crisis de 1982.¹⁴⁹

¹⁴⁷ SICA, agosto del 2000:6.

¹⁴⁸ Se entiende por Consenso de Washington un listado de políticas económicas consideradas durante los años 1990 por los organismos financieros internacionales y centros económicos con sede en Washington DC, Estados Unidos, como el mejor programa económico que los países latinoamericanos debían aplicar para impulsar el crecimiento luego de la crisis del modelo cepaliano de Industrialización por Sustitución de Importaciones. Sin embargo, tomó importancia

Puntualmente el autor del Consenso de Washington, John Williamson entendía como tal al complejo político-económico-intelectual que tienen sede en Washington: los organismos financieros internacionales (FMI, BM), el Congreso de los EEUU, la Reserva Federal, los altos cargos de la Administración y los institutos de expertos económicos (think tanks).¹⁵⁰

La acción propia de la época neoliberal mexicana, es la toma de instrumentos del mando del Estado nación, colocando a los acreedores extranjeros en este caso los organismos internacionales ya mencionados, como un cogobierno por su creciente injerencia en la política comercial y de exportaciones, en la minería, en la biodiversidad y el agua, en la reestructuración del sector energético como lo es el petróleo, gas natural y electricidad, en el transporte (ferrocarriles, puertos, aeropuertos y carreteras) en los sectores acerero, agrícola y de fertilizantes, en la desregulación financiera, y hasta en el adiestramiento de la mano de obra, construcción de viviendas, de asistencia social y combate a la pobreza.¹⁵¹

En cada uno de estos rubros mencionados el Banco Mundial ha participado con préstamos y por lo tanto esto determina que injiera con evaluación control y vigilancia de los proyectos para llevar a cabo dichas actividades, por lo tanto se trata de la extranjerización de toma de decisiones, con importantes implicaciones de orden económico, sociopolítico y legislativo, como por ejemplo reformas a la

general debido a los amplios postulados. Los cuales son: 1 Disciplina fiscal, 2 Reordenamiento de las prioridades del gasto público, 3. Reforma Impositiva ,4 Liberalización de las tasas de interés 5 Una tasa de cambio competitiva 6 Liberalización del comercio internacional (trade liberalization) 7 Liberalización de la entrada de inversiones extranjeras directas 8 Privatización de empresas públicas 9 Desregulación de actividades económicas 10Derechos de propiedad. <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf> . Williamson, John; "A Short History of the Washington Consensus", Barcelona, 2004. Consulta 23 de noviembre 2007

¹⁴⁹ Detalles sobre la negociación de la crisis de 1982 por la deuda externa son ofrecidos por Saxe-Fernández, 1996: 63-78.

¹⁵⁰ Williamson, John, A Short History of the Washington Consensus, Barcelona, 2004. <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>. Consulta 23 de noviembre de 2007.

¹⁵¹ Banco Mundial, Country Assistance Strategy, reporte núm 23849- ME, Washington 19 de abril de 2002.

Constitución mexicana y legislación secundaria, y por supuesto implicaciones en la soberanía y seguridad nacional.

En torno a nuestro Estado nos encontramos ante un proceso de descentralización continua, impulsada a nivel internacional o si lo podemos llamar de ciertas forma “un nuevo federalismo” donde los organismos internacionales y las multinacionales definen nuestras políticas en todo sentido, pues al transferir responsabilidades a los estados y municipios, se les deja la responsabilidad también de establecer contratos de concesión, con actores privados para que sean prestadores de servicios ambientales, como ya ejemplificamos. Al respecto encontramos cinco de los objetivos estratégicos del Banco Mundial:

- a) consolidación del marco macroeconómico
- b) aceleración del crecimiento por medio de la competitividad,
- c) desarrollo del capital humano
- d) estabilización de crecimiento y reducción de la pobreza con protección del medio ambiente,
- e) construcción de un gobierno eficiente, transparente y confiable.¹⁵²

Respecto al primer inciso, es la modificación de marcos legales nacionales que se acople a lo que se quiere lograr en cuanto a la apertura de sectores a la inversión privada a nivel macro, tal vez reformas fiscales, modificación del marco de protección a ciertos recursos estratégicos, esto por ende los lleva al segundo inciso donde se asume que esto nos llevará a disfrutar de los beneficios del crecimiento de la economía global, para lograr mayor competitividad mundial ; en cuanto al cuarto inciso, la estabilización de crecimiento no se da a todos los niveles de la sociedad y por ende la reducción de pobreza de transforma en un sueño que nunca se alcanza, y la protección del ambiente es solo un discurso para tener acceso a los activos naturales disponibles, donde mediante supuestos planes de conservación que sólo desnacionalizan los recursos para después privatizarlos y convertirlos en un negocio rentable para los que tienen los medios económicos de lograrlo, ya sea nacionales o extranjeros. Y el último pues lograr un gobierno eficiente y confiable al servicio de la inversión privada.

¹⁵² Ibidem.

Para que todo lo anterior funcione, se incluye una incursión del Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y Fondo Monetario Internacional principalmente, como cogobierno que participa activamente en el aparato de toma de decisiones de los países, para la construcción y diseño de los marcos legales que han de regular los servicios, y que en el caso que nos ocupa, se verá reflejado en la emisión de reformas “modernizadoras” para la gestión de los recursos hídricos de los países y regiones.

Pero a lo que esa “modernización” se refiere es realmente a la descentralización de las funciones de explotación y establecimiento de un sistema regulatorio, para que así se pueda privatizar paulatinamente a favor de capitales extranjeros y “mejorar el funcionamiento de los servicios públicos, incluso en el sector público.”¹⁵³

En relación con los recursos hídricos, y con lo expuesto anteriormente encontramos sobre el Banco Interamericano de Desarrollo lo siguiente:

El Banco “apoyará y estimulará la participación del sector privado y de un sector público con capacidades de fluidez y regulación en todas las actividades y servicios referentes al agua, como componentes de acciones ampliadas para la modernización de sub-sectores de suministro de agua y sanidad, hidroeléctrica e irrigación, así como del sector de recursos hídricos como un todo”.¹⁵⁴

La condición en este supuesto es que el sector público, sea un sector con fluidez, lo cual en el caso del agua, se asume que no lo es, por lo que es la justificación de la participación del sector privado para que “rescate” el mal funcionamiento del sector público.

En este contexto, tal y como indica la CEPAL:

...casi todos los gobiernos de América Latina y el Caribe han anunciado una política de aumento de la participación privada en los servicios relacionados con el agua.....en América Latina son únicamente cuatro los países en que las principales atribuciones de gestión de los servicios públicos relacionados con el agua se han transferido al sector privado. Sólo en uno de los cuatro, a saber

¹⁵³ CEPAL, febrero de 1998: 4

¹⁵⁴ Banco Interamericano de Desarrollo. Strategy for Integrated Water Resources Management. 1998:19

Argentina, se ha encomendado a empresas privadas la gestión de importantes sistemas de abastecimiento de agua y saneamiento.¹⁵⁵

Respecto a la gestión de los recursos hídricos en México y la influencia de organismos internacionales tenemos otro ejemplo en específico, el Programa para la Modernización de Organismos Operadores de Agua (Promagua) de Septiembre de 2001, que resume la nueva versión de la política urbana de agua potable. Los primeros antecedentes generales del Promagua se remontan al diciembre de 1995, cuando el gobierno del entonces presidente Zedillo creó el fideicomiso denominado Fondo de Inversión en Infraestructura, cuyo objetivo principal era desarrollar y operar esquemas que propiciaron la participación de la inversión pública y privada en proyectos de infraestructura básica del país.

Promagua fue publicado de manera conjunta por la Semarnat (Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales), la CNA y por el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos. Promagua es financiado con un préstamo de 250 millones de dólares del Banco Mundial¹⁵⁶ y es parte del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. Para avanzar hacia estos objetivos, Promagua provee de recursos adicionales a aquellos organismos urbanos que emprendan el cambio estructural y promuevan la participación del sector privado en la prestación de este servicio.

Es una afirmación que se fortalece tomando en cuenta que Promagua es acompañado por el trabajo de consultoría y capacitación de instancias como la Oficina Internacional de Agua (OIA), el Centro Internacional del Ambiente (WEC), y el Centro Mexicano de Capacitación en Agua y Saneamiento (CEMCAS), donde están representados en gran parte los intereses de grandes consorcios transnacionales del sector del agua.¹⁵⁷

¹⁵⁵ CEPAL, 1998:3

¹⁵⁶ El Banco Mundial tiene previsto hacer préstamos por un monto de 5 mil millones de dólares a México entre 2003 y 2005, para apoyar los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. La reforma de la infraestructura básica, que incluye el abastecimiento de agua y los servicios sanitarios, es una prioridad.

¹⁵⁷ Principalmente Suez y Vivendi en el caso de OIA y CEMCAS y Anglian Water, Northumbrian Water, Severn Trent Water, Thames Water (parte del consorcio alemán RWE) en el caso del WEC.

Después de este breve repaso sobre la influencia de Tratados internacionales, organismos internacionales como OMC, BM y FMI en las políticas económicas de los Estados, y ejemplificando dicha influencia de forma específica en nuestro país, podemos afirmar, que la transformación a nivel global respecto a las políticas hídricas es innegable y que incide de manera directa en las reformas estructurales y en los marcos legales de los Estados, impulsando una transferencia de gestión e infraestructura a las grandes multinacionales interesadas en el recurso.

CAPITULO III

EL AGUA ANTE LA POLÍTICA NEOLIBERAL MUNDIAL Y LAS FIGURAS JURÍDICAS QUE SUGIEREN LA PRIVATIZACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

3.1 La política neoliberal y el agua como recurso natural.

Las reservas de agua dulce, son el 2.6%¹⁵⁸ de agua total en el orbe, la mayoría de éstas se concentran en el subsuelo en forma de acuíferos y representa una cantidad setenta veces mayor a la que escurre en la superficie terrestre.

El creciente sobrecalentamiento del planeta provocará fenómenos como grandes inundaciones y sequías de larga duración, reduciendo la calidad del agua, la productividad biológica y los hábitats, por lo tanto la globalización también nos tendrá o tendría que llevar al estudio del agua con un punto de vista que le dé un alto valor estratégico a nivel global, desde su localización hasta el acceso a las reservas naturales y artificiales existentes, esto resulta fundamental y urgente.

Si se toma en cuenta que son sólo algunos los espacios naturales generadores de agua dulce, y que cada uno de éstos en ocasiones es compartido por dos o más naciones, es de esperarse una intensificación de conflictos interestatales por el control y usufructo de este vital y singular recurso. Las pugnas y disputas por el agua ya existen y podrían hasta desencadenar en conflictos bélicos a mediano plazo.

Cabe destacar que el ritmo y tipo de consumo actual de agua dulce responden, a la nueva modalidad de desarrollo económico depredador del neoliberalismo o del capitalismo a ultranza. Cada veinte años el consumo de agua dulce se duplica¹⁵⁹, sea por fugas, consumo humano, actividades industriales, actividades agrícolas, y la industria electroinformática en boga, y por la gran mayoría de las actividades que desarrolla el ser humano, directa o indirectamente tienen que ver con el recurso en estudio.

Por todas estas actividades que solo son ejemplos de una inmensa gama, que han arrojado las nuevas actividades mundiales y el crecimiento de los centros metropolitanos, se ha intentado sin éxito

¹⁵⁸Clarke, Robin. Water. The international crisis. MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.pp 19.

¹⁵⁹ Ibid. pp. 21-22.

sobrellevar la escasez saqueando múltiples fuentes. Se ha conocido de numerosos proyectos con la pretensión de monopolizar de manera eficiente las reservas de agua dulce del planeta. Entre ellos, cabe mencionar el desvío de los ríos de Canadá y Alaska hacia Estados Unidos, para almacenar el agua.¹⁶⁰

Lo que podemos observar con estas pautas en el manejo de aguas, es que la función pública ha degradado y pervertido el término interés general en la gestión de los recursos naturales siendo el agua parte de ellos, como consecuencia de que los Estados como tal, han pervertido también su papel de garantes de derechos, de equidad y del bienestar general, así como de proporcionar servicios públicos esenciales para la población.

El enfoque neoliberal vigente, la apropiación privada de los recursos naturales y ambientales por un lado, y la gestión de los servicios ligados a esos recursos por otro, desde la dinámica del mercado, son los ejes estratégicos del modelo de globalización impulsado por los organismos internacionales a los cuáles ya hemos hecho referencia y explicado su papel y estrategias para llevar a cabo los objetivos propuestos a nivel mundial en cuanto al agua se refiere.

En este sentido, la escasez de agua y su abastecimiento a la población, lo cual es un problema real a nivel mundial, aseguran la disposición de las personas a pagar por el recurso, claro de quién dispone de los medios para hacerlo, lo que genera grandes oportunidades de negocio, el ejemplo más representativo es el dominio privado de las fuentes de agua en los países, lo que se ha extendido por todo el mundo.

Todo esto se ha transformado para que dichas fuentes sean una necesidad imperiosa de la población, además de ser un gran negocio; donde la iniciativa privada con sus políticas y estrategias, ha incursionado para hacer del recurso una necesidad por la que hay que pagar como una mercancía, que inevitablemente por el mismo mercado, arroja ganancias para quien la gestiona, distribuye o maneja.

¹⁶⁰ Ibidem.

A nivel mundial se observa una tendencia a monopolizar las principales fuentes de agua, lo que debe entenderse como los primeros pasos hacia su privatización por los capitales involucrados en el negocio. Este proceso se viene concretando y los principales actores son organismos internacionales y sus compañías multinacionales, quienes se pretende sean las acreedoras de las principales reservas de agua dulce del orbe, de su almacenaje, de su distribución y de su potabilización. Para esto se ha impulsado a nivel mundial el manejo de “cuencas hídricas”, de lo cual nuestro país no ha quedado exento, pues su legislación hídrica vigente lo contempla.

Como mecanismo complementario al mencionado monopolio para gestionar y usufructuar los recursos hídricos por medio de proyectos de “conservación” o privatización de cuencas hídricas y acuíferos, también se da de forma estratégica para el mercado mundial, la privatización parcial o total por medio de las concesiones contempladas en las legislaciones, así los sistemas mundiales de distribución, almacenaje y potabilización de agua, pretendiendo que se encuentren en manos privadas para satisfacer las necesidades de la población y de las grandes ciudades, mas no que se distribuya el recurso donde no se tiene acceso, pues eso no reeditaría ninguna ganancia.

Otro proceso paralelo es que las multinacionales que hacen uso masivo del agua ya sea por concesión para embotellarla, han buscado hacerse de tierras ricas en este recurso o al menos se han adjudicado los “derechos hídricos”, además de las concesiones que pactan con los gobiernos locales para que éstos les subsidien el agua en volumen y precio.

Para que todo lo anterior funcione, se incluye una incursión de organismos internacionales que pugnan por la “modernización” y diseño de nuevos marcos legales para la gestión de los recursos hídricos de los países y regiones.

Pero a lo que esa “modernización” se refiere es realmente a la descentralización de las funciones de explotación y gestión, y al establecimiento de un sistema

regulatorio, para que así se pueda privatizar paulatinamente a favor de capitales extranjeros y “mejorar el funcionamiento de los servicios públicos, incluso los que se encuentren en el sector público.”¹⁶¹

Además los procesos de negociación globales reflejan las contradicciones entre los diferentes bloques del poder transnacional; por ejemplo, en el marco de la OMC encontramos a Estados Unidos, a la Unión Europea, a Japón, a los tigres asiáticos, a China, al Tercer Mundo y próximamente también a Rusia. Esto hace que surja la necesidad de constituir todo un espectro de organizaciones, es decir, procesos de ejercicio del poder a través de las cuáles se pueda impulsar la liberalización del agua en función de determinados intereses, en los cuáles ocupan una posición relevante la Unión Europea y Estados Unidos y, en especial, sus transnacionales del agua.

Tanto en la Unión Europea como en los Estados Unidos, y otros países dotados de “avanzadas” legislaciones en materia de aguas, la clave, más allá de las argumentaciones medio ambientales son las de índole económico.

Las aguas en buen estado ecológico, son sumamente interesantes desde el punto de vista económico, no sólo por la calidad de las aguas, sino por los servicios ambientales, que este buen estado proporciona.

Pero estos principios de mantenimiento de los recursos, más allá de su valor social y moral, tienen una proyección de racionalidad económica, que cada día gana más adeptos en cuanto a la forma de operar para todos los agentes involucrados en la gestión de los recursos naturales y del agua específico.

El agua, en este contexto, es concebida como objeto del intercambio comercial, es decir, como “mercancía económica”. Conforme a esta visión, no se reconoce el agua como elemento base de los procesos de vida, ni tampoco como un derecho humano fundamental. En el mejor de los casos se le ve como una necesidad humana que ha de satisfacerse a través del mercado, amenazándose así la

¹⁶¹ CEPAL, febrero de 1998: 4

gestión sustentable del agua y, especialmente, la equidad en el acceso a ésta. Es obvio también que la incapacidad de nuestros gobiernos para garantizar una gestión integral del patrimonio hídrico contribuye a esta estrategia de mercantilización del recurso.

3.2 España, los recursos hídricos y su dominio público.

3.2.1 El dominio público hidráulico en España.

En este apartado nos avocaremos primordialmente al estudio y análisis en general del manejo del recurso en España, pues es importante tener un punto de comparación y otra perspectiva en cuanto a la forma de gestionar el agua en otros países.

España es un país que forma parte de la Comunidad Europea, lo que nos permite conocer los distintos enfoques de la forma en la que se manejan los diferentes instrumentos jurídicos que para nosotros sugieren la privatización del recurso y que también se encuentran presentes en la legislación mexicana.

La Constitución española, incorporando los principios jurídicos que tradicionalmente regulan la naturaleza jurídica de dicho dominio, declara los bienes de dominio público inalienables, imprescriptibles y inembargables, características esenciales de las que ya hemos hecho énfasis en capítulos anteriores.

La Constitución española en su siguiente artículo establece:

Artículo 132. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

1. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Lo cual confirma el Código Civil español:

Artículo 339 Son bienes de dominio público:

1º. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2º. Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.

Artículo 344.

Son bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las playas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias.

Todos los demás bienes que unos y otras posean, son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales.¹⁶³

En los mencionados artículos del Código Civil español, no se enumeran o describen de manera precisa la cuestión de las aguas, pero en algunos de sus apartados, se hace mención de parte de ellas o de los bienes que están destinados a algún servicio público, que es el caso del agua.

Podemos decir que con los artículos anteriores en el ordenamiento jurídico español el dominio público está configurado como una titularidad de bienes reservada a la Administración pública como consecuencia de una triple afectación: bienes afectados al uso público, a la prestación de un servicio público y bienes reservados como riqueza nacional. Pero en esta legislación tampoco se maneja como veremos más adelante el manejo exclusivo del Estado en la gestión del agua, lo cual se confirma con el artículo siguiente de la Constitución española:

¹⁶² Constitución Española. google.com.es. Consulta 14 de noviembre del 2007.

¹⁶³ Código Civil Español. google.com.es. Consulta 14 de noviembre del 2007.

Artículo 128

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.
2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.¹⁶⁴

En este artículo no queda descartada la posible participación de empresas en cuanto a recursos o servicios esenciales, y como tal el recurso “agua” no queda exento. Lo trascendente, es que hoy no se da prioridad a que el Estado se reserve el manejo de dichos recursos, sino todo lo contrario, es la iniciativa privada nacional o internacional, así como sus empresas, la que cada vez tienen mayor injerencia en el mismo y en la propia ley se establece que pueden participar en la gestión.

Al respecto es importante señalar la visión de Rafael Barranco Vela:

“La exclusión del agua del tráfico jurídico privado no supone una reserva al sector público en el sentido del artículo 128.2 de la Constitución española, sino que está dirigida a ordenar su utilización por los particulares en la producción de bienes y demás necesidades individuales y colectivas incluidas las ambientales”.¹⁶⁵

Así mismo al considerar el en citado artículo la intervención de empresas en el sector público o en servicios esenciales, también puede ser visto como una alternativa diversa en el manejo del recurso desde la perspectiva de un país desarrollado, donde las políticas públicas gestionadas de esta forma reditúan beneficios efectivos a la población en general, situación que evidentemente no sucede en nuestro país.

En el Texto Refundido de la Ley de Aguas española de 1985 encontramos en cuanto al dominio público:

Artículo 2. Definición de dominio público hidráulico
Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

¹⁶⁴ Constitución española. google.com.es. Consulta realizada 20 de noviembre 2007.

¹⁶⁵ Barranco, Vela Rafael, et-al. Los Bienes Públicos. Régimen Jurídico. Ed. Tecnos, Madrid, 1997. p 88.

- a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.
- b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas
- c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores.¹⁶⁶

Por lo que respecta al dominio público y su debate doctrinal tenemos que hay de dos grupos: a) Para el primero el dominio público no es una propiedad pública de una administración sino una función pública, lo cual corresponde a la teoría funcionalista, es decir, un título causal de intervención o se articula como una relación de soberanía o jurisdicción. b) Para el segundo se configura como una propiedad pública de una administración destinada a un fin público.¹⁶⁷

Finalmente diremos que en el Estado español el dominio público hidráulico se configura como una propiedad pública fuera del comercio perteneciente al Estado, atribución de titularidad que no conlleva la asunción por el Estado de todas las competencias sobre dichos bienes, pues es necesario atender al sistema de distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas ya sea en la Constitución española, en los Estatutos de Autonomía y por supuesto que en las disposiciones de la legislación comunitaria.

3.2.2 Legislación de la Comunidad Europea en materia de aguas

Tomando en cuenta que el caso de España, no es idéntico que en de nuestro país, es importante mencionar que el primero también tiene que apegarse a la legislación, disposiciones y manejo que emane de La Comunidad Europea.

España, como parte de la Comunidad Europea, debe tomar en cuenta los diversos tratados o disposiciones comunitarias, que complementan o sirven de base para

¹⁶⁶ Texto refundido de la Ley de Aguas española de 1985. google.com.es. Consulta realizada 20 de noviembre del 2007.

¹⁶⁷ Embid Irujo, Antonio. Diccionario de Derecho de Aguas. Ed. Iustel. España 2007. p 233.

las legislaciones locales de dicha Comunidad tal es el caso del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del 25 de marzo de 1957 que en su articulado establece:

Artículo 174. La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

...

- La utilización prudente y racional de los recursos naturales.
- El fomento de medidas a escala internacional, destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.

- ...

Artículo 175

...

1 No obstante el procedimiento de toma de decisiones contemplado en el apartado 1, y sin perjuicio del artículo 95, el Consejo, por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones adoptará:

...

b) Las medidas que afecten a:

...

La gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos.¹⁶⁸

En los artículos anteriores encontramos sólo una referencia respecto a los recursos hídricos, la cual es muy general, sin hacer mayor explicación de la misma.

Así como encontramos el artículo anterior en dicho tratado, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre del 2000, sólo encontramos un artículo relacionado con el medio ambiente, más no con el agua en específico como derecho fundamental de la Unión Europea que a la letra dice:

Artículo 37. Protección del medio ambiente. En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de

¹⁶⁸ Rebollo, Luis Martín. Leyes Administrativas. 12º ed, Ed. Aranzadi S.A., Navarra España. 2006. p 333.

desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.¹⁶⁹

Como podemos observar tanto el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea como la Carta de Derechos Fundamentales de la misma, solo nos hablan del medio ambiente en general, lo que indica que de forma implícita contemplan el agua como recurso natural y parte del medio ambiente, sin hacer mas alusión que a su protección, mejoramiento y desarrollo sostenible

En relación a lo anterior encontramos:

“Lo que existe es una política comunitaria del medio ambiente, donde la protección de las aguas es un aspecto prioritario a considerar, pero no existe una de aguas. El Derecho comunitario regula las aguas sólo desde el punto de vista medioambiental.

En cuanto a distribución de competencias en la política de aguas comunitaria, es un ámbito de competencias compartidas entre la Comunidad y los Estados miembros, de modo es que el principio de subsidiariedad será el que determine qué medidas deberán adoptarse a nivel comunitario, así se señala para las aguas, en la Comunicación de la Comisión, sobre la “política de aguas de la Comunidad Europea”.

El asunto de materia de aguas se trata a través de directivas y el resto de las normas tienen la forma jurídica de tratados internacionales o decisiones de las instituciones comunitarias, en su mayor parte”.¹⁷⁰

En relación a las mencionadas directivas de la cita anterior, tenemos una como legislación fundamental de la Comunidad Europea que es la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en la política de aguas.

Dicha Directiva Marco de Aguas (DMA) contempla diversas disposiciones de interés para nuestro estudio, y las cuáles son tomadas en cuenta en la legislación española, para tomar las pautas y directrices en cuanto al manejo del recurso a nivel local.

¹⁶⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre del 2000. google.com.es. Consulta 22 de noviembre 2007.

¹⁷⁰ Embid Irujo, Antonio. Diccionario de Derecho de Aguas. Ed. Iustel. España 2007. p 340.

La DMA establece un marco comunitario de actuación para una política de aguas, racionalizando e intentando unificar en medidas clave todo el conjunto legislativo que exista hasta ese momento, ofreciendo un enfoque integrado y global, dejando un amplio margen de acción a los Estados, señalando solo las directrices generales y los objetivos buscados.

Tomando en cuenta lo siguiente:

“Aproximación global de la DMA. Las partes del ciclo hidrológico no pueden regularse de manera aislada. La integridad y globalidad es el centro de esta norma, además de tomar en cuenta todo el ciclo hidrológico también toma en cuenta los ecosistemas que rodean al mismo.

Cuenca hidrográfica y demarcación hidrográfica son los ejes principales de la DMA, pues en torno a ellas se estructuran las obligaciones de los Estados para lograr el buen estado de los ecosistemas acuáticos.

...

Demarcación hidrográfica. Unidad sobre la que se producirá el estudio de impacto ambiental y el análisis económico del uso del agua.

Intenta regular todos los elementos posibles, como cuencas nacionales, internacionales, intracomunitarias e internacionales extracomunitarias. La DMA establece derechos y obligaciones, no solo afectan a poderes públicos sino también a particulares”¹⁷¹

Como lo refiere la cita anterior, la cuenca y demarcación hidrográfica son los ejes de las políticas hídricas, pero no sólo en la Comunidad Europea, sino esto se ha diseminado a nivel mundial, ejemplo de estas figuras de manejo y gestión lo encontramos en nuestra legislación hídrica mexicana, con todas las implicaciones ambientales, sociales y económicas de estas figuras de gestión, y como podemos ver en esta Directiva de Aguas comunitaria, también se contempla la participación de los particulares.

Además de la consideración anterior es importante destacar los siguientes números de orden en la Directiva:

¹⁷¹ Ibid. p 223.

(1) El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal.

...

(14) El éxito de la presente Directiva depende de una colaboración estrecha y una actuación coherente de la Comunidad, los Estados miembros y las autoridades locales, así como de la información, las consultas y la participación del público, incluidos los usuarios.¹⁷²

Como bien lo establece la Directiva en el numeral 1, el agua no es un bien comercial, sino finalmente patrimonio y recurso vital que hay que proteger, lo cual es algo que no habría de perderse de vista en ninguna legislación mundial, regional o local, pero sobre todo que dicha enunciación sea eficaz en su aplicación.

El numeral 14 nos habla de la colaboración no sólo de los Estados miembros de dicha Comunidad sino de la participación del público y los usuarios en general lo cual debe de ser tomado en cuenta como una alternativa para un mejor manejo de los recursos hídricos a nivel mundial, pero no sólo que quede en la letra de la ley, sino que realmente se lleve a la práctica contundente.

La DMA también nos habla de la recuperación de costes, y de la información y participación del público y de los usuarios de una forma más amplia, lo cual estudiaremos como parte de las alternativas para el manejo del recurso a nivel mundial.

En resumen, respecto a la norma comunitaria diremos que goza de primacía, esto es de prioridad aplicativa sobre cualquier otra norma nacional, que en consecuencia, resulta desplazada o tendría que adecuarse a los parámetros de la norma comunitaria.

Es una Directiva comunitaria, aunque primariamente dirigida a los Estados miembros, que deben trasponerla a sus Derechos nacionales mediante una norma

¹⁷² Directiva Marco de Aguas 2000/60 CE. Google.com.es. Consulta realizada 2 de diciembre 2007.

por ellos emanada, produciendo así en ciertos casos efectos directos para los ciudadanos, sin el intercambio de la norma estatal de transposición.¹⁷³

3.2.3 La Constitución española y el agua.

Ahora partiendo de la ley de mayor jerarquía en la legislación española, que es la Constitución de 1978, y sus artículos relacionados, con el recurso hídrico, tenemos lo siguiente, donde se establece el régimen de los bienes de dominio público:

Artículo 132.

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.
2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

...¹⁷⁴

Otro artículo relacionado es el 45º constitucional, pues en él, se establecen disposiciones sobre el medio ambiente, en el cuál de manera tácita se encuentra considerado nuestro recurso en estudio:

Artículo 45

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

...¹⁷⁵

Como podemos observar de este artículo se deduce claramente que medio ambiente, abarca todos los recursos naturales necesarios para preservar la calidad de vida del hombre, y se da por entendido que dentro de éstos se

¹⁷³ Embid Irujo, Antonio." Diccionario de Derecho de Aguas". Ed. Iustel. España 2007. pp 159, 160.

¹⁷⁴ Constitución española de 1978. Google.com.es. Consulta 2 de diciembre 2007.

¹⁷⁵ Ibidem.

encuentran las aguas, el aire, el suelo, la flora, la fauna, etcétera. Y se establece protegerlo haciendo uso de la solidaridad colectiva.

Por tanto podemos decir, que en la Constitución española al igual que en la mexicana, el medio ambiente, en el cual están incluidas las aguas, no se reconoce como un derecho fundamental o en su defecto como recurso estratégico, sino sólo son principios rectores del ordenamiento y tienen la finalidad de defender un bien o un interés colectivo, reconocido en beneficio directo de la sociedad, pero las prácticas arrojan que no es así al menos en el caso mexicano.

En cuanto a competencias a nivel constitucional en España, respecto a las aguas tenemos:

Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

....

22^a. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ambiente territorial.

...

24^a. Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

...¹⁷⁶

...

En este sentido podemos apreciar que en la Constitución española, nuestro recurso en estudio, el agua, se encuentra en las áreas de competencia exclusiva del Estado, en cuanto a lo que establece el mismo artículo, pero no como un área de manejo estratégico y exclusivo por parte del Estado español, como tampoco sucede en el artículo 28º de la Constitución mexicana.

Si bien la Constitución española contempla cierta exclusividad frente al recurso, lo contradictorio, del asunto, es que siendo así, sin embargo si permita la participación de la iniciativa privada y la existencia de los llamados “mercados de agua y centros de intercambio” como lo veremos más adelante, entonces de forma

¹⁷⁶ Ibidem.

concluyente podemos decir que el recurso no es de manejo exclusivo del Estado español.

También debemos tomar en cuenta la existencia de las Comunidades Autónomas en el Estado español, lo cual modifica también la forma y manejo del recurso. Para lo cual citamos el artículo 48º constitucional:

Artículo 148

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

...

10ª Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales, regadíos de interés de la Comunidad Autónoma, las aguas minerales y termales.

¹⁷⁷
...

Otra ley que complementa y refiere el sistema de competencias en la gestión de aguas española es Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que nos habla de las competencias a nivel municipal y provincial para lo cual encontramos:

25.2 El municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

...

l) Suministro de agua...alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

26.1 Los municipios por sí o asociados, deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los Municipios:

Alumbrado público...abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado...¹⁷⁸

Esta Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local reglamenta lo estipulado a nivel constitucional, indicándonos que el Municipio es el que tiene competencia para los servicios de suministro de agua y alcantarillado, pero también tiene la capacidad de concesionarlos como lo estudiaremos más adelante.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Google.com.es. Consulta 5 de diciembre 2007.

3.2.4 Privatización del agua en España

El emplear el término “privatización”, tiene una implicación de semántica jurídica en cuanto al agua en específico, ya sea del recurso como tal, del servicio o de la gestión en general del mismo, en este caso tomando en cuenta parte de la legislación española y algunos autores que lo han mencionado.

Tal vez una de las mejores formas de entenderlo es ejemplificándolo, como bien lo acota Pedro Arrojo:

En España como en muchos otros países, las aguas subterráneas han sido tradicionalmente consideradas como apropiables privadamente por el dueño del terreno en el que se perfora el correspondiente pozo...la propiedad del agua ha estado unida a la propiedad de la tierra hasta 1985, en que, con una nueva Ley de Aguas...todas las aguas, tanto cuando circulan o se almacenan en el subsuelo...pasaron a ser consideradas de dominio público. Sin embargo la ley no se atrevió a aplicar con claridad este principio a los propietarios de pozos excavados anteriormente a su publicación. El resultado, es que actualmente la mayor parte de las aguas subterráneas en España, siguen gestionándose como privadas.¹⁷⁹

Esta es una primera forma de ver el término privatización, donde efectivamente los particulares son dueños de las aguas subterráneas que se encuentran en sus terrenos, además de la revisión ya realizada en cuanto a la Constitución española donde a pesar de la existencia del dominio público, hay ingerencia de los particulares y empresas privadas en la gestión.

Ahora, en cuanto al dominio público de las aguas en España, nos encontramos con el sistema concesional, que en la práctica también se encuentra en países como México, con el cuál lo que se hace es encubrir otras formas de privatización a través de criterios de gestión vinculados a intereses privados y derechos concesionales, que lo único que hacen es privatizar la utilidad del agua por largos periodos de tiempo, que además son prorrogables y por si fuera poco

¹⁷⁹ Arrojo, Pedro. El reto ético de la nueva cultura del agua. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona , España. 2006. p 76.

transferibles a través de figuras como los mercados de agua o centros de intercambio de derechos.

Los mecanismos concesionales encubiertos de privatización han permitido, que los costes de regulación, transporte y gestión, recaigan sobre los recursos económicos de los Estados, en nombre del interés general, pero los beneficios sólo son para manos privadas, es decir, se da una apropiación de las utilidades de aguas públicas, financiadas y subvencionadas por los Estados, que dan posibilidad al florecimiento de negocios privados en todos los campos, como hidroelectricidad, agro business, agua embotellada y especulación urbano turística, y el servicio público como tal.

3.3 Los Derechos Reales Administrativos en España

Una vez que hemos recorrido puntos fundamentales de la legislación española, en las disposiciones de mayor jerarquía como lo son parte del derecho comunitario y la Constitución española, sería de vital importancia antes de encargarnos de las figuras que nos interesan en la Ley de Aguas española y disposiciones relacionadas, revisar un aspecto y tema que es de relevancia para nuestro análisis y que se relaciona en forma directa con la cuestión de privatización de las aguas a la que recurrimos en esta investigación, el tema es los derechos reales administrativos, el cual es tratado de manera doctrinal en el derecho administrativo español, éstos son:

Los derechos reales cuyo objeto son cosas del dominio público...Para que pueda hablarse de derecho real administrativo es necesario que se den tres elementos... a saber: primero...un auténtico derecho subjetivo, segundo, que el derecho sea real y tercero que el objeto del mismo sea un bien de dominio público.¹⁸⁰

En relación al primer punto tenemos que el derecho subjetivo es para De Castro “un poder concreto confiado a un miembro de la comunidad. Su esencia se manifiesta en el doble valor de la titularidad, como poder sobre una situación

¹⁸⁰ González Pérez, Jesús. Los derechos reales administrativos. Ediciones Civitas. España, 1984. p 29.

jurídica (facultad de disposición) y por ser lícitos sus actos dentro de la esfera concedida (ámbito de lo lícito)".¹⁸¹

Los derechos reales administrativos "No sólo son derechos subjetivos, son derechos reales, esto es, recaen sobre las cosas. Nos permitirá excluir del concepto aquellos casos en que, existiendo un derecho subjetivo, su titular no ostenta un poder concreto sobre la cosa, sino un derecho frente a la Administración Pública".¹⁸²

En el caso de la concesión de aguas españolas y mexicanas nos encontramos ante un derecho real administrativo debido a que se ejerce el poder sobre la cosa, hay un derecho subjetivo y es un bien de dominio público, sobre el recurso como tal, lo cual se confirma también con la existencia de centros de intercambio, donde si bien lo que se transmite son los derechos de agua, esto implica la transmisión del recurso directamente a otro titular, como lo veremos más adelante.

Como lo habíamos mencionado, son derechos reales cuyo objeto es siempre un bien de dominio público, por ende todos los derechos reales que recaigan sobre este tipo de bienes serán administrativos.

Estos derechos son una figura propia del derecho administrativo, el hecho de que recaigan sobre un bien de dominio público como lo es el agua, implica su sometimiento al régimen jurídico especial de dicho dominio, donde la Administración pública es el titular del mismo.

Tres son las categorías que se admiten por la doctrina española referidas por González Pérez: derechos reales de goce, derechos reales de garantía y derechos reales de adquisición. Los primeros son el núcleo más importante de los derechos reales administrativos para lo cual referiremos lo siguiente:

¹⁸¹ De Castro. Derecho Civil de España. España. 1954. pp. 638-639.

¹⁸² González Pérez, Jesús. Los derechos reales administrativos. Ediciones Civitas. España, 1984. p 34.

Derecho de uso. Existe por lo pronto, un grupo de derechos reales que implican utilización de la cosa misma. Sobre el dominio público se crea a favor de un tercero, un derecho a utilizar la cosa, derecho que a su vez puede revestir diversas modalidades:

...

Y es que a veces el derecho reconocido al concesionario es de tal naturaleza, que viene a constituir casi una propiedad. La concesión perpetua en los cementerios es el ejemplo que cita Hauriou¹⁸³ de este tipo de derecho real administrativo...

Derecho de disfrute...la figura del derecho real sobre el dominio público aparece como inherente a la concesión del servicio, los productos se obtiene de la explotación del servicio, sobre el dominio público se tiene únicamente un derecho de uso.

Derechos que implican consumo de la cosa. Por último, respecto de aquellas cosas que sean consumibles, se da el uis abutendi, el consumo de las mismas. Podría encontrarse un ejemplo de este tipo en ciertos derechos de aprovechamiento de aguas públicas (abastecimiento de poblaciones, de ferrocarriles, riegos), en cuanto los mismos implican un consumo del agua dentro de los límites de la concesión.¹⁸⁴

Como podemos observar no se trata de adquirir la propiedad de un bien de dominio público, pero si adquirir un derecho real que permita su utilización, aprovechamiento o consumo. Ejemplo de éstos por tanto, es cuando se obtiene una concesión administrativa, estamos ante un derecho de disfrute y de consumo de la cosa, además de que el autor contempla como ejemplo la concesión administrativa de abastecimiento de aguas, en la referencia anterior.

Los elementos de estos derechos reales son:

- 1) Sujeto activo. Es la persona física o jurídica, pública o privada a la que se confía la situación del poder concreto en que el mismo consiste. Esto se puede aplicar a las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas.
- 2) Objeto. Si se considera al dominio público como una propiedad administrativa, el objeto de los derechos reales administrativos será siempre la misma cosa que el objeto del dominio público.
- 3) Contenido. De un derecho real administrativo, será el conjunto de facultades que se reconoce a su titular, sobre un bien de dominio público, por lo que habrá de estar en cada caso a los términos de la concesión.¹⁸⁵

¹⁸³ Citado por González Pérez, Hauriou. La Jurisprudence Administrative.cit , III. 1978. p 250.

¹⁸⁴ González Pérez, Jesús. Los derechos reales administrativos. Ediciones Civitas. España, 1984. p 40,41,43, 44.

¹⁸⁵ Ibid. p 45.

El derecho real administrativo, no puede nacer por la forma típica del derecho privado, pues se da a partir de un acto típicamente administrativo; la concesión. En cuanto a la extinción de los derechos reales administrativos, en primer caso se da por incumplimiento de los concesionarios, por lo que a la Administración le corresponde vigilar el cumplimiento de las cláusulas estipuladas, las cuales si se incumplen se declara la caducidad de la concesión; en segundo lugar es extinguirlo por interés público, es decir la expropiación forzosa.

También se extinguen al vencimiento del plazo fijado en el título de constitución, es decir de la concesión administrativa, plazo que se determina en la legislación correspondiente a la concesión en específico.

Por tanto siendo apartado de vital importancia por su relación con el tema, evidentemente hay extinción de estos derechos reales administrativos, puede que no sean perpetuos pero lo parecieran por la renovación y prórroga de las concesiones administrativas, lo que los hacen prácticamente permanentes tanto en la legislación española como en la mexicana. Si bien estamos hablando de un bien de dominio público, es un bien y un recurso que los particulares tienen el derecho de explotar en función del título de la concesión, que ejercen el *ius abutendi* característico del derecho de propiedad, y además para complementar ese calificativo de derecho real, los particulares tienen el derecho de participar en los centros de intercambio de derechos “mercados de agua”, para transferir o ceder dichos derechos a cambio de una compensación económica, como se realiza mediante contrato privado en el derecho real de propiedad con otro tipo de bienes.

No perdamos de vista este apartado para la revisión de esta investigación en su totalidad, pues si lo tenemos presente, nos sirve para reforzar la postura que se asume en la presente respecto a la privatización del agua, no sólo en el derecho español y el mexicano sino a nivel mundial.

3.4 Concesiones en la Ley de Aguas española de 1985

En cuanto a la Ley de Aguas de 1985, haciendo un breve repaso de la misma en los apartados importantes para nuestra investigación, ha tenido diversas reestructuraciones, la podemos considerar como una ley tradicionalista, que refuerza las instituciones básicas clásicas, pero que al mismo tiempo deja un margen de actuación muy amplio a agentes privados, que sí bien no son dueños del recurso en sí mismo o si lo serían en cuanto a la teoría de los derechos reales administrativos, al menos sí lo son de los derechos de uso del agua.

Dicha ley también, resulta ser una ley de vanguardia como lo mexicana, que sin perder de vista y dándole un valor económico al recurso, retoma el valor ecológico, al menos en la letra de la ley.

En esta ley de Aguas española, al recurso se le trata como un bien de dominio público, que su utilización debe subordinarse al interés general de la nación y requiere la implicación decidida de las administraciones para asegurar un reparto equitativo de beneficios, cargas y mínimos costes socio-ecológicos, tomando en cuenta que hoy día el interés general que debieran tener los Estados, se ha convertido en el interés general para el desarrollo sostenible, lo cual tiene que pervivir de manera forzosa con el interés y el desarrollo económico.

La titularidad pública del agua posibilita provisiones, como la de permitir la asignación y reserva de recursos para la conservación o recuperación del medio natural, esto es en teoría, porque en realidad la titularidad pública hoy día no se manifiesta como tal y pareciera que no existe, sino solamente en el texto de la ley.

En esta legislación se encuentra el mismo manejo que en la legislación mexicana, aparentemente la intervención de los particulares, no es para beneficio individual, sino para y por necesidades colectivas del recurso, pero al menos encontramos que en México, el dar las concesiones a particulares y si éstos son empresas transnacionales, pues el uso del recurso no será en beneficio de la colectividad,

entonces realmente éste no se está sacando del ámbito y manejo privado, como tampoco sucede en España.

Una acotación importante de Barranco, respecto al ámbito público y privado del manejo del recurso y relacionado con las disposiciones establecidas en la Ley de Aguas española es:

Las esenciales diferencias que para el régimen de intervención administrativa implica partir de la propiedad privada o del dominio público, residen en que, en el primer caso, el agua queda sometida al libre comercio e iniciativa de los propietarios en cuanto a su explotación. En el segundo ningún particular podrá utilizar el recurso sin previa concesión administrativa, que se otorgará con fines distributivos desde la perspectiva de su mejor utilización social, y en su caso de acuerdo a una planificación global.¹⁸⁶

Para muchos como para Barranco, concesionar el recurso significa mejor distribución y utilización social del mismo, lo cual en teoría podría sonar bastante lógico, que alguien que tienen una concesión se ocupe de distribuir el recurso de manera eficaz, pero esto finalmente no es así, debido a que el concesionario recibe una retribución económica como lo veremos adelante, y eso será su prioridad.

Finalmente observamos que en la legislación española, también se maneja al igual que en México, la figura jurídica de concesión a los particulares, pero lo importante de ello, es el sentido de eficacia y veracidad que se da a la misma en su ejercicio, es decir, en México, la concesión se ha convertido en un medio para privatizar el recurso, sobre todo otorgando las concesiones a las empresas transnacionales, y realmente el sentido social del otorgamiento de la concesión se ha desvirtuado, cosa que al parecer se tuviera más controlado en España, ya que de primera instancia se toma en cuenta la perspectiva de la concesión donde se considera el ámbito social de su aplicación, pero la práctica arroja totalmente otros resultados, tan sólo hay que revisar la institución de los mercados de agua españoles y el manejo real de las concesiones.

¹⁸⁶ Barranco, Vela Rafael, et-al. Los Bienes Públicos. Régimen Jurídico. Ed. Tecnos, Madrid, 1997. p 89.

Entrando al articulado de la Ley de Aguas española, encontramos:

Artículo 1. Objeto de la ley

1. Es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución.
2. Es también objeto de esta Ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas ... sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación.
3. Las aguas continentales, superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal, como dominio público hidráulico.
4. Corresponde al Estado, en todo caso y en los términos que se establezcan en esta Ley, la planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico.

...¹⁸⁷

Este podría parecer un buen punto de partida en cuanto al dominio del recurso en España, y como reglamentación de la Constitución española, estipular a quién pertenece el recurso, aunque dicha ley como ya lo veremos también se inclina por confiar la ejecución y gestión de las obras hidráulicas y manejo de servicios público a fórmulas privatistas, por medio de concesiones administrativas.

También en la legislación española, estamos ante figuras, que si bien no implican la privatización propiamente dicha del recurso, si se deja al igual que en México, que la iniciativa privada maneje concesiones e invierta en infraestructura para la gestión del agua.

El entender también en esta Ley de Aguas el derecho al uso privativo es fundamental, pues se maneja en la misma para establecer el régimen concesional. Como uso privativo del agua o el derecho de aprovechamiento de aguas se entiende como un derecho real de goce caracterizado por permitir el uso y disfrute

¹⁸⁷ Texto refundido de la Ley de Aguas española de 1985. google.com.es. Consulta 2 de diciembre 2007.

de las aguas de dominio público de carácter temporal y limitado en su ejercicio por la ley en aras del interés público.¹⁸⁸

Las formas de adquirir el derecho al uso privativo del agua en la Ley de Aguas española son:

Artículo 52. Formas de adquirir el derecho al uso privativo.

1. El derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa.
2. No podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico.¹⁸⁹

Queda establecido con el artículo anterior cuales son los medios para adquirir el uso privativo de las aguas, siendo de interés para nuestro estudio la concesión administrativa.

Artículo 53. Extinción del derecho al uso privativo.

1. El derecho al uso privativo de las aguas, cualquiera que sea el título de su adquisición, se extingue:
 - a) Por término del plazo de su concesión.
 - b) Por caducidad de la concesión en los términos previstos en el artículo 66.
 - c) Por expropiación forzosa.
 - d) Por renuncia expresa del concesionario.

...¹⁹⁰

En el siguiente artículo encontramos cuando ese uso privativo de aguas no requiere concesión administrativa, lo cual también es una ventaja de ciertos particulares, respecto al resto de la población, como sucede de igual forma con las aguas subterráneas consideradas privadas, cuando pueden hacer uso de

¹⁸⁸ Embid Irujo, Antonio. Diccionario de Derecho de Aguas. Ed. Iustel. España 2007. p 216

¹⁸⁹ Texto refundido de la Ley de Aguas española de 1985. google.com.es. Consulta 2 de diciembre 2007.

¹⁹⁰ Ibidem.

cierto volumen de agua:

Artículo 54. Usos privativos por disposición legal.

1. El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurren por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho.

2. En las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos...¹⁹¹

El uso privativo por disposición legal, queda claro que no requiere concesión administrativa por parte de la autoridad, por lo que es de nuestro interés enfocarnos en el uso privativo que si la requiere.

La concesión administrativa es un requisito para que el particular utilice el recurso, pero finalmente éste está siendo manejado por un particular y no por el Estado directamente, aunque sea a través de dicha concesión.

De cualquier forma cualquier uso “privativo”, es decir, la participación de los particulares en la gestión del recurso, requiere en la legislación española de un título otorgado por la administración hidráulica, aunque el recurso no deje de ser propiedad del Estado español.

Como sucede de forma similar en la legislación mexicana, extinguido el derecho a la concesión, se revierte al Estado, o en su caso a la Comunidad Autónoma, gratuitamente y libre de cargas, las obras en instalaciones construidas dentro del dominio hidráulico para la explotación del aprovechamiento.

En cuanto a la asignación de derechos del uso del agua, mediante concesión, lo encontramos en el siguiente artículo de la Ley de Aguas española:

Artículo 59. Concesión administrativa.

¹⁹¹ Ibidem.

1. Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa.
2. Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos.
3. Si para la realización de las obras de una nueva concesión, fuese necesario modificar la toma o captación de otra u otras preexistentes, el organismo de cuenca podrá imponer, o proponer en su caso, la modificación, siendo los gastos y perjuicios que se ocasionen a cargo del peticionario.
4. Toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años. Su otorgamiento será discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público...¹⁹²

En el artículo anterior se establecen los parámetros generales para el otorgamiento de las concesiones respecto a los recursos hídricos, así como la duración de las mismas, el cual es un periodo bastante largo, que convierte a las concesiones prácticamente en perpetuas.

Para las concesiones hay un orden de preferencia en los usos para su otorgamiento, lo cuál se establecerá en el Plan Hidrológico como lo indica el artículo 60º de la Ley de Aguas española.

Algunas de las condiciones generales para las concesiones son las siguientes:

- Artículo 61. Condiciones generales de las concesiones.
1. Toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio a tercero.
 2. El agua que se conceda quedará adscrita a los usos indicados en el título concesional...¹⁹³

Una de las concesiones importantes en la Ley de aguas española es la de riego en régimen de servicio público, ya que son concesiones que se otorgan a los particulares para satisfacer un servicio público, al resto de la población además de que son otorgadas a empresas privadas o particulares:

Artículo 62. Concesiones para riego en régimen de servicio público.
Podrán otorgarse concesiones de aguas para riego en régimen de servicio público, a empresas o particulares, aunque no ostenten la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias de riego,

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Ibidem.

siempre que el peticionario acredite previamente que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras...¹⁹⁴

Para complementar las disposiciones de la Ley de Aguas española en cuanto a las concesiones de riego en régimen de servicio público a empresas o particulares que además son renovables, el Reglamento del Dominio Público hidráulico confirma que:

ARTÍCULO 100. Podrán otorgarse concesiones de aguas para riego en régimen de servicio público a empresas o particulares, aunque no ostenten la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias del riego...¹⁹⁵

En el mismo Reglamento encontramos la renovación de la concesión:

Artículo 140. Los titulares de una concesión de aguas para riego o para abastecimiento de poblaciones, o los usuarios a que hacer referencia el artículo 62 de la Ley de Aguas, podrán obtener una nueva concesión para el mismo uso y destino, que se tramitará de acuerdo con lo establecido en los artículos siguientes.¹⁹⁶

En cuanto a la transmisión de aprovechamientos que impliquen un servicio público la Ley de Aguas española establece:

Artículo 63. Transmisión de aprovechamientos. La transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o la constitución de gravámenes sobre los mismos requerirá autorización administrativa previa...¹⁹⁷

El artículo anterior tiene directa relación con la transmisión de títulos, aunque no esté considerado propiamente dentro de los centros de intercambio, pero forma parte de la posibilidad de transmitir los aprovechamientos entre los particulares, previa autorización de la administración.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ Reglamento del Dominio Público Hidráulico español. google.com.es. Consulta 4 de diciembre del 2007.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Texto refundido de la Ley de Aguas española de 1985. google.com.es. Consulta 2 de diciembre 2007.

Las concesiones también pueden ser modificadas, y dichas modificaciones se harán por el órgano otorgante de la concesión como lo establece el artículo 64º de la Ley de Aguas española.

Como en la legislación mexicana también encontramos, que las concesiones pueden caducar o terminar por diversas causas establecidas en la Ley:

Artículo 66. Las concesiones podrán declararse caducadas por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ella previstos.¹⁹⁸

3.4.1 Duración de los derechos de uso del agua.

El interés de esta variable es definitiva y está relacionada con los costes de transacción a los que se induce con el mercado de aguas. Cuando los derechos tienen distinta duración, siendo por tanto productos heterogéneos, se incrementan los costes de transacción, dificultándose de esta manera las transferencias. La posibilidad de adquirir distintos derechos de uso de agua en función de su duración, siempre que estas transacciones conlleven la venta definitiva del derecho, esta dificultad (incremento de los costes de transacción) no se produciría si todos durasen igual.

La Ley de Aguas de 1985, prevé una duración de los derechos de uso de setenta y cinco años, y aunque todavía no existe ningún caso en que éstos hayan caducado, la legislación dispone que cuando llegue el momento se renovarán de forma casi automática.¹⁹⁹

El artículo que establece la duración de dichos derechos en la Ley de Aguas española es el numeral 59 al cual ya se ha hecho referencia, al hablar de las condiciones generales de las concesiones, y donde el plazo no debe ser superior a setenta y cinco años.

¹⁹⁸ Ibidem.

¹⁹⁹ Ariño, G. y Sastre, M. Leyes de Aguas y política hidráulica en España. Los mercados regulados del agua. Ed. Comares, Granada. 1999. p 234.

Entonces, podemos considerar que en la realidad y en la práctica, los derechos de uso son de carácter permanente prácticamente, justo por la duración de las concesiones, lo que los hace derechos que a pesar de no ser reales, por su duración pueden permanecer en manos de los particulares por largos periodos renovables.

3.4.2 Disposiciones relacionadas con concesión a particulares y establecimiento de tarifas.

Para esta apartado comenzaremos refiriendo el punto de vista de un autor español que considera que también el Estado ha delegado funciones a los particulares:

La administración pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular. Bajo el imperio de la ideología liberal se impulso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario, y para satisfacer las exigencia que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la técnica de la concesión, por virtud de la cual la gestión del servicio se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía necesarias. En ocasiones, sin embargo, la administración concedente delega en el concesionario, el ejercicio de estas potestades de policía sobre los usuarios del servicio...Se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo.²⁰⁰

Una ley que nos deja bastante clara la participación de los particulares y empresas en el servicio público español del agua es la Ley sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones.

La citada ley establece:

Artículo 2. Entidades contratantes.

²⁰⁰ García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Ed. Civitas. 20º ed. España 1974. p 47.

1. Quedarán sujetas a la presente Ley siempre que realicen alguna de las actividades enumeradas en el artículo 3:

...

d) Las empresas privadas que gocen de un derecho especial o exclusivo otorgado por una autoridad competente, en virtud de una disposición legal , reglamentario o administrativa, que tenga como efecto la reserva del ejercicio de alguna de las actividades enumeradas en el artículo 3.

...

Artículo 3. Actividades incluidas. A los efectos de esta Ley se consideran actividades relacionadas...las siguientes:

- a) La puesta disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución:

...

- a) De agua potable, o...²⁰¹

Queda totalmente explícito que las empresas privadas o particular que tengan una autorización o concesión de autoridad competente, serán considerados entidades contratantes para prestar el servicio público de agua, como lo estipula el artículo 3º de la citada Ley. Por lo tanto, podemos afirmar que en la legislación hidráulica española, en ningún momento se vislumbra que dichos contratos o concesiones a particulares o empresas privadas, sean vistos como una figura privatizadora del recurso; sino los particulares o empresas como un agente más que participa en la prestación de los servicios públicos, aunque nosotros lo consideramos como una forma de privatizar en recurso.

En relación a las concesiones que están vinculadas con servicios públicos hidráulicos y que reglamentan los mismos, como el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que establece disposiciones sobre el manejo de los servicios públicos por particulares mediante concesión y el establecimiento de las correspondientes tarifas tenemos:

²⁰¹ Ley sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del Agua, la Energía, los Transportes y las Telecomunicaciones. Google.com.es. Consulta 5 de diciembre 2005.

Artículo 115. En toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes y, como mínimo, las siguientes:

1ª . Servicio objeto de la concesión y características del mismo...

6ª Tarifas que hubiesen de percibirse del público, con descomposición de sus factores constitutivos, como base de futuras revisiones.

...²⁰²

En este Reglamento se establecen algunas de las bases de las concesiones de servicios públicos que pueden ser prestados por particulares y algunos de los principios básicos para el establecimiento de tarifas al público:

Artículo 127. La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes:

1ª Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconsejare el interés público y, entre otras:

...

b) La alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del concesionario.

...²⁰³

Como podemos observar también es este Reglamento se estipulan disposiciones para poder retribuir al concesionario por la prestación de un servicio, lo cual pareciera lógico, pero es realmente motivo de análisis el poder encontrar la razón de por qué un particular tiene el derecho a recibir retribuciones por la prestación de un servicio público, relacionado con un bien de dominio público de la magnitud del recurso que nos ocupa, cuando el resto de la población, no tiene este tipo de privilegios y por el contrario, tiene que pagar tarifas por el recurso.

En cuanto a los derechos del concesionario encontramos:

Artículo 128.

...

1. Serán derechos del concesionario:

1º Percibir la retribución correspondiente por la prestación del servicio.

2º Obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión...²⁰⁴

²⁰²Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Google.com.es. Consulta 5 de diciembre 2007.

²⁰³ Ibidem.

En el artículo anterior, se especifica que no sólo basta con la retribución, sino se añade la compensación económica para mantener la financiación de la concesión. Como podemos analizar ciertos particulares que prestan el servicio público de agua, realmente obtienen una ganancia, con el nombre de retribución o compensación económica. Finalmente pareciera que prestar el servicio es algo que conviene a los particulares, pues aunque se preste el servicio en aras del interés general, el particular recibe una ganancia por prestarlo, ganancia que bien podría percibir el Estado para invertir con mayor injerencia en infraestructura hidráulica.

En cuanto a la retribución del concesionario:

Artículo 129. 1. El concesionario percibirá como retribución:

- a) Las contribuciones especiales que se devengaran por el establecimiento del servicio...
- b) Las tasas a cargo de los usuarios con arreglo a la tarifa aprobada en la forma dispuesta...

...

3. En todo caso, la retribución prevista para el concesionario, deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial...²⁰⁵

El artículo anterior nos confirma lo establecido, la retribución compensará el costo del servicio y los gastos de explotación, más un margen normal de beneficio industrial, lo cual nos indica que evidentemente el particular que presta el servicio público, le implica por ello, la percepción de una ganancia o de un beneficio económico.

Esto es una forma que también nos indica que se comercializa en cierta manera con los recursos hídricos o que sugiere la privatización de los mismos. El particular que adquiere una concesión es evidente que no sólo lo hace por el bienestar e interés general, también lo hace por su interés particular, por el beneficio económico que implica el prestar el servicio.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Ibidem.

Artículo 149. 1. La cuantía de las tarifas de los servicios públicos de competencia municipal o provincial podrá ser igual, superior o inferior al coste del servicio, según aconsejaren las circunstancias sociales y económicas relevantes en orden a su prestación.

2. Si fuera inferior al costo del servicio, la parte no financiada directamente por los ingresos tarifados se cubrirá mediante la aportación del presupuesto municipal o provincial, que si el servicio fuere gestionado en forma indirecta revestirá el carácter de subvención...²⁰⁶

Finalmente el Estado, en su competencia municipal, al ser inferior el costo del servicio termina subvencionando el mismo, aunque sea prestado por un particular, lo cual implica que éste también recibe los beneficios por dicha subvención por parte del Estado.

Es una ventaja que se establezcan tarifas reducidas cuando los sectores son económicamente débiles, pero cuando esto sucede como podemos ver específicamente en los artículos 150 y 151 del Reglamento, las empresas tienen intervención en el establecimiento de dichas tarifas, lo cual es parte de la gestión del recurso, por tanto, el Estado no determina de manera aislada las mismas y un particular o una empresa tienen injerencia en su establecimiento:

Artículo 150. 1. La tarifa de cada servicio público de la Corporación será igual para todos los que recibieren las mismas prestaciones y en iguales circunstancias.

1. No obstante, podrá establecerse tarifas reducidas en beneficio de sectores personales económicamente débiles.

Artículo 151. 1. Las tarifas de los servicios públicos podrán ser modificadas en todo momento por la Corporación concedente, atendiendo a las circunstancias económicas y sociales relevantes en el servicio.

2. Si se prestare por Empresa mixta o por concesión, la Empresa o el concesionario, respectivamente, tendrán intervención en el expediente de modificación...²⁰⁷

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

En la Ley de Aguas española encontramos también el régimen económico financiero de la utilización del dominio público hidráulico, primordialmente en el siguiente artículo:

Artículo 112. Canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico.

1. La ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico... que requieran concesión o autorización administrativa, devengarán a favor del Organismo de cuenca competente una tasa denominada canon de utilización de bienes de dominio público hidráulico destinada a la protección y mejora de dicho dominio...
4. La base imponible de la exacción se determinará por el Organismo de cuenca...²⁰⁸

Es evidente que como parte del otorgamiento de una concesión por parte de la administración pública, el particular tenga que retribuir a ésta, con un pago por la utilización del bien de dominio público, pues finalmente el particular obtendrá ganancias y compensaciones económicas por el uso de dicha concesión ya sea por un servicio público o por una obra hidráulica.

En cuanto a las obras hidráulicas y su régimen financiero tenemos lo siguiente:

Se regula un régimen económico financiero con determinadas figuras tributarias que están vinculadas solamente a la realización de las obras hidráulicas, pues el agua como recurso es gratuita en el derecho español. Mediante el canon de la regulación los usuarios participan en el pago de las obras de regulación (embalses) y a través de las tarifas de agua, atienden el pago de obras distintas (canales) y a su explotación. En teoría pueden derivarse una recuperación de costes completa de tales figuras tributarias pero en la práctica el Estado asume distintas cantidades de su pago a título materia de subvención.²⁰⁹

En el comentario anterior se estipula que los usuarios por medio de las tarifas que pagan, serán recursos que se destinaran a obras hidráulicas en beneficio de los usuarios, obras que también son subvencionadas por el Estado.

²⁰⁸ Texto refundido de la Ley de Aguas española. Google.com.es. Consulta realizada el 7 de diciembre del 2007.

²⁰⁹ Embid Irujo, Antonio. Diccionario de Derecho de Aguas. Ed. Iustel. España 2007. p 26,27.

Pero también es importante destacar que esta figura es de importancia para nuestro estudio por la participación privada en dichas obras, las cuáles son contempladas en la Ley de Aguas española:

Artículo 122 Concepto de obra hidráulica. A efectos de esta Ley , se entiende por obra hidráulica la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, destinada a la captación, extracción, desalación, almacenamiento, regulación, conducción, control y aprovechamiento de las aguas...

Artículo 123. Régimen jurídico de la obra hidráulica. Las obras hidráulicas pueden ser de titularidad pública o privada. No podrá iniciarse la construcción de una obra hidráulica que comporte la concesión de nuevos usos de agua, sin que previamente se obtenga o declare la correspondiente concesión, autorización...²¹⁰

Estas obras hidráulicas también requieren de concesión por parte de la administración pública, como se establece en el artículo anterior, pero lo importante es que las mismas, pueden ser de titularidad pública o privada, no descartándose así, la participación de particulares y empresas nacionales y extranjeras.

3.5 Los mercados de agua en España.

Para tener una referencia respecto al término, podríamos definir un mercado de agua como 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.²¹¹

Así tomando en cuenta otra referencia, los mercados de agua son vistos como:

Contrato que persigue alcanzar una mayor eficacia social en la reasignación de los caudales concedidos, promoviendo la economización de recursos a través de una flexibilización del modelo concesional...

²¹⁰Texto refundido de la Ley de Aguas española. Google.com.es. Consulta realizada el 7 de diciembre del 2007.

²¹¹ Sumpsi, J. M, et-al. "Economía y política de gestión del agua en la agricultura". Mundi-Prensa, Madrid. 1998. p. 38.

La flexibilización del régimen concesional es la estrategia para alcanzar tales objetivos permitiendo dar respuesta a las necesidades de los aprovechamientos infradotados de alta rentabilidad social y económica a través de un procedimiento que sin alterar el status quo de la titularidad de los aprovechamientos permite la reasignación temporal de los caudales...²¹²

Esta figura se ha implementado a nivel mundial y España no ha sido la excepción, si bien pudiéramos tomarla como una figura de vanguardia en el manejo de aguas, es una institución que como su nombre lo indica, “mercado”, siendo una forma privada de realizar transacciones con derechos de agua, esperando que sea una figura de reasignación eficaz del recurso. Así como nosotros le llamamos “figura de vanguardia” para el Dr. Ángel Sánchez de la Universidad de Rioja es:

Una de las grandes novedades legales en materia de aguas se encuentra en los llamados mercados de agua, que se forman a partir de la cesión de las concesiones entre concesionarios o titulares del derecho del uso, siempre bajo un control administrativo... se necesita la preceptiva autorización administrativa para la producción de efectos.²¹³

En este sentido, de los mercados de agua, la experiencia internacional nos ofrece ya un amplio bagaje, con la sucesiva introducción de mercados en los estados del oeste de los Estados Unidos (Colby, 1995), Chile (Rosegrant y Binswanger, 1994), California (Howitt, 1997), Australia (Pigram et al., 1992) o México (Easter y Hearne, 1995) como novedosas política de demanda del recurso agua.²¹⁴

²¹² Embid Irujo, Antonio. Diccionario de Derecho de Aguas. Ed. Iustel. España 2007. p 465.

²¹³ Sánchez, Hernández Ángel. Derecho Agrario. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 699. Madrid, Enero – Febrero 2007. p 26.

²¹⁴ En este sentido para ampliar la información en cuanto a los mercados de agua implementados en estos lugares consultar a los autores Colby, B. G. (1996): ¿Funcionan” los mercados de agua? Transacciones de mercado y conflictos en los estados del suroeste en F. Aguilera (ed.): Economía del agua pp. 221-256. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid.; Rosegrant, M. W. y Binswanger, H. P. (1994): Markets in tradable water rights: potential for efficiency gains in developing country water resource allocation. World Development, 22 (11) pp. 1613-1625; Howitt, R. E. (1997): Initiating option and spot price water markets: some examples from California. Seminar on Economic Instruments for Integrated Water Resources Management: Privatization, Water Markets and Tradable Water Rights. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington.; Pigram, J. J.; Delforce, R. J.; Coelli, M. L.; Norris, V.; Antony, G.; Anderson, R. L. y Musgrave, W. F. (1992): Transferable water entitlements. The Center for Water Policy Research. University of New England, Armidale.; Easter, W. K. y Hearne, R. (1995): Water markets and decentralized water resources management: international problems and opportunities. Water Resources Bulletin, 31 (1) pp. 9-20., respectivamente en cada uno de los casos mencionados.

3.5.1 Transferencia de Derechos en España

El mercado de agua que se estudia es el introducido en la reforma de la Ley de Aguas española de 1985 (Ley 46/1999), cuyo desarrollo aparece recogido en el artículo 67º y siguientes de la misma. Efectivamente, la implantación de mercados de agua, desde el punto de vista de la política económica permite determinar una serie de variables que definen sus características básicas.

Al respecto José Bermejo Vera nos indica:

La ley de Aguas introduce un nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua. Dicho negocio jurídico consiste en que los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter de temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango, previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan.²¹⁵

Como podemos observar el contrato de cesión de derechos es una manifestación más de la patrimonialización privada de este bien público, es una forma adicional en que el recurso se convierte en una mercancía, derivada de un mercado privado muy *sui generis*.

En la Ley de Aguas española de 1985 se intenta consagrar y conciliar los viejos derechos adquiridos sobre el dominio público hidráulico y al mismo tiempo se crea un anacrónico sistema: un mercado de agua. Esto lo único que nos indica es una contradicción inevitable, pues un postulado de los liberales es que para crear un auténtico mercado hay que proceder previamente a la desamortización de los viejos derechos arcaicos, y en algunos casos derechos que han sido perpetuos, pero justo la contradicción consiste que en teoría se consagra los bienes públicos y al mismo tiempo se crea un mercado con los mismos, como es el caso de los mercados de agua en España.

Partiendo de la legislación de aguas española tenemos:

Artículo 67. Del contrato de cesión de derechos.

²¹⁵ Bermejo, Vera José. Derecho Administrativo, parte especial. 6º ed., Ed Aranzadi, Navarra, España. 2005. p 392.

Los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter de temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la cuenca... previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan...²¹⁶

Las transferencias de derechos de uso del agua, pueden hacerse de distintas formas, en función de la estructura del mercado y de las consideraciones legales realizadas al efecto. Así, se puede optar por la venta definitiva de derechos, por su arrendamiento, por la celebración de contratos de opción o por la realización de transacciones de agua a cambio de inversiones en equipos de capital.

La venta de derechos suele utilizarse para satisfacer cambios permanentes en la demanda de recursos hídricos. El arrendamiento, por su parte, conlleva la venta del recurso pero no de los derechos (se transfiere el agua correspondiente al derecho durante un período de tiempo concreto). El contrato de opción es un acuerdo para arrendar un derecho de agua en presencia de una determinada contingencia, como puede ser una sequía. Así, por ejemplo, una empresa de abastecimiento urbano, para asegurarse una determinada dotación de agua en una situación de sequía, podría realizar un contrato de opción con un agricultor para cubrirse de dicha contingencia a un precio acordado por anticipado.²¹⁷

Por último, también se pueden realizar transacciones de agua en las cuales el comprador, en vez de pagar una cantidad de dinero, se compromete a financiar inversiones en el equipo de utilización del vendedor a cambio de adquirir los caudales ahorrados como consecuencia de dicha mejora.²¹⁸

La opción que ha seguido la legislación española que introduce los mercados de agua ha sido la de limitar las transacciones a arrendamientos, aunque dejando la

²¹⁶ Texto Refundido de la Ley de Aguas española. google.com.es. Consulta realizada el 17 de diciembre del 2007.

²¹⁷ Garrido, A. Ventajas y limitaciones del uso del mercado en la asignación de los recursos hídricos. VIª Conferencia Internacional del Seminario Permanente Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos. Iberdrola, Valencia.2000

²¹⁸ Sumpsi, J. M, et-al." Economía y política de gestión del agua en la agricultura". Mundi-Prensa, Madrid.1998. p. 35.

puerta abierta al establecimiento de contratos de opción y las transacciones a cambio de inversiones.

Sin embargo, esta opción presenta la imposibilidad de comprar los derechos de forma definitiva, ya que si un agente; una industria, por ejemplo, necesitase de forma permanente agua, ésta tendría que estar arrendándola de forma continuada, contribuyendo así a una disminución de la flexibilidad del mercado, aparentemente, pero en realidad si se tienen la posibilidad de renovar los contratos de arrendamiento, no existe una variable que determine que esto garantice la no monopolización del recurso.

Estos contratos de opción se realizarán al ser ventajosos para ambas partes. Al arrendador le permite salvaguardar su suministro de agua a largo plazo, recibir una compensación financiera por la opción y mantener su acceso al agua cuando dicha opción no se ejerce. Por otra parte, al arrendatario este sistema le ofrece seguridad en el suministro, proporcionando una cantidad de agua adicional cuando ocurra la contingencia específica al precio acordado. Para ello, el arrendatario tendrá que pagar por esta operación una prima fija más el precio de ejercer la opción (si al final necesita el agua) y, solamente la prima si no emplea el agua. De esta forma se producen ganancias netas de bienestar económico privado, lo que permite como tal operaciones económicas lucrativas con el recurso.

La legislación española recientemente aprobada no menciona explícitamente esta última posibilidad como forma de transferencia, pero tampoco se prohíbe en su articulado. De hecho, “se espera que estos contratos de opción sean facilitados dentro de lo que la ley denomina “Centros de Intercambio” más conocidos como Bancos de Agua”.²¹⁹

²¹⁹ Embid, Irujo, A. Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua. VIª Conferencia Internacional del Seminario Permanente de Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos. Iberdrola, Valencia.2000.

En cuanto a la formalización y manera de llevar a cabo dichas transacciones en el llamado “mercado de agua” tenemos lo siguiente en la Ley de Aguas española:

Artículo 68. Formalización, autorización y registro del contrato de cesión.

1. Los contratos de cesión deberán ser formalizados por escrito y puestos en conocimiento del Organismo de cuenca y de las comunidades de usuarios a las que pertenezcan el cedente y el cesionario mediante el traslado de la copia del contrato.

...

4. Los Organismos de cuenca inscribirán los contratos de cesión de derechos de uso del agua en el Registro de Aguas al que se refiere el artículo 80...²²⁰

Según la normativa aprobada y relación con el artículo anterior, corresponde al Consejo de Ministros autorizar a los Organismos de Cuenca para poder realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua, y posteriormente cederlos a los usuarios que satisfagan el precio que el propio Organismo de Cuenca determine, estableciendo los máximos y mínimos de la compensación económica para la cesión de derechos así como las condiciones y forma de pago, lo cual se encuentra establecido en el artículo 355º del Reglamento del Dominio Público Hidráulico español.

A pesar de la posibilidad de la constitución de Bancos de Agua, la Ley de Aguas española, define de forma muy difusa estos centros, de manera que sólo habla de su posible existencia, correspondiendo al Reglamento el desarrollo de la normativa. En relación a los centros de intercambio encontramos en la Ley de aguas española:

Artículo 71. Centros de intercambio de derechos.

En las situaciones reguladas en los artículos 55,56, y 58 de la presente Ley, y en aquellas otras que reglamentariamente se determinen por concurrir causas análogas, se podrán constituir centros de intercambio de derechos de uso de agua mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Medio Ambiente...

3...Las adquisiciones y enajenaciones del derecho al uso del agua que se realicen conforme a este artículo deberán respetar los

²²⁰ Texto refundido de la Ley de Aguas española. google.com.mx. Consulta 17 de diciembre del 2007.

principios de publicidad y libre concurrencia y se llevarán a cabo conforme al procedimiento y los criterios de selección que reglamentariamente se determinen.

²²¹
...

El problema realmente latente de los mercados de agua, así como el posible surgimiento de bancos para el mismo recurso, puede desembocar en mercados estrechos, prácticas monopólicas, especulación y acaparamiento.

La asignación de estos derechos, es un tema relevante dentro de los mercados de agua, puesto que de ella dependerán los impactos distributivos que generen las transacciones de mercado, además, la elección de dicha asignación es fundamental para evitar el rechazo que del mercado de agua podría producirse tanto por parte de los agentes implicados como del conjunto de la sociedad.

Esta cuestión no afecta a la eficiencia según la postura de quiénes están en pro de transferir los derechos, pues como la Teoría Económica muestra, sea cual sea el procedimiento seguido para asignar los derechos, si el mercado es competitivo funciona correctamente, permitiendo el ajuste de las variaciones de oferta y demanda a corto y largo plazo.

Podemos distinguir tres posibles métodos de asignación inicial de los derechos de uso del agua, como son el sistema de derechos adquiridos, las subastas y el sistema de asignación mixta.

El sistema de derechos adquiridos suele ser la alternativa más utilizada cuando se introducen los mercados de agua, distribuyendo los derechos entre los usuarios tradicionales de los mismos. Suele basarse en el registro histórico o en otros parámetros como la posesión de la tierra a la hora de organizar el reparto de derechos.²²²

Este sistema de derechos adquiridos es el que ha sido elegido por la legislación española.

²²¹ Ibidem.

²²² Garrido, A. Ventajas y limitaciones del uso del mercado en la asignación de los recursos hídricos. VIª Conferencia Internacional del Seminario Permanente Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos. Iberdrola, Valencia. 2000.

Otro método de asignación es el de las subastas:

... donde el gobierno oferta los derechos de uso del agua organizando una subasta entre los usuarios potenciales, de la cual se obtiene un valor inicial de esos derechos (precio de subasta) en función de las demandas existentes en el momento de la oferta pública.²²³

Esta forma de asignación se ha utilizado únicamente en Australia a finales de los años ochenta.²²⁴ Como podemos observar en la cita anterior, se establecen precios de subasta, como si se tratara de cualquier mercancía puesta en venta, siendo una forma de comercializar el recurso.

Por último, existe el sistema de asignación mixta, el cual consiste en reservar derechos de uso del agua a los usuarios ya existentes antes de instaurar el sistema de mercado, ofreciéndoles precios preferenciales o permitiéndoles pagar su valor a plazos. Los derechos de uso de los recursos que quedasen libres después de cubrir las demandas de los usuarios tradicionales podrán sacarse a subasta para permitir la entrada de nuevos participantes en el mercado.²²⁵

De los sistemas anteriores, nos centramos únicamente en el primero como sistema elegido por la reforma de la Ley de Aguas española.

Tal vez una de las ventajas de este método de asignación respecto a otros sistemas es que disminuye la oposición de los usuarios actuales ante la introducción del mercado de agua, pues la mayoría, usuarios ya existentes

²²³ Maestu, J. Dificultades y oportunidades de una gestión razonable del agua en España: la flexibilización del régimen concesional. en J. López y J. M. Naredo (eds.): La gestión del agua de riego pp. 121-140. Fundación Argentario-Visor, Madrid. 1997.

²²⁴ Para ampliar la información sobre este tipo de asignación de derechos consultar más ampliamente, Ariño, G. y Sastre, M.: Leyes de Aguas y política hidráulica en España. Los mercados regulados del agua. Ed. Comares, Granada, 1999; y a los autores. Lee, T. R. y Jouravlev, A. S. Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua. CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1998.

²²⁵ Para ampliar la información sobre este tipo de asignación consultar Lee, T. R. y Jouravlev, A. S.: Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua. CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 1998.

argumentan que al adquirir sus fincas, han pagado de forma implícita un precio por el derecho a usar el agua. Por ello, al considerar que “el agua ya es suya”, cualquier otro procedimiento que implicase el pago de cantidades adicionales presentaría un gran rechazo social y político hacia esta reforma normativa de la gestión del agua.²²⁶

Un gran inconveniente que podríamos considerar es el surgimiento de “aguatenientes”, al concentrarse en manos de grandes usuarios una proporción considerable de derechos de uso del agua, lo cual puede conducir a la competencia imperfecta y hacia las prácticas monopólicas en la gestión del recurso, como suele ocurrir también con las concesiones, por lo cual los derechos de agua en el mercado de agua no serían la excepción, y posiblemente esto aumente el riesgo de manipulación, ya que aquellos usuarios con concesiones “latentes”, prácticamente sin uso actual, pueden recuperar sus extracciones sólo con el fin de lograr más derechos de uso, para después poder especular con el recurso.

Respecto a la concentración del recurso por los usuarios, encontramos la siguiente postura:

El seguimiento efectivo por parte del Organismo de Cuenca del cumplimiento que el cesionario haga de la obligación de uso efectivo de los caudales cedidos, podría evitar la proliferación de los llamados aguatenientes, que tenderán a acaparar derechos sobre los recursos hídricos sin destinarlos a un uso efectivo, para lucrarse posteriormente con su cesión en situaciones de sequía.²²⁷

En esta postura no se descarta la posibilidad de acaparamiento de derechos sobre el uso de agua, es porque dichos derechos efectivamente representan una posibilidad de negociación y de monopolio para su titular, y solo

²²⁶ Garrido, A. Ventajas y limitaciones del uso del mercado en la asignación de los recursos hídrico. VIª Conferencia Internacional del Seminario Permanente Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos. Iberdrola, Valencia.2000.

²²⁷ Navarro, Caballero Teresa María. ¿Representa un verdadero mercado del agua el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas?, en Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Año 2007-1 Madrid. p 207.

se deja en manos del Organismo de Cuenca el tener un seguimiento efectivo de dichas cesiones cuando el mismo organismo forma parte de la dinámica mercantilista que se ejerce sobre el recurso.

Ahora, centrándonos en el objeto del contrato de cesión de derechos en la Ley de Aguas española tenemos:

69.Objeto del contrato de cesión.

1. El volumen anual susceptible de cesión en ningún caso podrá superar al realmente utilizado por el cedente...

3. La cesión de derechos de uso del agua podrá conllevar una compensación económica que se fijará de mutuo acuerdo entre los contratantes y deberá explicarse en el contrato. Reglamentariamente podrá establecerse el importe máximo de dicha compensación.²²⁸

Esta forma de querer separar lo administrativo de lo privado, nos obligaría a asumir que las relaciones jurídicas imbrincadas son dos, la primera es la que se establece entre el cedente y el cesionario y la segunda la que se articula entre éste y la Administración hidráulica, tratando de que cada una merezca distinta calificación jurídica en el ámbito del derecho, es decir, la primera siendo una vinculación *inter privatos* la que se establece entre el cedente y el cesionario, cuando estos son dos particulares, el contrato que ambos otorgan participa de la misma naturaleza poniendo énfasis en lo que refiere a la compensación económica, aunque se trate de un contrato intervenido por la administración. Por lo tanto el contrato de cesión en el que contrate la Administración pública generalmente podrá calificarse como un contrato administrativo especial siempre que así resulte por su vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante o porque satisfaga de forma directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia.

Pero lo importante de esta cesión de derechos en los centros de intercambio es la compensación económica que se fija entre los contratantes, de mutuo acuerdo, aunque la Administración fije cantidades máximas para la misma. Aquí volvemos al punto central de este tema, se deja a los particulares comerciar con títulos de

²²⁸ Texto refundido de la Ley de Aguas Española. Google.com.es. Consulta realizada 17 de diciembre 2007.

derechos de un bien llamado de dominio público y amparado en el resguardo del supuesto interés general.

Para lo cual citaremos la reglamentación correspondiente en cuanto a dicha compensación económica, establecida en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico:

Artículo 344. Formalización y contenido de los contratos de cesión. Los contratos de cesión deben ser formalizados por escrito y en ellos se recogerán como mínimo, las siguientes especificaciones:

...

D)compensación económica que en su caso se establezca.

...

Artículo 346.

...

1. La compensación económica derivada de la cesión de derechos al uso de aguas se fijará de mutuo acuerdo por los contratantes. Atendiendo a la situación del mercado y a sus desviaciones, el Ministro del Medio Ambiente podrá establecer el importe máximo de la compensación.²²⁹

Es como si se quisiera desvincular lo privado de lo público, pero el tema central es que dentro del ámbito de lo público, se permite el tráfico privado, aunque esté vigilado por la administración, tomando en cuenta que el término vigilancia no es en pro de los usuarios y población en general, sino en pro de las cesiones mismas, siendo sólo algunos particulares los que se benefician económicamente de dicha cesión.

En relación tenemos lo siguiente:

El contrato de cesión puede convertirse en un incentivo a la transformación de los derechos privados sobre las aguas en concesiones administrativas...Sin embargo, no representa en absoluto un verdadero "mercado del agua" al menos en un sentido

²²⁹ Reglamento Público Hidráulico. Google.com.es. Consulta realizada 19 de diciembre 2007.

económico estricto, sino más bien un intercambio de derechos que en nada afecta la naturaleza pública de las aguas.²³⁰

Esta postura en realidad no es acorde con lo que realmente sucede en dichos mercados, pues si es un mercado donde se intercambian derechos de agua, la diferencia es que es un mercado que se encuentra restringido a cierto número de personas, al que no tiene acceso toda la población, por ende se deja en manos de sólo algunos usuarios el privilegio tanto de obtener una concesión como de acceder al mercado donde se llevan a cabo los intercambios de derechos, y donde sólo un número limitado de personas, obtiene un beneficio económico por dicha cesión.

Estos mercados estrechos donde se producen pocas transacciones de derechos de uso del agua, la visión del funcionamiento competitivo del mercado se abandona en favor de la negociación particular entre los usuarios que deseen intercambiarse caudales, constituyendo un monopolio bilateral.²³¹

Por otra parte, los comportamientos monopólicos provocan que los precios dejen de ser una señal que refleje la escasez del recurso, amenazando por tanto, la eficiencia del mercado como instrumento asignativo. Otras imperfecciones de mercado que pueden afectar a las transacciones de agua son, por una parte, la especulación, siempre que los intermediarios privados retengan los derechos de uso del agua más tiempo de lo necesario. Por otra parte, también será perjudicial el acaparamiento de derechos por parte de los usuarios, como medio de defensa ante los posibles riesgos que existen en la disponibilidad del recurso.

No obstante, según lo comentado anteriormente, esta variable sólo es importante de cara a la instauración de un mercado de agua cuando las transferencias de derechos se puedan realizar mediante la venta definitiva de los mismos. La

²³⁰ Navarro, Caballero Teresa María. ¿Representa un verdadero mercado del agua el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas?, en Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Año 2007-1 Madrid. p 209.

²³¹ Saleth, R. M. y Braden, J. B. Minimizing potential distortions in spot water market: a multilateral bargaining approach . en A. Dinar y E. T. Loehman (eds.) Water quantity/quality management and conflict resolution: institutions, processes, and economic analyses. Praeger Publishers, Westport. 1995. p 45.

legislación española, sin embargo, no contempla esta opción, y sólo permite el arrendamiento de los derechos de uso, lo cuál tampoco es una garantía de distribución eficaz del recurso.

Así el problema de la heterogeneidad de los derechos, y los costes añadidos que ello conlleva, no afectan al mercado de agua español, puesto que, por una parte, el arrendamiento por sí mismo ya tienen un carácter temporal y hay que renovar el contrato periódicamente (con independencia de que el tenedor de los derechos los posea de forma permanente o temporal), pero por otra parte, hay que tomar en cuenta que la duración de los derechos es prácticamente de carácter permanente, aunque sea vistos sólo como una cesión o como un arrendamiento temporal.

Existen diversas posturas respecto a la visión de los mercados de agua en España:

La modificación llevada a cabo en la Ley de Aguas en 1999, creó dos instituciones nuevas en el Derecho de Aguas español, que persiguen la redistribución temporal de los recursos hídricos como forma de optimizar socialmente su uso, el contrato de cesión y los centros de intercambio de derechos al uso del agua...contrato de cesión es un mecanismo de redistribución de caudales que ya han sido concedidos.²³²

Esta implementación del mercado de aguas en la legislación española, es tomada por algunos autores como una forma de redistribución social de los recursos hídricos y como un instrumento que no vulnera la naturaleza jurídica del recurso, como bien de dominio público en la Constitución española, y no como un mercado propiamente donde se negocia con el recurso.

Lo que para nosotros pudiera ser una contradicción jurídica, para varios autores la figura del mercado de agua en las legislaciones implica ventajas y avances jurídicos de importancia:

En definitiva, lo más importante de la constitución de un mercado del agua, es que el valor económico del agua y el destino de la misma

²³² Navarro, Caballero Teresa María. ¿Representa un verdadero mercado del agua el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas?, en Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Año 2007-1 Madrid. p 204.

se determine descentralizadamente, en función de la oferta y demanda, que reflejan las preferencias individuales y no en función de unas pretendidas estimaciones del interés público, basadas en decisiones políticas...Por lo demás, como ya se ha dicho, la existencia de un precio real del agua impuesto por el mercado, proporciona un incentivo para un uso eficiente de la misma y una mayor conservación de este escaso recurso natural.²³³

En relación a lo anterior, el valor económico del agua, y su destino no deben determinarse de forma descentralizada, y por el mercado, pues en definitiva los mercados de agua instituidos no son los que abastecen al grueso de la población; aunque si es verdad que la burocratización y políticas corruptas son un problema en la gestión del agua, esto no implica que por eso el mercado tenga que ser un aliciente para un uso eficiente del recurso y mucho menos que todos tengan el acceso al mismo, pues en este caso el riesgo de especulación, lucro y acaparamiento en pocas manos privadas, también serán una constante en la gestión del recurso.

Por eso hay que tener presente en relación a las ideas vertidas, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo español:

En efecto la transmisibilidad de las concesiones hidráulicas es consecuencia de que aquéllas otorgan verdaderos derechos reales administrativos, que al patrimonializarse, pueden ser objeto de tráfico jurídico por su titular, como cualquier otro elemento de su patrimonio. Y es que la inalienabilidad propia del dominio público sobre el que versan en nada afecta a los derechos reales constituidos toda vez que lo que entra en el tráfico jurídico no es el bien en sí mismo considerado sino el derecho que sobre él se ha constituido.²³⁴

No debemos perder de vista las anteriores sentencias debido a que en ellas se reconoce que la transmisión de las concesiones hidráulicas, forman parte del patrimonio del titular y constituyen derechos reales administrativos, que se pueden someter a un intercambio como tal, sin que esto implique que el recurso hídrico sea el que se patrimonializa, pero efectivamente el titular tiene la

²³³ Ariño Ortiz, Gaspar y Mónica Sastre Beceiro, Los Mercados de Agua en España: Una propuesta de reforma de la Ley de Aguas. En Revista Ingeniería del Agua. Vol.4 Num.1, España, 1997. p 19.

²³⁴ Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1974(RJ1974, 4881) y de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4494)

capacidad en cierta forma de lucrar y transmitir su título o sus derechos sobre el recurso, lo que implica que en realidad implica que se lucra con el mismo, pues él decide de forma directa a quién va a ceder o arrendar su concesión, aunque sea de forma temporal y a cambio de un beneficio económico, lo que no sólo implica que lo que se transmita sea el título o los derechos, sino por ende también el recurso del que se hace uso y se consume, es transmitido con el título o los derechos.

María Teresa Caballero, ya citada, considera que: “No se puede celebrar el contrato de cesión con cualquier persona que alegue una necesidad hídrica, pues aquél se celebrará exclusivamente entre un círculo cerrado de sujetos, es decir, los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo del agua y el único fin de esto es una reasignación de caudales, con lo cual se busca lograr una racional distribución de los mismos sin crear nuevas demandas, y el contrato de cesión como tal es un instrumento apropiado para afrontar aquellas situaciones de desajuste hídrico coyuntural”.²³⁵

Finalmente aunque dicha cesión solo pueda celebrarse con ciertas personas, esto significa que se está dejando a los particulares que directamente decidan la cesión de sus derechos, además de que dicho intercambio, como sólo puede celebrarse entre ciertas personas, tenderá a monopolizar el recurso, sin necesariamente tener que significar un beneficio para la población en general.

Por eso es importante no perder de vista lo siguiente:

El dominio público, es el reservado a la administración por una triple afectación: bienes afectados al uso público, bienes afectados a la prestación de un servicio público y bienes reservados como riqueza nacional; como consecuencia estos bienes se excluyen del tráfico jurídico privado y son imprescriptibles, inalienables e inembargables.
²³⁶

²³⁵ Navarro, Caballero Teresa María. ¿Representa un verdadero mercado del agua el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas?, en Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Año 2007-1 Madrid. p 205, 207

²³⁶ Bermejo, Vera José. Derecho Administrativo, parte especial. 6º ed., Ed Aranzadi, Navarra España. 2005. p 432.

Esta definición con sus tres elementos, así como la teoría de los derechos reales administrativos en España, no deben perderse de vista en el momento de instaurar la figura del mercado de agua y la cesión de derechos de agua de uso privativo, pues si bien el agua como recurso sigue siendo un bien de dominio público en la letra de la ley, con los mercados de agua es como si fuera un mercado privado restringido a un número de usuarios pero finalmente donde ellos definen y determinan su transferencia de derechos hacia otro particular, cediendo así un recurso que si bien es público, ellos obtienen retribución económica por cederlo o transferirlo.

No obstante con la reflexión anterior, encontramos que las instituciones como el mercado de agua español, que también forma parte de los instrumentos implementados a nivel mundial, lo que para nosotros pudiera ser una contradicción que atenta contra la naturaleza jurídica pública del recurso instituida a nivel constitucional, en el sistema jurídico español existen autores que no lo consideran así:

Ninguna traba hay para la implantación de un mercado del agua, ya que no se vulnera el artículo 132.1 de la Constitución Española que declara el dominio público inalienable, porque lo que se pretende no es "privatizar" las aguas sino permitir la trasmisión de derechos de aprovechamiento sobre las mismas, manteniéndose como hasta ahora la naturaleza de éstas. No estamos, por tanto, refiriéndose a la compraventa de un bien de dominio público.²³⁷

Lo anterior nos obliga a reflexionar en qué consiste y dónde está contenido el interés público general, que se intenta que prevalezca excluyendo formalmente del tráfico jurídico privado este recurso, aunque no de su aprovechamiento lucrativo por los agentes privados interesados, lo cual es un cuestionamiento nodal.

Por muchos es de esperarse que el mercado de agua solucione, por medio de la mano invisible del mercado, problemas de abastecimiento y retribuya de manera equitativa los beneficios esperados:

²³⁷ Ariño Ortiz, Gaspar y Mónica Sastre Beceiro, Los Mercados de Agua en España: Una propuesta de reforma de la Ley de Aguas. En Revista Ingeniería del Agua. Vol.4 Num.1, España, 1997. p25.

Se indica que mediante el mercado de las aguas se evitaría la realización de muchas obras hidráulicas, pues la mano invisible del mercado conduciría las aguas a las actividades más relevantes económicamente.²³⁸

Esto nos lleva a considerar un replanteamiento de la política en la gestión de aguas, es decir, separar la concepción del agua como un derecho fundamental y al que todos debemos tener acceso; de la concepción del agua como una mercancía aplicable a gran número de actividades económicas importantes que retribuyan una ganancia; lo cual nos indica que a este recurso natural se le da un sentido utilitarista economicista determinado por las leyes del mercado, donde la cuestión social y de bienestar general de la población es hecha a un lado para dar prioridad a intereses económicos más que sociales y humanos.

3.5.2 El caso de las Islas Canarias en España

La reforma de la Ley de Aguas española de 1999 se caracteriza, ante todo, por el interés especial que ha puesto el legislador en la introducción de lo que llamamos genéricamente, “mercado del agua” y que con más propiedad el nuevo artículo 67º de la misma denomina contratos de cesión de derechos de agua.

La denominación del nuevo contrato tipificado es más representativa de lo que se pretende, bajo la vestidura de una institución típica del derecho privado, el contrato, se pueden llevar a cabo transmisiones de los derechos de utilización del agua entre dos concesionarios o titulares de derechos a la utilización del agua. La Administración hídrica en esta circunstancia, es poco más que un testigo privilegiado en la transacción celebrada pues realmente, solo en supuestos de cesión de agua entre concesionarios de distintas cuencas hidrográficas es imprescindible necesaria su aquiescencia para la perfección de la operación.

No cabe duda, entonces, que en el ámbito de la utilización de las aguas públicas la regulación española supone una novedad muy sustantiva; la creación de una

²³⁸ Embid Irujo, Antonio. Diccionario de Derecho de Aguas. Ed. Iustel. España 2007. p. 29.

nueva manera de asignación de derechos de agua por la mera voluntad de los particulares frente a las formas tradicionales del otorgamiento por medio de concesión o por título legal y que en cualquiera de los dos casos suponen que un poder público adopta la decisión expresamente.

Esta figura del mercado de agua, la encontramos en las islas Canarias la cual se ha implementado como parte de la reforma a la Ley de Aguas española.

A grandes rasgos el funcionamiento del mercado del agua en dichas Islas se produce con arreglo a la siguiente dinámica: cuando por un particular o Administración Pública se precisa comprar agua para la agricultura, o abastecimiento a poblaciones o urbanizaciones "arriendan el agua" –como allí se dice– aunque lo que se efectúa no es un arrendamiento sino una real compra del líquido elemento que se ha denominado tradicionalmente arrendamiento, quizá para distinguirlo de la compraventa de acciones de agua que es lo que otorga derechos sobre los caudales de una determinada galería o mina. El interesado en arrendar cantidades o tiempos de agua lo solicita a unos intermediarios del agua, quienes tienen encomendado por su propietario, titular, miembro o accionista de una comunidad alumbradora, la venta del caudal a que tiene derecho según la cantidad de acciones que posee.

El pago se produce por parte del demandante de agua al intermediario y éste, previo el cobro de una comisión, le entrega el dinero al propietario de los caudales arrendados, en función del precio que alcance el agua en el mercado en aquel momento.

Respecto a lo anterior, la participación del Estado español es la siguiente:

La Administración Pública municipal como demandante de agua se somete a las reglas del mercado como cualquier otro operador; compra el agua a los habituales proveedores a través de los intermediarios del agua o corredores del agua, si bien en épocas o

momentos de escasez puede expropiarla (o requisarla) para el abastecimiento urgente de la población.²³⁹

Como podemos observar la administración pública, se comporta en este mercado de agua implementado, como si fuera un agente privado más, que compra agua a los proveedores de la misma, dejando de lado su papel de salvaguardar el recurso de las depredadoras reglas del mercado.

Para muchos como Ariño, este sistema se ha desarrollado con un alto grado de eficacia:

Este sistema se ha desarrollado con un alto grado de eficacia, puesto que nunca ha faltado el agua, ni en los peores años de sequía. Pero también es cierto que el funcionamiento de dicho mercado se ha desarrollado con poca transparencia y con arreglo a costumbres que adolecen de falta de seguridad jurídica, así como con ciertos abusos de la posición preeminente de algunos operadores, por lo que sería conveniente proceder a una regulación pública que introduzca la transparencia de los operadores y el mercado.²⁴⁰

Ante este caso, nos encontramos con la verdadera venta del vital líquido, donde toman parte en dicha venta intermediarios que obtienen una comisión, una ganancia económica, como si el recurso, se estuviera poniendo al mejor postor, y donde por supuesto que se dan abusos, en las transacciones de recurso, debido a que la falta de respaldo jurídico ante los usuarios se torna del todo evidente, pues es la ley de oferta y demanda la que determina los abusos y los costos, como si estuviéramos hablando de cualquier mercancía o valores en la bolsa, con la que se llevan a cabo transacciones.

En este sentido estamos hablando hasta de acciones, como si se tratara de una verdadera sociedad mercantil, la cual en definitiva, tiene como finalidad la obtención de beneficios económicos y el lucro con el recurso.

²³⁹ Ariño Ortiz, Gaspar y Mónica Sastre Beceiro, Los Mercados de Agua en España: Una propuesta de reforma de la Ley de Aguas. En Revista Ingeniería del Agua. Vol.4 Num.1, España, 1997. p 23.

²⁴⁰ Ibidem.

Como podemos apreciar este es un vivo ejemplo del funcionamiento de los mercados de agua que ya se encuentran instituidos y funcionando, son verdaderos mercados donde se hablan de acciones, comisiones, corredores de agua, intermediarios, pero también de falta de seguridad jurídica, transparencia y abuso en el desenvolvimiento del mismo, es una forma de especulación con el líquido, donde se vende a los que ofrecen la mejor oferta, y donde la administración pública es un agente activo de participación en dicho mercado, de igual a igual con los particulares, dejando de lado su función pública y el resguardo del bienestar general así como social y por supuesto de vigilancia a favor de la población en cuanto al recurso.

Un mercado de agua se comporta como tal y se da entre agentes privados, por lo que el recurso deja de ser inalienable, pues se transmiten derechos sobre el mismo, y en realidad estamos hablando de una verdadera compraventa del agua, no sólo de los derechos sino del recurso en sí mismo.

Finalmente este ejemplo de las Islas Canarias nos lleva a realizar un punto sintético y de comparación entre México y España, donde en el caso de nuestro país dichos mercados, bancos o centros de intercambio sí se encuentran instituidos en la Ley de Aguas Nacionales, aunque no se estén implementando en su totalidad por parte de la administración pública mexicana.

Pero al estar contemplados se irán dando los medios jurídicos o de otra índole para que éstos funcionen como es el caso de España, que no sólo se han quedado en la letra de la ley, sino se han aplicado como se hace a nivel mundial, considerándolos un medio idóneo de distribución del recurso, aunque en la práctica los resultados no sean del todo evidentes en este sentido, presentándose problemas de corrupción, acaparamiento y lucro en relación a la distribución y manejo del recurso.

CAPITULO IV

LA PRIVATIZACIÓN DEL AGUA A NIVEL MUNDIAL, PERSPECTIVAS, RESULTADOS Y ALTERNATIVAS

4.1 Perspectivas ambientales y económicas

Existe una tensión entre medio ambiente y desarrollo económico, es ahí donde radica la esencia de la problemática ambiental moderna, donde por supuesto el agua como recurso natural no queda excluida.

El medio ambiente y el desarrollo económico son dos valores que aunque resultan enfrentados en conflictos concretos, están en realidad íntimamente relacionados ante la globalización y las políticas económicas actuales, pues ambos son igualmente necesarios para el logro de una calidad de vida del ser humano, pero lo que debemos cuestionarnos es cuál de los dos valores es prioritario o de qué manera deben convivir en la cotidianeidad las relaciones económicas y ambientales para no denigrar el ambiente y para no que los países en general no quedan fuera del movimiento globalizador.

Realmente nos encontramos en una disyuntiva importante, pues sin preservación de los recursos naturales y su utilización racional, se niega el disfrute de la naturaleza a la humanidad, y así la posibilidad de mantener un desarrollo económico a largo plazo, pues el medio ambiente es fuente de todos los recursos físicos indispensables para el desarrollo humano y económico.

Desde la perspectiva actual, la única forma perdurable de desarrollo económico, es la que se conoce como desarrollo sostenible o sustentable, que es lo que hoy se maneja como discurso a nivel mundial, del cual tenemos que es: “El desarrollo que satisface las necesidades del presente, sin poner en peligro la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.²⁴¹

A partir de esta definición, actualmente se parte de que es necesario armonizar intereses ambientales y económicos para lograr dicho desarrollo sostenible o

²⁴¹ Lozano Cutanda, Blanca. Derecho Ambiental Administrativo. 7º ed., Ed Kykinson. Madrid, 2006.p 85.

sustentable, el cuál se ha convertido en la bandera y argumento de los agentes privados para poder acceder a los recursos naturales necesarios en los diversos países para acrecentar su patrimonio, beneficio económico y financiero, con argumentos de supuesta conservación de los activos naturales.

La aplicación efectiva en las políticas nacionales de los países de dicho desarrollo sostenible, dista de serlo y teniendo claro lo que sucede en la actualidad, para ser realmente efectivo, es prioritario modificar radicalmente algunos postulados básicos del sistema capitalista de consumo, es decir de la política neoliberal, que rige en todos los mercados actuales, y de los cuales recursos naturales como el agua no son la excepción.

Se debe dejar de lado que el agua como recurso natural forme parte del juego del mercado, y llegue a ser un asunto estratégico y prioritario en las políticas estatales, haciendo uso del sistema jurídico, y no permitir que las pautas mundiales definan directa o indirectamente el manejo del recurso.

Al respecto Blanca Lozano asume lo siguiente:

En este desarrollo sostenible se tolera y asume como inevitable cierto grado de impacto ambiental, pero se intenta lograr la colaboración de los agentes económicos y sociales para minimizar tal impacto.²⁴²

En una economía de mercado el logro del beneficio económico tiende a ser prioritario tanto desde la perspectiva individual como colectiva, para los agentes que lo obtendrán, sin importar el perjuicio que se causa al medio ambiente como recurso común y a la humanidad como un bien necesario para su subsistencia.

Esta es la causa principal por la que los poderes públicos de los países no pueden mantenerse al margen de la actuación de los agentes privados, los primeros deben intervenir en la defensa y protección del medio ambiente y sus recursos y no convertirse en un agente más del mercado que busca convertir el todo en una mercancía, sino deben adoptar medidas de limitación y control de actividades que

²⁴² Ibid.p 92.

podrían poner en riesgo o dañar la preservación de los entornos naturales, en este caso de los acuáticos.

Debido a las políticas actuales a nivel mundial y la implementación de nuevas tecnologías, poco a poco se ha ido posibilitando la apropiación privada del agua por medio de la progresiva extracción, almacenamiento y transferencia, es decir, convirtiéndola en un bien confinable y regulado por el libre mercado, esto es una mercancía.

En relación a lo anterior encontramos:

Este afán tan actual de convertir el agua en un bien económico, sería el último paso por transformar jurídicamente en mercancía un bien que siempre perteneció a lo público por la dificultad tecnológica de apropiárselo. La escasez del agua discurre pareja con este proceso y resulta consustancial a su apropiación privada por medio de las tecnologías. Lejos de la mercantilización del agua, la solución para eliminar su escasez, su conversión en bien económico significará, añadir un factor más de empobrecimiento para muchas personas.²⁴³

Hay que tomar en cuenta que hoy día el empobrecimiento de la población, o el acceso a recursos económicos de la misma, no es un factor prioritario para los Estados ni para los agentes privados; lo importante es implementar el capitalismo a ultranza sobre todo lo que sea posible y formando esto parte de las políticas mundiales. Es realmente difícil esperar que las mismas no alcancen a los países de una u otra forma, dejando de lado las consecuencias sociales que a nivel mundial se puedan dar sin importar que dichas políticas privatizadoras de los recursos naturales se implementen en países centrales o periféricos y contribuyan a agudizar el empobrecimiento relacionado con el acceso y derecho al recurso hídrico.

Es obvio que a nivel mundial no existen esquemas únicos para la administración pública del recurso y de sus servicios, según cada caso en particular y es una decisión que corresponde tomar a los gobiernos locales, dependiendo de las

²⁴³ Ruiz, García Juan Manuel. Sobre el IV Foro Mundial del Agua y el objetivo de Desarrollo del Milenio de erradicar la pobreza en el Mundo. La cooperación internacional para el desarrollo en el sector del agua. En Revista Ambiente, la Revista del Ministerio del Medio Ambiente. Núm 54. Abril 2006. Madrid. pp 11-12.

circunstancias económicas, sociales y políticas específicas de cada uno de los Estados.

Respecto a lo anterior, es evidente que cada Estado define sus políticas de gestión del recurso, pero podría apostarse por una gestión pública del mismo que como veremos más adelante arroja resultados benéficos y positivos. El cuestionamiento es porqué los Estados no hacen un esfuerzo por proteger sus recursos o activos naturales esenciales de una manera estratégica, sin dejar de formar parte de la globalización y de las políticas neoliberales implementadas mundialmente, afirmando que dichos recursos naturales como el agua no pueden formar parte de los mercados, o que tienen que ser protegidos y resguardados mediante el derecho, acciones gubernamentales en beneficio de las mayorías y no de las minorías empresariales nacionales y extranjeras.

4.2 Privatización del agua en México y otros países, resultados negativos

4.2.1 La gestión del Agua Urbana en México

En relación a nuestro país, analizaremos la intervención de las empresas transnacionales en la gestión del recurso que nos ocupa.

En México, la Comisión Nacional del Agua mantiene un control férreo en la toma de decisiones, sofocando los debates sobre la privatización y gestión pública del recurso, intensificando esfuerzos para promover la participación del sector privado, lo cual nos indica que dicha postura obstaculiza la participación ciudadana y de los diversos sectores de la sociedad, todo lo contrario a lo que se intenta realizar en la gestión de aguas española en cuanto a la planificación y participación ciudadana. En México por lo tanto, se intenta impulsar la participación privada de forma primordial, dejando de lado las demandas y necesidades del resto de los sectores, los cuales tienen que asumir y resignarse a las decisiones que se toman a altos niveles administrativos y de empresa, lo cual nos lleva a diversas consecuencias en detrimento del bienestar social y general.

No hay que omitir que no sólo nos referimos a iniciativa privada nacional, sino también de forma importante a nivel internacional ya que en México todos los gigantes del sector del agua como Suez, Aguas de Barcelona, Vivendi, y otras internacionales de menor tamaño participan en la gestión de uno o más sistemas locales de agua.²⁴⁴

Esto en relación con la cuestión jurídica se agudiza, ya que el sistema mexicano presenta aspectos irresueltos como ya lo hemos comentado, mientras que la Constitución establece que el agua es propiedad de la Nación, y un bien público de la Federación, las concesiones privadas otorgadas a largo plazo quedan fuera del control de los organismos de agua locales, primordialmente de los municipios que a nivel constitucional son los que deben gestionar el recurso, lo cual al igual que los mercados de agua y las concesiones españolas, donde los particulares o agentes privados son los que terminan lucrando y gestionando el recurso, y donde la administración pública suele jugar el papel de un agente más del juego mercantil, en lugar de salvaguardar y velar por la preservación de las aguas, pero sobre todo por que prevalezca la tutela pública de las mismas.

a) En 1993 se privatizó el sistema de gestión del agua urbana en la Ciudad de Aguascalientes, siguiendo un espíritu de reestructuración neoliberal de las políticas públicas imperantes. El socio privado de la empresa es Veolia, de origen francés. Las quejas, sobre el deterioro de la calidad son numerosas, y las tarifas son de las más altas en México, y los acuíferos se están agotando sin tomar ninguna medida al respecto.²⁴⁵

La ciudad de Aguascalientes, representó un proyecto piloto en México con respecto a la privatización de un organismo operador municipal en el sector del agua. Constituye el primer caso en el que los servicios de extracción, distribución y saneamiento de agua pasaron vía concesión a una empresa privada de manera

²⁴⁴ Martínez, Ruiz Beatriz (Traducción) . Por un modelo público del agua. Triunfos, Luchas y Sueños. Ed. Ediciones de Intervención Cultural, España, 2005. p 247, 248.

²⁴⁵ Ibidem.

integral. Hubo una primera etapa, en la cual desde 1989 una compañía privada con capital de la empresa nacional de construcción ICA y de la francesa Compagnie Générale Des Eaus (hoy Vivendi) instaló medidores e incidió en la facturación y cobranza. En cuanto al aumento considerable (42 por ciento) de usuarios registrados, número de medidores instalados (cien mil) e ingresos (cuatro veces más que antes); según la perspectiva comercial pareció todo un éxito. Otro "logro": Por cada mil tomas de agua, la planta laboral se redujo en una proporción de cinco a tres empleados.

Así en esta ciudad de Aguascalientes, en 1993 la empresa mixta de ICA y Compagnie Générale Des Eaux consiguió una concesión de 20 años, con la posibilidad de prórroga para el manejo integral de los servicios del agua. Los resultados hoy en día desilusionan: Las tarifas del servicio aumentaron más de lo previsto originalmente. Hubo apoyos financieros sustanciales por la CNA tampoco previstos. Lo que antes eran subsidios a un organismo operador público, se convirtieron en subsidios para una empresa privada. La concesión se amplió a 30 años para facilitar la recuperación de costos de la empresa. Sin embargo el saneamiento planeado de la infraestructura no se ha dado hasta ahora, la red de tubería permanece en un estado deplorable.²⁴⁶

Con el objeto de hacer enteramente viable la opción de la participación privada en el nivel local, la Comisión Nacional del Agua, ha promovido entre las entidades federativas la promulgación de reformas legales para armonizar las leyes con la nueva política federal a partir del proyecto piloto de la ciudad de Aguascalientes. Hacia 1996, veintinueve estados habían aprobado legislaciones que autorizaban la participación privada mediante contratos de servicios en general, en los dos restantes, (Tabasco y Yucatán) ni se autorizaba, ni se prohibía. En relación con el tema particular de la privatización del servicio de agua potable, veinte estados y el

²⁴⁶ Para una descripción más detallada del caso Aguascalientes véase Peña, A.: ya citado, p.74-81. Todavía más extensa es la evaluación que se hace en el contexto del proyecto PRINWASS, una investigación interdisciplinaria con apoyo financiero de la Unión Europea sobre límites y condiciones para la participación de capital y empresas privadas con respecto a los servicios de agua en ciudades de América Latina y África. En esta segunda evaluación la condena no es tan rotunda como en el juicio de Peña, pero de ninguna manera la empresa privada en Aguascalientes sale bien librada. Véase www.geog.ox.ac.uk/prinwass

Distrito Federal contemplaron y regularon la posibilidad de que el estado o el gobierno municipal puedan otorgar concesiones. En los once estados restantes no se expidieron normas al respecto, lo que no necesariamente impide la concesión de dichos servicios. Solamente en los estados de Jalisco, Sinaloa, Tamaulipas y Tlaxcala, las leyes sobre los municipios reservan el servicio de agua potable exclusivamente para los gobiernos municipales; lo cual impide otorgar concesiones u otras formas de la participación privada, pero finalmente en la mayoría de los estados se ha regulado dicha participación.

La política urbana de agua potable retomada por el gobierno foxista se definió por un tono alarmista sobre la futura crisis del agua, que sirve para legitimar la "ayuda" externa para garantizar el suministro del agua para la población. El agua fue declarada por el presidente como un asunto de seguridad nacional, reforzando esto con el llamado a la autosuficiencia y participación privada como medidas de solución.

Para lo anterior citaremos lo siguiente:

El presidente Fox reconoció la necesidad de ajustar las tarifas del agua y abrir el sector a la iniciativa privada...Por su parte la Comisión Nacional del Agua (CNA) anunciará en los próximos meses nuevos esquemas de concesiones para que sea la iniciativa privada la que opere y preste el servicio de agua en coordinación con los municipios, y planteó que dada la importancia de este recurso para el bienestar social y el desarrollo regional y local, es urgente buscar cambios institucionales que permitan una mayor participación del sector privado.²⁴⁷

Esta cita nos deja entender con claridad cual ha sido desde hace ya algún tiempo, la intención de los gobiernos mexicanos respecto al recurso que nos ocupa, lo cual se refuerza con la siguiente postura:

El hecho de que sea la iniciativa privada la que opere y brinde el servicio de agua en coordinación con los municipios, es una medida que bien supervisada ayudará a solucionar en gran medida el problema del agua que vive nuestro país (escasez y asignación ineficiente, repercusiones ambientales y sobreexplotación).²⁴⁸

²⁴⁷ Gómez, Granados Sofía. Agua, sector que abre sus puertas a la inversión privada. Revista Bien Común y Gobierno. Año 7, Num. 79, México, Junio 2001. p 84

²⁴⁸ Ibid. p 86.

b) Otro ejemplo en el entorno mexicano es la ciudad de Quintana Roo en Cancún donde en 1993²⁴⁹ un consorcio privado ganó una concesión para gestionar el sistema de agua durante 20 años. Al respecto, los usuarios comerciales se quejan de los altos costos de la suspensión del suministro al igual que sucedió en la ciudad de Aguascalientes.

c) Otra ciudad de la República Mexicana donde se ha implementado la intervención de agentes privados internacionales es el caso de Saltillo en Coahuila, como veremos a continuación:

En Saltillo hay una sociedad mixta para el manejo del agua desde 2001, el agua municipal en un 51%, y Aguas de Barcelona a través de una filial mexicana en un 49%, negándose la participación ciudadana. Durante los dos primeros años las tarifas aumentaron 32% y 68%.²⁵⁰

En Saltillo, Estado de Coahuila, con alrededor de 650 000 habitantes, la empresa transnacional Aguas de Barcelona desde octubre 2001 tiene una participación de 49 por ciento en el organismo operador del servicio de agua potable "Aguas de Saltillo" (Agsal). Es el primer caso en México, donde se forma una empresa mixta entre la iniciativa privada y un gobierno municipal. Recibos de cobro demasiado altos, es decir, manipulados, informaciones incorrectas ante las autoridades locales, conceptos de cobros no autorizados y los aumentos en las tarifas hicieron que los usuarios estuvieran no conformes. Una investigación del congreso de Coahuila confirmó ampliamente las acusaciones en contra de Agsal. El gobierno municipal exige a Agsal bajar las tarifas y regresar a sus usuarios en total 1,5 millones de dólares. Sin embargo no está prevista la penalización de los responsables de la empresa. Ahora un movimiento ciudadano, la Asociación de Usuarios de Aguas de Saltillo está luchando para que se disuelva la empresa mixta y se convierta otra vez en un organismo meramente municipal.²⁵¹

²⁴⁹ Martínez, Ruiz Beatriz (Traducción) . Por un modelo público del agua. Triunfos, Luchas y Sueños. Ed. Ediciones de Intervención Cultural, España, 2005. p 248.

²⁵⁰ Ibid. p 251.

²⁵¹ Véase <http://www.waterjustice.org/campaign.php?componentID=3&articleID=101>; también Peña, A., p.84-86

De los casos presentados y las referencias legales vertidas hasta este punto de nuestra investigación, se obtiene una conclusión; cuando se necesitan mayores inversiones en la red de tubería ya sea de agua potable o drenaje, las empresas privadas no muestran tener interés por cumplir con lo estipulado en los contratos, o desde un principio no se comprometen a hacerlo. Otra conclusión es, que el servicio de las empresas privadas de ninguna manera garantiza un mejor servicio, en pro del bienestar general, pero sí incrementa las tarifas, al querer los particulares o las empresas recuperar su inversión, sin pensar que es un servicio al público y no un medio para generar ganancias como cualquier otro.

En el caso del servicio público de la prestación de agua potable a la comunidad, dada su gran importancia para la vida de las personas, el desarrollo sustentable y el medio ambiente, sin duda se debe tratar de un servicio que esté a cargo del Estado. La privatización o prestación del servicio a cargo y por cuenta de empresarios o particulares, entraña un enorme riesgo y potencial daño para la sociedad, ya que los empresarios tienen como guía el beneficio económico. En cambio cuando al Estado se le asigna, al menos teóricamente, la responsabilidad del bien común o el interés general en sentido no utilitarista se estaría en el marco del la sociedad democrática y del Estado social de derecho.

Lamentablemente, el modelo neoliberal parte de la idea, que la economía liberal de mercado constituye la única opción económica posible para todo el mundo. Un aspecto clave de esto es la comercialización de los bienes y servicios de uso común. Todo está a la venta, incluso aquellas áreas como los servicios sociales y públicos así como los recursos naturales.

En el mundo, son muchos los gobiernos que, abdicando de su responsabilidad de proteger los recursos naturales con que cuentan, renuncian a su autoridad a favor de empresas privadas que se enriquecen explotando esos recursos. Ante la crisis del agua dulce, los gobiernos e instituciones internacionales abogan por una solución basada en la privatización y comercialización del agua. De acuerdo con algunos organismos internacionales, el agua es una necesidad humana; no un

derecho humano. Esto no es una simple cuestión semántica ya que la diferencia en la interpretación es fundamental.

El efecto combinado de estos factores en cuanto a la participación privada en el servicio público, lleva a un aumento de tarifas que, poco a poco, se van acercando al precio “de mercado”, tal y como lo prescribe la teoría económica neoclásica. Es así como los grandes monopolios internacionales dedicados a la gestión de los servicios hídricos dirigieron su mirada hacia México.

Los tres ejemplos vistos en el ámbito mexicano, ya sean las concesiones, los mercados de agua, o las sociedades mixtas, denotan que el sistema jurídico mexicano permite que el ámbito público, se encuentre permeado por figuras que pertenecen en esencia al ámbito privado, y que son parte de la manera en que se maneja el recurso en nuestro país, sin importar al igual que en la Constitución española, que el agua sea considerado un bien público de la Federación, eso ahora se encuentra no en una jerarquía prioritaria, sino totalmente secundaria e ignorada.

d) Pero el ejemplo tal vez de mayor escala del sector privado en la gestión del agua es en la Ciudad de México, que desde 1994 se dividió en cuadrantes y cada uno se gestiona por una empresa constructora mexicana y un socio extranjero con experiencia en el sector del agua.²⁵²

Los cuestionamientos de las políticas públicas y los nuevos proyectos, se han topado con el silencio oficial y la rápida movilización de fuerzas políticas estatales para no dejar paso a la acción colectiva, y mucho menos a su injerencia y participación, pues el argumento es que las decisiones sobre el agua son demasiado complejas para que los ciudadanos participen en ellas.

²⁵² Martínez, Ruiz Beatriz (Traducción) . Por un modelo público del agua. Triunfos, Luchas y Sueños. Ed. Ediciones de Intervención Cultural, España, 2005. p 254.

En México, como en muchos lugares del mundo, permeados de la política neoliberal y el movimiento globalizador, no se acepta ninguna interpretación alternativa a las políticas o prioridades públicas y los intereses comunes de la nación, en realidad lo que impera es una élite relacionada fuertemente con intereses y políticas internacionales que versan sobre asuntos económicos y que se encuentra totalmente subsumida y al servicio del capital.

La privatización de los sistemas de agua y saneamiento ha adoptado diversas formas, pero lo importante es que en todas ellas encontramos una constante, que es el traspaso del control y gestión de operaciones a empresas privadas o particulares, convirtiendo al recurso en fuente de lucro para el capital.

4.2.2 Ejemplos de intervención de la iniciativa privada en la gestión del agua a nivel mundial

Hay que preguntarnos qué es lo que se espera de esta forma de gestión privatizadora de los recursos hídricos; en el orbe los ejemplos sobran, y no han dado los mejores resultados ni en países del primer mundo ni del tercer mundo.

a) Por ejemplo tal es el caso, del Reino Unido donde se produjo la venta total de la red de abastecimiento de agua a empresas privadas; en otros lugares la forma de privatización promovida se ha basado en el sistema concesional, contratos de arrendamiento o de gestión, y por supuesto en los llamados mercados de agua. Otras variaciones en esta materia incluyen las operaciones conjuntas con autoridades públicas, como se ha hecho en el caso mexicano, donde el socio privado goza de beneficios y ganancias respecto a la explotación, uso y aprovechamiento del recurso.

Es del todo evidente que las administraciones no han tenido la autoridad y competencia para controlar el comportamiento de las empresas transnacionales o de los particulares, así como de los mercados de agua, de los arrendamientos, sino prácticamente se han vuelto cómplices de ellos.

b)A pesar de la atención y el apoyo otorgado a las concesiones privadas de agua en América Latina, éstas no funcionan mejor que los operadores del sector público al momento de llevar el servicio a la población y como parte importante de la misma, al sector que se encuentra en un estado de pobreza o pobreza extrema, que no cuenta con los recursos económicos para satisfacer necesidades tan básicas como la alimentación, vivienda y por supuesto servicios básicos como el agua.

Otro inconveniente en la actualidad, es que por ejemplo el Banco Mundial y otros bancos de desarrollo; en general los organismos internacionales y países centrales dominantes, mencionados en esta investigación, se mantienen reacios a apoyar a las empresas del sector público, por ser parte de las medidas actuales, a pesar de que éstas empresas son las responsables de más del 90%²⁵³ de los servicios de agua y saneamiento en todo el mundo, lo que obviamente no parece ser significativo para los intereses internacionales, es mejor, desde su perspectiva transformar ese porcentaje de manera paulatina, para que el manejo sea de la iniciativa privada sea nacional o internacional.

No debemos omitir que el manejo del agua, como muchos otros recursos naturales y servicios, en lo que respecta a la gestión pública, se podría considerar un fracaso debido también a todo lo que permea a nivel internacional, además de la falta de proceso democráticos en el sector público, pues las diversas propuestas y políticas reflejan justamente la interacción entre circunstancias locales, económicas y políticas, y las fuerzas mundiales de la misma índole, así como el desarrollo de nuevas formas de entender y desarrollar el derecho, la economía, los derechos fundamentales, lo cual injiere directamente en las políticas implementadas para gestionar el agua y el resto de los recursos naturales a nivel mundial.

²⁵³ Ibid. p 258.

Son realmente numerosos los casos que podríamos citar respecto de la forma como ha funcionado la gestión del agua cuando intervienen agentes privados en la misma. A continuación veremos algunos ejemplos de esto tanto en México como en otros países, para tener referencias concretas respecto a la forma en la que se han implementado y los resultados obtenidos.

c) En el caso de Chile, sólo realizaremos una breve revisión por sus características peculiares, debido a que los mercados de agua han sido analizados en capítulos anteriores.

En 1981²⁵⁴, se aprobó en Chile, el Código del agua, en el que el Estado concede a los entonces usuarios del agua ya sea agricultores, industriales, compañías hidroeléctricas, el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, que tendrá las mismas garantías constitucionales que el derecho de propiedad. Así, estos derechos que son definidos como privados, pueden ser vendidos a cualquier persona que le puede dar el uso que desee, con una negociación totalmente de libre mercado y por ende de libre precio.

Al respecto tenemos:

Para comprobar si el vendedor ostenta la titularidad del derecho sobre determinadas aguas se puede acudir al Registro de aguas y comprobar su veracidad. No obstante, cuando en una localidad no haya ninguna manera de satisfacer las necesidades básicas del agua o en caso de sequía, el Estado puede expropiar los derechos de cualquier titular usuario en aras de proteger el Bienestar Social, abonando a aquél la correspondiente indemnización.²⁵⁵

Como ya se ha desarrollado, en el capítulo correspondiente al derecho de aguas español, los mercados de agua a consideración propia no es la institución mas adecuada para manejar el recurso, pues tal vez sea un medio para intentar distribuirlo, lo cual no garantiza finalmente que se realice de forma equitativa, pues son unos cuantos los que participan en dicho mercado, dejando que sean los

²⁵⁴ Ariño Ortiz, Gaspar y Mónica Sastre Beceiro, Los Mercados de Agua en España: Una propuesta de reforma de la Ley de Aguas. En Revista Ingeniería del Agua. Vol.4 Num.1, España, 1997. p 22.

²⁵⁵ Ibidem.

mismos particulares, los que realicen las transacciones que son de carácter totalmente mercantil.

El Estado y su administración sólo fungen como un vigilante de las mismas y como podemos ver en la cita anterior, interviene cuando la situación ya es apremiante en cuanto a la necesidad del recurso, pero si dicha necesidad no se da, pues los mercados de agua siguen funcionando como un centro de intercambio más de mercancías, dejando de lado las necesidades básicas de la población.

Además es importante mencionar que en este ejemplo no sólo se trata de un mercado de agua, como centro de intercambio, justamente su característica peculiar es que estamos hablando de verdaderos derechos de propiedad sobre el recurso, dándosele el carácter de derecho real propiamente dicho, derechos que se venden entre los usuarios cuando ellos lo disponen, pues forman parte de su patrimonio, estableciendo ellos mismos el costo de dichos derechos.

Como en todos los países periféricos la distribución y abastecimiento del recurso no está resuelta, y sólo se implementan figuras o instituciones jurídicas como los mercados de agua, para tener legislaciones de vanguardia pero que no dejan de ser emergentes que se superponen a las verdaderas y reales necesidades de la población.

d) Otro ejemplo es el caso de la Ciudad de Cabo Verde, para lo cual tenemos la siguiente referencia:

En 1999 en Cabo Verde, la ex colonia portuguesa vendió el 51 por ciento de los activos de la empresa estatal de electricidad y agua, Electra, al consorcio Electricidad de Portugal y Aguas de Portugal, ambas empresas estatales, con apoyo de un préstamo del Banco Mundial (BM) de 22 millones de dólares. Según el Banco Mundial, las inversiones totales prometidas superaban los 147 millones de dólares, sin especificación de las partes correspondientes al agua y a la electricidad, respectivamente. En septiembre de 2005, el gobierno de Cabo Verde amenazó con renacionalizar la empresa, después de

haber acusado a Electra de no hacer las inversiones convenidas en el contrato.²⁵⁶

Este es un ejemplo de asociación, con una empresa estatal, en la que intervino un organismo internacional como lo es el Banco Mundial, financiando con un préstamo, pero obviamente al no cumplirse ni los objetivos ni las inversiones pactadas, pues Cabo Verde toma la decisión de nacionalizar nuevamente dicha empresa estatal, pues los resultados no fueron los esperados, aunque en la actualidad han seguido las privatizaciones del recurso en dicha colonia ex portuguesa, teniendo graves problemas de distribución y abastecimiento.

e) Otro ejemplo es la ex colonia francesa, Gabon, que:

Vendió en 1997 el 51 por ciento de la empresa estatal de agua y electricidad SEEG a la empresa transnacional francesa Veolia, en virtud de una privatización dispuesta por la Corporación Financiera Internacional (CFI), que es la sección del sector privado del Banco Mundial. Veolia pagó 13.7 millones de dólares y las inversiones iniciales de la empresa recibieron apoyo de fondos de la Agence Française de Développement (AFD). Entre 1997 y 2001, las inversiones privatizadas de SEEG en servicios de agua ascendieron a unos 22 millones de dólares y el número de unidades domésticas que recibían suministro de agua aumentó de 57 mil a 90 mil, de una población urbana de 788 mil. Sin embargo, en 2004 hubo graves problemas en el suministro de electricidad y agua en la capital Libreville, y a las inversiones insuficientes de la empresa se atribuyeron el hecho de que no se hubiera extendido la red a nuevas unidades domésticas. Gabón sufrió su primer brote de fiebre tifoidea, dándose 50 casos en Oyem, una ciudad de 35 mil habitantes, tras repetidas interrupciones del suministro de agua.²⁵⁷

Como podemos observar de una u otra forma la intervención de empresas privadas en la gestión del agua arroja problemas de diversa índole, en este caso finalmente las inversiones resultaron insuficientes, además de provocar enfermedad, como lo fue la fiebre tifoidea en el ejemplo anterior, seguramente por un mal manejo en la purificación del agua, y por la falta de suministro de la misma.

f) Otra referencia significativa en cuanto a concesiones a empresas es el de la ciudad de Mali:

²⁵⁶ <http://www.afrol.com/es/articulos>. Consulta realizada 28 de diciembre 2007.

²⁵⁷ www.comercio.es. Consulta realizada 28 de diciembre 2007.

En Mali, fue adjudicada por 20 años, en el 2000, una concesión de servicios de electricidad y agua a una empresa de propiedad mayoritaria de la francesa Saur. Según un estudio del órgano alemán de Cooperación al Desarrollo, el principal objetivo del contrato era “ampliar considerablemente el acceso a los servicios y mejorar su rendimiento técnico y económico”. No obstante, Saur no pudo obtener financiación a largo plazo para cumplir con sus obligaciones de invertir, y una serie de reducciones de tarifas, le quitó la capacidad de hacerlo. En consecuencia, la empresa concesionaria frenó considerablemente las inversiones. En diciembre de 2005, la empresa fue renacionalizada por incumplir sus obligaciones relativas a nuevas instalaciones y tarifas.²⁵⁸

Este es un ejemplo más de los intentos de involucrar a la iniciativa privada internacional en asuntos de agua, incumpléndose el contrato, las inversiones, por lo que los Estados finalmente y sin alternativa terminan por renacionalizar las empresas que en algún momento se piensa que pueden tener una gestión más eficaz y eficiente si se asocian con agentes privados.

g) Otro caso es el de Filipinas donde tres de las concesiones²⁵⁹, se han otorgado principalmente en zonas de fomento industrial. La empresa internacional Veolia tiene dos concesiones por 25 años en el distrito comercial de Fort Bonifacio, en las afueras de Manila.

"La concesión de Biwater en Filipinas opera en la bahía de Subic, otra zona comercial establecida en los terrenos de una antigua base naval de Estados Unidos. Su subsidiaria, Subic Water, no ha cumplido los objetivos proyectados de inversiones de capital y de una reducción del agua no pagada en el 44 por ciento. Subic Water registra enormes pérdidas, debido en gran parte a exorbitantes honorarios pagados a consultoras extranjeras y honorarios por supuesta “transferencia de tecnología” que, según sus críticos, ha sido un precio excesivo por bombas propulsoras de segunda mano importadas del extranjero que ya no funcionan bien”.²⁶⁰

En este caso tenemos un mal manejo en la administración y las inversiones que se realizan por parte de la empresa de capital privado, sea por honorarios altos, o por exceso de inversión en tecnología de origen extranjero, lo cual al final del camino no arroja los resultados y beneficios esperados ni para la empresa en

²⁵⁸ www.socialwatch.org/es/. Consulta realizada 5 de enero del 2008.

²⁵⁹ Ibidem

²⁶⁰ Ibidem.

cuanto a ganancias económicas, y mucho menos en relación al beneficio social de la población.

Dentro de este mismo ejemplo encontramos el caso de Manila, la capital filipina:

Fue dividida en 1997 en dos concesiones. Una de ellas es explotada por Manila Water, una empresa conjunta de International Water y Ayala, una compañía local. En 2003, una de las multinacionales que formaban el consorcio International Water, la Bechtel, vendió sus acciones y el Banco Mundial invirtió capital en Manila Water por medio de su división Corporación Financiera Internacional. En 2005, Manila Water se inscribió como sociedad anónima en la bolsa de Filipinas. La otra concesión fue explotada por Maynilad Water, una empresa conjunta entre Suez y el grupo local Benpres. Maynilad tropezó con graves problemas financieros y en 2001 suspendió el pago contractual de derechos de concesión a la autoridad pública. A fines de 2003 ya se había acumulado una deuda de 240 millones de dólares cargada por Maynilad a la autoridad pública.²⁶¹

Este es otro de los supuestos, donde podemos ver que la inversión privada no resulta rentable tampoco para la administración pública, ya que al final debido a los malos manejos en cuanto a inversiones, las empresas también pueden terminar sin recursos económicos y no ser capaces ni de asumir los pagos en relación a los derechos de las concesiones que otorgan los Estados, complicándoles además sus ingresos respecto a dichos derechos que nunca reciben y que terminan siendo dinero perdido para los Estados, que creen que la privatización puede ser una alternativa a su falta de presupuesto e inversión en materia hidráulica.

h) Encontramos también el caso de la concesión de agua y alcantarillado en Buenos Aires, Argentina:

Beneficiaba a diez millones de personas e inició en 1993. En septiembre de 2005, sus accionistas privados decidieron poner fin al convenio, debido a que no se pudo llegar a un acuerdo con el gobierno sobre la revisión de las tarifas después de la crisis financiera de Argentina de diciembre 2001. La concesión de Aguas Argentinas, que se ha promovido como una privatización ejemplar, se vio plagada de problemas, incluyendo una reducción de la inversión que se había acordado y renegociaciones para aumentar las tarifas, mucho antes de la crisis económica que ocasionó la devaluación masiva de la moneda local. Ocho meses después de iniciar las operaciones, la

²⁶¹ Ibidem.

compañía Aguas Argentinas, encabezada por Suez, solicitó una "revisión extraordinaria" de las tarifas debido a pérdidas operativas inesperadas. En 1997 se renegoció el contrato de concesión. No sólo se introdujeron nuevas cargas y se ajustaron las tarifas, sino también se postergó de abril a diciembre de 1998 la finalización del primer plan quinquenal, lo cual permitió que Aguas Argentinas contara con ocho meses más para poner en marcha las inversiones programadas, y se anularon o postergaron varias inversiones que se habían acordado originalmente.²⁶²

Un estudio realizado por el centro de investigación de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) estima que de mayo 1993 a diciembre de 1998²⁶³, Aguas Argentinas no llevó a cabo un 57.9 por ciento de las inversiones originalmente acordadas, de un total de 746 millones de dólares.

Este caso es otro, que nos permite ejemplificar y analizar los graves problemas financieros que pueden llegar a presentar las empresas privadas en la gestión del agua, su ineficiencia e ineficacia al momento de realizar las inversiones y suministrar el recurso, por supuesto esto aunado a la situación de crisis económica y devaluación que vivió y vive Argentina.

4.3 Alternativas a la privatización de los recursos hídricos.

4.3.1 Participación ciudadana en la toma de decisiones.

Ante la situación que nos encontramos actualmente en cuanto al impulso de la privatización en sus diversas formas de la gestión de los recursos acuáticos mundiales, es de vital importancia el tener la visión de poder proponer de manera precisa cuáles son las alternativas jurídicas y de otra índole, que podemos considerar como una opción diferente a la privatización, o si esta última ya no tiene vuelta atrás, debido a las políticas mundiales implementadas, por lo que debería ir acompañada de ciertos criterios o ciertas pautas de comportamiento sobre todo de los Estados y sus administraciones, para que los estragos sobre todo sociales a nivel mundial, no tengan los impactos tan negativos que se han suscitado y que seguramente seguirán existiendo.

²⁶² www.socialwatch.org/es/. Consulta realizada 7 de enero del 2008.

²⁶³ Ibidem.

Uno de los puntos que es crucial en cuanto a la gestión de los recursos hídricos es la participación de la sociedad en cuanto a sus inquietudes y necesidades, lo cual debe de reflejarse por ende en la toma de decisiones administrativas al momento de elegir la forma en que se gestionará en recurso por parte de los Estados.

Inicialmente diremos que es evidente, que la manera en que se ve el recurso hídrico en los países del primer mundo como España, no se equipara a la forma y visión que tenemos en nuestro país, pues pareciera que la forma de aplicar la legislación y las políticas en cuanto a la gestión del agua, así como el papel que el Estado desempeña en dicha gestión, no es de la misma magnitud, ya que las perspectivas son distintas, y el Estado español, aprecia que el dejar en manos de los particulares el manejo del recurso por medio de concesiones o los llamados mercados de agua, no es del todo perjudicial, pero también hay que tomar en cuenta que como tal, el Estado realiza su papel, al vigilar la gestión del recurso y participa activamente en la implementación de políticas, intentando que en la toma de decisiones se encuentren involucrados los diversos sectores de la sociedad, y que dichas decisiones no se tomen de forma unilateral por parte del Estado, o al menos tomando en cuenta las inquietudes sociales.

No hay que perder de vista, que aún en los países del primer mundo como lo es España, existen inconsistencias y fallas que llevan a un mal manejo del recurso, aunque lo que se busque sea la eficacia en la gestión del mismo.

Al respecto Pedro Arrojo comenta:

La opacidad burocrática ha indicado ineficiencias y facilitado procesos de corrupción, amparados en el caso de España, por largas décadas de autoritarismo y falta de libertades.²⁶⁴

De cualquier forma es importante mencionar que los procesos de corrupción en cuanto al manejo del agua y demás recursos naturales, ha sido parte de las propias políticas, no sólo en México o en España, esta burocratización de la

²⁶⁴ Arrojo, Pedro. El reto ético de la nueva cultura del agua. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, España, 2006. p 72.

gestión de recursos naturales y en el caso que nos ocupa, se ha dado en países del primero y tercer mundo, tal es el caso también de Estados Unidos.²⁶⁵

Justamente una de las formas de contrarrestar esa burocratización y corrupción en cuanto al manejo de los recursos hídricos, que se da a la par de los procesos privatizadores, es tomar medidas que ayuden a que dichos fenómenos, no sean del todo impuestos por los Estados y avasallen socialmente a quiénes son los receptores directos de las decisiones que se toman respecto a la gestión del recurso.

Como ya lo hemos mencionado, el que las decisiones se tomen teniendo en cuenta la postura y puntos de vista de los diversos sectores sociales, implica una forma más democrática de implementar medidas en cuanto a la gestión del agua, como lo son la propia ciudadanía, y los diversos agentes involucrados como el sector privado, intelectual y académico, los diversos sectores administrativos que intervienen en la gestión, así como la participación de organizaciones civiles y no gubernamentales que velan a nivel mundial por un acceso y distribución más equitativa, con un sentido mas humano en cuanto al manejo del recurso.

En este tema de la toma de decisiones tendremos como referencia un evento que se llevó a cabo en Madrid, España, donde fueron diversos los temas que se tocaron respecto al recurso, pero sobre todo donde se intenta tomar en cuenta a los diferentes sectores de la sociedad para decidir de forma integral el manejo del recurso.

Así pues, asistiendo a la “Jornada sobre el proceso de consulta de los documentos iniciales de la Planificación Hidrológica” en España, con fecha de celebración de 19 de septiembre de 2007, en el Salón de actos del Ministerio del Medio Ambiente en Madrid, fueron enriquecedoras las ideas ahí vertidas, en cuanto al esfuerzo que se realiza, sobre todo en relación a la participación pública y ciudadana, de la administración estatal, de las Comunidades Autónomas y de

²⁶⁵ En este país los grandes negocios de construcción, hidroelectricidad y especulación con los terrenos, en torno a proyectos hidráulicos financiados, por el erario público federal llevaron a problemas de corrupción, dándosele el término de “Porkel Barrel” para hacer referencia a la financiación hidráulica estadounidense.

las cuencas hidrológicas, cuando llega la hora de decidir la forma de gestionar el recurso.

José Fernández, Director General de Costas, habló:

Es muy importante la participación de todos los actores como parte de la Unión Europea, así como los accionistas a favor del medio ambiente y de la ciudadanía.²⁶⁶

Respecto a lo anterior, es evidente que la administración mexicana, no tiene la misma organización que la española, porque en ésta última tiene que existir una comunicación y relación directa con las Comunidades Autónomas, y con la Comunidad Europea, situación que no se presenta en México. La participación ciudadana en la toma de decisiones, es un elemento que la administración mexicana ha dejando de lado y que en lugar de incentivarla, la sofoca en todo sentido, pero no es imposible que nuestra administración la retome aunque hoy día, sólo están presentes los intereses económicos que pueden existir en dicha toma de decisiones, aunque cabe decir que éstos en España no son ignorados, pues forman parte fundamental en la gestión de aguas.

La participación de Jaime Palop, Director General del Agua, del Ministerio del Medio Ambiente español, fue significativa, pues habló de que “la gestión del agua tiene que tener un componente ético, satisfaciendo los usos del recurso, conservando el medio ambiente, y que los actores que tengan injerencia sobre las cuencas, tienen que hacer que éstas estén en mejor estado cuando su participación termine. La gestión del agua es un asunto de consenso y pacto.”²⁶⁷.

Esta visión ética de la que nos habla el Director General del agua española, puede ser un elemento que nos haga falta tanto en la legislación de aguas mexicana, como en la implementación de políticas y acciones en cuanto a la gestión de la misma, debido a que el Estado mexicano tiende a ignorar dicha ética,

²⁶⁶ Jornada sobre el proceso de consulta de los documentos iniciales de la Planificación Hidrológica en España, con fecha de celebración de 19 de septiembre de 2007, en el Salón de actos del Ministerio del Medio Ambiente. www.ministeriomedioambiente.es

²⁶⁷ Ibidem.

favoreciendo intereses privados tanto de los particulares nacionales como de empresas trasnacionales establecidas en nuestro país, que lo que buscan es hacer negocio con el recurso hídrico que se les concede, dejando también de lado el componente ético en cuanto al manejo y preservación del recurso.

En el mismo sentido Ignacio del Río, Subdirector general adjunto de Planificación y uso sostenible del agua, comentó: “Hay que hacer una evaluación estratégica en el proceso de elaboración del Plan hidrológico, dando acceso a la ciudadanía a folletos que hagan que ésta conozca que es la planificación hidrológica, así como dar al público la oportunidad de ser escuchado, previo a las decisiones que se tomen respecto al plan hidrológico.”²⁶⁸

Finalmente todo gira en relación a la consulta y participación de la ciudadanía, sin importar si la misma invertirá en infraestructura hidrológica u obtendrá una concesión o en su defecto si la misma carece de los conocimientos técnicos en cuanto a dicha planeación, es simplemente tomar en cuenta las inquietudes que más cimbrén la toma de decisiones finales en cuanto a la gestión del recurso, lo cual parece de vital importancia por la naturaleza de este activo natural que nos corresponde cuidar y preservar a todos los seres humanos.

Es importante destacar que si la ciudadanía y los diversos sectores son tomados en cuenta para dicha planeación, es una forma indirecta que se convierte en directa para hacer conciencia social en cuanto a la preservación y buen uso del recurso, pues al sentirse la sociedad parte de la toma de decisiones finales, sabrán que ellos también se encuentran involucrados y con responsabilidad al momento de hacer uso de una concesión o simplemente cuando se utiliza el recurso para las necesidades humanas primordiales.

Algunos de los actores o agentes que son tomados en cuenta respecto a la toma de decisiones y de los cuales hizo mención Víctor Arched, de la demarcación hidrográfica del Duero, en España, fueron: “organismos de cuenca, ministerios del

²⁶⁸ Ibidem.

Estado, Comunidades Autónomas, administración local, usuarios, empresas gestoras de abastecimiento, Organizaciones no Gubernamentales, empresas, sociedades y asociaciones entre otras”²⁶⁹

Es importante mencionar que en dicha Jornada de Planificación Hidrológica, se encontraban representantes de usuarios, empresarios, cuencas hidrológicas, centros de investigación, grupos ambientalistas, presas hidroeléctricas, para que todos vertieran su opinión respecto a la participación y toma de decisiones en cuanto al plan hidrológico español.

Esta puede ser una estrategia importante y significativa a retomar en la toma de decisiones respecto al plan hidrológico que se instituye en nuestro país, generar una visión interdisciplinaria de distintos actores que logren llegar al consenso de intereses económicos, sociales y ambientales en una misma línea de actuación, y no que el Estado ignore la participación en la gestión del recurso, y se den concesiones a diestra y siniestra a empresas trasnacionales, sólo y en pro de la simple privatización y obtención de ganancia en detrimento de necesidades sociales, de interés y bienestar general.

Estos componentes éticos y de participación ciudadana en cuanto a la toma de decisiones en la gestión del recurso que nos ocupa, son de vital importancia, y como ya lo revisamos, cuál es el verdadero impacto de dichos componentes, si en la práctica y una vez establecidas las decisiones de gestión, se dan abusos, corrupción, concesiones mal manejadas, y mercados de agua con manejo prácticamente total por parte de los particulares.

A pesar de lo que establece la Constitución Española y Mexicana, de la naturaleza pública del recurso, y contradictoriamente con la institución de los mercados de agua, queda totalmente claro que hay una falta de certeza y seguridad jurídica, pues el Estado termina también convirtiéndose en parte de la gestión privada del recurso, lo cuál no pareciera perjudicial, y también dejándose llevar por intereses

²⁶⁹ Ibidem.

internacionales, ya sea los impuestos por los organismos de dicha índole como lo es la OMC, o por los movimientos comerciales y financieros de las empresas transnacionales, sirviendo totalmente a los intereses económicos de empresa y del mercado.

Como podemos observar, a nivel mundial, es evidente que en numerosas legislaciones no es de vital importancia la naturaleza jurídica del recurso a nivel constitucional, pues la legislación secundaria y emergente, se encarga de instituir instrumentos que al parecer no contradicen el espíritu constitucional. En la práctica en cambio, la implementación de dichas legislaciones muestran todo lo contrario, y se establecen figuras e instituciones privatizadoras como los mercados de agua, las concesiones, las asociaciones con empresas privadas, y figuras que permiten la mercantilización del recurso, dejando de ser estratégico para convertirlo en un insumo que se determina por el movimiento de la ley de la oferta y la demanda como cualquier mercancía.

Son diferentes y muy variados los campos de gestión del agua en donde se pueden buscar alternativas a la privatización de la misma. Justo una de las alternativas es la transparencia en las decisiones, los documentos y las demás herramientas de control público que deben estar abiertos al público, y las agrupaciones civiles tienen que estar preparadas para comprenderlos. Instituciones como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo (como el Banco Interamericano de Desarrollo) podrían colaborar prestando asistencia técnica y capacitando a los ciudadanos interesados en aprender a controlar sus sistemas de agua estatales y participar en la toma de decisiones, en lugar de condicionar a los gobiernos de diversas formas para que implementen lo que ellos creen que es en pro del bienestar general mundial, la privatización.

Esta cuestión de la participación ciudadana va muy de la mano con la cultura del agua, pues esto involucra a la población para preservarla y cuidarla, evitando su mal uso, lo cual también debe ser implementado en los organismos que la manejan.

En referencia a lo anterior encontramos en el artículo 84 bis de la Ley de Aguas Nacionales en México, lo siguiente:

ARTÍCULO 84 BIS. "La Comisión", con el concurso de los Organismos de Cuenca, deberá promover entre la población, autoridades y medios de comunicación, la cultura del agua acorde con la realidad del país y sus regiones hidrológicas, para lo cual deberá:

I. Coordinarse con las autoridades Educativas en los órdenes federal y estatales para incorporar en los programas de estudio de todos los niveles educativos los conceptos de cultura del agua, en particular, sobre disponibilidad del recurso; su valor económico, social y ambiental; uso eficiente; necesidades... la conservación del agua y su entorno; el pago por la prestación de servicios de agua en los medios rural y urbano y de derechos por extracción, descarga y servicios ambientales;

...

III. Informar a la población sobre la escasez del agua, los costos de proveerla y su valor económico, social y ambiental; y fortalecer la cultura del pago por el servicio de agua, alcantarillado y tratamiento;

...

V. Fomentar el uso racional y conservación del agua como tema de seguridad nacional...

VI. Fomentar el interés de la sociedad en sus distintas organizaciones ciudadanas o no gubernamentales, colegios de profesionales, órganos académicos y organizaciones de usuarios, para participar en la toma de decisiones, asunción de compromisos y responsabilidades en la ejecución, financiamiento, seguimiento y evaluación de actividades diversas en la gestión de los recursos hídricos.²⁷⁰

Es por esto, que para tener algo que contrarreste la oleada neoliberal y de globalización en todos los ámbitos, es necesario, al menos en México, poner en marcha cambios y reformas institucionales efectivos que permitan instaurar enfoques de gestión estratégicos en cuanto a los recursos naturales para que se dinamicen de manera efectiva la transparencia y la participación ciudadana, así como una conciencia en cuanto al uso del recurso. Es decir, la llamada cultura del agua y la toma de decisiones deben superar las resistencias impuestas por agentes privados como las empresas trasnacionales y corporativas, que en un

²⁷⁰ Ley de Aguas Nacionales. Colección Esfinge. 2005. p 35.

país donde supuestamente el Estado existe, no deben de tomar la batuta de la gestión de los recursos naturales, y mucho menos de un recurso tan delicado como el agua.

Para concluir con esta alternativa, proponemos el siguiente cuadro de tipos de participación ciudadana que no sólo se debe dar en la gestión del agua sino en todos los ámbitos de toma de decisiones de la administración de cualquier país que se considere democrático:

TIPOS DE PARTICIPACIÓN	AMBITO	AUTORIDADES	GOBERNADO
Limitada	elecciones	Acatan mandato general	elector
Amplia	elecciones y gestión pública	Consultan y actúan	ciudadano activo
No participación	sin participación	Actúan autónomamente	súbdito u opositor

En este cuadro de participación en general de la ciudadanía, aplicado a nuestro recurso en estudio, es obvio que nos referimos a la propuesta de participación amplia de la ciudadanía y los diversos sectores involucrados en la gestión del recurso, es decir, no sólo participar como elector sino intervenir en cuestiones de gestión pública donde las autoridades administrativas no actúan de forma autónoma, sino que consultan antes de tomar decisiones, por lo tanto los integrantes de la sociedad dejan de ser un simple súbdito u opositor de la administración para convertirse en ciudadanos activos con conciencia social y cultural respecto al uso del recurso.

Por lo tanto, la reestructuración de los servicios urbanos, cuando conllevan a la privatización o una reforma institucional profunda, no es sólo un proceso técnico

que se lleve dentro de la cuestión interna de la administración pública. Como esto afecta a la ciudadanía, por tanto requiere de un proceso político democrático de información, difusión, discusión y negociación con los principales actores sociales y los directamente afectados por la reestructuración.

La desconfianza en las autoridades, contribuye a la falta de viabilidad política de los procesos de reestructuración, debido a que es fácil y pronta la oposición que se suscita en la ciudadanía. Pero si hay una buena relación y participación entre las autoridades y la ciudadanía se favorece el debate y el análisis racional de los asuntos públicos y se llega a una toma de decisiones concensadas y benéfica para la comunidad.

Si la privatización de los servicios urbanos como el agua, realmente lograra ser benéfica y positiva como se intenta postular, para mejorar la eficiencia del servicio, y realmente contribuyera al bienestar general, uno de los aspectos esenciales, es la aceptación y activa participación de la ciudadanía para que los beneficios sean realmente efectivos.

Si se toman decisiones autoritarias esto genera una merma impresionante en la ciudadanía que de una u otra forma siente que su voluntad esta siendo violentada, como en realidad sucede en la práctica; pues la administración invariablemente toma decisiones unilaterales utilizando argumentos tan desgastados y contradictorios en la práctica, como lo son el desarrollo sustentable o sostenible, desarrollo económico, crecimiento económico, beneficio social, bienestar general o común, entre los más importantes.

En este sentido, es de vital importancia destacar que es necesario, la búsqueda de alternativas que nos ofrezcan posibilidades diferentes y que complementen lo ya existente a nivel jurídico, que hagan frente o contrarresten la política neoliberal mundialmente implementada, con el factor primordial de reducción del papel de los Estados en todos los ámbitos posibles, convirtiéndolo en un agente mas de la economía de mercado. Esto lo debemos implementar no sólo en las

Constituciones de los Estados, y sus legislaciones secundarias, sino a nivel internacional.

4.3.2 El agua como derecho humano

Otra de las alternativas que se proponen en este trabajo de investigación es que se considere al agua como un derecho fundamental de todos los seres humanos, pues al encontrarnos con figuras como concesiones, mercados de agua, centros de intercambio, agentes privados en la gestión del recurso, es necesario forzar de alguna forma para que el poder público se vea obligado a activar y promover las actividades necesarias para garantizar el acceso al agua a todas las personas, tratando al recurso como un bien público común, social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico.

Esto se relaciona íntimamente con el concepto de accesibilidad al recurso para toda la población para lo cual tenemos que :“Dentro de la accesibilidad al agua está las instalaciones y servicios que deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Los costos relacionados con el abastecimiento deben ser asequibles, y sin discriminación, y accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso los sectores más vulnerables y marginados”.²⁷¹

Las posiciones oficiales representadas hoy día, por los Estados más importantes del planeta y entes económicos internacionales más relevantes como Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Organización Mundial de Comercio, apoyadas por importantes organizaciones empresariales y trasnacionales consideran al agua como un bien económico o comercial susceptible de apropiación privada y defienden la privatización de la gestión de los servicios del agua como paso necesario para su modernización. De esta manera omiten que todos los seres humanos tenemos derecho al acceso del recurso por formar parte de nuestro entorno ambiental y por ser un elemento vital de sobrevivencia

²⁷¹ Fernández, Vázquez Alfredo. Juez Sustituto. La actuación pública sobre el agua dulce en el contexto mundial. Algunas iniciativas para el reconocimiento del derecho humano al agua. En Revista Medio Ambiente y Derecho. Revista electrónica de derechos ambientales. Número 16, Madrid , España. Septiembre 2007.

humana, aún la población más marginada a nivel mundial y que carece de recursos, tiene dicho derecho.

Las posiciones no oficiales, que podríamos decir que se encuentran en estados sudamericanos y países del tercer mundo, organizaciones humanitarias y sociales, así como ecologistas, defienden la consideración del agua como un bien social o común, su control y gestión pública a todos los niveles y su reconocimiento jurídico del derecho al agua como derecho esencial de todos. Esto refleja la contraposición entre política capitalista o liberal y la intervencionista, pero sobre todo con un sentido humano. Así una postura interesante en relación a lo anterior, es: "Liberar la visión del agua de la influencia técnico economista y conceptualarla como la primera "res pública" mundial, estatalización del agua por parte de los Estados, debiendo evitarse su privatización y promover gestión integrada por las entidades públicas".²⁷²

En realidad no sabemos cuáles serían los efectos de que el agua fuera reconocida como un derecho humano fundamental o si se aplicará dicho derecho en forma eficaz. Lo que es verdad, es que ha habido una negativa rotunda a nivel internacional para que esto suceda.

Definitivamente dentro de las alternativas no se debe contemplar como una exitosa idea, el resaltar las dificultades de acceso al recurso no sólo de España o México países que tenemos como referente, sino de varias y numerosas regiones del mundo, para así entonces proponer como solución las políticas de privatización de éste o de los servicios relacionados, mediante modelos de financiación privada del agua como lo hace el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio y las grandes multinacionales.

²⁷² Ibidem.

Uno de los ejemplos donde se aboga por la privatización del recurso fue la celebración del IV Foro Mundial del Agua en México, y los Foros celebrados con anterioridad, donde por supuesto han participado los organismos internacionales y transnacionales a los que hacemos referencia, habiendo una negativa rotunda a considerar el agua como derecho humano fundamental y por el contrario, se ha impulsado su privatización.

Para reafirmar esta postura pro privatización tenemos: “Se aboga una vez más por la privatización como solución a la problemática de acceso y saneamiento del agua”.²⁷³

Por lo tanto uno de los pasos a nivel mundial, sería reconocer al recurso como un derecho humano fundamental individual y colectivo, así como también salvaguardar el recurso, con políticas gubernamentales y medidas jurídicas, que en lugar de dar paso a leyes que busquen privatizar, se encontraran los medios para el manejo eficaz del recurso por parte del Estado, con el correspondiente reconocimiento jurídico como derecho humano en la legislación.

Probablemente el derecho al agua no debe significar la excepción de pago por este insumo indispensable. Es por ello que es importante definir muchos aspectos, por ejemplo que el derecho al agua debiera entenderse como el suministro de una cantidad justa para satisfacer las necesidades esenciales y que a la población que no cuenta con los recursos económicos necesarios se les subsidie de alguna manera para que tengan acceso al líquido.

Esto podría formar parte de las políticas sociales implementadas por los Estados, que a pesar de estar inmersos en la globalización y estarse convirtiendo en Estados neoliberales, y por ende empresariales y sólo gestores, no dejaran de tomar en cuenta que dichos movimientos mundiales no pueden ser aplicados de manera uniforme en todos los países, pues no todos se encuentran bajo las

²⁷³ El Foro Mundial del Agua aboga una vez mas por la privatización como solución a la problemática del acceso y saneamiento del agua. En Revista Tecnológica del Agua, Año XXVI Número 273, Junio 2006. Barcelona, España. p 82-90

mismas circunstancias económicas y sociales, por lo tanto el reconocimiento como derecho humano podría ser un parámetro para uniformar las legislaciones a nivel mundial y ser un freno a las políticas implementadas.

Países como el nuestro no deben ignorar que existe pobreza en gran parte de nuestra población, que hay que remediar esto, antes de apoyar políticas de privatización de cualquier recurso natural, pues eso nos subsumirá en una pobreza que se agudizará, debido a que si esa población de la que hablamos no tiene los recursos para sus necesidades básicas, mucho menos tendrá para pagar tarifas costosas por el agua manejada por empresas privadas.

Pero en definitiva existen a nivel mundial regiones sumamente pobres, que no cuentan con los recursos, que no pueden adquirir una concesión ni de forma colectiva y mucho menos individual, y menos formar parte de los mercados de agua, por lo que están a expensas y en las manos de lo que sus respectivos gobiernos definan y consideren que será en su beneficio.

En realidad podríamos decir que no todo está perdido frente a estas políticas mundiales, pues ha habido casos como los que se ejemplifican en este trabajo, que no han dado los mejores resultados, en los que a pesar de la presión de organismos internacionales, de potencias mundiales y de políticas impuestas, se ha luchado por la búsqueda y obtención de alternativas y resultados diferentes en cuanto a la gestión de recursos hídricos. Por lo que no es imposible la búsqueda de alternativas, que sean distintas al manejo del recurso por parte de los particulares, ya sea concesionándolo, ya sea con los mercados de agua, o con la participación de empresas transnacionales en la gestión del mismo.

Es importante buscar alternativas ya sean jurídicas y/o sociales que sean aplicables y eficaces al momento de manejar, distribuir y gestionar los recursos hídricos. Esas alternativas que nos demuestren que hay otras posibilidades, sin que la única alternativa tenga que ser su privatización o las formas sugestivas de la misma. Esto sólo beneficia a unos cuantos, debido a los beneficios y ganancias

económicas que les arroja, dejando que se negocie con el recurso cuando debería ser prioridad de los Estados, que el mismo llegue a todos y cada uno de integrantes de una población, sin excepción alguna y sin condiciones o discriminación de ningún tipo.

Hay otro enfoque, tan contundente como simple: todos los acuerdos económicos mundiales, desde los más amplios, como los de la OMC, hasta los modestos tratados de comercio bilaterales, deberían someterse a una reforma que incluyera una simple cláusula de "los derechos humanos primero", en los siguientes términos: "Todas las disposiciones de este acuerdo quedan subordinadas a los siguientes acuerdos globales sobre derechos humanos...". A través de sus diversos comités de derechos humanos, las Naciones Unidas deberían estar autorizadas para investigar y resolver conflictos entre acuerdos económicos y acuerdos sobre derechos humanos. Deberían agregarse disposiciones similares a los estatutos del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional y de las demás instituciones financieras internacionales y empresas transnacionales.

Por supuesto, esta propuesta seguro generará duras críticas, pues los detractores dirán que las disputas sobre derechos humanos son un obstáculo en el camino hacia importantes avances económicos globales; que traerán peores condiciones para los pobres; que esas disposiciones nunca se cumplirían debido a la ausencia de mecanismos de cumplimiento legal en el sistema de las Naciones Unidas, por la falta de poder coercitivo de sus disposiciones y de los Estados propiamente. Por lo tanto esas disposiciones amenazarán la soberanía nacional de los mismos, sin embargo, colocar los derechos humanos a la cabeza de cualquier acuerdo económico no entorpecería el desarrollo económico sino que garantizaría un objetivo guiado por las verdaderas necesidades de la gente.

En relación a lo anterior y haciendo énfasis en el asunto del agua y los recursos naturales en general encontramos:

Los bienes escasos que pueden ser apropiados (o usados) tanto individual como colectivamente – bienes privados o bienes públicos cuya disponibilidad está limitada por razones naturales o técnicas y cuyo uso es vital para los individuos o la comunidad a la que

pertenecen – son declarados, por lo general y en lo referente a su disponibilidad, de propiedad pública. El reconocimiento de las propiedades mencionadas respecto de un bien tiene dos consecuencias importantes: a) no puede negarse la disposición del bien hasta la cantidad requerida para satisfacer las necesidades vitales de algún individuo perteneciente a esa comunidad y b) el uso y la disposición por algún agente en cantidades que comprometan la disponibilidad del bien para el mismo u otros agentes genera efectos externos negativos. Tal es el caso del agua.²⁷⁴

La cita anterior es una postura económica más que jurídica, pero en definitiva aplicable al recurso que nos ocupa en cuanto a su manejo, aunque como tal no estuviera establecido en la legislación hidráulica, pudiera ser aplicable, pues es importante satisfacer las necesidades vitales y básicas de la población, para lo cual es fundamental no comprometer la disposición en este caso, por agentes privados que acaparan el recurso con fines económicos y de lucro, generando consecuentemente efectos perjudiciales para la población en general, que no tiene acceso a dichos beneficios económicos y por ende no se transforman en un beneficio social y general.

En los últimos años en los principales foros internacionales alternos han cobrado especial interés y relevancia nuevas iniciativas tendientes a la creación de un derecho mundial del agua como un auténtico y expreso derecho subjetivo inherente a los seres humanos que obligue a la actuación real de los entes, organismos y poderes públicos a favor de garantizar y promover la consecución del objetivo que todas las personas tengamos acceso a un agua de calidad para la satisfacción de las necesidades más básicas. Al respecto, tenemos que una de las primeras declaraciones fue la Carta Europea del Agua, en Estrasburgo, Francia del 6 de mayo de 1968, donde se contiene una declaración de principios de gran importancia, dentro de los cuales encontramos:

1º No hay vida sin agua. El agua es un tesoro indispensable para toda actividad humana.

...

²⁷⁴ Montesillo, Cedillo José Luis. El agua como bien económico y la necesidad de determinar su precio. Revista Comercio Exterior. Vol. 50, No. 3, México, Marzo 2000 p. 211.

8º La correcta utilización de los recursos del agua debe ser planificada por las autoridades competentes.

...

10º El agua es un bien común cuyo valor debe ser conocido por todos. Cada persona tiene el deber de ahorrarla y usarla con cuidado.

...en el punto 1.1 de la misma que la Administración de los recursos hidráulicos deberá de encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en las fronteras administrativas y políticas.²⁷⁵

En 1992 tuvo lugar también la Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente, dentro de los principios rectores encontramos:

...

2º El aprovechamiento y la gestión del agua deben de inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles. El planteamiento basado en la participación implica que los responsables de las políticas y público en general cobren mayor conciencia de la importancia del agua. Esto entraña que las decisiones habrían de adoptarse al nivel más elemental apropiado, con la realización de consultas públicas y la participación de los usuarios en la planificación y ejecución de los proyectos sobre el agua.

...

4º El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico. En virtud de este principio es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible. La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche, y a la utilización de este recurso, con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La gestión del agua en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos...²⁷⁶

Buenas intenciones para la solución de los problemas con el agua dulce y las personas, fijando objetivos en declaraciones y reuniones a nivel planetario, pero esto no se ha traducido en la asunción de compromisos realmente efectivos ni en una mejora global de las situaciones negativas relacionadas con el agua, además de que el ver al líquido como un bien económico ha desembocado en verlo como una mercancía y no como un derecho fundamental que debe de cuidarse.

²⁷⁵ Fernández, Vázquez Alfredo. Juez Sustituto. La actuación pública sobre el agua dulce en el contexto mundial, algunas iniciativas para el reconocimiento del derecho humano al agua. En Revista Medio Ambiente y Derecho. Revista electrónica de Derecho Ambiental. No. 16, septiembre 2007.

²⁷⁶ González, Pérez Jesús, et-al. Comentarios a la Ley de Aguas. Ed. Civitas, Madrid, 1987. p 146.

Declararlo derecho humano universal para que los poderes públicos se vean obligados a actuar y promover acciones necesarias para garantizar el acceso a todas las personas a agua dulce suficiente, salubre y asequible para satisfacer sus necesidades más básicas es fundamental, y no se de prioridad a los intereses económicos del capital privado, quién a como de lugar desea ser el gestor del vital recurso para obtener ganancias, a expensas de las necesidades básicas de la población.

Lo más cercano a esto ha sido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que en su Observación General número 15 definiendo el recurso como derecho humano indica:

El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

...

El derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico ... los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y 12 del Pacto”.²⁷⁷

A la conclusión que debemos llegar respecto a lo anterior es que el agua debe tratarse como un bien social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico.

En la Reunión Internacional de expertos sobre el Contrato Mundial del Agua, en Valencia en 1998 denominado Manifiesto del Agua, se da el reconocimiento del recurso como bien vital patrimonial común mundial, para lo cual los elementos de esta concepción son:

Bien patrimonial. Todo ser humano tiene derecho individual y colectivamente a tener acceso a un bien vital. El acceso al agua y la obligación de conservarla pertenece a la humanidad colectivamente y no puede ser objeto de una apropiación individual o privada.

²⁷⁷ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. google.com.es. Consulta realizada 13 de enero del 2008.

Hay que liberar al agua de la influencia técnico economista y pasar a conceptualarla como una res pública, la primera res pública mundial. Derecho de soberanía y propiedad del agua por parte de los Estados, debiéndose evitar su privatización y promover una gestión integrada por entidades públicas (como locales, agrupaciones de ciudadanos, redes de ciudades o municipios, sociedades cooperativas).²⁷⁸

La postura de Boltvinik, en cuanto al agua como derecho social fundamental que refuerza nuestra perspectiva se sustenta en lo siguiente:

Para que un bien o servicio se constituya en derecho social es necesario que su acceso no sea por la vía mercantil. Que su acceso no dependa de si se tiene o no los recursos monetarios para pagar su precio. El agua para su uso doméstico debe ser desmercantilizada porque sólo así será posible garantizar el acceso a ella a toda la población. Para ello tiene que ser el Estado el que provea el líquido.²⁷⁹

Si tomamos en cuenta una postura enteramente social como la anterior, se debe considerar que existe población que no cuenta con los recursos para pagar el agua y muchos otros insumos básicos, y que el Estado ante ello, debe buscar alternativas para suministrarle el líquido. Para ello también sería pertinente considerarlo como un derecho humano en la legislación a todos sus niveles, para que sirva de base a las políticas sociales de manejo del recurso, sumado también a disposiciones jurídicas donde se establezca el manejo público exclusivo y estratégico, lo cual reforzaría el salvaguardar el recurso de las leyes del mercado.

A pesar de las iniciativas en diversos ámbitos no existe ningún tratado o norma expresa vinculante para los Estados y poderes públicos que contenga el reconocimiento jurídico del derecho al agua como auténtico “Derecho Humano Universal”, pero el camino se ha iniciado, lo importante es no dejar que esto se plague con posturas totalmente a favor del mercado.

El tomarlo como un derecho social fundamental por parte del Estado, como lo intentaron postular varios Estados latinoamericanos en el IV Foro Mundial del Agua en la Ciudad de México podría ser un freno ante las políticas mundiales de neoliberalismo, de globalización en todos los ámbitos, y así sería un contrapeso

²⁷⁸ González, Pérez Jesús, et-al. “Comentarios a la Ley de Aguas. Ed. Civitas, Madrid, 1987. p 249

²⁷⁹ Boltvinik, Julio. “Agua, mercantilización, pobreza”, La Jornada, 19 de marzo de 2006.

más que no dejaría campo y acción libre a las transnacionales, que haciendo uso de formas ideológicas, pseudolegales y físicas, se allegan de los recursos naturales necesarios para incrementar su beneficio económico en detrimento de la población mundial y de los Estados en específico sean del primer o tercer mundo.

4.3.3 Otras propuestas alternas a la privatización.

Paralelamente a los Foros Mundiales del Agua pro privatización otros procesos de resistencia global que se han conformado son por ejemplo uno de ellos, el llamado Foro Mundial Alternativo del Agua que en su tercera versión en marzo del 2005, en su Declaración Final, reafirmó:

El derecho al agua como derecho humano, el estatuto del agua como bien común, el financiamiento colectivo del acceso al agua y la gestión democrática del agua en todos los niveles... hay la necesidad de fortalecer la campaña contra el Acuerdo General de Comercio y Servicios de la OMC (GATS por sus siglas en inglés), contra la privatización y por la defensa de los servicios públicos de distribución del agua...

Se lanzó la Plataforma Global de Lucha por el Agua refrendando el líquido como un derecho humano y un recurso público. La Plataforma se comprometió a una campaña contra las Corporaciones Transnacionales;... luchar para que el agua no sea incluido en el Acuerdo General de Comercios y Servicios (GATS); luchar contra las políticas privatizadoras de las Instituciones Financieras Internacionales; preservar las aguas de la naturaleza; hacer énfasis en la cuestión de género y los grupos más débiles y ampliar las alianzas para la unidad de la lucha mundial contra la privatización del agua. No cabe duda que los procesos organizativos que surgen por todo el mundo son signos de esperanza de que podemos construir un mundo donde puedan convivir todos los mundos, un mundo donde el agua alcance y sea para todos y sea signo de paz y no de posibles conflictos futuros.²⁸⁰

Como podemos ver con movimientos sociales, Organizaciones no Gubernamentales, organizaciones relacionadas con el medio ambiente, y organizaciones laborales, de mujeres y de derechos humanos de todo el mundo es posible levantar un frente contra la privatización y discutir estrategias a fin de

²⁸⁰ El Foro Mundial del Agua aboga una vez mas por la privatización como solución a la problemática del acceso y saneamiento del agua. En Revista electrónica Tecnológica del Agua, Año XXVI Número 273, Junio 2006. Barcelona, España. p 82-90.

preservar los servicios básicos, como lo es el agua para considerarlo como un derecho humano y un bien que no termine comercializándose. Estas organizaciones llevan a cabo diferentes estrategias a nivel nacional y mundial.

Otra de las alternativas a nivel mundial es la realización de campañas para dejar los servicios básicos, como el suministro de agua, completamente al margen de las negociaciones del Acuerdo General de Comercio y Servicios. Otra campaña tiene como objetivo limitar el alcance del mandato de la Organización Mundial de Comercio a los temas comerciales tradicionales y retirar los llamados temas “relacionados con el comercio”, como los derechos de propiedad intelectual, las inversiones, la contratación pública y la política de competencia. En el ámbito de los servicios, se realizan campañas que piden una moratoria sobre las negociaciones actuales hasta que se haga una evaluación sobre las repercusiones de la liberalización de los servicios y que los problemas del Acuerdo se hayan resuelto. En otras esferas, se hacen esfuerzos para exigir que los procesos de elaboración de los acuerdos comerciales tanto en la Organización Mundial de Comercio, tratados internacionales y en la sociedad civil sean más democráticos.

A nivel nacional otra alternativa es que por medio de organizaciones y grupos se ejerza presión sobre los gobiernos para que rechacen las peticiones de otros países y de los organismos internacionales que los obligan a abrir el comercio de sus servicios y para que excluyan los servicios públicos, como la educación, la salud, el agua, y la energía, de su lista de servicios susceptibles de ser abiertos a la liberalización económica.

Otra alternativa social también puede ser el pedir una mayor participación en la elaboración de la política comercial de los gobiernos, sobre todo cuando ésta se relaciona íntimamente con la gestión de los recursos naturales, y cuando hay que hacer valoraciones esenciales en cuanto a beneficios económicos y bienestar social.

En la campaña por un comercio al servicio de las personas, existen múltiples enfoques que se pueden adoptar para crear políticas comerciales más justas y equitativas, pero sobre todo más sociales, donde la mayoría de la población obtenga beneficios, y donde el Estado no pierda de manera total, su papel de rectoría, pero sobre todo de velar por los intereses sociales de la población.

No debe ser mercantilizado el uso doméstico del agua, pero tampoco otros usos de la misma, tanto en el campo como en las ciudades, pues si no estaríamos soslayando que en comunidades rurales por ejemplo, se les arrebató no sólo su suelo sino también el agua que utilizan, con argumentos falaces de mejorar su calidad de vida, cuando esto sólo es la justificación para que paguen por el agua porque es una mercancía, que mundialmente debe ser considerada como tal por considerarla un bien con valor económico, lo cual también sucede con la comercialización del agua embotellada.

Evidentemente el agua tiene dicho valor económico, el problema se desprende de la interpretación que se le da a dicho valor, si la interpretación es económica y financiera primordialmente el agua es una mercancía más por la que hay que pagar un precio que arroje ganancias y lucro por el juego del propio mercado, si la interpretación de dicho valor económico es social, es que el líquido debe tener un precio justo y ser subsidiado para quién lo necesite, y el verdadero valor del mismo sería el beneficio social y general, generando como consecuencia de su pago justo, una verdadera cultura de conservación del recurso.

Este argumento se relaciona íntimamente con el manejo exclusivo por parte del Estado en cuanto al recurso, pues si se deja en manos de particulares o de empresas privadas, pierde toda su esencia como derecho fundamental social, y como recurso de manejo público exclusivo y estratégico, que pudiera establecerse, debido a que la Constitución mexicana no lo hace, pues es un hecho que para ser visto de esta forma, el Estado debe tener un papel prioritario para poder velar porque el recurso sea considerado como tal, y no como una mercancía que los particulares ponen a merced del mercado y que solo podrán

tener acceso a ella, los que tengan los recursos para pagar el precio que se establezca.

La opción para lograr lo anterior, es que el Estado destine mayores recursos a la infraestructura hídrica, sin tener que recurrir a la participación de la iniciativa privada, pues eso implica que la naturaleza del recurso se desvirtúe, ya que el Estado por no quedar fuera del ámbito mundial se vuelve un ente ineficiente y sin recursos propios para manejar sus problemas internos, teniendo que recurrir inevitablemente a recursos de procedencia privada, por ser parte de los movimientos económicos y financieros mundiales.

El capital privado hídrico obtiene ganancias por partido doble: por un lado de los consumidores que pagan las tarifas, y por el otro, del Estado que subsidia a los consumidores pobres que no las pueden pagar. Estas dos vías permiten al capital privado imponer un precio de monopolio al agua que finalmente termina siendo una simple mercancía más para la población, donde hasta el Estado en lugar de recibir recursos por los derechos de concesión de agua, termina también enriqueciendo al capital privado por medio de los subsidios, por lo cual ésta no debe ser la forma en que el Estado participe, pues en lugar de salir beneficiado con recursos para invertir en infraestructura hidráulica, termina dándoselos al capital privado para aumentar su lucro con un recurso que paradójicamente es del Estado y es considerado bien público de la Federación.

El Estado tiene la obligación de encontrar una salida distinta a inversión y asociación con particulares o a la venta, mercantilización y privatización del vital líquido; es decir es necesario que el Estado garantice, con el poder del derecho y de sus instituciones e instrumentos y figuras jurídicas, que el agua no se convierta en un bien más para las fuerzas de mercado, aunado a todo lo que ya hemos propuesto en este apartado.

La intervención del Estado en el manejo exclusivo de los recursos puede ser una solución socialmente más conveniente que la propiedad o el manejo privado del

recurso pues ya lo arrojan los ejemplos citados donde han intervenido empresas privadas y transnacionales que de una u otra forma no dan los mejores resultados en la gestión y mucho menos un beneficio social.

Es por ello que ahora haremos referencia a algunos casos en los cuáles se demuestra que se puede lograr y luchar por un manejo público y social del agua donde las prioridades son de otra índole y no meramente económicas y de mercantilización como resultado de las diversas formas de privatizar a las cuáles hemos hecho referencia.

4.3.4 Resultados positivos en cuanto a la gestión pública del recurso.

4.3.4.1 El caso de Porto Alegre, Brasil.

En los siguientes apartados haremos referencia a los resultados que ha arrojado la gestión pública del agua en algunos lugares pudiendo afirmar que los resultados han sido benéficos sobre todo en el ámbito social y económico de la población.

En este caso de la ciudad de Porto Alegre, nos encontramos con una empresa pública del agua y saneamiento, que se ha convertido en todo un modelo de resistencia frente a las tendencias que impulsan la privatización, esta empresa se denomina *Departamento Municipal de Agua e Esgotos (DMAE)*.

Es una empresa de agua de propiedad pública cuya labor se centra en la inclusión social a través de programas de agua y saneamiento. Es independiente del ayuntamiento, pero se sujeta a sus normas, con independencia administrativa y económica. En esta empresa se estableció un consejo deliberativo, como un control social que permite que las actuaciones administrativas del Departamento sean totalmente transparentes, es una empresa con sostenibilidad tanto económica como tecnológica. Por lo tanto: “Hay que referir la influencia de la participación pública, canalizada principalmente a través de un presupuesto participativo en los servicios del DMAE. Cuando los ciudadanos comenzaron a

participar en los debates sobre las necesidades de agua, se empezó a invertir también en el agua en barrios periféricos y marginales”.²⁸¹

Hablando justamente de los barrios que son más pobres, la estructura tarifaria del departamento se cimienta sobre la base de importantes subvenciones cruzadas. Las personas con menos ingresos se acogen a una tarifa social que usa diez metros cúbicos de agua mensuales y pagan solo cuatro. Los ricos que usan el agua para llenar sus piscinas y no sólo para necesidades básicas, subvencionan el agua de los pobres.

El DMAE evalúa todas las obras relacionadas con el agua. Durante las obras, se designa a un grupo de ciudadanos que da seguimiento y supervisión a los contratistas, entonces hay gente en todo el proceso, desde la toma de decisiones hasta el ejercicios y ejecución de los proyectos, además de que: “Se escucha a los ciudadanos y se sacan adelante sus propuestas; y si son viables se integran en el presupuesto del año siguiente...estrecha relación con usuarios a través de oficinas por toda la ciudad...la amenaza de la privatización continúa, Porto Alegre es la única capital que sigue teniendo su propia empresa municipal de propiedad pública”.²⁸²

Este ejemplo, como podemos observar nos muestra que es posible el manejo público del agua, a través de una dependencia municipal con autonomía técnica y administrativa, complementándolo con la participación de los ciudadanos desde la toma de decisiones hasta la gestión del recurso y la vigilancia que los mismos tienen el derecho de realizar en beneficio de todos, subsidiándose a las personas con menos ingresos, con tarifas más bajas y accesibles, no negándosele el suministro del recurso.

²⁸¹ Martínez, Ruiz Beatriz (Traducción). Por un modelo público del agua. Triunfos, Luchas y Sueños. Ed. Ediciones de Intervención Cultural, España, 2005. p 35.

²⁸² Ibid. p 36,37, 39.

Esto como podemos ver es posible aplicarlo en un país del tercer mundo, donde pareciera que se aboga totalmente por la privatización del recurso, pero este ejemplo nos demuestra que es posible la aplicación de otras opciones de gestión, y que el gobierno puede ingerir de manera directa en el manejo de la misma.

4.3.4.2 Bolivia y el caso Cochabamba

Otro ejemplo es el caso boliviano donde se ha luchado contra la privatización del recurso de igual manera que en el caso brasileño, en búsqueda de alternativas para una gestión y distribución más equitativa del recurso.

Bajo la Ley de sociedades cooperativas de Bolivia, todos los socios con igualdad de derechos y obligaciones y con control democrático, cada socio tiene derecho a un voto, el objetivo no es el lucro sino la acción conjunta para el mejoramiento económico y social.

Al respecto tenemos lo siguiente:

En Bolivia el 44% de los servicios de agua son de administración cooperativa, 44% estatal y 12% privada. Lo cual nos indica que es posible tanto la gestión estatal y la administración cooperativa. La cooperativa tiene estructura compleja, dispone de una concesión, es socio cada persona propietaria de una conexión de agua y es copropietario con derecho a voz y voto. Se persigue el bienestar de los socios, no el lucro.²⁸³

Es una estructura tarifaria social con diversos niveles de precios según el destinatario, ya sea uso residencial, uso comercial, uso industrial y uso especial. La mayor parte de los desembolsos se dedican a infraestructura y redes hídricas nuevas para hacer llegar el recurso a más personas, que se convierten también en socios.

Aquí encontramos otro ejemplo de gestión diferente del recurso mediante cooperativas en las cuales no se busca el lucro sino el beneficio social y donde la

²⁸³ Ibid. p 42.

participación mayoritaria en este tipo de gestión es estatal, lo cual nos demuestra que el Estado puede gestionar los recursos hídricos de manera directa, sin intermediarios o gestores privados y con la participación directa de los ciudadanos que además de ser socios, toman decisiones, tienen derecho a voto y participan activamente en el manejo y gestión del líquido.

A continuación haremos referencia a un caso específico en Bolivia, que fue el de Cochabamba, que como veremos pues se dio en un país del tercer mundo o periférico, demostrando que se puede luchar y hacer un esfuerzo por la búsqueda de alternativas respecto a la privatización.

Así pues, se esperaba la victoria de SEMAPA la empresa pública de agua de Cochabamba sobre Bechtel, la multinacional del agua estadounidense, esto se presenta como la prueba de que la lucha popular puede abrir el camino de nuevas formas sociales de gestión, aún contra las grandes multinacionales.

En esta empresa pública son cuatro los objetivos: servicio público transparente, eficiencia, basado en la participación y la justicia social. Pero también tiene obstáculos, falta de financiación, injerencia de instituciones estatales, políticas partidistas, corrupción y condiciones impuestas por instituciones financieras internacionales; en este último rubro, como suele pasar actualmente a nivel mundial se imponen condiciones tanto de estas instituciones financieras como de organismos internacionales, condicionando préstamos de financiamiento en proyectos relacionados con la “conservación” de los recursos naturales.

El Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado (SEMAPA) de Cochabamba, se privatizó en 1999 y se vendió a Aguas de Tunari por presión del Banco Mundial. A finales de 1999 los habitantes se movilizaron por el comportamiento desastroso de Bechtel, la corporación que controlaba Aguas de Tunari. La privatización desembocó en una espectacular subida de tarifas y expropiación del sistema de agua comunitario. En un referéndum se pidió poner fin a la privatización. Todo terminó en el año 2000 con una huelga general de una

semana que paralizó la ciudad y desencadenó la dura represión del gobierno. El 11 de abril del 2000, el gobierno admitió la derrota y Aguas de Tunari abandonó la zona, así el SEMAPA recuperó el control del municipio y la gestión del recurso.

En relación a lo anterior encontramos:

Hay una gran deuda heredada, y todo depende de los préstamos de instituciones financieras internacionales, pero estas instituciones se muestran reacias a invertir en Cochabamba, pues no les gusta la idea de que una empresa pública esté en manos de los ciudadanos, ni están de acuerdo con las luchas contra la privatización que han tenido lugar. Sólo invertirán en Cochabamba imponiendo condiciones estrictas, como crear una empresa semi privada lo cual implicaría perder el terreno ganado con la guerra del agua.²⁸⁴

Es del todo evidente que a nivel mundial por las políticas neoliberales se muestra una inflexibilidad a aceptar alternativas a la privatización como a la que hacemos referencia en este caso, pues por el contrario, se intenta obstaculizar con medios políticos y económicos, el que los gobiernos tengan instrumentos, figuras y herramientas jurídicas que impliquen un manejo público, social y estratégico del recurso en estudio.

La fórmula de asociación pública y colectiva de SEMAPA se asienta sobre el principio de control social y la participación popular, lo cual en el caso de esta empresa son fundamentales para conseguir la máxima eficiencia.

Este caso nos demuestra que mediante la lucha social como garante del bienestar general que ha perdido el Estado, se puede conducir a transformaciones radicales. El éxito de la guerra del agua contra Bechtel y la gestión pública son hechos que han dado gran impulso a los movimientos sociales bolivianos que luchan contra las políticas neoliberales del gobierno central de la Paz.

Como podemos observar y concluir, en los casos citados el manejo del recurso por los entes públicos del Estado en sus diferentes niveles es posible, en

²⁸⁴ Ibid. p 135,136.

conjunción con la participación activa de la sociedad, de diversas formas, ya sea en la toma de decisiones, siendo socios o participando para garantizar el suministro, lo que nos demuestra, que se pueden obtener resultados positivos pero sobre todo eficaces, cuando los Estados y la sociedad realmente tienen la disposición de velar de forma conjunta por un recurso que requiere de preservación, y no sólo creer que la privatización del mismo, es la única alternativa para su distribución equitativa en la población.

Por tal motivo es necesario que los marcos legales sean respetados, y al momento de su aplicación, no permitir que las disposiciones jurídicas se desvirtúen cuando se implementan leyes emergentes con figuras privatizadoras, que aparentemente no contradicen la esencia o naturaleza jurídica del recurso a nivel constitucional, pero que la legislación secundaria permite su aplicación jurídica. Al parecer el bien que nos ocupa, no deja de ser bien público de la Federación, pero si se concesiona a trasnacionales y particulares no siendo vigilados, se implementan los centros de intercambio de derechos o mercados de agua, además de omitir la regulación en el caso del agua embotellada y sus concesiones, permitiendo paralelamente también la inversión en infraestructura hidráulica, entre la formas mas importantes y que sugieren la privatización del recurso.

DISCUSIÓN FINAL

Este trabajo de investigación nos ha servido para confirmar nuestras hipótesis planteadas, como ya lo acotaremos a lo largo de esta discusión final sobre todo respecto a la privatización del agua en México y España y las políticas implementadas a nivel mundial al respecto, por lo que este apartado más que concluir nos permite realizar señalamientos importantes, intentando rescatar el eje primordial y esencial de esta investigación, pero sobre todo siendo propositivos en cuanto a alternativas jurídicas y de otra índole.

- En principio, retomando el orden de nuestro trabajo de investigación, diremos que desde la época colonial se comienzan a sentar las bases de la naturaleza jurídica del agua en México, no como un recurso estratégico del Estado, ni con un manejo exclusivo, sino como un recurso que podía ser concesionado a los particulares por el monarca español figura que perdura hasta nuestros días a nivel global no solo nacional.
- En México a partir de la Constitución de 1917, se intentó sistematizar y ordenar disposiciones relacionadas con el agua basta leer el artículo 27º constitucional, donde se reivindican valores sociales y recursos naturales propiedad de la Nación, dentro de los cuales encontramos al agua, ya no como una accesión de las tierras, aunque esto con el tiempo, y las legislaciones secundarias vigentes ha ido perdiendo esa calidad, para convertirse en sólo la preocupación de la prestación de un servicio a la población donde pareciera que son los particulares los que tienen el mando de su uso y aprovechamiento, y donde a futuro sin alternativas jurídicas terminara siendo un bien comercial.

Actualmente el sentido de un Estado nacional y social mexicano, ha sido desvirtuado por políticas económicas basadas en la generación del dinero a través del dinero, que es un principio fundamental del neoliberalismo, lo

cual no permite al Estado seguirle dando ese sentido social a su forma de conducción, lo cual también se refleja en la gestión de los recursos hídricos.

El agua debiera ser un recurso contemplado en las áreas estratégicas del artículo 27º constitucional, estableciendo esto de manera categórica y con la amplitud que el tema y la materia ameritan no sólo a nivel constitucional sino en las leyes reglamentarias para su gestión.

- Es fundamental considerar que no es equitativo que sólo algunos particulares gozan de los privilegios que se otorgan con las concesiones, cuando existe gran parte de la población de ninguna forma reciben agua para la satisfacción necesidades básicas.
- La política económica del Estado es un instrumento básico para cumplir fines y objetivos, mediante diversos mecanismos que van desde la simple intervención en determinada actividad económica, hasta limitar el campo de acción de las empresas o bien la reserva o monopolio legal de ciertas actividades, con el propósito de lograr un beneficio para la población, mediante normas que legitimen la intervención del Estado en la economía, para lo cual existen matices diversos que van desde las economías de libre mercado hasta las economías centralizadas y totalmente intervencionistas.
- En este afán social que el Estado debe procurar, el legislador tiene que proteger a las clases sociales más débiles y los recursos naturales como el agua así como todo aquello que tenga una causa de interés público o social.

Lo trascendente del planteamiento anterior, es que ninguna economía abandona actualmente las fuerzas del mercado. Se podría decir que el Estado mexicano ha intervenido en ciertas áreas estratégicas, pero en el caso del abastecimiento del agua, su desempeño es reservado, además de que no es de su manejo exclusivo.

- En relación a la reglamentación de la gestión del agua, diremos que la Ley de Aguas Nacionales, ha sido considerada un derecho de vanguardia, por contener las mismas figuras jurídicas que se implementan a nivel mundial, desarrollo sustentable, cuencas hidrográficas, concesiones, mercados de agua o bancos de agua, intervención e inversión privada en infraestructura hidráulica, organismos de cuenca, por mencionar algunas.

El que sea considerado un derecho de vanguardia, no implica que sea un derecho eficaz en el cual se establezca que la distribución del recurso se lleve a cabo de manera equitativa, y mucho menos que la forma de hacerlo sea la idónea y la más viable, con figuras que sugieren la privatización para las condiciones sociales de nuestro país y del mundo en general.

Por lo tanto también es importante saber cómo debe entenderse el valor económico del recurso, evidentemente debe tener dicho valor, por la infraestructura que se requiere para potabilizarla, entubarla, transportarla y distribuirla a la población, debiéndose pagar por el servicio que está recibiendo. Pero cuál será la situación de quién no tiene para pagarlo, debemos entonces entender que no debe recibirlo. Otro punto el relación con el valor económico, no es sólo ver al recurso como una mercancía más con la que se puede lucrar y obtener un beneficio económico.

- Del análisis hecho de la mencionada Ley de Aguas Nacionales hemos considerado y propuesto que los principios rectores de la misma deberían de ser:
 - Las aguas consideradas como patrimonio nacional deben utilizarse en beneficio de la población.
 - Equilibrio entre equidad y eficiencia en el aprovechamiento del agua.
 - La corresponsabilidad en la conservación y el uso racional del agua.

- El compromiso solidario para que el agua refleje su verdadero valor y costo social.
- Considerarlo como un derecho humano social, para que todos tengan acceso al recurso.

En nuestra legislación hidráulica nacional existe heterogeneidad de lo público y lo privado, lo cual ha puesto en serios problemas la prestación del servicio, pues cada entidad federativa tiene su régimen legal, lo cual crea un problema de inseguridad o incertidumbre primordialmente a los que requieren o carecen del recurso.

- Las concesiones debieran ser una excepción a la regla al manejo exclusivo del Estado en cualquiera de sus niveles de gobierno; y no una regla, éstas debieran sólo permitirse cuando la inversión del Estado sea insuficiente para la infraestructura en lugares, donde no se cuenta con ella, y dichas concesiones deben ser vigiladas en forma rigurosa, eficaz y estricta por el Estado, para que a nadie ni por falta de pago, se le prive del recurso. Pero donde ya existe dicha infraestructura, el manejo estatal debe ser exclusivo.
- Otra de las figuras que consideramos como sugerentes de privatización del recurso son los llamados bancos o mercados de agua, que se contemplan como centros de intercambio de derechos regidos por la ley de la oferta y la demanda que además podemos considerar de carácter privado por la forma en la que ya hemos acotado que funcionan; y que contradictoriamente han sido considerados al igual que las concesiones tanto en la legislación mexicana como española como medios para facilitar la labor social y la distribución equitativa del recurso.

La relación del mercado de aguas con el dominio público se establece destacando que si bien las aguas nacionales son de dominio público tanto en el derecho mexicano como en el español, fundamentado en asuntos de interés público y general o bienestar social, y los elementos de

inalienabilidad e imprescriptibilidad están presentes, finalmente se permite que ciertos particulares realicen transacciones de derechos de agua, como si la misma fuera una mercancía común, fuera del dominio público. Aquí la administración pública, facilita dichos intercambios convirtiéndose en un simple gestor y vigilante de las transacciones.

- Otra forma que está tan arraigada en el sentido común y que habitualmente no consideramos privatización del recurso es su embotellamiento. El eje del planteamiento de este negocio, es "transformar agua en agua".

Los argumentos que se plantean para justificar el embotellamiento del agua redundan en la deficiente calidad del agua potable, es decir, el agua para uso doméstico frecuentemente no es apta para consumo humano.

- Las formas que en este trabajo se plantean como sugerentes de privatización tanto en el derecho mexicano como el español están relacionadas obviamente con cuestiones jurídicas de estos países respecto a la gestión y manejo de las aguas, sin perder de vista que a nivel global, existen instituciones financieras que injieren en las decisiones que los Estados adoptan, lo cual se realiza para no quedar fuera del juego mundial en cuanto a política económica se refiere.
- Los argumentos fundamentales para privatizar el recurso, a nivel internacional y avalados por los diversos organismos y tratados es crear una campaña publicitaria pública y privada en varias direcciones: hay crisis del agua, millones de personas en el mundo mueren por falta de agua o por su mala calidad; el agua se está acabando y en un futuro será incierto para la humanidad; la culpa la tienen los indígenas por talar árboles, y la población en general por no cuidarla; los gobiernos no cuentan con recursos; el cambio climático y la contaminación del agua agrava la situación; es justo que todos paguen por el servicio; el subsidio es paternalismo; la inversión privada puede salvar la situación y mejorará el

servicio, lo garantizará a toda la población y reducirá sus costos por ser más eficaz; es necesario modificar las legislaciones sobre el agua a la realidad.

Adentrándonos más en el efecto que la globalización ha producido en las políticas hídricas a nivel internacional se observa una clara preferencia por la disminución del Estado en la administración del agua y en muchos ámbitos más. Al ser el agua un bien escaso aunque sea de dominio público, es un insumo importante para la generación de riqueza, lo que le hace atractivo para el mercado.

- La excesiva expansión del Estado intervencionista, en su versión de Estado social de derecho, ha generado una reacción neoliberal a escala mundial que proclama el adelgazamiento del Estado, la desregulación administrativa y la privatización de muchas instituciones y actividades públicas, bajo el slogan, “El mejor Estado es el menor Estado”, para poner al solidarismo social en retirada.
- La eficiencia y la eficacia, junto con la economía, reciben hoy día, el más alto lugar dentro de la jerarquía de valores de los Estados, por el contrario, el imperio de la ley y los procesos justos, han perdido territorio. Ahora hablamos de una Nueva Gerencia Pública que considera que los elementos de “las estructuras tradicionales de la gobernabilidad necesitan ser minimizados ya que pueden interferir con la efectividad y la eficacia de la administración pública en términos económicos”.

Entonces el interés general se convierte ahora, en algo que se obtendrá al dejar actuar a cada uno de los particulares o agentes privados en pro del beneficio económico, el cual se distribuirá entre todos, pues cada particular verá por su propio interés pero este se manifestará de forma colectiva, sin necesidad de que el Estado sea el que salvaguarde dicho interés general o bien común.

En el contexto del esquema del neoliberalismo de nuestros días, se entiende por privatización la acción de atribuir o asignar a los particulares la facultad de realizar cotidianamente determinadas actividades, ya sean éstas inéditas, -por derivar de nuestras tecnologías- o bien, se trate de actividades que anteriormente estaban atribuidas o asignadas al Estado o a la administración pública, es transferir atribuciones, actividades, bienes o derechos del sector público al privado; o asignar a este último las atribuciones y actividades emergentes, lo cual complementa la Nueva Gerencia Pública.

Debemos afirmar que ninguna decisión en cuanto al agua debería tomarse sobre sólo la lógica económica. Su aprovisionamiento y su distribución tocan campos sensibles y críticos como la salud pública, la equidad social, los derechos humanos, el medio ambiente, el papel de los diversos actores que intervienen en su gestión, así como las políticas para lograr su renovación.

Sólo hay que tomar en cuenta que no basta con vender empresas públicas o concesionar servicios públicos, este proceso debiera ser abordado en un contexto social, político, jurídico y regulatorio nacional global.

- Un de la organismos internacionales que más ha ignorado lo anterior es la OMC que sólo vislumbra al recurso, como una mercancía en el mercado global, por lo cual debe hacerse disponible como un bien comerciable y como un negocio privado, por lo tanto las leyes que protegen el medio ambiente y a la población en los diversos Estados, se intenta por parte de este organismo, que no sobrevivan a los desafíos del mismo, pues si dichas leyes aseguran servicios sociales y protegen el agua pueden ser calificadas de “barreras al comercio” y se podrá entonces forzar su anulación.

La OMC, el Banco Mundial y el FMI trabajan conjuntamente para seguir el proceso de liberalización comercial en todos los sectores. Si bien es posible que las compañías transnacionales proveedoras de servicios se beneficien, los derechos humanos y las personas que viven en la pobreza pagan el precio.

Ante esta pugna de organismos internacionales se busca la modificación de marcos legales nacionales que se acoplen a la apertura de sectores a la inversión privada a nivel macro, tal vez reformas fiscales, modificación del marco de protección a ciertos recursos estratégicos, esto por ende los lleva a afirmar erróneamente que dichas medidas nos llevarán a disfrutar de los beneficios del crecimiento de la economía global, para lograr mayor competitividad mundial.

- La protección del ambiente es sólo un discurso para tener acceso a los recursos naturales disponibles, donde se emplean supuestos planes de conservación que sólo desnacionalizan los recursos para después privatizarlos y convertirlos en un negocio rentable para empresas y particulares nacionales y extranjeros.

Medio ambiente y desarrollo económico son dos valores que se enfrentan en conflictos concretos, pero se encuentran íntimamente relacionados ante la globalización y la política económica actual, pues ambos son igualmente necesarios para el logro de una calidad de vida del ser humano, pero la interrogante es el poder determinar cuál de ellos es prioritario o de qué manera deben convivir en la cotidianeidad de las relaciones económicas y ambientales, adicionando las necesidades sociales.

Hay que reconocer que existe un afán de convertir el agua en un bien económico, siendo esto el último paso que transformaría jurídicamente en mercancía un bien que siempre perteneció a lo público por la dificultad tecnológica de apropiárselo. La escasez del agua discurre pareja con este

proceso y resulta consustancial a su apropiación privada por medio de las tecnologías. Su mercantilización no es la solución para eliminar su escasez, además de que su conversión en bien económico significará, añadir un factor más de empobrecimiento para muchas personas.

El empobrecimiento de la población, o el acceso a recursos económicos de la misma, no es un factor prioritario en las políticas de los Estados ni para los agentes privados, lo importante hoy día es implementar el capitalismo a ultranza sobre todo lo que sea posible, es realmente difícil esperar dichas políticas no alcancen a los países de una u otra forma, dejando de lado las consecuencias sociales que a nivel mundial se puedan dar sin importar si la privatización de los recursos naturales se implementan en países centrales como España o periféricos como México, y contribuyan a agudizar el empobrecimiento relacionado con el acceso y derecho al recurso hídrico.

En el caso de México en relación con la cuestión jurídica, el sistema mexicano presenta aspectos irresueltos, mientras que la Constitución establece que el agua es propiedad de la Nación, y un bien público de la Federación, las concesiones privadas otorgadas a largo plazo quedan fuera del control de los organismos de agua locales, primordialmente de los municipios que a nivel constitucional son los que deben gestionar el recurso, dejando campo libre de acción a la inversión privada.

- Es evidente que en numerosas legislaciones como en la mexicana y la española, no es de vital cual es la naturaleza jurídica del recurso a nivel constitucional, pues la legislación secundaria y emergente, se encarga de instituir instrumentos que al parecer no contradicen el espíritu constitucional, aunque en la práctica e implementación de dichas legislaciones nos encontremos con todo lo contrario, y se establezcan figuras e instituciones privatizadoras.

- Es vital poder proponer de manera precisa cuáles son las alternativas jurídicas y de otra índole, que podemos considerar como una opción diferente a la privatización, o si esta última ya no tiene vuelta atrás, debiera ir acompañada de ciertos criterios o pautas de comportamiento de los Estados y sus administraciones, para que los estragos sobre todo sociales en la población mundial, no tengan los impactos tan negativos que ya se han suscitado y que seguramente seguirán existiendo.
- Un aspecto rescatable en gestión hídrica española y propuesta en este trabajo de investigación como alternativa, es la consulta y participación de la ciudadanía, sin importar si la misma invertirá en infraestructura hidrológica u obtendrá una concesión o si carece de los conocimientos técnicos en cuanto a la planeación, es tomar en cuenta las inquietudes que incidan en la toma de decisiones finales.

Si la ciudadanía y los diversos sectores son tomados en cuenta para la planeación, es una forma de hacer conciencia social en cuanto a la preservación, buen uso del recurso, pues al sentirse la sociedad parte de las decisiones, sabrán que ellos también se encuentran involucrados y con responsabilidad al momento de hacer uso de una concesión o simplemente cuando se utiliza el recurso para las necesidades humanas primordiales. Así la sociedad deja de ser un simple súbdito de la administración para convertirse en ciudadanos activos con conciencia social y cultural respecto al uso del agua.

- Otra de las alternativas propuestas en este trabajo de investigación es que se considere al agua como un derecho fundamental de todos los seres humanos, pues al encontrarnos con figuras como concesiones, mercados de agua, centros de intercambio, agua embotellada, agentes privados en la gestión del recurso tanto en la legislación mexicana como la española, es necesario forzar de alguna manera al poder público para que se vea

obligado a activar y promover las actividades necesarias para garantizar el acceso al agua de todas las personas, tratando al recurso como un bien común, social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico.

Este derecho humano al agua se relaciona íntimamente con el concepto de accesibilidad al recurso para toda la población, para lo que debemos considerar que el agua debe estar en las instalaciones y servicios los cuáles se deben encontrar al alcance físico de todos los sectores de la población. Los costos relacionados con el abastecimiento deben ser asequibles, y sin discriminación, es decir ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso los sectores más vulnerables y marginados.

- Es importante afirmar que el derecho humano al agua no debe significar la excepción de pago. Es por ello que es fundamental definir varios aspectos, por ejemplo, que el derecho humano al agua debiera entenderse como el suministro de una cantidad justa para satisfacer las necesidades esenciales y que a la población que no cuenta con los recursos económicos necesarios se les subsidie o apoye socialmente con ayuda del Derecho como herramienta del Estado, para que tengan acceso al vital líquido.

Otro enfoque de este aspecto a nivel internacional, es que todos los acuerdos económicos mundiales, desde los más amplios, como los de la OMC, hasta los modestos tratados de comercio, debieran someterse a una reforma que incluyera una simple cláusula de "los derechos humanos primero", en los siguientes términos: "Todas las disposiciones de este acuerdo quedan subordinadas a los siguientes acuerdos globales sobre derechos humanos".

Últimamente en los principales foros internacionales alternos han cobrado especial interés y relevancia nuevas iniciativas tendientes a la creación de un derecho mundial del agua como un auténtico y expreso derecho subjetivo inherente a los seres humanos que obligue a la actuación real de los entes, organismos y poderes públicos a favor de garantizar y promover

la consecución del objetivo que todas las personas tengamos acceso a un agua de calidad para la satisfacción de las necesidades más básicas. Con esto se frenaría el dar prioridad a los intereses económicos del capital privado, quién a como de lugar desea ser el gestor del vital recurso para obtener ganancias, a expensas de la necesidad de la población local y mundial.

- Para que un bien o servicio se constituya en derecho social es necesario que su acceso no sea por la vía mercantil y no dependa de si se tiene o no los recursos monetarios para pagar su precio. El agua debe ser desmercantilizada porque sólo así será posible garantizar el acceso a ella a toda la población, para ello tiene que ser los Estados y sus administraciones los que provean el líquido.
- Es necesario la implementación de campañas a nivel mundial para dejar a los servicios básicos, como el suministro de agua, completamente al margen de las negociaciones de acuerdos comerciales como el Acuerdo General de Comercio y Servicios de la OMC, y que además dichas negociaciones sean más democráticas entre los Estados y que no sean impuestas por los económicamente fuertes, que lo único que buscan es la comercialización de los recursos naturales que consecuentemente arroja graves costos sociales.
- Se pueden obtener resultados positivos pero sobre todo eficaces, cuando los Estados realmente tienen la disposición de velar por un recurso que requiere de preservación, y no sólo creer que la privatización o manejo privado del mismo es la única alternativa para su distribución eficaz y equitativa en la población.
- Por tal motivo es necesario que los marcos legales sean respetados en conjunción con las alternativas propuestas, y que al momento de su aplicación, no se permita que las disposiciones jurídicas se desvirtúen

cuando se implementan leyes emergentes, que aparentemente no contradicen la esencia o naturaleza jurídica del recurso a nivel constitucional como bien público, pero que dicha legislación secundaria si permita la aplicación de diversas instituciones jurídicas que privatizan de una o u otra forma el recurso, concesionándolo a trasnacionales y particulares no siendo vigilados, implementando los centros de intercambio de derechos o mercados de agua, no regulando eficazmente el asunto del agua embotellada y sus concesiones, permitiendo la inversión privada en infraestructura hidráulica, entre la formas más significativas y que son sugerentes de privatización.

- Consideramos que este tema de investigación es totalmente de efecto continuo porque implica una amplia diversificación de tópicos relacionados con la privatización del agua y las alternativas a la misma, a nivel nacional y mundial, por lo que en realidad lo que hemos intentado en el presente trabajo, es acotar parámetros, argumentos, medidas y alternativas que puedan guiar y servir de una forma esencial, al lector, en este tema que seguramente a corto plazo implicará y despertará el debate jurídico y en otros ámbitos a nivel nacional y mundial, por la trascendencia e importancia que en sí mismo implica, pues el agua no tiene porque ser una mercancía, por lo esencial que es para la subsistencia humana.

I. BIBLIOGRAFÍA

Acosta, Romero Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo, Ed. Porrúa, 2º ed., México 1993.

Arrojo, Pedro. El reto ético de la nueva cultura del agua. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona , España. 2006.

Barra Rodolfo, Carlos. Prólogo, en Mertchikian, Eduardo, La iniciativa privada en la concesión de obras y servicios públicos. Ed. Abaco, Buenos Aires, Argentina, 1992.

Barranco, Vela Rafael, et-al. Los Bienes Públicos. Régimen Jurídico. Ed. Tecnos, Madrid, 1997.

Bartolomé, Navarro José Luis. El agua, dominio público jurídico y bien público económico: coincidencias y divergencias de sus conceptos. Ed. Tecnos, Jaca, 1998.

Bermejo, Vera José. Derecho Administrativo, parte especial. 6º ed., Ed Aranzadi, Navarra, España. 2005.

Burgoa, Orihuela Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. México D.F. 1985.

Cámara de Diputados: Los Derechos del Pueblo Mexicano, Tomo IV, Ed. Manuel Porrúa. 2º ed, México 1978.

Clarke, Robin. Water. The international crisis. MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.

Colegio de México, La sociedad mexicana antes de la Conquista, en Historia General de México. México, , vol. I, 1981.

Conseil D'état, Francais. Rapport Public 1999. L'intérêt Général. La documentation Française. Paris. 1999.

Cook, Paul y Collin Kirkpatrick. Privatization in Less Developed Countries. An Overview. In Privatization in Less Developed Countries. Editors Paul Cook y Collin Kirkpatrick. St. Martins Press. New York. 1988.

De Castro, A. Derecho Civil de España. Ed. Iustel. España, 1954.

Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1967.

Embid Irujo, Antonio. Diccionario de Derecho de Aguas. Ed. Iustel. España 2007.

Embid, Irujo, Antonio. Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua. VIª Conferencia Internacional del Seminario Permanente de Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos. Iberdrola, Valencia.2000.

Farias, Hernández Urbano. Derecho Mexicano de Aguas Nacionales, Legislación, comentarios y Jurisprudencia. Ed. Porrúa, México, 1993.

Fernández, Ruiz Jorge. Derecho Administrativo y Administración Pública .Ed. Porrúa. México, D.F., 2006.

Franch I. Saguer, Martha. El interés público: la ética pública del derecho administrativo. Ed. Porrúa. México 2000.

Franco Muñoz José .El derecho administrativo en México . Universidad Abierta de San Luis Potosí, S.L.P, 2001.

Garrido, A. Ventajas y limitaciones del uso del mercado en la asignación de los recursos hídricos. VIª Conferencia Internacional del Seminario Permanente Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos. Iberdrola, Valencia.2000.

González Pérez, Jesús. Los derechos reales administrativos. Ediciones Civitas. España,1984.

Gouarne, Vincent y John Briscoe, Don't shut the tap on private-sector water, The Globe and Mail, 18 de mayo de 2000.

Lares , Teodosio. Lecciones de Derecho Administrativo. Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1852.

Lozano Cutanda, Blanca. Derecho Ambiental Administrativo. 7º ed., Ed Kykinson. Madrid, 2006.

Madrid, Hurtado Miguel de la. Elementos del Derecho Constitucional. México. Instituto de Capacitación Política del PRI. 1982.

Maestu, J. Dificultades y oportunidades de una gestión razonable del agua en España: la flexibilización del régimen concesional, en J. López y J. M. Naredo (eds.). Fundación Argentaria-Visor, Madrid. 1997.

Margadant, Guillermo F. El agua a la luz del derecho novohispano, ponencia que se publicó en la memoria del VII Congreso de la historia del Derecho Indiano, Santiago de Chile, 1985.

Margadant Guillermo F. Estudios histórico-jurídicos. Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, El Régimen de aguas en el Derecho Indiano, 1º ed, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, Librero editor, México, 1987.

Martínez, Ruiz Beatriz (Traducción) . Por un modelo público del agua. Triunfos, Luchas y Sueños. Ed. Ediciones de Intervención Cultural, España, 2005.

Peña, Francisco. Gestión local y control estatal del agua en regiones indígenas de México en Peña, Francisco (Coord.) Los pueblos indígenas y el agua: desafíos del siglo XXI, Colombia 2004.

Rebollo, Luis Martín. Leyes Administrativas. 12º ed, Ed. Aranzadi S.A., Navarra España. 2006.

Recasen Siches, Luis, Introducción al Estudio del Derecho, 12a. ed., México, Porrúa, 1997.

Roubier, Paul. Theorie Générale de Droit, Ed. Libraire Letouzey et Ané. Paris, 1946.

Saleth, R. M. y Braden, J. B. Minimizing potential distortions in spot water market: a multilateral bargaining approach en A. Dinar y E. T. Loehman (eds.) Water quantity/quality management and conflict resolution: institutions, processes, and economic analyses. Praeger Publishers, Westport. 1995

Sir William Halcrow and Partners Ltd., Final Report of Consultancy Services for the Restructuring of the Water Sector, 1995; Stone and Webster Consultants, Information Memorandum – Enhanced Leases for the Operation, Maintenance and Management of Urban Water Supply Systems in Ghana.

Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Tomo I. Ed. Porrúa, México, DF. 1981.

Sommermann, Karl Peter, The Rule of Law and Public Administration in a Global Setting. Informe al Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Atenas, 9-13 julio 2001.

Sumpsi, J. M.; Garrido, A.; Blanco, M.; Varela, C. e Iglesias, E. “Economía y política de gestión del agua en la agricultura”. Mundi-Prensa, Madrid. 1998.

Villamar, A. Un cuarto de siglo de políticas neoliberales en el agua de México. Ed Esfinge. México, D. F. 2005.

II. REVISTAS

Álvarez Josefina, Alicia González y Augusto Sánchez Control social en la civilización azteca, en Revista de Posgrado. No. 1-A ENEP – Acatlán . México. 1988.

Angulo César y Nancy Herrera. Espejismos en el Agua. Revista Industrial del Campo. No. 57. 1 abril 2006. www.teorema.com.mx

Argyriades, Demetrios. Los valores del sector público y la supuesta supremacía administrativa del sector privado. En Revista Venezolana de Gerencia. Vol. 8. Núm 24. Maracaibo. Venezuela, 2003.

Ariño Ortiz, Gaspar y Mónica Sastre Beceiro, Los Mercados de Agua en España: Una propuesta de reforma de la Ley de Aguas. En Revista Ingeniería del Agua. Vol.4 Num.1, España, 1997.

Castro Soto, Gustavo. El andamiaje para la privatización del agua. Revista Semillas, 3 de noviembre de 2006. arriate.org.

El Foro Mundial del Agua aboga una vez mas por la privatización como solución a la problemática del acceso y saneamiento del agua. En Revista Tecnológica del Agua, Año XXVI Número 273, Barcelona, España, Junio 2006.

Fernández, Vázquez Alfredo. Juez Sustituto. La actuación pública sobre el agua dulce en el contexto mundial. Algunas iniciativas para el reconocimiento del derecho humano al agua. En Revista Medio Ambiente y Derecho. Revista electrónica de derechos ambientales. Número 16, Madrid, España, Septiembre 2007.

Gómez, Granados Sofía. Agua, sector que abre sus puertas a la inversión privada. En Revista Bien Común y Gobierno. Año 7, Num. 79, México, Junio 2001

Jean-Jacques Gleizal, Seguridad y policía: a propósito del Estado autoritario descentralizado, en Crítica jurídica, en Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, UAP-UAZ, México, 1984.

Montesillo, Cedillo José Luis. El agua como bien económico y la necesidad de determinar su precio. Revista Comercio Exterior. Vol. 50, No. 3, México, Marzo 2000.

Navarro, Caballero Teresa María. ¿Representa un verdadero mercado del agua el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, en Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Madrid, Año 2007-1

Ruiz, García Juan Manuel. Sobre el IV Foro Mundial del Agua y el objetivo de Desarrollo del Milenio de erradicar la pobreza en el Mundo. La cooperación

internacional para el desarrollo en el sector del agua. En Revista Ambienta, la Revista del Ministerio del Medio Ambiente. Núm 54. Madrid, Abril 2006.

Sánchez, Hernández Ángel. Derecho Agrario. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Número 699. Madrid . Enero – Febrero 2007.

Villalobos, González Francisco, La Milla Marítima: Un Bien de Dominio Público, en Revista de la Procuraduría General de la República, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1984.

III. LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Colección jurídica Esfinge. Grupo Editorial Esfinge. 2005.

Constitución Española.

Directiva Marco de Aguas 2000/60 CE

Ley de Aguas del Estado de México. Compilación estatal. 2005.

Ley de Aguas Española de 1985.

Ley de Aguas Nacionales. Agenda Ecológica. Ediciones Fiscales ISEF. 2006.

Ley de Agua Potable y Alcantarillado de Sonora. www.google.com.mx

Ley de Organismos Públicos descentralizados de carácter municipal para la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado y saneamiento, del Estado de México. www.google.com.mx.

Ley Federal de Derechos. [www. google.com.es](http://www.google.com.es)

Ley General de Bienes Nacionales. Ed. Ediciones fiscales ISEF. 2006.

Ley sobre Procedimientos de Contratación en los sectores del Agua, Energía, Transportes y las Telecomunicaciones. España.

Reglamento del Dominio Público español.

Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. España.

Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1974(RJ1974, 4881) y de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4494). España.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Alurralde, J.C. Comentarios al foro electrónico La naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento y acceso al agua dulce. 2003. www.socialwatch.com

Banco Interamericano de Desarrollo. Strategy for Integrated Water Resources Management. 1998:19

Banco Mundial, Country Assistance Strategy, reporte núm 23849- ME, Washington 19 de abril de 2002.

Biardeau, Javier. ¿Es el Estado Social de Derecho equivalente al Estado Socialista de Derecho? (parte II), en aporrea.org.

Carta enviada por Christopher Neal, External Affairs Officer Latin America & the Caribbean, The World Bank, at The Democracy Center, el 10 de mayo de 2000, http://democracyctr.org/bechtel/world_bank_letters.htm

Castro Soto, Gustavo, La Coca-Cola en México. ¿El Agua tiembla?, Chiapas al Día No. 445, www.ciepac.org

Cepal: Progresos realizados en la privatización de los servicios públicos relacionados con el agua: reseña por países de México, América Central y el Caribe, LC/R. 1697, 1998.

Fernández, Ruiz Jorge. Apuntes históricos sobre la ciencia del Derecho Administrativo en México, en www.bibliojuridica.org

Génesis de los artículos 27º y 123º de la Constitución Política de 1917, Puebla, 1945.

Jornada sobre el proceso de consulta de los documentos iniciales de la Planificación Hidrológica” en España, con fecha de celebración de 19 de septiembre de 2007, en el Salón de actos del Ministerio del Medio Ambiente.

La Jornada; México. 3 octubre 2005 www.jornada.unam.mx

La Jornada, 8 de marzo 2006.

La Jornada, 9 de marzo 2006.

La Jornada, 19 de marzo 2006.

Organización de las Naciones Unidas. Informe Brundtland, Nuestro Futuro Común. 1983.

Ortiz, Rendón Gustavo con la colaboración de Flor Cruz y Juan Carlos Valencia. Aspectos relevantes de la política del agua en México, en el marco de desarrollo sustentable. En www.oieau.fr/ciedd/contributions/at2/contribution/rendon.htm.

Periódico Siglo XXI, Economía, 10 de junio 1993.

<http://es.wikipedia.org>.

<http://www.afrol.com/es/articulos>

<http://www.bancomundial.org.mx>

<http://www.iie.com>

<http://www.waterjustice.org>

<http://www.wto.org>

Sobre las externalidades en el mercado del agua en los Estados Unidos y la conveniente regulación estatal, Vid. GETCHES David H. Water Law in a Nutshell and Water Rights. Scarce Resource Allocation. Bureaucracy and the Environment.

sintesisdigital.com.mx.

socialwatch.com

Tratado con la Unión Europea. Google.com.mx.

Tratado de Libre Comercio para América del Norte. google.com.mx

voltairenet.org

www.comercio.es

www.ecologistasenaccion.org