

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA

FACULTAD DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y SOCIALES

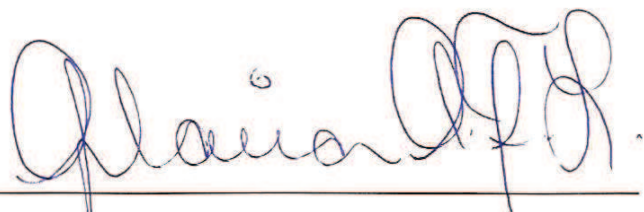


**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LAS
CONCESIONES Y ASIGNACIONES DE AGUA DEL SUBSUELO**

**TRABAJO TERMINAL QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRO EN CIENCIAS JURIDICAS PRESENTA: JAIME
HERRERA BARRIENTOS**

ENSENADA, B.C. JUNIO DE 2014

CONSTANCIA DE APROBACIÓN

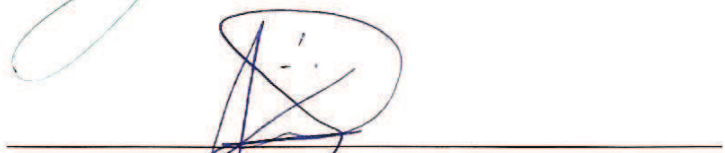


Director: Dra. Gloria Aurora De Las Fuentes Lacavex

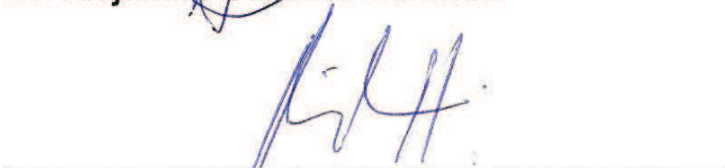
Aprobado por los integrantes del Sínodo:



Mtro. Miguel de Jesús Nería Govea



Dr. Alejandro Sánchez Sánchez



Dr. Ariel Moctezuma Hernández

Con todo mi amor a mi esposa Rita; Hijos: Aime, Jasmín y Jaime Abraham

Mi agradecimiento a mi directora de tesis, Dra. Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex y a todos mis profesores de la Maestría en Ciencias Jurídicas por compartir sus conocimientos y experiencias jurídicas durante mi estancia en el posgrado.

Mi reconocimiento y gratitud a mis compañeros del posgrado que, dejaron hogar y labores importantes por compartir sus experiencias profesionales en el aula donde se impartió el posgrado.

Índice

Contenido	página
Capítulo I. Diseño Metodológico	1
1.1 Pregunta de investigación	1
1.2 Hipótesis	1
1.3 Especificación y operacionalización de variables	1
1.4 Instrumentos y técnicas de recolección de datos	1
Capítulo II. Los derechos humanos	2
2.1 Fundamento de los derechos humanos	5
2.2 Perspectiva de los derechos humanos	8
2.2.1 Marxismo	8
2.2.2 El utilitarismo	9
2.3 Reflexiones adicionales sobre el fundamento de los derechos humanos	10
2.4 El derecho humanos al agua como relación normativa	13
2.5 El iusnaturalismo y los derechos humanos	14
2.6 El derecho humano al agua, reconocimiento convencional	15
Capítulo III. El principio de proporcionalidad, alcances y aplicaciones	21
3.1 Principio	31
3.2 Proporcionalidad	31
3.3 Antecedentes aristotélicos del principio de proporcionalidad	33
3.4 El principio de proporcionalidad	35
3.5 Igualdad y proporcionalidad	42
3.6 El concepto de derecho y la proporcionalidad	43
3.7 El principio de proporcionalidad, sus elementos y aplicación	44
3.8 Fórmula de peso	46
3.8.1 Combinaciones con la fórmula de peso	47
3.9 Jerarquía de principios	48
Capítulo IV. Situación internacional y nacional del agua	53
4.1 Contexto internacional	57
4.2 Contexto nacional	57
4.3 Marco legal de las concesiones y asignaciones	60
4.3.1 Legislación nacional desde 1910 a 1992	61
4.3.2 Legislación vigente	63
4.4 El agua del subsuelo	71
4.5 Acuíferos en Baja California	72
4.6 Ley de aguas nacionales, su constitucionalidad y convencionalidad	72
4.6.1 Aspectos restrictivos sobre las concesiones	75
4.6.2 La Constitución y la OG No. 15	76
Capítulo V. Resultados	77
5.1 Aplicación del principio de proporcionalidad	80
5.2 Jerarquía de valores	87
Conclusiones	88
Recomendaciones	90
Fuentes bibliográficas	90
Fuentes hemerográficas	94

RESUMEN

Las asignaciones y concesiones del agua pueden generar conflictos en su otorgamiento; ya que el agua es un bien escaso por el cual se generan tensiones de carácter multifactorial asociadas al cambio climático, calentamiento global, crecimiento económico y la lucha constante por un desarrollo económico de la población y actores encarnados en poderosas empresas privadas de origen nacional e internacional. Una forma de atender dichos conflictos es a través de la aplicación del principio de proporcionalidad cuando diversos principios entran en colisión; para ello, se revisa el alcance, contenido histórico y práctico del principio de proporcionalidad considerando la Observación General número 15 como elemento a tomar en cuenta en las concesiones y asignaciones. Se analiza y propone un esquema de aplicación práctico del principio de proporcionalidad propuesto por Robert Alexy, así como un esquema de ponderación de pesos aditivos como una forma adicional para resolver conflictos de colisión de principios.

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, concesiones y asignaciones de agua, escasez de agua, colisión de principios, agua superficial y subterránea.

Introducción

Los derechos humanos, como el derecho humano al agua son el sustrato de un Estado constitucional¹ y democrático de derecho, por lo que toda norma jurídica interna deberá estar de acuerdo o no contradecir las normas de derechos humanos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos² (CPEUM) y de los tratados³ que nuestro país haya ratificado.

Producto de la autodeterminación de los pueblos y su lucha histórica y diaria por la acción de la sociedad civil nacional e internacional enmarcada en la globalización, el estado constitucional y democrático de derecho se materializa mediante un catálogo de derechos humanos que va en aumento⁴ y que no es homogéneo, ni armónico, ya

¹ López Sánchez, Rogelio, *El principio de proporcionalidad en la teoría de los derechos fundamentales*, <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view.File/220/219>, 22 mayo 2013. Por estado Constitucional este autor refiere que el Estado Constitucional se relaciona con el valor normativo de la Constitución al que es sometido el Estado, p. 196.

² Dorantes Díaz, Francisco Javier, "Derechos Sociales y argumentación jurídica. Una aporía constitucional, sus posibles tópicos y aplicación. Mesa," en *Argumentación jurisprudencial. Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?*, México, 2013, SCJN, p.303 indica que: "...los textos constitucionales, en principio, sólo otorgan derechos *prima facie*, en consecuencia, la ponderación es esencial para poder concretizar un derecho en específico..."

³ Pérez Johnston, Raúl, *Constitución política de los estados unidos mexicanos. Concordada con tratados internacionales en materia de derechos humanos y con la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, México, Porrúa, 2012. Este libro contiene los artículos de la constitución asociados cada uno de ellos a los correspondientes tratados que México ha celebrado. Por ejemplo relativos al artículo cuarto constitucional está el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: "protocolo de San Salvador".

⁴ Inflación de los derechos humanos, impulsada por grupos que pretenden convertir sus deseos en derechos para luego exigirlos, Massini Correas, Carlos I., p. 78 cita a Fray R.G. sobre la inflación de derechos humanos. A dichos derechos inventados o creados le correspondería los deberes correlativos de respetarlos. Respecto a la tendencia inflacionaria de los derechos humanos comenta Massini Correas, Carlos I., que se pueden distinguir varias "generaciones" o etapas en el proceso de su proclamación y tematización que son las siguientes: "1) deberes de abstención impuestos al poder político, con los consiguientes ámbitos de autonomía de los individuos particulares; 2) los derechos sociales, consisten en demandas de prestaciones activas por parte del poder político, a los efectos de subsidiar las características más urgentes de los ciudadanos y colocarlos en una cierta igualdad de condiciones para el ejercicio de los "derechos-libertades"; 3) derechos difusos: en estos no queda bien en claro quiénes son sus titulares, los sujetos obligados ni su objeto o contenido, por ejemplo el

que llega a ver tensión o colisión entre ellos como la libertad de expresión y derecho al honor⁵. En forma enunciativa se indican algunos derechos humanos que las normas internas y los tratados reconocen: a la educación, al trabajo, a la libre asociación, sindicalización, huelga, al honor, vida, salud, vivienda, a la información, libre expresión, petición, sufragio, acceso a la justicia, libertad religiosa, a la imagen, al desarrollo económico, al libre tránsito, al debido proceso, al Internet, a un medio ambiente sano, a un nivel de vida adecuado para sí y la familia, al agua⁶, al saneamiento del agua, entre otros. La mayoría de estos derechos humanos están contenidos en la constitución como principios *prima facie*,⁷ cuya aplicación o invocación es hecha valer

desarrollo a la paz, al medio ambiente protegido, a la comunicación, a la diferencia, entre otros; 4) iusnaturalismo libertario, designado así por Cotta y enumerados por Joseph Marie Lo Ducca bajo el título: derechos al erotismo, libertad de relaciones sexuales, a la homosexualidad, al aborto libre, entre otras; 5) derechos infrahumanos: de los animales, de los ríos y montañas, de los mares, etcétera.”, pp. 174-75. Como se observa, la proliferación de derechos deja un amplio margen a la manipulación ideológica como instrumento manipulador, más aún cuando su aceptación implica siempre obligaciones gravosas para un sujeto o grupo de sujetos.

⁵ En relación con el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor en conflicto tratándose de medios de comunicación, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia por reiteración, estimó que en una democracia constitucional no sólo se encuentran protegidas las ideas que son recibidas favorablemente o las que son vistas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que puedan ser desagradablemente mordaces sobre personajes públicos o, en general, ideas que puedan ser recibidas desfavorablemente por sus destinatarios y la opinión pública en general. En una democracia así, la libertad de expresión tienen una posición preferente sobre el derecho al honor. La constitución no reconoce el derecho al insulto. Revista Compromiso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 12/No. 141 marzo de 2013, p.40.

⁶ El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica. El derecho al agua (artículos 11 y 12) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29º período de sesiones (2002). Observación general No. 15.

⁷ Mendonca, Daniel, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 49-53. Señala que W.D. Ross es el creador de la Teoría de los deberes *prima facie*, término usado para distinguir entre deberes absolutos, es decir, los que debemos hacer siempre en las circunstancias que sean y aquellos que tienden a ser absolutos, los deberes *prima facie*. Según Ross, un deber *prima facie* es absoluto si no hay otro deber *prima facie* que esté en conflicto con él. Cuando se interfieren hay que escoger entre ellos, esta es una situación de conflicto moral, ya que no podemos cumplir al mismo

en las tensiones sociales, en particular aquí interesa en las asignaciones y dotaciones de agua a las personas.

En este trabajo se abordan aspectos relativos al derecho humano al agua, (ya subterránea o superficial) en relación a este como principio y a otros asociados al mismo desde la perspectiva de las asignaciones⁸ y concesiones⁹. En la práctica se pueden presentar conflictos tan diversos como los siguientes: a) cuando dos o más personas reclaman el mismo derecho, el agua. Las personas pueden ser físicas o morales; b) dos o más personas sufren menoscabo o afectación en sus derechos por la concesión o asignación de agua a un tercero. Dichas situaciones abstractas se pueden dar en la lucha por el acceso al agua, la cual “en nuestro país, es ya un asunto de seguridad nacional por su escasez, baja calidad, pocas posibilidades de reúso y la irregular distribución que ocasiona el constante crecimiento de la demanda, la ineficiencia de su uso y el aumento de los niveles de contaminación”¹⁰. Las tensiones por el agua irán en aumento, serán cada vez más complejas con dimensiones multifactoriales debido al cambio climático, calentamiento global, el crecimiento económico y la lucha constante por un desarrollo económico de la población.

tiempo o en las mismas circunstancias con los deberes en interferencia. Ante ello, habrá que analizar si se admiten excepciones o cualificaciones de forma que un derecho supere a otros u otros.

⁸ Concesión. Es el 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. Ley de Aguas Nacionales, apartado de definiciones.

⁹ 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. Ley de Aguas Nacionales, apartado de definiciones.

¹⁰ Ortiz Rendón, Gustavo Armando, Evolución y perspectiva del marco jurídico del agua en México: nuevos retos y oportunidades para la gestión integrada del recurso hídrico” en Rabasa, Emilio O. (coord.), *Agua. Aspectos constitucionales*, México, Porrúa, 2011, p.17

La casuística de la lucha por el agua vía concesiones o asignaciones genera colisión de derechos al estar indisolublemente asociado con el derecho a la salud, vivienda, alimentación, vida, dignidad humana, entre otros, dichas colisiones requieren un tratamiento metodológico que permita dilucidar dichas colisiones de derechos en las asignaciones o concesiones de agua.

El hombre como ser social al desplegar su conducta llega a tener interferencias¹¹ con otros hombres, Sastre¹² “señala que la base de las relaciones humanas es el conflicto, la lucha”, de forma que “las relaciones interhumanas están caracterizadas por el conflicto. Se trata de vencer al otro”¹³, de forma que dicho actuar propicia una colisión de derechos humanos; por ejemplo, el ejercicio del derecho al agua mediante una concesión o asignación de agua subterránea puede afectar el medio ambiente de la misma persona u otras, ya que las extracciones abatirán el nivel freático o propiciarán intrusión salina y con ello algunas especies vegetales pueden llegar a desaparecer o terrenos agrícolas perder su capacidad de fertilidad, afectando así la capacidad productiva del suelo, restricciones a la alimentación, idoneidad para el esparcimiento y de esta forma afectar el desarrollo económico al disminuir la generación de ingresos económicos, entre otras afectaciones.

El Plan Nacional de Desarrollo¹⁴ 2013-2018 declara que se dotará de agua de buena calidad a toda la población, asimismo que se propiciará el crecimiento económico bajo la protección al ambiente. De lo expresado anteriormente se infiere que la demanda de agua generará tensiones entre derechos, ya que el extraer agua propiciará afectaciones a otros usuarios, tanto en lo que respecta al acceso al agua como en otros ámbitos, de forma que las externalidades propias del desarrollo económico, así como los mínimos vitales generaran tensiones entre derechos. El agua

¹¹ Herrendorf, Daniel E. y Birdart, German J., *Principios de derechos humanos y garantías*, Argentina, EDIAR, 1991, p. 63. Es la capacidad que una conducta tiene para vincularse con otras; esa interferencia es “intersubjetiva” porque se produce “entre” sujetos.

¹² Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Historia de las doctrinas filosóficas*, trigésima séptima edición, México, Esfinge, 2005, p. 201.

¹³ Ídem.

¹⁴ Diario Oficial de la Federación, 20 de mayo de 2013.

además de un derecho humano es un bien público, social, cultural y económico¹⁵. Esta concepción no es compartida por todos, ya que hay quienes la consideran como una necesidad, un mero producto comercial¹⁶, una inversión, servicio, derecho de propiedad y por ello un bien susceptible de mercantilización y sujeto a las reglas de mercado y de poder, de allí que Kiefer¹⁷, T., considera que el problema de la calidad y cantidad de agua es un problema de ética política cifrado en la voluntad política. Los conflictos por el agua se dan en diversos países, México no es la excepción; así vemos, por ejemplo que, en la Comarca Lagunera en los hechos el agua está en manos de la empresa Lala de lácteos y el resto de la población en una situación de permanente escasez. Por otra parte, considerar al agua como un derecho humano tiene repercusiones no menores, ya que llega a poner consideraciones sociales en prevalencia a las económicas, llegándose incluso a no poder negarle a nadie el agua, aún sin pagarla.

Justificación y Antecedentes

Situaciones como la antes mencionada sugieren la necesidad de contar con un método que operacionalice las tensiones en la toma de decisiones en las concesiones o asignaciones de agua por la autoridad decisora, de forma que se sopesa la afectación de otros derechos humanos, para ello se usa el principio de

¹⁵ Numeral 11 de El derecho al agua (artículos 11 y 12) del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, 29º período de sesión (2002), Observación general No 15, E/C.12/2002/11.

¹⁶ "...el agua no es un producto comercial, aunque tenga lógicamente una dimensión económica, sino un derecho humano y una responsabilidad pública.", pp. 180-181. Barlow, Maude, "El derecho al agua, una idea a la que ha llegado su momento", en Uribe Natalia (coord.), *El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro*, Icavia editorial, 2008, Oficina de Naciones Unidas de apoyo al año internacional para la acción "agua, fuente de vida" 2005-2015.

¹⁷ Kiefer Thorsten y Roaf, Virginia "El derecho humano al agua y al saneamiento: ventajas y limitaciones", en Uribe Natalia (coord.), *El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro*, Icavia editorial, 2008, Oficina de Naciones Unidas de apoyo al año internacional para la acción "agua, fuente de vida" 2005-2015. "...el principal obstáculo para el acceso universal a estos servicios no es la falta de recursos hídricos, conocimientos o tecnologías de bajo coste para su ampliación a las comunidades con carencias, ni tampoco un coste económico prohibitivo, sino la falta de voluntad política en todos los niveles para convertir la universalización del agua y el saneamiento en una auténtica prioridad política y de desarrollo", p. 137

proporcionalidad con sus tres subprincipios en la forma desarrollada por Robert Alexy, asimismo se bosqueja lo relativo a la jerarquización de valores como forma de resolver colisiones entre principios.

Los derechos humanos se encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), sus leyes secundarias y reglamentos, constituciones locales incluyendo sus leyes secundarias y reglamentos, circulares, lineamientos, jurisprudencia nacional e internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opiniones consultivas, observaciones generales, entre otras. Como puede observarse el espectro es amplio, así que para dilucidar o interpretar cual norma aplica, el principio *pro homini* establece que será la norma que mejor proteja al hombre, sin importar su jerarquía. De forma que, cuando una norma tiene dos o más interpretaciones, se aplicará la que más beneficie a la persona; o bien, cuando dos o más normas resulten aplicables deberá aplicarse la que más la proteja o beneficie.

Cuando dos o más personas en ejercicio de uno o varios derechos éstos colisionan, no resulta aplicable el principio *pro homini*, ya que el conflicto es entre personas. En este caso resulta aplicable el principio de proporcionalidad para resolver el caso en concreto. Este toma en cuenta los subprincipios de idoneidad, adecuación y proporcionalidad.

En México, la reforma constitucional del viernes 10 de junio del 2011 dio inicio a una nueva cultura ideológica sobre los derechos humanos al reconocerlos en forma expresa en diversos artículos constitucionales como lo son el 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. En congruencia con dicha reforma, el ocho de febrero del 2012 se tuvo otra que modificó el artículo 4º constitucional reconociendo el derecho humano a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de las personas, así como el derecho humano al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Dicho reconocimiento normativo no fue una concesión graciosa, sino que detrás de ella hubo una lucha intensa de la sociedad civil, por ejemplo la Coalición Mexicana por el derecho al agua y el movimiento mundial por la justicia del agua. Cabe comentar que el reconocimiento al agua en la norma fundamental interna es un derecho humano nuevo, en América Latina Uruguay lo reconoció en el 2004, producto de la acción

social, los países bajos en el 2003, y posteriormente otros países en Europa y América Latina como el Ecuador. Hay países que se oponen al derecho al agua como Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia y China.

Planteamiento del Problema

La reforma a la CPEUM del ocho de febrero del 2012 reconoce como derechos humanos el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, así como el derecho humano a un medio ambiente sano. En gran número de situaciones naturales el agua y el ambiente sano son interdependientes, por lo que se pueden dar situaciones de colisión de derechos de las personas que demanden un medio ambiente sano y los que demanden agua para su consumo con las características antes indicadas, ya que actividades económicas como la minería o extracciones de agua a un medio acuifero pueden llegar a afectar el ambiente en forma directa o indirecta, así como a otros derechos humanos. Ante situaciones como las señaladas se estaría ante un escenario de colisión de dos derechos humanos constitucionales con la misma jerarquía, por ello es necesario buscar soluciones en el principio de proporcionalidad.

El agua subterránea juega un papel importante en la vida nacional, ya que es el agua mejor protegida a la contaminación, ya que los estratos que la cubren actúan en forma natural como filtros protectores a la contaminación. En el país 75 millones de mexicanos se abastecen de ella.¹⁸

En México hay 653 acuíferos, de ellos 102 están sobreexplotados, particularmente los de la zona centro y norte del país. En Baja California hay varios acuíferos con intrusión salina¹⁹.

El artículo 22 de la Ley de Aguas Nacionales establece que cuando “La autoridad del Agua” prevea la concurrencia de varios interesados en el agua, esta será reservada para ser asignada o concesionada mediante concurso. La reglamentación para los concursos será publicada previamente en cada caso.

¹⁸ Ídem, p. 18.

¹⁹ Ortiz Rendón, Gustavo Armando, op. cit., nota 2, p. 18

Cuando el agua no sea reservada “La Autoridad del Agua” la concederá a quien la solicite en primer lugar. En el caso anterior en que varios solicitantes concurren simultáneamente, “podrá proceder a seleccionar la solicitud que ofrezca los mejores términos y condiciones que garanticen el uso racional, el reúso y la reestructuración del recurso hídrico.”

El párrafo segundo del artículo 22 de la ley antes referida establece que:

El otorgamiento de una concesión o asignación se sujetará a lo dispuesto por esta Ley y sus reglamentos y tomará en cuenta la disponibilidad media anual del agua, que se revisará al menos cada tres años, conforme a la programación hídrica; los derechos de explotación, uso o aprovechamiento de agua inscritos en el Registro Público de Derechos de Agua; el reglamento de la cuenca hidrológica que se haya expedido, en su caso; la normatividad en materia de control de la extracción así como la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas; y la normatividad relativa a las zonas reglamentadas, vedas y reservas de aguas nacionales existentes en el acuífero, cuenca hidrológica, o región hidrológica de que se trate.

Como se observa, de haber agua disponible se asignará o concesionará atendiendo a criterios de turno, técnicos y de capacidad financiera. La decisión no pondera derechos humanos, por lo que en este trabajo se propone operacionalizar las tensiones entre derechos o intereses en conflicto a través de la aplicación del principio de proporcionalidad desarrollado por Robert Alexy²⁰ a través de sus tres subprincipios, así como un esbozo bajo un esquema de jerarquía de derechos.²¹

La reforma constitucional del viernes 10 de junio de 2011 en su artículo primero, tercer párrafo obliga a:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir,

²⁰ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, 2ª. ed., trad. De Atienza Manuel y Espejo Isabel, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p.350

²¹ Cianciardo, Juan, “Argumentación e interpretación jerárquica de los derechos humanos”, *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II congreso internacional de argumentación jurídica*, primera reimpression, México, SCJN, 2013, pp. 1-22. Cita el orden jerárquico entre derechos fundamentales del constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian sostiene que: a) cada derecho subjetivo es la cobertura de uno o varios valores...; b) Toda teoría de los valores supone que ellos se encuentran ordenados jerárquicamente, p.9.

investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos, en términos que establezca la ley

por lo que, incluye a las autoridades administrativas, las cuales son las responsables de otorgar las concesiones o asignaciones de agua, de forma que dichas autoridades deben de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. No obstante las funciones que deben observar todas las autoridades, la constitución no establece una metodología a seguir en caso de colisión entre derechos, es decir, deja abierta la metodología de la autoridad decisora en el ámbito de su competencia, de forma que, un esquema de ponderación o jerarquía de derechos puede resultar útil a la autoridad administrativa o jurisdiccional a efecto de que cumpla con la previsión constitucional relativa a los derechos humanos.

Así que, el objetivo central de este trabajo es una propuesta que operacionalice una forma de solución a los conflictos que surgen en la asignación o concesión del agua mediante el principio de proporcionalidad de Robert Alexy y mediante una jerarquía de derechos. Este esquema es aplicable en casos denominados difíciles²², ya que en los casos simples se aplica la clásica subsunción²³ del caso concreto a la norma como solución.

Objetivo General

Generar un esquema de aplicación del principio de proporcionalidad y jerarquía de derechos en los conflictos que surgen en la concesión o asignación de agua.

Objetivos Específicos

a) proponer un esquema de aplicación del principio de proporcionalidad considerando los principios constitucionales y la Observación General No. 15 del Comité para los

²² Atienza, Manuel, Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica, tercera reimpresión, México, UNAM, 2008, p.26

²³ Para Mendonca, Daniel es una deducción, para ello da el siguiente ejemplo: "...si la ley dispone que los homicidas deben ser castigados con una pena determinada y fulano ha cometido homicidio, fulano debe ser condenado a esa pena porque su caso subsume en la regla...". Mendonca, D. y Guibourg, R.A., La odisea constitucional. Constitución, teoría y método, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2004, p. 16.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo relativo a las concesiones y asignaciones de agua.

b) Proponer un esquema de aplicación de la jerarquía de valores para resolver colisión de derechos en la asignación y concesión de agua.

c) Analizar si la ley de aguas nacionales es constitucional y convencional en lo relativo a las asignaciones y concesiones de agua.

Delimitación del objeto de estudio y limitaciones

Considerando la tipología de Jorge Winter, el presente trabajo es del tipo tesis jurídico-propositiva²⁴, ya que se cuestiona el procedimiento para la concesión y asignación de agua previsto en la Ley de Aguas Nacionales, proponiéndose un esquema alternativo que considere la colisión de derechos. Conforme al objetivo y tipo de conocimiento que se busca en este trabajo siguiendo la clasificación del autor antes mencionado, se puede considerar como perceptual exploratoria,²⁵ ello atendiendo a las actividades cognitivas a desarrollar.

Se analiza la naturaleza de los derechos humanos, la persona (el hombre), el contenido doctrinario y filosófico de los principios, ello para ponderar los alcances de la aplicación del principio de proporcionalidad en las tensiones por la lucha del agua y sus efectos multifactoriales. El esquema propuesto es conceptual con elementos dinámicos en cada fase.

El presente trabajo se desarrolla de la manera siguiente:

Capítulo I. Diseño metodológico, en este se formula una pregunta guía para la investigación, se plantea la hipótesis de trabajo, la especificación y operacionalización de variables. Capítulo II. Los derechos humanos. En ese capítulo se expone el

²⁴ Witker, Jorge, *La investigación Jurídica, México*, McGraw-Hill, 1995, p.11. Tesis jurídico-propositiva. Se trata de cuestionar una ley o institución jurídica vigente para, luego de evaluar sus fallas, proponer cambios o reformas legislativas en concreto. Generalmente estas tesis culminan con una proposición de reforma o nueva ley sobre la materia.

²⁵ Witker V., Jorge, *Metodología de la enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2008, p. 158, En el cuadro 2 y 3 de la página 158 se indican las distintas clasificaciones, correspondiendo como acciones cognitivas el indagar, revisar, detectar, observar, registrar y reconocer.

fundamento de los derechos fundamentales considerando varias concepciones y autores, así como el derecho humano al agua, su reconocimiento normativo. Capítulo **III**. Se analizan diversas concepciones sobre las nociones de principio y proporcionalidad, se enuncian los alcances del principio de proporcionalidad a la luz de varios autores y en particular de Robert Alexy, se aborda el concepto de valor y su relación con el de principio, así como la jerarquía del mismo como forma de resolver colisión de principios. Capítulo **IV**. Situación nacional e internacional sobre la demanda y existencia del agua, marco jurídico nacional e internacional, situación jurídica de las concesiones y asignaciones del agua en el marco nacional vigente, así como la historia legislativa en materia del agua desde 1910. Capítulo **V**. Resultados. Se desarrolla un esquema operativo de aplicación práctica del principio de proporcionalidad y se esboza el de jerarquía de valores como formas de resolver casos difíciles en materia del agua (concesiones o asignaciones) y, finalmente un capítulo de conclusiones, así como un apartado de recomendaciones.

Capítulo I. Diseño Metodológico

1.1 Pregunta de investigación

¿La Ley de Aguas Nacionales en la concesión y asignación de agua contempla la colisión de derechos humanos de las personas solicitantes?

1.2 Hipótesis

a) La Ley de Aguas Nacionales en lo previsto sobre la asignación o concesión de agua subterránea no toma en cuenta la colisión de derechos humanos. Esta es la hipótesis fundamental¹.

b) El principio de proporcionalidad y el principio de jerarquía son dos formas de arribar a decisiones² en la colisión de derechos.

1.3 Especificación y operacionalización de variables

Variables: Asignación y concesión de agua como parte del derecho humano al agua y, colisión entre derechos.

Operacionalización³ de las variables de las hipótesis: La hipótesis fundamental a) será verificada por contraste de la Ley de Aguas Nacionales con la CPEUM y tratados internacionales.

La hipótesis b), será verificada mediante un análisis formal de argumentos doctrinales concerniente a los principios, derechos humanos y en particular al principio de proporcionalidad y jerarquía vía la propuesta de un esquema de aplicación.

¹ Achaerandio Zuazo, Luis, S.J., *Iniciación a la práctica de la investigación*, 7ª. Ed. Actualizada, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de investigaciones jurídicas, 2010, p.98. Hipótesis fundamental es la guía de la investigación y dará sentido a la recolección de los hechos pertinentes y a la identificación de las reales interrelaciones dando así confirmación objetiva a la solución del problema.

² La decisión es el contexto de enunciados en los cuales están expresadas las elecciones finales a las que llegó el juez. Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, editorial Trotta, p. 238.

³ *Ibidem*, p. 110. Una hipótesis conceptual se operacionaliza mediante la concreción y especificación de aquellas conductas o actividades controlables que expresan prácticamente el contenido teórico de la hipótesis conceptual.

1.4 Instrumentos y técnicas de recolección de datos

La recolección de datos fue a través de la consulta de bases de datos electrónicas de la UABC y el CICESE, consulta de textos bibliográficos y hemerográficos en las siguientes bibliotecas: Casa de la Cultura Jurídica; bibliotecas de la UABC, Central y de Valle Dorado; Biblioteca Central de la UNAM y de la Facultad de derecho de esa misma institución.

Capítulo II. Los derechos humanos

Javier Hervada⁴ considera que con la expresión derechos humanos “se quiere designar un tipo o clase de derechos, una de cuyas notas esenciales es la de ser preexistentes”⁵, en la doctrina se suele usar como sinónimos los términos “derechos humanos”, “derechos fundamentales”, “derechos del hombre” o “derechos naturales”. Alejandro Sánchez hace un análisis sobre el vínculo entre derechos naturales, derechos humanos y derechos públicos subjetivos.⁶

Para Claudia Alejandra Villaseñor⁷ los derechos fundamentales señalan las metas sociopolíticas a alcanzar, así como la posición jurídica de los ciudadanos con el Estado. Los derechos fundamentales son expresados en forma de valores, normas específicas y principios. Los valores son los criterios básicos para enjuiciar las acciones y tienden a concretarse en principios. Estos son mandatos de optimización de carácter deontológico que normalmente recogen un valor.

⁴ Citado por Massini Correas, Carlos I., Los derechos humanos en el pensamiento actual, p. 24

⁵ Ibídem, p. 24. Dicha preexistencia está dada en otras fuentes de prerrogativa jurídica, además de la legislación, como la dignidad de la persona, la opinión común de la humanidad o la naturaleza de las cosas.

⁶ Sánchez Sánchez, Alejandro y Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex, “La garantía constitucional del gobernado en México, o juicio de amparo” en Alejandro Canónico Sarabia (coordinador), *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Margarita 2013*, Editorial Jurídica Venezolana, 2013, pp. 893 y ss.

⁷ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa, 2011, pp. 74 y ss.

Los derechos humanos son la parte fundamental de la ética social de nuestro tiempo.⁸

¿Qué es la persona humana?, ¿Qué es aquello que hace que la persona tenga derechos humanos? Desde el punto de la metafísica es una realidad, un ente, es “aquello que es”; es decir, un sujeto (aquello que) y una perfección o acto (el ser).

Para Thomas Hobbes

Una persona es aquel cuyas palabras o acciones son consideradas o como suyas propias, o como representando las palabras o acciones de otro hombre, o de alguna otra cosa a la cual son atribuidas, ya sea con verdad o por ficción.

Cuando son consideradas como suyas propias, entonces se denomina persona natural; cuando se consideran como representación de las palabras y acciones de otro, entonces es una persona imaginaria o artificial.

En latín significa disfraz o apariencia externa de un hombre, imitado en la escena, y a veces, más particularmente, aquella parte de él que disfraza el rostro como la máscara o antifaz.⁹

Giovanni Pico Della Mirandola enuncia una máxima caldea: “El hombre es un animal de naturaleza variada, multiforme y tornadiza”¹⁰, es decir, que hemos nacido con la posibilidad de ser lo que queramos. Respecto al libre albedrío

Nos dice Empédocles que una doble naturaleza está inserta en nuestras almas; por unas de ellas somos impelidos hacia las zonas celestes, por otra somos empujados hacia los infiernos, a través de la disputa y de la amistad, o de la guerra y de la paz, según atestiguan sus propios poemas, en los que él se lamenta de ser arrastrado hasta las profundidades, movido por pleitos y discordia, similar a un loco y apartado de los dioses.

Jorge Adame considera que la noción ente “está implícita en cualquier juicio que haga la inteligencia humana, cuando afirma, por ejemplo, que un árbol determinado es un cedro, está presuponiendo que el árbol, antes de ser cedro es algo que es, o sea que es un ente, del cual se puede predicar que es vivo, vegetal, de la especie cedro, de tamaño grande, etcétera”¹¹. Respecto a la segunda pregunta, se puede contestar

⁸ Massini Correas, Carlos I., p. 143.

⁹ Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, segunda edición en español, trad. Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 132.

¹⁰ Della Mirandola, Giovanni Pico, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, segunda edición, traducción de Pedro J. Quetglas, Barcelona, PPU, 2002, p. 55.

¹¹ Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998, Serie E. Varios, núm. 92, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 22

que la persona tiene derechos humanos ya que es una esencia, al respecto Jorge Adame¹² considera que:

Todos los entes son, y cada uno lo es de un modo determinado, es porque están compuestos de dos principios fundamentales: el ser y un modo de ser o, como lo expresa la filosofía tradicional, todos son compuestos de acto de ser y esencia.

El modo de ser propio de cada ente es lo que constituye su esencia. Esta puede describirse como lo que hace que un ente sea lo que es y no otro; por ejemplo, la esencia del ser humano es la de animal racional, por lo que no es humano el animal, por más evolucionado que sea, ni tampoco el puro ser racional por más limitado que esté. La esencia distingue a los entes especificando sus modos propios de ser.

La esencia, en cuanto es considerada como principio de las operaciones de un ser, se designa con el nombre de naturaleza. Esencia y naturaleza no son dos nociones distintas, sino dos palabras que expresan con diferencia de matiz el mismo significado: la esencia expresa aquello que hace que un ente sea como es; la naturaleza expresa aquello que hace que un ente opere como opera.

Para Aristóteles¹³ en el ámbito de las categorías¹⁴ los modos fundamentales¹⁵ del ser son la sustancia¹⁶ y el accidente¹⁷. El primero es el ser “por sí” y el segundo el ser “en otro” o “de otro”. Al accidente también se le llama propiedades de la sustancia. Esta es la significación fundamental de “ser”. Para Aristóteles “ser” significa por una parte el

¹² Ídem

¹³ San Agustín, *Confesiones*, trad. Lorenzo Riber, Barcelona, Círculo de lectores, pp. 139-140. Comenta San Agustín: Y Asaz claramente aquellas categorías me parecían hablar de las sustancias, por ejemplo: la forma exterior del hombre, su estatura, el número de pies que mide, su parentesco, cuyo hermano es, en dónde está establecido o cuándo nació, o si está en pie o sentado, o calzado o armado, si está activo o si está pasivo y cualquiera otras innumerables particularidades, de las cuales puse por ejemplo algunas muestras que se hallan en aquellos nueve géneros o en el mismo género de sustancia.

¹⁴ Kant, Immanuel, *Los progresos de la metafísica*, primera reimpresión, traducción Mario Caim, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. P. 22, los términos categoría (Aristóteles) y predicamentos (escolásticos) son sinónimos.

¹⁵ Vigo, Alejandro G., *Estudios Aristotélicos*, Pamplona, Eunsa, 2006, pp. 58 y 59.

¹⁶ Puede definirse como aquel ente a cuya esencia le compete ser en sí y no en otro, Jorge Adame, p.22

¹⁷ Puede definirse como aquel ente a cuya esencia le compete ser en otro como en su sujeto, Jorge Adame, p. 22.

“que es” y un algo determinado y por la otra, la cualidad, cantidad y cada una de las otras categorías¹⁸ o predicamentos del accidente.

Entonces, el género derechos humanos es la sustancia y los tipos de derechos humanos sería el accidente. Dentro de los accidentes el de cualidad¹⁹ que configura o cualifica la sustancia, ambos partes del ente persona humana.

2.1 Fundamento de los Derechos Humanos

Por fundamento de los derechos humanos se entiende la justificación racional de éstos, “es hallar una potencia absoluta que pueda “garantizar” al individuo, absolutamente, el ejercicio de su derecho y pueda “constreñir” a los otros,

¹⁸ Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998, Serie E. Varios, núm. 92, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 23. Cada género de accidente tiene su propia esencia y determina a la sustancia de un modo original. Los géneros de accidentes son: 1) la cantidad, que afecta a las sustancias corporales en su extensión, magnitud y volumen; 2) las cualidades, que hacen ser las sustancias de determinado modo y provienen de su esencia; 3) las relaciones, que determinan la sustancia por referencia con otras, por ejemplo, la filiación, el ser alguien hijo, que determina su modo de ser en relación con otra persona que es su padre; 4) la ubicación o lugar que ocupa una sustancia; 5) posición modo de estar; 6) posesión de una cosa (es un accidente propio del ser humano); 7) el tiempo; 8) la acción, que es el accidente que hay en una sustancia en cuanto es principio agente de movimiento en otra, por ejemplo, al empujar; y, 9) la pasión o accidente que consiste en ser una sustancia sujeto pasivo de la acción de otra, por ejemplo al resistir.

¹⁹ La cualidad es el accidente que modifica la sustancia haciéndola ser de un modo u otro. Se pueden clasificar en cuatro grupos: pasibles, figura, potencias operativas y hábitos. Pasibles, modifican físicamente la sustancia como el color, temperatura, viscosidad, densidad, temperatura, conductividad eléctrica, permeabilidad, sabor, color, humedad; figura, cualidad propia de los seres corpóreos, delimita su cantidad, dándole dimensiones y contornos determinados; potencias operativas, son determinaciones de las sustancias que las capacitan para desarrollar ciertas actividades, como potencias reproductivas de las plantas, sentido de los animales, la inteligencia y voluntad de los seres humanos. Constituyen los principios próximos o causas inmediatas de las operaciones de las substancias, del pensamiento es la inteligencia y su causa mediata o principio remoto la esencia humana; hábitos, son cualidades estables por lo que una sustancia está bien o mal dispuesta en relación con su naturaleza o en relación con su obrar y fines. Hábitos entitativos se refieren a la naturaleza como la salud, enfermedad, capacidad, incapacidad. Los hábitos operativos se refieren al obrar y respecto a la conducta humana son vicios o virtudes, Jorge Adame, pp. 24 y 25.

absolutamente, a respetarlo”²⁰. Existen diversas corrientes del pensamiento que intentan fundamentarlos, a juicio de Carlos I. Massini Correas dichos intentos no han logrado cabalmente su objetivo, “por el contrario, han puesto fundamentos racionales débiles o inconsecuentes”.²¹ De forma que el tema no está agotado. Massini en su obra expone los distintos fundamentos aportados por diversas corrientes del pensamiento, criticándolas como supuesto necesario al proceso de descubrimiento de una justificación racional. Al respecto, siguiendo a Kant²², el conocimiento se genera por una mezcla o unión entre la percepción sensible de los sentidos y la capacidad de comprensión, de forma que el cognoscente tendrá un conocimiento sobre el objeto de estudio, en este caso, el fundamento de los derechos humanos, dicho conocimiento no es el objeto mismo, sino un concepto²³ del mismo, de forma que el proceso puede ser reiterativo hasta llegar a un estado en que la razón misma alcance su límites, Dios. Entonces, en el proceso de creación del conocimiento sobre la noción de derechos humanos como objeto de conocimiento, el conocimiento mismo sobre él está en función de las capacidades de comprensión y de la sensibilidad de los sentidos del sujeto²⁴ cognoscente y en la forma de interacción de ambos elementos. Bajo ese esquema, el tema de los fundamentos de los derechos humanos no es un asunto acabado.

²⁰ Massini Correas, Carlos I., p. 165 cita a Cornelio Fabro.

²¹ Massini Correas, Carlos I., Los derechos humanos en el pensamiento actual, Argentina, 2ª. Ed., Argentina, Abelardo-Perrot, 1994, p. 10.

²² Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, traductor parte, José del Perojo, parte II, José Rovira Armengol, Buenos Aires, Editorial Losada, 2003, p. 185. La crítica de la razón conduce, al fin necesariamente a la ciencia; el uso dogmático de la razón sin crítica conduce, al contrario, a afirmaciones infundadas, que siempre pueden ser contradichas por otras no menos verosímiles, por donde se va al escepticismo.

²³ Terán, Juan Manuel, Filosofía del derecho, vigésima edición, México, Porrúa, 2009, p. 87. Toda categoría lógicamente es un concepto bajo el cual se ordenan una serie de nociones y conceptos. Toda categoría es un concepto básico en tanto que comprende a otros.

²⁴ Hans-Georg Gadamer, *El giro hermenéutico*, Tercera edición, traducción de Arturo Parada, Madrid, Cátedra Teorema, 2007, p.13. Sujeto quiere decir referencia a sí mismo, reflexividad, yo (13). Procede de la palabra griega hypokeimenon que significa “eso que se encuentra por debajo”, también es traducción latina de “*substantia*” o “*subiectum*”, que significa lo que sucede en la naturaleza, lo que sucede de una forma u otra.

El fundamento de los derechos humanos es importante, ya que “los ciudadanos observan atónitos cómo se utiliza la retórica “derechohumanista” prácticamente al servicio de cualquier causa, defendiéndose muchas veces derechos contradictorios entre sí, como el “derecho de los animales” a la vida, al mismo tiempo que el “derecho de las madres al aborto”.²⁵ De otorgar a los derechos humanos una fundamentación “contingente y subjetiva, tendremos “derechos humanos” contingentes, es decir, no necesarios, y subjetivos, o sea, imposibles de imponer coherentemente a los otros sujetos jurídicos”.²⁶

Según la noción sobre derechos humanos que se adopte, es decir, el “marco de ideas y doctrina filosófica dentro del cual los concebimos”²⁷ se tendrá consecuencias propias de dicha noción.

Rogelio López Sánchez indica que Rudolf Smened al referirse a la Constitución de Weimar “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo”.²⁸ Dicho autor señala que “el contenido esencial del derecho fundamental se obtiene de las restricciones concretas en casos particulares”.²⁹

²⁵ Massini Correas, Carlos I., p.179.

²⁶ Massini Correas, Carlos I., p.183.

²⁷ *Ibíd*em, p. 15.

²⁸ López Sánchez, Rogelio, *El principio de proporcionalidad en la teoría de los derechos fundamentales*, p. 200, [http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view.File/220/219](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/File/220/219), 22 mayo 2013.

²⁹ *Ibíd*em, p. 197

2.2 Perspectivas de los derechos humanos

2.2.1 Marxismo

V.Kótok³⁰ considera que en la extinta URSS “se ha confirmado los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos”. Se reconocieron el derecho al trabajo, a la instrucción, igualdad, libertad de conciencia, libertad de palabra, de imprenta, de reunión y mítines, desfiles y manifestaciones en las calles, a agruparse en organizaciones sociales, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales.

Ernest Bloch, el marxismo es un derecho natural radical que busca la realización de la dignidad humana, de forma que los derechos humanos son un legado del derecho natural expresado en la Revolución Francesa³¹

Vladimir Kudriavtsev sostiene que en el socialismo “los derechos humanos y su ejercicio son asegurados por el régimen económico de la sociedad, por su estructura social y de clase, por la democracia, por la cultura espiritual, por el dominio de la ideología socialista”³²

Marx dice que los llamados derechos del hombre “son los derechos de miembros de la sociedad civil, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad”³³. Bajo la concepción de los derechos del hombre de la Declaración Francesa, Marx considera que se promueve el individualismo y

³⁰ Citado por Massini Correas, Carlos I., p.19

³¹ *Ibíd*em, p. 21.

³² *Ibíd*em, p. 22. Citando a Kudriavtsev, Vladimir, “Concepciones de los derechos humanos”, en *Ciencias Sociales*, No. 1, Academia de Ciencias de la URSS, Moscú, 1987, págs. 94-96.

³³ *Ibíd*em, p.26-27. Continúa diciendo que la libertad proclamada por la declaración francesa es “el derecho de hacer y de tener a todo aquello que no perjudique a los demás...”, respecto de la propiedad dice que es el derecho de gozar y disponer de la propia riqueza arbitrariamente, sin cuidarse de los otros hombres, independientemente de la sociedad; es del derecho del egoísmo”. Respecto a la igualdad afirma que “todo hombre está igualmente considerado como una mónada que descansa sobre sí misma”.

liberalismo, separando al hombre de la comunidad, “lejos de considerar al hombre un ser social³⁴”, así aparece la sociedad “como un cuadro exterior al individuo”³⁵. Para Marx³⁶ la función del derecho es “sancionar lo que existe” y la función de los derechos humanos es la de corregir o criticar lo que existe. Marx³⁷ “sentó las bases de su paradójico paraíso sin clases, sin Estado y sin derechos”.

Gianfranco Morra dice que “para Marx, el verdadero hombre es el social, el hombre social; hablar de la dignidad de la persona humana es un juego de palabras”, para Marx los derechos del hombre son una nueva forma de alineación.³⁸

2.2.2 El utilitarismo

Jeremías Bentham es el fundador del utilitarismo. Su doctrina ética “se levanta sobre dos principios fundamentales: 1) el intento de hacer de la moral una ciencia, en el sentido de una ciencia experimental exacta, y 2) el principio mismo de utilidad”³⁹. Para Bentham “utilidad es un término abstracto que expresa la propiedad o la tendencia de una cosa a preservar de algún mal o procurar algún bien: mal es pena, dolor, o causa de dolor; bien es placer o causa de placer”.⁴⁰

Martin D. Farrell⁴¹ considera al derecho humano como un derecho *prima facie*, por lo tanto no tiene un carácter absoluto y puede ser desplazado por consideraciones de utilidad o por el cálculo de consecuencias. Para dicho autor el derecho prevalece si hay una alternativa disponible que hace que éste sea respetado, aún a costa de cierto grado de utilidad. Cuando las consecuencias son desastrosas, el cálculo utilitarista prevalece sobre el derecho. El utilitarismo permite que se vulnere “el ejercicio de

³⁴ Ibídem, p. 28.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ibídem, p. 39.

³⁷ Ibídem, 46.

³⁸ Ídem, p. 31.

³⁹ Ibídem, p. 50.

⁴⁰ Ídem

⁴¹ Ibídem, pp. 58-59

algún derecho si con ello se favorece el bienestar general”⁴², los únicos derechos justificables son los que resultan útiles, se apela a la maximización de la unidad colectiva. Dentro de las críticas al utilitarismo está que reduce lo útil a lo subjetivamente placentero, quedando al capricho del más fuerte o de la mayoría. Entonces, la concepción de derecho como un poder que se tiene sobre algo o para algo, una fuerza que impone una restricción o una exigencia al obrar de los otros se derrumba ante la utilidad. Bajo la perspectiva utilitarista la tortura, el asesinato y otras instituciones del mal y sufrimiento puede ser justificadas atendiendo al bien de las mayorías, como el asesinar a narcotraficantes de bandas organizadas crueles con sus víctimas (población civil) que las extorsionan y torturan y que mediante el terror ejercen su dominio en muchas poblaciones del país, el utilitarismo cifrado en el desarrollo económico y la paz social de una población como bienes utilitaristas podrían “justificar” el no respeto de los derechos humanos de los miembros de las bandas antes comentadas. Como se observa, el utilitarismo suprime valores humanos básicos, se guía por el consecuencialísimo a ultranza, por lo tanto no puede ser un fundamento de los derechos humanos.

2.3 Reflexiones adicionales sobre el fundamento de los derechos humanos

La visión relativista de la eticidad. La voluntad de los deseos del individuo determinan el contenido de la moralidad⁴³ y, por lo tanto, de los derechos humanos.

La escuela Escandinava⁴⁴ niega la noción de derechos humanos

Dworkin⁴⁵. La noción de derechos supone la de dignidad de la persona humana

⁴² *Ibidem*, p.60.

⁴³ “Algunos conciben a la moral no como principios inmutables de conducta descubribles por la razón, sino como expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo”. Hart, H.L., *El concepto de derecho*, trad. de Carrió, Genaro R., ter. Ed., Abeledo Perrot, Argentina, 2009, p. 195

⁴⁴ Massini Correas, Carlos I., p. 103.

⁴⁵ Citado por Massini Correas, Carlos I., p. 102.

Individualismo a ultranza. Niega la existencia de cualquier bien general. Considera a la ética una mera creación o invento del hombre. Con ello se acrecienta el relativismo subjetivista que dista de proporcionar un fundamento sólido a los derechos humanos. Para el individualismo el sujeto tiene una autonomía total y es quién elige arbitrariamente su propio plan de vida.⁴⁶ Para los individualistas “todo lo que no sea autodeterminación absoluta e implique la imposición de ciertos criterios de conducta es considerado “paternalismo” y contrario a los “derechos individuales”.⁴⁷ Esta doctrina no admite todo bien general o común, los cuales son necesarios incluso para la concreción de los derechos humanos como es el caso del agua. Así que la doctrina individualista encaja perfectamente con quienes consideran que el agua es una mercancía sujeta a las leyes de mercado.

El consenso. Dicha palabra significa estar de acuerdo, el mero acuerdo en si mismo relativiza los derechos humanos, de forma que no se hablaría propiamente de derechos humanos, sino de derechos que corresponden al hombre.

Finnis, John⁴⁸ de la escuela realista considera que los derechos humanos son absolutos en tanto cumplan con requisitos básicos de razonabilidad práctica. Es irracional ir contra cualquier valor básico, ya en otros o en nosotros mismos. Los valores básicos son aspectos del verdadero bien de los individuos de carne y hueso, por ejemplo el que la vida propia no sea tomada como un medio para un fin ulterior, lo cual puede suceder bajo un criterio utilitarista. Para este autor se debe tener muy en cuenta que todo derecho tiene un deudor⁴⁹, que debe realizar alguna acción o

⁴⁶ Massini Correas, Carlos I., pp. 162-163.

⁴⁷ Massini Correas, Carlos I., p.163.

⁴⁸ Citado por Massini Correas, Carlos I., pp. 155-156.

⁴⁹ Finnis parte de la clasificación de derecho de W.H. Hohfeld en su libro *Fundamental Legal Conceptions* (pp. 99-200), de suerte que para este autor “derecho” significa una relación de tres

términos: entre un sujeto (A), una acción y otro sujeto (B), dicha relación puede adoptar varias formas:

1) “derecho-reclamo”, cuando el sujeto B tiene la obligación de realizar la acción X a favor del sujeto A.

En este caso A tiene el “derecho”, en este sentido, de reclamar a B la prestación X;

2) “libertad”, que tiene lugar cuando A no tiene “derecho-reclamo” a que B realice, o no realice, la conducta X, aquí B ostenta una “libertad”;

3) “poder” que se tiene por el sujeto A cuando B está expuesto a que su situación legal sea modificada por la realización por A de la conducta X;

abstenerse de ella para que el derecho se realice. De forma que cada reclamo de un derecho humano afectará a otro, de forma que si los afectados reclaman su derecho a no ser lesionados, entonces podrá darse una eclosión en los derechos. Así que, si una persona reclama su derecho al agua y como ésta es limitada, el otro reclamará que él puede quedarse sin ella y verse afectado en su dignidad humana, o bien que habrá una afectación al ecosistema o actividad paisajística, entre otras.

Finnis considera que si se adopta una doctrina individualista sobre los derechos humanos surgirán conflictos relativos a los límites de los derechos, para ello habría de precisarse los límites de los sujetos jurídicos, así como los correlativos deberes del deudor.

Para Finnis los derechos humanos tienen un carácter objetivo, el iusnaturalismo objetivista, ya que aquéllos derivan o son fundados en los principios prácticos.

Perelman, Chaim⁵⁰ rechaza la pretensión de lograr un fundamento absoluto de los derechos humanos, en su lugar propugna por un fundamento suficiente capaz de justificar en forma provisoria, pero no arbitraria los derechos humanos. Los derechos humanos jerarquizados deben ser constantemente confrontados con la experiencia moral, con las reacciones de nuestra conciencia, “ya que en asuntos prácticos, es imposible alcanzar una verdad propiamente dicha”.⁵¹

Bobbio⁵² considera innecesaria la búsqueda de un fundamento absoluto de los derechos humanos, ya que el fundamento lo encuentra en el consenso general acerca de su validez, tal como se dio por la Declaración Universal de 1949 en la cual las naciones del mundo se pusieron de acuerdo.

4) “inmunidad” que la tiene el sujeto B cuando A no tiene “poder” para cambiar la posición legal de B a través de la conducta X.”, p. 146.

⁵⁰ Citado por Massini Correas, Carlos I., p. 126.

⁵¹ Massini Correas, Carlos I., p. 127, cita a Perelman Chaim.

⁵² Massini Correas, Carlos I., p. 129.

Jürgen Habermas. Algunos autores han usado las teorías éticas de este autor para fundamentar los derechos humanos. Para Habermas los derechos humanos además de ser restricciones negativas al poder político también son exigencias positivas contextualizadas en las condiciones socioeconómicas.

Juan José Céspedes⁵³ describe en cuatro fases como se incorporaron los derechos humanos en el ordenamiento mexicano. Primera fase, propuesta de los filósofos naturalistas, quienes establecen que los derechos naturales del hombre son previos a la existencia del Estado. Segunda fase, se positivizan los derechos naturales del hombre. Tercera fase, la internacionalización de los derechos humanos, oponibles al estado, inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Fase cuarta, especificación de los derechos humanos atendiendo a los titulares de los mismos.

2.4 El derecho humano al agua como relación normativa

Los derechos humanos bajo una perspectiva antropológica se pueden considerar cualidades, relaciones o poderes necesitados de un sujeto en el cual existir, la persona, que siguiendo a Boecio es “la sustancia individual de naturaleza racional”⁵⁴. Por otra parte, siguiendo la clasificación a que alude Finnis y que ha tomado de W.H. Hohfeld en su libro *Fundamental Legal Conceptions* (pp. 99-200), de suerte que para este autor “derecho” significa una relación de tres términos: entre un sujeto (A), una acción y otro sujeto (B), dicha relación puede adoptar varias formas:

- 1) “derecho-reclamo”, cuando el sujeto B tiene la obligación de realizar la acción X a favor del sujeto A. En este caso A tiene el “derecho”, en este sentido, de reclamar a B la prestación X;
- 2) “libertad”, que tiene lugar cuando A no tiene “derecho-reclamo” a que B realice, o no realice, la conducta X, aquí B ostenta una “libertad”;

⁵³ Céspedes Hernández, Juan José, Pobreza y escasez de agua en el México del siglo XXI, México, Novum, 2011, pp. 82-83.

⁵⁴ Citado por Massini Correas, Carlos I., p.186

- 3) “poder”, que se tiene por el sujeto A cuando B está expuesto a que su situación legal sea modificada por la realización por A de la conducta X;
- 4) “inmunidad”, que la tiene el sujeto B cuando A no tiene “poder” para cambiar la posición legal de B a través de la conducta X”.

De las cuatro situaciones, la 1) es de aplicación directa, de forma que una persona física o moral solicita a un sujeto obligado, el Estado la concesión o asignación de agua. Esta sería la acción. Las situaciones 2, 3 y 4 son realizables en situaciones de ponderación de derechos mediante una especificación racional, de valoración y de cuantificación en situaciones de no cumplimiento de obligaciones propias de las concesiones o asignaciones de agua, como en no propiciar afectaciones en el abatimiento del nivel freático a su vecino, el no impedir el uso de servidumbres de paso del agua, esto tratándose del derecho 2) “libertad”.

2.5 El iusnaturalismo y los derechos humanos

Cuando se habla de iusnaturalismo se debe tomar en cuenta que hay diversas concepciones del derecho natural, como lo son el iusnaturalismo racionalista, iusnaturalismo empirista, iusnaturalismo realista, iusnaturalismo marxista, iusnaturalismo kantiano entre otros. Entonces, donde nacieron los derechos humanos, al respecto “los derechos humanos nacieron en el ámbito del iusnaturalismo; tanto del iusnaturalismo racionalista de Grocio, Pufendorf, Wolf, Burlamaqui y su larga serie de seguidores, como del iusnaturalismo empirista de Locke, Paine y sus discípulos anglosajones”.⁵⁵ Bajo esta concepción “los derechos humanos pueden reclamarse o esgrimirse contra las legislaciones consideradas opresivas o contra los actos de gobierno que se sigan de ellas”.⁵⁶

La autodeterminación de los pueblos en su lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de los gobernados tienen un fundamento iusnaturalista, como la Carta Magna inglesa de 1215 jurada obligadamente por Juan Sin Tierra. La Paz en Westfalia por la cual se respetó el derecho de creencia, las independencias como la de

⁵⁵ Massini Correas, Carlos I., p. 214

⁵⁶ *Ibidem*, p. 217.

Haití sujeta a Francia quién había proclamado la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano y Haití no gozaba de los derechos contenidos en dicha declaración. La Independencia de México con los reclamos de igualdad. La Revolución Mexicana con reclamos como la efectividad del voto, al trabajo, educación entre otros derechos sociales. Dichos movimientos proclamaron primero derechos liberales o de primera generación, después los sociales hasta el momento de los llamados derechos iusnaturalistas libres. Como fuente de reconocimiento de los derechos humanos “En la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se habla de la “dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁵⁷. De esto se desprende que los derechos humanos no son una concesión graciosa del Estado o el producto de un mero consenso social, sino de algo que se sigue de la dignidad intrínseca de todos los hombres. Massini considera que “sólo desde la perspectiva iusnaturalista es posible hablar-y pensar-acerca de los derechos humanos”.⁵⁸ Ya que, de no ser así, serían como un estanque con agua sin salida alguna, no progresarían, no serían como un dínamo autoexcitado, requerirían de una voluntad exterior, siendo que la fuerza motriz de ellos está en una cualidad humana, la dignidad intrínseca de la persona, la cual es cambiante de acuerdo a las condiciones socioeconómicas y culturales del momento social en que se vive. Por ejemplo, en algunas regiones como Tabasco el derecho al agua puede contemplar la posibilidad de bañarse en el río, en Ensenada dicha posibilidad no se podría dar, ya que los arroyos no llevan agua la mayor parte del año, sin embargo el derecho al agua estaría dado por el acceso al uso doméstico suficiente. De allí que es la naturaleza misma del hombre en su entorno el que marca la pauta a la satisfacción de un derecho humano.

2.6 El derecho humano al agua, reconocimiento convencional

La declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 no incluyó el derecho humano al agua, ello permite que las políticas del agua sean

⁵⁷ *Ibidem*, p. 218.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 220.

dictadas por el Banco Mundial, el Consejo Mundial del Agua y la Organización Mundial del Comercio que favorecen a las empresas privadas del agua y su mercantilización.

No se puede estar más de acuerdo con Maude, Barlow⁵⁹ de que el hito más importante para el reconocimiento del derecho humano al agua es La Observación General no. 15 sobre el derecho al agua por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en 2002, que estableció:

En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, en él se enumeran una serie de derechos que dimanen del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia.

Dicha observación reconoce que el agua es condición previa para la realización de otros derechos humanos indispensables para vivir dignamente (las observaciones generales son interpretaciones autorizadas de los tratados y convenios de derechos humanos realizadas por comités de expertos independientes para los Estados.⁶⁰

El reconocimiento del derecho al agua en varios países se ha dado por la intensa actividad de la sociedad civil organizada como Amigos del Derecho al Agua. El reconocimiento normativo como derecho humano apenas alcanza diez años, iniciando en el Uruguay en 2004. En 2006 el Parlamento Europeo y Gran Bretaña reconocen el derecho al agua. México reconoce el derecho al agua el 8 de febrero de 2012. Esta es solo una dimensión, la normativa, falta el desarrollo de la dimensión institucional y de políticas públicas para hacer efectivo dicho derecho.

⁵⁹ Barlow, Maude, *El derecho al agua, una idea a la que ha llegado su momento*, coordinadora editorial Natalia Uribe, Icaria editorial, “El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro”, Oficina de Naciones Unidas de apoyo al año internacional para la acción “agua, fuente de vida” 2005-2015, 2008.

⁶⁰ Ídem.

El Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), durante su XXIX sesión en Ginebra, del 11 al 29 de noviembre de 2002 fundamentó para definir el derecho al agua lo siguiente:

El derecho al agua forma parte de las garantías fundamentales para asegurar un nivel de vida satisfactorio, sobre todo porque se trata de uno de los elementos esenciales para la supervivencia...Asimismo, debería ser considerado junto con los demás derechos asentados en la Declaración Internacional de los Derechos del Hombre, y en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad.⁶¹

Bajo la fundamentación antes indicada definió el *derecho al agua*: “el derecho al agua consiste en un aprovisionamiento suficiente, físicamente accesible y a un costo variable, de agua salubre y de calidad aceptable para el uso personal y doméstico de cada uno.”⁶²

La noción de aprovisionamiento de agua adecuada debe interpretarse de manera compatible con la dignidad humana, y no en un sentido limitado, haciendo referencia simplemente a criterios de volumen y a los aspectos técnicos. El agua debe ser considerada como un bien social y cultural, y no esencialmente como un bien económico. El derecho al agua también debe aplicarse en condiciones de permanencia, con objeto de que las generaciones actuales y futuras puedan beneficiarse.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, establece en el artículo 14, párrafo 2 que los Estados asociados deben asegurar a las mujeres el derecho de “beneficiarse de las condiciones de vida adecuadas, en particular en lo que se refiere al abastecimiento de agua”.

La resolución de la corte Interamericana de los derechos humanos el día 29 de marzo de 2006 en el caso de la comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, en la que

⁶¹ Camdessus, Michel, Agua para todos, op. cit., 276.

⁶² Ídem.

condenó al Estado en su inciso a) al suministro de agua potable en cantidad suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la Comunidad.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU emitió la resolución 7/22 el 28 de marzo de 2008 relativa al derecho humano al agua potable y saneamiento.

El principio 11 del programa Hábitat, adoptado del marco de la Segunda Conferencia de las Naciones sobre Asentamientos Humanos (Hábitat II) celebrada en Estambul en 1996, estableció: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí mismas y sus familias, lo que incluye alimento, vestido vivienda, agua y saneamiento adecuados, y a la mejora constante de las condiciones de vida”.

La Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 24, párrafo 2 se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”.

La observación general No. 15 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 12, relativo al derecho al agua tiene implícitos al Estado la obligatoriedad de los siguientes principios:

a) Disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo⁶³ y suficiente para los usos personales y domésticos. Estos usos comprenden normalmente el consumo⁶⁴, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

b) Calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de

⁶³ “Continuo” significa que la periodicidad del suministro de agua es suficiente para los usos personales y domésticos, Observación general No. 15, El derecho al agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁶⁴ “Consumo” se refiere al agua destinada a bebidas y alimentos, Observación general No. 15, El derecho al agua, artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

las personas⁶⁵. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptable para cada uso personal o doméstico.

c) *Accesibilidad*. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población, Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad.

La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

Acceso a la información. Comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

En el párrafo 16 del Comité se especifica:

Incluso si cada quien tiene derecho al agua, los Estados asociados deberán prestar especial atención a los particulares y a los grupos que tradicionalmente tienen dificultades para ejercer ese derecho, sobre todo las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos autóctonos, los refugiados, los solicitantes de asilo, las personas desplazadas en su propio país, los trabajadores migrantes, así como los presos y los detenidos.

Todo particular o grupo cuyo derecho al agua haya sido violado debe tener acceso a recursos efectivos, judiciales y otros, en escala nacional o

⁶⁵ El Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales remite a los Estados partes a OMS, Guías para la calidad del agua potable, segunda edición, vol. 1 a 3 (Ginebra, 1993), cuyo objetivo es “servir de base para la elaboración de normas nacionales que, debidamente aplicadas, aseguren la inocuidad del agua mediante la eliminación o la reducción a una concentración mínima de los componentes peligrosos para la salud”.

internacional [...] El comité apunta que el derecho al agua está consagrado en la constitución de cierto número de Estados y que ha sido el objeto de recursos frente a tribunales nacionales.

Todas las personas cuyo derecho al agua haya sido infringido están autorizadas a recibir una reparación adecuada, en forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantía de que no volverá a repetirse. En el plano nacional, los mediadores, las comisiones de los derechos del hombre y otros mecanismos de esta naturaleza son los que pueden emplearse en caso de atentados al derecho al agua.

Los Estados asociados tienen la obligación constante y permanente de avanzar tan rápida y eficazmente como sea posible hacia el pleno ejercicio del derecho al agua. El ejercicio de ese derecho, como de todos los demás derechos, debe ser posible y realizable, porque todos los Estados asociados controlan una extensa gama de recursos, incluyendo el agua, la tecnología, los recursos financieros y la ayuda internacional.⁶⁶

El principio de progresividad en materia de agua significa por lo menos:

- a) Asegurar el acceso a la cantidad de agua esencial, suficiente y saludable para los usos personales y domésticos, con objeto de prevenir las enfermedades;
- b) Garantizar el derecho de acceso al agua, a las instalaciones y a los servicios sin discriminación, especialmente para los grupos vulnerables o marginados;
- c) Asegurar el acceso físico a instalaciones y servicios que provean constantemente un agua salubre en cantidad; que incluyan un número suficiente de puntos de abastecimiento de agua para evitar esperas prolongadas, y que estén a una distancia razonable del hogar;
- d) Cuidar que no se vean amenazada la seguridad de las personas que tienen físicamente acceso al agua;
- e) Asegurar una distribución equitativa de todos los equipos y servicios disponibles;
- f) Adoptar y poner en marcha, en el ámbito nacional, una estrategia y un plan de acción que abarque a la población en su conjunto; esta estrategia y este plan de acción deberá elaborarse y ser periódicamente analizados en el contexto de un proceso participativo y transparente; debe prever métodos tales como los indicadores y criterios acerca del derecho al agua, que permitan supervisar de cerca los avances realizados; debe prestarse atención particular a todos los grupos vulnerables o marginados en el momento de la elaboración de la estrategia y el plan de acción, así como de su contenido;
- g) Elaborar parámetros para ver en qué medida el derecho al agua es un hecho que se ejerce o no;
- h) Suscribir programas de abastecimiento de agua relativamente poco costosos que tiendan a proteger a los grupos vulnerables y marginados, y
- i) Tomar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades de origen hídrico, especialmente asegurando el acceso y un saneamiento adecuado.⁶⁷

En el párrafo 60 el Comité añade:

⁶⁶ Camdessus, Michel, Agua para todos, op. cit, pp. 278 y 279.

⁶⁷ *Ibidem*, 280-281.

Las instituciones financieras internacionales, específicamente el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, deben tomar en cuenta el derecho al agua en el marco de sus políticas de préstamo, de sus convenios de crédito, de sus programas de ajuste estructural y de sus demás proyectos de desarrollo.

Además de lo antes indicado el Pacto establece:

Artículo 2, apartado 12, la obligación de cada Estado asociado a tomar las medidas necesarias utilizando al máximo sus recursos disponibles.

Artículo 11, apartado 1 y 12 hablan del derecho a una calidad de vida satisfactoria y del derecho a la salud.

De estos artículos se desprende que el Estado está obligado en todo momento a mostrar su voluntad en cumplir de la mejor manera posible con el máximo de sus recursos disponibles el respeto al derecho al agua.

Capítulo III. El principio de proporcionalidad, alcances y aplicaciones

Antes de entrar a la descripción del principio de proporcionalidad vale la pena detenerse un momento en el sentido del término principio, su uso histórico, así como el de proporcionalidad, ambos en conjunto integran el de proporcionalidad.

3.1 Principio

¿Qué es un principio? Al respecto, Tales de Mileto⁶⁸ preguntaba ¿Cuál es el *arje* (principio) de la *fysis* (naturaleza)? ¿Cuál es el elemento o principio básico que constituye a todas las cosas? Como se desprende de dichas preguntas, el principio básico era el elemento constitutivo, es decir, principio es el elemento constituyente. Tales decía que el agua es el elemento que constituye a todas las cosas. También decía que “todas las cosas están llenas de dioses”; entonces, en ese caso el principio serían los dioses.

⁶⁸ Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Historias de las doctrinas filosóficas*, trigésima séptima edición, México, Esfinge, 2005, p.32.

Anaximandro decía que el principio que constituye a todas las cosas se llama *ápeiron*, o lo indeterminado; es decir, para Anaximandro principio es lo indeterminado. “Para que se pueda hablar de un principio que compone a todas las cosas, se requiere que ese principio no sea ninguna de ellas, tiene que ser algo anterior a ellas, lo indeterminado”⁶⁹.

Anaxímenes considera que el principio de todas las cosas debe ser el aire, como algo sutil y amorfo que envuelve a toda la Tierra, “el principio del cual se hacen todas las cosas”⁷⁰.

Para Aristóteles el ente tiene los siguientes coprincipios: “la esencia⁷¹ y la existencia⁷², el acto y la potencia, la substancia y el accidente, la materia y la forma.”⁷³ Respecto a estos últimos, la materia es el elemento individualizador del objeto, la forma es el elemento especificador, unidos estructuran al objeto real, con existencia independiente de las facultades cognoscitivas”.⁷⁴

Sustancia y accidente son compuestos de potencia y acto. En el devenir de un objeto de un estado a otro (semilla que se convierte en árbol). Por medio del cambio, las cosas adquieren perfecciones que antes no tenían, lo cual presupone que las cosas tienden a adquirir tales perfecciones, dicha capacidad se llama potencia y, la perfección que el sujeto posee es el acto.

También como coprincipios del ente están las cuatro causas principales que han contribuido a la existencia del ente: causas intrínsecas, son la formal y material; causas extrínsecas, son la causa eficiente y la causa final. La causa eficiente es la que

⁶⁹ *Ibíd*em, 33.

⁷⁰ *Ídem*, 33.

⁷¹ Roca Blanco, Dionisio, *Santo Tomás de Aquino (1225-1274)*, Biblioteca Filosófica, Ediciones del Orto, Madrid, 1994. La esencia también conocida como *quiddidad* p. 28. Santo Tomás planteó la teoría hilemórfica, en la cual en toda sustancia corpóreas hay que distinguir dos principios constitutivos: la materia primera y la forma sustancial, p. 26.

⁷² Existencia es el principio que posibilita la realidad de los accidentes en cualquier sustancia, Roca Blanco, Dionisio, p. 28. La existencia es el acto de la esencia y todo acto debe ser proporcional a la potencia. La existencia tiene un carácter propio en cada cosa y proporcionado a su esencia, p. 32.

⁷³ *Ibíd*em, 56.

⁷⁴ *Ibíd*em, 55.

produce a un nuevo ente, la causa final es la meta inscrita en la naturaleza de la evolución de un ente.

¿Qué son los primeros principios? Son juicios sintéticos⁷⁵ *a priori*.⁷⁶ Es decir, proposiciones en las que se excluye la contradicción.

Como se desprende de estos cuatro autores griegos de los siglos VI a III a.J.C., el principio es el elemento constituyente de las cosas en cuanto entes, el que da unidad en la variedad de las cosas como sustancia común. De allí que el término principio puede extenderse para denotar origen, causa, presencia, existencia, constitución, esto al ser el elemento que constituye las cosas comunes y, por cosas se entiende los objetos materiales e inmatriciales. El término principio no es exclusivo del derecho, se usa en forma asidua en otras ciencias, como la física, biología, la ingeniería y en el derecho por los abogados, jueces, legisladores y funcionarios públicos, además de las personas no especialistas de alguna disciplina técnica o científica.

Para Jorge Adame Goddard⁷⁷ los principios son reflexiones de la inteligencia humana o nociones que se encuentran en textos escritos. Para dicho autor siendo la ley natural el ordenamiento de las conductas hacia el bien de la persona, su contenido, en general, son los juicios que afirman cuáles conductas perfeccionan a la persona y cuales la degrada. Las primeras deben realizarse, las segundas no. Dichos juicios suelen llamarse preceptos, normas o principios⁷⁸. La ley natural consta de dos principios: a) haz el bien y evita el mal y, b) dar a cada quien lo suyo.⁷⁹

Los principios son necesarios en un contexto de lo que es la persona para resolver problemas que puedan resultar en casos difíciles asociados al avance tecnológico como la fecundación *in vitro*, inseminación artificial, operaciones para cambio de sexo,

⁷⁵ Sintético, porque el predicado no está contenido en el sujeto, sino de algún modo conectado necesariamente con él.

⁷⁶ *A priori*, su validez es independiente de la experiencia sensible, no importa que en su origen requieran el uso de la experiencia, Gutiérrez Sáenz, R., p. 82.

⁷⁷ El autor extiende su explicación también a las reglas jurídicas en cuanto a su origen, p. 15

⁷⁸ Jorge Adame Goddard, p. 111.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 113.

trasplantes, donación de órganos, compra de semen para hijos programados (ingeniería genética), usurpación de personalidad, ataques cibernéticos, violación de derechos humanos entre particulares, dotación genética para formación de atletas (atletas biónicos), uso de la endocrinología cosmética (uso electivo de la hormona humana del crecimiento), selección del sexo, bancos de esperma humano⁸⁰, entre otros.

Para Fernando Córdova del Valle⁸¹ dice que los principios son “creencias, normas, verdades profundas y universales, verdades clásicas, importantes para las relaciones humanas”, se pueden concebir como “una ley, como una regla, que deben cumplirse, como consecuencia necesaria de algo o con el fin de lograr ciertos propósitos”. No cambian con el tiempo, son irreductibles. Considera que para Emmanuel Kant son proposiciones que contienen la idea de una determinación general de la voluntad que abraza muchas reglas prácticas. Considera que los valores representan a un conjunto de principios. Considera como principios al amor, el poder, verdad, autoridad, inteligencia.

El autor antes mencionado considera que los valores son principios orientadores de nuestro comportamiento en la realización como personas. “son creencias fundamentales que nos ayudan a preferir, apreciar y elegir unas cosas en lugar de otras, o un comportamiento en lugar de otro”.⁸² La distinción entre valores y principios es que los primeros son personales y los segundos universales. Como ejemplos de

⁸⁰ Sandel, Michel J., *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, traducción de Ramón Vilà Vernis, Barcelona, Marbot ediciones, 2007. Relata que el California Cryobank, uno de los bancos de esperma más importantes en el mundo con oficinas en Cambridge, Massachusetts (a medio camino entre Harvard y el MIT) y Palo Alto California, cerca de Stanford es una empresa lucrativa que recluta donantes de esperma de estudiantes universitarios con pagos de hasta 900 dólares al mes y acepta a menos de 3% de donantes que se ofrecen. El catálogo de donantes contiene información detallada acerca de las características físicas de cada donante, su origen étnico, carrera universitaria, temperamento, carácter, rasgos en el rostro (por ejemplo, hoyuelos), estatura, color de ojos, color de pelo y tipo a efecto de que los clientes seleccionen a gusto. De esta forma hay un diseño deliberado de hijos de acuerdo a las necesidades de los clientes, pp. 112 a 114.

⁸¹ Córdova del Valle, Fernando, *Haz de tus principios y valores, un hábito en tu vida*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 121.

⁸² *Ibíd.*, p. 45.

valores menciona: prudencia, amistad, lealtad, justicia, optimismo, sinceridad, responsabilidad, amor y templanza, analiza sus aspectos positivos y negativos.

En la praxis jurídica los principios jurídicos tienen función integradora, interpretativa, limitativa, legitiman otras fuentes del derecho, sistematizadora, finalista, fundante, valorativa. En los protocolos ambientales se usa el término principio.

Peña Chacón, Mario⁸³, citando a Jaquenod de Zsogon dice que se entiende por principio (del latín *principium*), aquella “norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”. Son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción, las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justificación y la equidad social atendiendo a la naturaleza de las cosas positivas.

Los principios los usa el Juez para resolver, legislador para legislar, jurista para pensar y fundar, el operador jurídico para actuar, el científico para justificar.

“Los principios son reglas sucintas que sirven de Fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial, actividad de los poderes públicos, la actividad de los particulares”⁸⁴

Lorenzetti citado por Peña Chacón destaca las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho: “función integrativa, interpretativa, delimitativa y fundante”.⁸⁵

Respecto a la pretensión de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral, Hart considera que la tradición tomista del derecho natural comprende una tesis doble: “primero, que hay ciertos principios de verdad moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En

⁸³ Peña Chacón, Mario⁸³, “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense (primera parte)”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, 2012, Año 9, núm. 49, pp. 7-14.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 8.

⁸⁵ *Ídem*.

segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido”.⁸⁶

Para Ronald Dworkin los principios son formas de acceso a la justicia y equidad, dan razones para decidir en casos difíciles.

Para Robert Alexy los principios son mandatos de optimización.

Nava Escudero, César⁸⁷, al hablar del principio de precaución confronta los alcances del término principio y criterio. El primero hace referencia a situaciones de gran incertidumbre con riesgo de daño irreversible a costos elevados; por otra parte, criterio se refiere a situaciones donde el grado de incertidumbre y los costos son meramente significativos y el daño poco probable que sea irreversible.

Para Javier Mijangos discute el sentido del término principios universales, ya como normas cuyos destinatarios son múltiples como normas “principales”. Comenta dicho autor que el concepto “principio” es problemático a fin de identificar su significado en la jurisprudencia constitucional, término maleable que, igual sirve para malabarismos conceptuales que a preósitos ideológicos, racionalizadores en la argumentación, encubridoras de operaciones hermenéuticas, es multipropósito. Distinguir cuando se está ante un principio universal no es cosa menor, ya que comenta dicho autor que para la Segunda Sala “las normas constitucionales que resultan oponibles tanto al Estado como a los particulares son aquellas que contienen principios universales que informan a todo el ordenamiento jurídico”⁸⁸.

El principio de proporcionalidad y de razonabilidad llegan a usarse como sinónimos, Marcial Rubio, citado por Enrique Carpizo indica que el principio de razonabilidad puede ser definido “como una exigencia de que los actos cumplan con el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como una respuesta adecuada a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante, cuyo

⁸⁶ Hart, H.L.A., El concepto de derecho, trad. Genaro R. Carrió, tercera edición, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 194 y 195.

⁸⁷ Nava Escudero, César, “El Principio de precaución en el derecho internacional ambiental”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, 2004, año 1, núm. 2, pp. 5-9 y 52-63.

⁸⁸ Mijangos y González, Javier, Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, México, Porrúa, 2007, Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional, N. 18, pp. 116 y 117.

sustento debe ser con base en argumentos, objetivos, no subjetivos, en valores y principios aceptados”⁸⁹.

Leopoldo Burrel considera que hay principios jurídicos que en realidad no lo son en un sentido gnoseológico por faltas de cuidado en la técnica legislativa. Se ha llegado al punto que a todo texto que está en la constitución se le llama principio, hay una *principiología*, ya que todo, incluso lo que diga la constitución que es un principio, en realidad no lo es. Para este autor, el principio “nos dice como a final de cuentas funciona un conjunto de conocimientos.”⁹⁰ Señala este autor que de la inducción se encuentran los principios, es decir, de la inteligencia, por lo que no son necesariamente entes sensibles, sino que, obtenidos por la inducción, ya sea por la experiencia axiológica o mística. La intuición cae en el tipo de conocimiento holístico, en la cual “el sujeto se despoja de sus propias categorías y alcanza a vislumbrar el ser y la verdad”.⁹¹

Continúa el autor diciendo que, los principios generales del derecho no son producto del deseo legislativo, sino de la realidad, se conocen con la experiencia y la razón. Respecto a los principios indica que “constituyen enunciados que contienen el fin y valor de la serie de actos que serán tratados en la materia del principio” (p. 11). El constituyente permanente llama principio a todo lo que se le ocurre, de forma que usa ese término para establecer “ideas, que regularán leyes o actos jurídicos, pero no como una referencia a ellos como fuente del derecho, como si ocurre cuando menciona a los principios generales del derecho” (p. 23).

Jaime Cárdenas Gracia⁹² considera que “los principios se dividen en directrices⁹³ que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral que establecen derechos”. Es decir, como lo

⁸⁹ Carpizo, Enrique, Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La corte y los derechos, México, Porrúa, 2011, Biblioteca Porrúa de derecho procesal constitucional, N. 28, p. 93.

⁹⁰ Burrel Huerta, Leopoldo, *Principios constitucionales desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, México, Porrúa, 2013, p. 3.

⁹¹ Gutiérrez Sáenz, Raúl, op. cit., p. 22.

⁹² Cárdenas García, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2010, Serie Doctrina Jurídica, núm. 210, p. 110.

⁹³ Las directrices, son objetivos a alcanzar por ser socialmente beneficiosos

considera Calsamiglia A, en el prólogo de la obra de Ronald Dworkin⁹⁴, Los Derechos en Serio, los principios esbozan una concepción del derecho que se relaciona con la moral y se identifican por su contenido y fuerza argumentativa haciendo referencia a la justicia y equidad, de forma que su aplicación en una situación determinada está dado por su contenido material, es decir, su peso específico. Además de lo anterior, Dworkin sostiene que los principios son dinámicos, es decir, cambian con rapidez, por ello para resolver un caso en concreto el operador del derecho debe balancear los principios y decidirse por el que tenga mayor peso.

Señala Calsamiglia que para Dworkin los principios es una forma de resolver los casos difíciles⁹⁵ mediante una respuesta correcta, es decir, mejor explicada o justificada de forma que, mediante principios se fundamentan derechos. Ahora bien, se está ante un caso difícil cuando hay incerteza ya sea: a) porque existen diversas normas que determinan sentencias distintas, b) por haber normas contradictorias o bien, c) no hay norma exactamente aplicable al caso concreto.

Los principios contienen relaciones entre la moral y el derecho. Por parte de la moral aparecen los valores⁹⁶ y con ello un sentido de apreciación, la cual se busca sea justificado en todo momento. En los Estados Unidos los tribunales aplican principios en sus resoluciones, principios que se desarrollan mediante los razonamientos jurídicos y morales conectados fácticamente, así como los precedentes. Los razonamientos morales justifican y dan sentido a las instituciones a través de los principios. Así que el razonamiento jurídico y moral no se pueden separar, son como dos conos opuestos por el vértice que se generan al rotar una recta tomada por su centro. Como se puede observar, es una visión diferente a la del positivismo que considera al derecho y la moral como ordenes de la cultura⁹⁷ separados, separación que se radicalizó⁹⁸ desde Bentham y Austin.

⁹⁴ Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, quinta reimpresión, traductor Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 7 y ss.

⁹⁵ Ibídem, p. 13.

⁹⁶ Sandel Michael J., *El liberalismo y los límites de la justicia*, traducción de María Luz Melon, Barcelona, 2000, pp. 14 y ss. Para Sandel la justicia no es meramente un valor entre otros, sino que es la virtud social cardinal, la única que debe cumplirse antes de prestar oídos al reclamo de cualquiera de las demás, lo justo tiene prioridad sobre lo bueno, ya que los principios de la justicia se justifican de un modo que no dependen de ninguna visión particular de lo bueno, de modo que lo justo limita lo bueno.

⁹⁷ Teran, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2009, pp. 43 y ss. Considera que el orden del derecho y la moral se expresan mediante normas de la forma S debe ser P, se enuncia algo que

Jaime Cárdenas⁹⁹ establece distinciones entre reglas y principios:

- a) Las disposiciones que expresan los principios son formuladas en un lenguaje extremadamente fluido, vago, indeterminado.
- b) Los principios son más generales que las reglas y se dirigen a las actitudes.
- c) Los principios no tienen la estructura lógica de las reglas, son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.
- d) Los principios tienen carácter de norma fundamental, ya que son fundamento de otras normas y dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.
- e) Los principios no admiten una interpretación literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas, no se aplican por subsunción, los conflictos entre principios se resuelven mediante la ponderación.

En la obra de Jaime Cárdenas se destacan las siguientes características de los principios:

- Se expresan en un lenguaje optativo o valorativo.
- No imponen obligaciones absolutas, sino obligaciones *prima facie* que pueden ser “superadas” o “derogadas” por obra de otros principios.
- No requieren a su vez de fundamento o justificación
- Son normas teleológicas que no prescriben un comportamiento preciso; sino que, encomiendan la obtención de un fin que puede ser logrado usando más de un medio.
- Muchos son metanormas o normas de segundo grado que se dirigen a los jueces y funcionarios para la aplicación de reglas.
- Se formulan en forma categórica.

debe de ser, no algo que es, por ejemplo, señala el autor: Quien es primero en tiempo es primero en derecho, contiene algo que debe de ser, no algo que es. La realidad suele indicar que no siempre quien es primero en tiempo es primero en derecho, resultado del actuar humano.

Dicho autor menciona que las normas morales constituyen principios del bien y la justicia, son universales e invariables y en rigor no hay efectivas normas morales, sino sólo valores. Así que, al hablar de valores y principios se está en el orden de la moralidad, p. 69.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 12

⁹⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, p. 112 y ss.

- Se usan en la producción, interpretación e integración del derecho.
- Dotan de una textura abierta al derecho, ya que los principios son indeterminados, necesitados de significados que no están definidos *a priori*, ya que sólo se pueden precisar a la luz de cada caso en particular.
- Se convierten en una puerta abierta al activismo o decisionismo judicial.
- el contenido moral en los principios es una pretensión de corrección al derecho.

Además de las características anteriores, Claudia Alejandra Villaseñor Goyzueta señala las siguientes características de los principios:

- Funcionan como parámetros para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada (p. 82).
- Dan consistencia y coherencia a todo el sistema jurídico (p. 83).
- Son normas porque dicen lo que debe ser, es decir, pueden ser formulados en términos deónticos de mandato, permisión y prohibición (p. 83).
- No establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas (p.83).
- Citando a Robert Alexy señala que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (pp. 83 y 84).
- También son principios las llamadas directrices o mandatos de optimización que se caracterizan porque el deber que incorporan consiste en seguir una cierta conducta finalista que puede ser realizada en distinta medida (p. 86).
- La teoría de los principios despoja a los derechos fundamentales de su estructura deontológica y les da un sentido teleológico (p. 97).
- Se interpreta conforme al espíritu de los tiempos (p. 109).

Juan Cianciardo¹⁰⁰ señala que según Alexy, la distinción entre principios y reglas es la base de la fundamentación iusfundamental. También indica que, según A. Aarnio¹⁰¹ desde el punto de vista lingüístico reglas y principios conforman una escala dividida en

¹⁰⁰ Cianciardo, Juan, Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción, Bol. Mex. Der. Comp, v.36, n. 108, México, dic. 2003, p. 3.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.5.

cuatro segmentos: las reglas (R); b) los principios que parecen reglas (RP); las reglas que parecen principios (PR); y, d) los principios (P). La distinción entre principios y reglas es una cuestión de grado de generalidad sin que exista una frontera sencilla y clara entre los subgrupos que forman las cuatro categorías: R, RP, PR y P; así que una norma puede ser más RP que PR o viceversa.

Juan Cinciardo citando a Laporta F. indica que “no hay inconveniente en aceptar que un principio es un enunciado normativo de carácter muy general y abstracto, que no tiene una estructura diferente de la norma (regla concreta), sino diferencias de grado o determinación”.¹⁰²

También señaló Juan Cinciardo que por conversaciones que mantuvo con Pedro Serna “los principios reconocen bienes que son intrínsecos a los propios principios, y por eso apuntan al estado de cosas y no establecen cursos de acción concretos; las reglas en cambio, apuntan a alcanzar bienes que son extrínsecos a ellas, y lo hacen estableciendo cursos de acción concretos”.¹⁰³

3.2 Proporcionalidad

Es un término ampliamente utilizado en matemáticas y física para pasar de cantidades a medidas. En el planteamiento de una ecuación que denota la relación entre cantidades relativas a fenómenos físicos se suele expresar que la variable Y es proporcional a la variable X en un sentido coloquial, cuando en realidad se trata de una relación¹⁰⁴ de cantidades, por ejemplo la Ley de Newton se puede enunciar mediante la expresión

$$(f) \propto (m)(a)$$

¹⁰² Ibídem, p.9.

¹⁰³ Ibídem, p. 10.

¹⁰⁴ Comenta Barbara Lovett Cline, en su obra, *Los cazadores de la nueva física*, p. 111 que Einstein decía: “Si es imposible relacionar algo con una magnitud medible, entonces no se conoce ese algo” comenta la autora que para Einstein semejantes construcciones mentales no tenían porque ser necesarias a fin de entender. Fundamentalmente, la pauta debe ser sencilla: “Dios es refinado, pero no malévolo”.

Donde el símbolo \propto significa «proporcional a». De manera general, considera Julio Palacios que cualquier ley física fundamental puede formularse mediante cantidades de la siguiente manera:

$$(y) \propto (x_1)^{\alpha_1} \dots (x_n)^{\alpha_n}$$

Los exponentes $\alpha_1, \dots, \alpha_n$ son números fijos independientes de la naturaleza de los cuerpos que interaccionan con el fenómeno.

Para suprimir el símbolo de proporcionalidad y cambiarlo por uno de igualdad se pone una constante que permita que se cumpla la igualdad, de forma que se pasa de una relación entre cantidades a una relación entre medidas.

La ecuación anterior expresa relaciones de proporcionalidad entre potencias determinadas de las cantidades que intervienen en el fenómeno considerado¹⁰⁵.

La Ley de Hooke aplicada a un alambre de longitud l y sección a , sometida a una fuerza f , es dada por

$$(f) \propto \frac{(a)(\Delta l)}{(l)}$$

Dicha expresión representa una relación entre cantidades y, al pasar a una relación entre medidas adopta la forma

$$f = E \frac{a\Delta l}{(l)}$$

E recibe el nombre de constante de proporcionalidad y en particular, módulo de Young. Su medida depende de la naturaleza del alambre y de las unidades usadas para medir las demás variables.

¹⁰⁵ Palacios, Julio, Análisis dimensional, segunda edición, Madrid, Espasa-Calpe, 1964, p.37

También el término proporcionalidad se usa en geometría para demostrar que segmentos de dos rectas secantes al ser cortados por dos paralelas son proporcionales.¹⁰⁶

En un sentido de igualdad, también se presenta la proporcionalidad como a continuación se indica.

3.3 Antecedente aristotélico del principio de proporcionalidad

Aristóteles, en su obra la *Política* al dar la noción de igualdad define la *igualdad proporcional* como una clase de igualdad:

La igualdad es de dos clases: numérica y proporcional. Por la primera se entiende identidad o igualdad en número y volumen; por la segunda, igualdad relativa. Por ejemplo para la numérica el exceso de tres sobre dos es numéricamente igual al de dos sobre uno. Para la proporcional cuatro excede a dos en la misma proporción en que dos excede a uno, porque dos en la misma parte de cuatro que uno de dos, es decir, la mitad.¹⁰⁷

La *igualdad proporcional*, también llamada *relativa* por Aristóteles, en aritmética actual se conoce como proporción geométrica o equicociente¹⁰⁸, la cual resulta de la igualdad de dos razones¹⁰⁹ geométricas¹¹⁰. Para el ejemplo dado por

¹⁰⁶ Tomás, Francisco, *Los números reales*, México, Asociación nacional de universidades e institutos de enseñanza superior, 1973, p.35

¹⁰⁷ Aristóteles. *La Política*, Editores mexicanos unidos, S.A., 2003, segunda edición, México, p.96

¹⁰⁸ Proporción geométrica o equicociente. Se define como la igualdad entre dos razones geométricas o cocientes. Garza Olvera, Benjamín. *Aritmética y Álgebra. Matemáticas I*. DGETI, DGETAM. Interamericana de asesoría y Servicios S. A. de C.V., México, p. 94.

¹⁰⁹ Razón. Es la relación comparativa que existe entre dos cantidades de la misma especie. Cuando se comparan dos cantidades pueden hacerlo por diferencia y se denomina razón aritmética, si se presenta por cociente, se denomina razón geométrica. Garza Olvera, Benjamín. *Aritmética y Álgebra. Matemáticas I*, Editorial Interamericana de Asearía y Servicios S.A. de C.V., DGETI, DGETAM, México, p. 91.

Aristóteles, las razones geométricas 4 es a 2 y 2 es a 1 producen la siguiente proporción geométrica

$$\frac{4}{2} = \frac{2}{1}$$

Aristóteles también habla de una *igualdad numérica*, en la aritmética actual se trata de la igualdad de dos razones aritméticas¹¹¹, la de 3 es a 2 y la de 2 es a 1

$$3-2=2-1$$

Tanto la razón aritmética como la geométrica son formas de comparar dos cantidades. La geométrica tiene la virtud de permitir conocer el número de veces o la porción en que una cantidad es mayor o parte de la otra, así como la magnitud de dicha relación.

La razón aritmética simplemente indica la magnitud en que una cantidad es mayor o menor que otra. Es decir, es una diferencia relativa de una cantidad a la otra o viceversa.

Tratándose del contenido de los derechos humanos, “el principio de proporcionalidad constituye el criterio que más ventajas ofrece, en comparación con otros existentes”,¹¹²

¹¹⁰ Razón geométrica o por cociente. Es la relación que existe entre dos cantidades, en donde una de las cuales ha de ser dividida por la otra. La notación de la razón geométrica, puede hacerse separando las dos cantidades por el signo división (\div), también en forma de “quebrado” ó por dos puntos (:). Por ejemplo la razón geométrica 9 a 5 se puede expresar como quebrado, con el signo de división o bien 9:5 y se lee “9 es a 5”, el número 9 es el antecedente y el 5 el consecuente. Garza Olvera, Benjamín. *Aritmética y Algebra. Matemáticas I*, Editorial Interamericana de Asearí y Servicios S.A. de C.V., DGETI, DGETAM, México p. 91

¹¹¹ Razón aritmética o por diferencia. Es la relación que existe entre dos cantidades, en donde una de las cuales ha de ser restada de la otra. La razón aritmética 9 a 5, tiene por notación: 9-5 ó 9:5 y se lee “9 es a 5”. El 9 es el antecedente y el 5 el consecuente. Garza Olvera, Benjamín. *Aritmética y Algebra. Matemáticas I*, p. 91

¹¹² Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 25.

ya que “opera como criterio estructural del razonamiento jurídico”¹¹³, es decir, es un criterio metodológico racional usado por los decidores administrativos¹¹⁴ y los tribunales de justicia¹¹⁵ en situaciones de colisión de derechos o principios, o bien la “dosimetría punitiva”¹¹⁶ en asuntos penales. Este principio opera matemáticamente como una razón geométrica.

3.4 El principio de proporcionalidad

Robert Alexy¹¹⁷ señala que el problema de la metodología jurídica es fundamentar las decisiones jurídicas. Un caso sencillo se fundamenta de la siguiente manera:

Una decisión jurídica U, se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas vigentes, N_1, N_2, \dots, N_n , y de los enunciados¹¹⁸ empíricos A_1, A_2, \dots, A_n .

Ahora bien, como fundamentar la decisión jurídica de un caso difícil. En este, la decisión no se puede seguir del conjunto de normas N_1, N_2, \dots, N_n y enunciados empíricos A_1, A_2, \dots, A_n , incluso ni de los enunciados normativos $N_1^*, N_2^*, \dots, N_n^*$

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Andrés Pérez, María del Rocío, *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Barcelona, Bosch, 2008. “En la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 2004 se estableció que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida, atendiendo a las circunstancias objetivas del hecho, constituyendo la proporcionalidad un principio normativo que se impone como precepto más a la Administración y que reduce el ámbito de sus potestades sancionadoras, lo que permite revisar la facultad discrecional reconocida a la Administración para elegir la sanción oportuna o, dentro de una sanción, su grado, extensión o duración y así permite calificar si el ejercicio de tal potestad ha guardado la necesaria adecuación entre la gravedad del hecho sancionado y la medida punitivamente impuesta”, p. 8

¹¹⁵ El principio de proporcionalidad constituye uno de los criterios de interpretación más frecuentes empleados por los operadores jurídicos y, sobre todo, por los tribunales de justicia. Andrés Pérez, María del Rocío, p. 11.

¹¹⁶ Ídem, p. 14

¹¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, op. cit., pp. 24-26.

¹¹⁸ Ross, Alf, *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Editorial Comares, S.L., 2000, *Colección: Crítica del derecho sección: arte del derecho*, p. 3. *Para Hare los enunciados (statements) son los significados de las diferentes formas gramaticales*, pp. 2 y 3.

obtenidos de las reglas de los cánones de interpretación, los cuales pueden conducir a resultados diferentes, máxime que no hay una estructura jerárquica entre ellos. Aquí tres cánones de interpretación:

Savigny: gramatical, lógico, histórico y sistemático.

Larenz: literal, significado de la ley según el contexto; las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico; los criterios teleológico-objetivos; y el mandato de interpretación conforme a la Constitución.

Wolff: interpretación filológica, lógica, sistemática, histórica, comparativa, genética y teleológica.

Entonces, si con los dos conjuntos de normas y los enunciados antes indicados no son suficientes para fundamentar la decisión jurídica U, se debe pensar en un sistema de enunciados del que puedan extraerse o deducirse las premisas normativas que faltan y que son necesarias para la fundamentación, es el caso de los principios. Al respecto Alexy señala que: “Los principios no rigen si excepción, y pueden entrar en oposición o contradicción; no contienen una pretensión de exclusividad; solo despliegan su contenido significativo propio de un juego conjunto de complemento y limitación recíprocos, y necesitan para su realización de concreción a través de principios subordinados y valoraciones particulares con contenido material independiente”.¹¹⁹

Entonces, los principios con los que se fundamentará las decisiones propias de los conflictos conllevan de una valoración y por ello de una dimensión moral, por lo tanto, hay una conexión entre el derecho y la moral en la búsqueda de la fundamentación de la decisión U, de esta forma se complementa el positivismo jurídico tradicional que sólo consideraba soluciones en el mundo jurídico. A la aproximación moral se le llama corrección de las decisiones bajo un discurso jurídico práctico, es decir justificando las acciones y actividades emprendidas.

Con motivo del ingreso del Ministro José Ramón Cossío Díaz al Colegio Nacional en entrevista de Isabel Salmerón¹²⁰ de la revista *Compromiso* esta indicó:

¹¹⁹ Alexy Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, op. cit., p. 26.

¹²⁰ Salmerón, Isabel, Ministro José Ramón Cossío Díaz, *Ingresa a El Colegio Nacional*, *Compromiso*, México, año 12, núm., 148, octubre de 2013, pp. 14-19.

El ministro Cossío se abre para compartir sus sentimientos en el momento de realizar un dictamen, en el que están presentes las condiciones en las que un individuo viola la ley y la sentencia que va a cumplir.

“es muy complicado, porque es una de las partes donde la sociedad no percibe lo que significa juzgar, no porque uno se coloque en esa situación, sino porque la democracia o el sistema político lo pone en una posición humana sumamente complicada que es juzgar a los semejantes, lo que conlleva resultados simultáneos, tomar distancia respecto de ellos para poderlos observar, acercarse lo suficiente para poderlos entender, es decir, son muchas operaciones emocionales y racionales que se tienen que realizar al mismo tiempo”

La ventaja que tienen, dice, es que no juzgan sólo de acuerdo con sus creencias, visiones, pasiones, sino a partir de reglas, códigos, una Constitución, una ley, porque están constituidas democráticamente. “Uno trata de extraerle un sentido a reglas que no fueron establecidas por uno, para efecto de tratar de resolver problemas humanos concretos que el legislador de aquí y de cualquier lugar del mundo ni siquiera previo”.

Una situación bastante complicada, porque se tiene una regla general que se asume es correcta y legítima democráticamente; y a partir de ahí juzga a sus semejantes y les asigna efectos sobre sus vidas: los mete a la cárcel, les quita las propiedades, a los padres les quita a sus hijos; en otras sociedades los jueces determinan la pérdida de la vida.

“El legislador simplemente hace un enunciado que el que prive de la vida a otro cometerá homicidio, al homicidio le corresponde la pena de muerte, el legislador no sabe quién va a matar, cómo va a matar, el que determina quién mató, cómo mató y qué pena le corresponde, es el juez que ordena que se prive de la vida o del patrimonio, o de la libertad, o de lo que sea a un semejante, eso es un acto extraordinariamente importante”, apuntó.

Se desprende de lo antes indicado que la actividad de juzgar es compleja, llena de emociones y raciocinios que deben ser razonablemente justificados con los instrumentos jurídicos disponibles como la proporcionalidad. Comenta el ministro que es mediante la ley, la cual se asume que es constitucional, realmente ese es uno de los problemas, que muchas leyes o mejor dicho normas que las mismas contienen no son constitucionales, ya que se suele decir en el foro que “la constitución reconoce derechos, la ley los limita y los reglamentos los extinguen o desaparecen”, así que esa es la lucha permanente de los abogados, el probar que X ley o fracción de la misma o reglamento es inconstitucional o inconveniente.

Mariano A. Spag¹²¹ citando a Javier Barnes define el principio de proporcionalidad como:

¹²¹ Sapag, Mariano A., *El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado*, Díkaion, Chía, 2008, año 22, núm. 17-157-198, 159-1198.

El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles-ley del mínimo intervencionismo-) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”

Comenta John Rawls que el concepto de justicia “se aplica siempre que existe una repartición de algo considerado racionalmente como ventajoso o desventajoso, entonces sólo estamos interesados en una sola parte de su aplicación”.¹²² Como en una decisión se permite, prohíbe u obliga a algo y a alguien a realizar o no realizar cierta conducta, se está ante una situación de una repartición de algo que puede ser ventajoso o desventajoso para alguna de las partes de un caso difícil, entonces, la decisión U se enmarca en un concepto de justicia, de una justicia social cuyos principios regulan la selección de una constitución política y los elementos principales del sistema económico y social.¹²³

El principio de proporcionalidad es un elemento para fundamentar decisiones y se ha utilizado en la jurisprudencia constitucional colombiana, española y alemana como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales¹²⁴. En el caso de Colombia su ampliación se ha extendido al control sobre la producción legislativa de los delitos y las penas, así sobre su aplicación por el juez. En Alemania tiene su origen de aplicación sistemática.

Claudia Alejandra Villaseñor Goyzueta¹²⁵ considera que el principio de proporcionalidad debe ser usado por el juez para establecer los límites a los derechos fundamentales. Analiza tres casos de la jurisprudencia mexicana desde la óptica del principio de proporcionalidad: libertad de conciencia y religión frente a respeto a símbolos patrios, caso de alumno testigo de Jehová que es separado de la escuela por

¹²² Rawls, John, Teoría de la justicia, segunda edición, trad. María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2010 Sección de obras de filosofía, p. 21.

¹²³ *Ibíd.*, p. 21.

¹²⁴ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, 2005, Colombia, p. 132

¹²⁵ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*, México, Porrúa, 2011, p. XVII.

no observar preceptos de la Ley del Escudo, la Bandera y el Himno Nacional; la cláusula de exclusión de la libertad sindical, la cual se ha usado y usa por los sindicatos en unión con el patrón para despedir trabajadores; y, libertad de acceso a la información de la administración: protección de datos personales.

Rogelio López Sánchez se adhiere a la aceptación de diversos autores en el sentido de que el principio de proporcionalidad es un criterio “hermenéutico para el análisis de restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales”.¹²⁶

Para Gumersindo García Morelos¹²⁷ el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación “son elementos esenciales de la seguridad jurídica de las debidas garantías en el debido proceso, que resulta aplicable a todo recurso judicial efectivo, como la garantía de amparo”.

Jaime Cárdenas citando a Habermas señala que “el principio de proporcionalidad no brinda certeza absoluta, tan sólo certezas racionales”.¹²⁸ Por otra parte, indica que el propósito del principio de proporcionalidad es “contrapesar los bienes jurídicos en liza de acuerdo a las circunstancias del caso para determinar cuál es más importante para esa circunstancia concreta”.¹²⁹

Los derechos humanos al interpretarse como principios en el sentido de Robert Alexy abren la posibilidad de ponderarse, del latín *pondus* que significa peso, o sea que los derechos o principios se pueden pesar. Como comenta Daniel Mandioca, esa es una metáfora jurídica, en realidad lo es, ya que Alexy se refiere a la importancia que tiene un principio respecto al otro con el que está en colisión o tensión, o bien, cual es atraído con una fuerza más intensa, ya que el peso es una medida de la intensidad con que la tierra atrae a los cuerpos hacia ella, en este caso son objetos inmateriales, por lo que efectivamente se trata de una metáfora que busca explicar como se puede comparar un principio o derecho con otro para determinar cual prevalece de los dos y de allí se generan consecuencias de derecho como las normas particulares concretas que producen los tribunales jurisdiccionales y autoridades administrativas.

¹²⁶ López Sánchez, Rogelio, El principio de proporcionalidad en la teoría de los derechos fundamentales, op. cit, p. 197.

¹²⁷ García Morelos, Gumersindo, Nueva Ley de Amparo, México, editores palacio del derecho, 2013, p. 17.

¹²⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, p. 150.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 149.

Ronald Dworkin es un crítico de la filosofía utilitarista y del positivismo jurídico, ya que este solo se basa en normas, dejando fuera las directrices y principios. “Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y la equidad.”¹³⁰ El peso específico o contenido material del principio es la pauta para su aplicación en una situación determinada. Los principios establecidos por Dworkin están en la interfase derecho-moral, los principios son necesarios para dar respuesta correcta a los casos difíciles, entendiendo por ello “si existe incerteza, sea porque existe varias normas que determinan sentencias distintas-porque las normas son contradictorias-, sea porque no existe norma exactamente aplicable”.¹³¹

Carlos Bernal Pulido¹³² considera al principio de proporcionalidad como un buen criterio para determinar el “contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador”. Por contenido de los derechos fundamentales el autor mencionado se refiere a la fundamentación de la norma adscrita, de forma que todo acto estatal debe ser racional, es decir idóneo, tener un fin racional. El autor mencionado comenta que el principio de proporcionalidad se ha aplicado en Italia como un “componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, para evaluar los actos administrativos.”¹³³ También se ha usado en el derecho inglés, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el Derecho Comunitario. La teoría de la proporcionalidad analiza al derecho en relación con los demás derechos o bienes, para establecer una relación proporcionalmente a ellos, es decir, ve todo el bosque de derechos con los que se relaciona.

Referente a los subprincipios del principio de proporcionalidad, el de idoneidad también se conoce con el nombre de “adecuación” tiene dos exigencias. Se analiza la razonabilidad de las pretensiones de las partes, que no resulten arbitrarias, observando en todo momento el fin perseguido, tanto el inmediato como el mediato. El

¹³⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5.ª reimpresión, traductor Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 2002, p. 9

¹³¹ *Ibidem*, 13

¹³² Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales para el legislador, tercera adición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.25.

¹³³ *Ibidem*, p.49

fin inmediato “debe determinarse de la manera más concreta posible”.¹³⁴ Ambos fines están ligados entre sí. No debe confundirse el medio con su fin inmediato, ni el fin inmediato con el fin mediato.

Ejemplo de relaciones de fines inmediato y mediato, elaborado de Bernal Díaz, p. 723-724.		
Fin inmediato	Fin mediato	Sub fin
Preservación del cangrejo	Utilización racional de los recursos naturales	Protección del ecosistema
Recto cumplimiento de prestación social sustitutoria	Solidaridad social	
Protección de la seguridad en tráfico rodado	Protección de la vida	

Es decir, es la relación de los coprincipios causales del ente, en particular la causa eficiente, es decir, la que produce a un nuevo ente. Por ejemplo, la protección de la seguridad de las personas en el tráfico en carretera produce un nuevo ente, la protección de la vida, se está ante una situación de causalidad positiva donde un ente produce otro, el cual es un principio constitucional.

Jaime Cárdenas considera que con el principio de idoneidad o adecuación “se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”.¹³⁵

Claudia Alejandra Villaseñor Goyzueta considera que el principio de necesidad “hace referencia a que la medida o restricción enjuiciada debe presentar un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de otro principio o derecho” (p. 136)

El subprincipio de necesidad¹³⁶ también se denomina de “indispensabilidad”, “medio más benigno” e “intervención más restringible posible”. Este principio implica la

¹³⁴ Ibídem, 721

¹³⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, p. 142.

¹³⁶ Ibídem, 740

comparación entre la medida adoptada por el tomador de decisión y otros medios alternativos, de suerte que la de los medios alternativos afecte menos y cumpla con el principio de idoneidad. Si no hay medios alternativos, entonces no se puede aplicar el principio de necesidad.

Es como el óptimo de Pareto, según el cual una situación es eficiente cuando no puede operar ningún cambio posible que mejore la posición de alguien sin desmejorar la posición del otro.¹³⁷

3.5 Igualdad y proporcionalidad

En un sentido *lato*, al hablar de la igualdad se habla de la proporcionalidad, ya que ésta es una clase de la primera. De esta forma el principio de igualdad y proporcionalidad están imbricados de modo que el segundo es una forma analítica y racionalizada del primero. Numéricamente, una proporción es la igualdad de dos razones geométricas.

Las normas jurídicas pueden estar integradas por reglas, directrices o principios¹³⁸. Estos últimos son mandatos de optimización y entre ellos se pueden ubicar a los derechos humanos, los cuales tienen una estructura normativa en la forma de principios, ya que son cláusulas abiertas distintas a las reglas¹³⁹. Para una misma situación de hecho dos o más principios pueden colisionar, para ello se deben

¹³⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, p. 143.

¹³⁸ La distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan por que pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Alexy, Roberto, *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara, 1993, México, p.14

¹³⁹ Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello son normas condicionadas. También pueden revestir una forma categórica, por ejemplo una prohibición absoluta de tortura, *op. cit.*, 66

determinar cual de los principios en colisión tiene primacía. Mediante la comparación de los principios en colisión, traduciéndolos en cantidades numéricas es posible determinar cual debe prevalecer sobre el otro para un asunto en concreto. Una forma de compararlos es mediante razones geométricas ponderadas por factores que traducen consecuencias jurídicas en numéricas. Esto es lo que Alexy llama fórmula de peso¹⁴⁰.

3.6 El concepto de derecho y la proporcionalidad

El concepto de derecho en su relación con el derecho y la moral es un tema milenario no agotado, el cual tiene partidarios por una concepción positivista que separa al derecho de la moral. Otra corriente es la no positivista que considera que entre el derecho y la moral existe un vínculo¹⁴¹. Respecto a esta corriente el derecho debe ser justo, para ello Alexy introduce el concepto de pretensión de corrección al derecho, la cual es una pretensión de justicia, por lo tanto moral. Bajo la corriente no positivista en la cual está inserto el principio de proporcionalidad, en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes¹⁴² tienen una pretensión de corrección. En este sentido, para Alexy “la pretensión de corrección implica una pretensión de justificabilidad” (citado por Gaido, Paula, P. 28). De esta forma, las resoluciones de los jueces deben ser justificadas¹⁴³, para ello disponen de criterios de racionalidad¹⁴⁴, razonabilidad y el principio de proporcionalidad, entre otros.

¹⁴⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2.a edición, traducción de Atienza Manuel e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 371.

¹⁴¹ Gaido, Paula. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, p.11

¹⁴² Legisladores, juzgadores y demás operadores del derecho.

¹⁴³ Carrió, Genaro R. *Sobre los límites del lenguaje normativo*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001. Este autor enfatiza la diferencia entre excusa y justificación, señalando que las buenas intenciones son excusas que, nada habría que lamentar si un hombre después de haber tomado todas las precauciones mata a otro.

¹⁴⁴ Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005. Establece que: El criterio de

3.7 El principio de proporcionalidad, sus elementos y aplicación

El principio de proporcionalidad nace históricamente vinculado con el principio de igualdad, enunciado por Aristóteles. Es llevado a la aplicación práctica sistematizada por el derecho administrativo en Alemania en el siglo XX. Asimismo se instaurado en varias constituciones como la Alemana, Española y Mexicana (en materia fiscal). En España se usa con amplitud en el procedimiento administrativo sancionador en problemas del orden social, tributarios y de tráfico¹⁴⁵. También se utiliza como criterio de interpretación por los operadores jurídicos y tribunales de justicia, observando la desproporción entre medios y fin¹⁴⁶ y, ante todo, el impacto, intencionalidad, naturaleza de los perjuicios, reincidencia y beneficio obtenido, entre otros.

Para Claudia Alejandra Villaseñor¹⁴⁷ es un “principio relacional en el sentido de que compara dos magnitudes: el fin según los medios”. Constituye un parámetro de control relacional (al comparar el fin con los medios) y relativo.¹⁴⁸

Se aplica en cada caso concreto, es relativo, no se garantiza que la solución sea la más proporcionada de todas las posibles bajo una idea rawliana de que cada caso concreto tiene una solución única justa, aún con la aplicación de los subprincipios, criterios o juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de proporcionalidad se aplica al encarnar los criterios¹⁴⁹ de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Cuando dos o más principios de la misma

racionalidad consta de los siguientes criterios: claridad, consistencia, coherencia, saturación, respeto a la lógica deductiva, pp.63-65.

¹⁴⁵ Andrés Pérez, María del Rocío. El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador. Bosch, Barcelona, 2008.

¹⁴⁶ Andrés Pérez, María del Rocío. El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador, Bosch, España, 2008. p.11, cita a González Belfuss “el principio de proporcionalidad constituye uno de los criterios de interpretación más frecuentes empleados por los operadores jurídicos y, sobre todo, por los tribunales de justicia”

¹⁴⁷ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, p. 108.

¹⁴⁸ *Ibíd*em, p. 106.

jerarquía están en colisión, el decisor habrá de resolver cual de los principios para el caso concreto prevalece. Esta práctica implica que el decisor tendrá una participación amplia¹⁵⁰ en la decisión. En el primer criterio o juicio el juzgador debe dar un peso¹⁵¹ relativo a cada principio, de forma que habrá de argumentar para arribar a un juicio de ponderación razonable y racional. Aquí toma importancia la argumentación en sus diversas manifestaciones desde la tópica¹⁵² de Viehweg, nueva retórica de Perelman, el uso del argumento de Toulmin, el razonamiento legal de Neil MacCornick, la teoría del discurso racional de Jürgen Habermas¹⁵³ desarrollada por Alexy, la teoría de la argumentación jurídica de Atienza¹⁵⁴, entre otras.

Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad según Bernal Pulido, Carlos¹⁵⁵ contemplan lo siguiente:

Idoneidad. Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.

¹⁴⁹ a) subprincipio de idoneidad. Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) Principio de necesidad. Toda medida de intervención de los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; c) Principio de proporcionalidad en sentido estricto. La importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Bernal Pulido, Carlos, op. cit., nota 58, p.42.

¹⁵⁰ “Habermas ha advertido peligrosas formas de autoritarismo en la racionalidad de los jueces a partir de expresiones abstractas del derecho; con ellos rebasan y transforman el sentido de las normas establecidas por el legislador, con la consecuente sustitución de la voluntad de los jueces y en especial por la Corte Constitucional alemana...”citado en López Villegas, Eduardo. Derecho y Argumentación, colección: textos Universitarios, Colombia, 2001.

¹⁵¹ importancia traducida numéricamente a un valor mediante la ley de ponderación.

¹⁵² Tópica, es una técnica de pensamiento que se dirige a penar problemas o aporías en la disciplina jurídica, sin haber una respuesta única. Hernández Franco, Juan Abelardo. *Curso de filosofía del derecho*. Oxford, México, 2009, p. 28

¹⁵³

¹⁵⁴ Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica. UNAM, 2008.

¹⁵⁵ Bernal Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005. p.67

Necesidad. Toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.

Proporcionalidad. Las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Estos subprincipios se sintetizan en la fórmula de peso¹⁵⁶.

3.8 Fórmula de peso

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Donde

$G_{i,j}$ representa el peso concreto de P_i . El peso de P_i bajo las circunstancias del caso concreto.

P_i y P_j son los principios que están en colisión.

$I_i = IPC$; $I_j = IP_jC$ son las intensidades de las intervenciones concretas a los principios P_i y P_j . Se adopta un catálogo de las intervenciones según su intensidad con escala geométrica para que los cambios sean notables. El catálogo es: leve (2^0), medio (2^1) e intenso (2^2)

$G_i = GPC$; $G_j = GP_jC$ son los pesos abstractos de P_i y P_j .

¹⁵⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 11, p. 371

$S_i = SP_iC$; $S_j = SP_jC$ son los grados de seguridad de los presupuestos empíricos, referidos a la medida en que se enjuicia por la no realización de un principio y la realización del otro.

Los valores de los grados de seguridad de los presupuestos empíricos son: seguro (2^0), plausible (2^{-1}), no evidentemente falso (2^{-2}). Alexy adoptó la escala geométrica para que los cambios sean más evidentes.

3.8.1 Combinaciones con la fórmula de peso

Si G_i y G_j reciben las intensidades de intervención concreta l, m, g . Los cocientes de dichas intensidades para los principios i y j se muestran en la tabla siguiente.

Peso concreto considerando las intensidades de las intervenciones concretas			
	l(1)	m(2)	g(4)
l(1)	1	2	4
m(2)	0.5	1	2
g(4)	0.25	0.5	1

En el primer renglón se muestran los valores posibles de la intensidad del principio i , en la primera columna las intensidades del principio j y, en el resto de las celdas los cocientes G_i / G_j .

Obsérvese que en las celdas en las que el cociente es mayor de uno, el principio i prevalece sobre el j , en las celdas en que es menor de 1, prevalece el principio j sobre el i y, donde el cociente es 1, no hay capacidad para discernir que principio es dominante y, esa situación se da cuando ambos principios tienen la misma intensidad de intervención, aspecto relacionado directamente con el principio de idoneidad.

Si G_i y G_j reciben los valores de los grados de seguridad de los presupuestos, s , p y e considerando al principio i como renglón y el j como columna se pueden obtener en forma análoga a las intensidades la tabla siguiente:

Peso concreto considerando sólo los grados de seguridad de los presupuestos			
	s(1)	p(0.5)	e(0.25)
s(1)	1	0.5	0.25
p(0.5)	2	1	0.5
e(0.25)	4	2	1

Si la razón es mayor que 1, prevalece el principio i , si es menor que 1 el j . En los casos en que la razón es 1, no es discernible la prevalencia de un principio sobre el otro.

Con ambas tablas se pueden obtener las combinaciones posibles de la ley de peso considerando los tres factores del numerador y los tres del denominador.

Respecto a los valores de los pesos i y j para el caso abstracto, se jerarquiza entre principios en un orden cardinal de 1 a 4. El valor de 4 corresponde al derecho humano más fundamental bajo criterios de racionalidad.

Las intensidades de intervención, así como los grados de seguridad de los presupuestos son dados para cada caso en concreto bajo criterios de razonabilidad.

3.9 Jerarquía de principios

Juan Cianciardo establece que:

cuando los operadores jurídicos plantean los casos constitucionales como conflictos entre derechos surge de inmediato la necesidad de establecer algún criterio o parámetro con arreglo al cual resolverlos. Se ha acudido, para eso, a dos mecanismos; la jerarquización y la ponderación de derechos. A través de

ellos se pretende determinar cuál es el derecho que debe predominar en el caso, y cuál el que debe ser dejado de lado o postergado.¹⁵⁷

Dicho autor citando a Ekmekdjian dice que los derechos constitucionales no tienen igual jerarquía, como se asume¹⁵⁸, sino que:

- a) Cada valor subjetivo es la cobertura jurídica de uno o varios valores. En otras palabras, el derecho subjetivo es un medio para brindar protección (jurídica) a un valor que, por definición, es un fin en sí mismo”;
- b) Toda teoría de los valores supone que ellos se encuentran ordenados jerárquicamente;
- c) Aceptados los dos puntos anteriores, es preciso concluir que los derechos se encuentran ordenados jerárquicamente.

Jaime Cárdenas dice que el constitucionalista argentino Miguel Ángel Ekmekdjian “sostiene que es errónea la idea de que los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía porque los derechos son proyecciones de los valores, y toda teoría de los valores supone un orden jerárquico de los mismos...”¹⁵⁹

Si se considera que los principios constitucionales no son iguales jerárquicamente como considera Miguel Ángel Ekmekdjian, entonces se violaría el principio formal y material de la constitución. Dicho autor sostiene la teoría de los valores, en la cual los jerarquiza y une el valor en el derecho subjetivo como un medio para proteger un fin en sí mismo.

Para este autor la jerarquía de los derechos está en función de la importancia relativa de cada valor. Conforme el derecho tenga mayor jerarquía éste será menos restringible.

Para la jerarquización Ekmekdjian citado por Cianciardo¹⁶⁰ hace una clasificación jerarquizada de derechos, considerada por dicho autor como no definitiva y sujeta a crítica: derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.); derecho a la vida y sus derivados (salud, integridad física y psicológica, etc.); derecho a la libertad física; los restantes derechos personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio); derechos a la

¹⁵⁷ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 12, p.7

¹⁵⁸ *Ibidem*, 9.

¹⁵⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, *op. cit.*, p. 149.

¹⁶⁰ Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 12, p. 10.

información; derecho de asociación; los restantes derechos personales; los derechos patrimoniales.

Risieri Frondizi nos dice sobre los valores que: “son la síntesis de reacciones subjetivas frente a cualidades¹⁶¹ que se hallan en el objeto”.¹⁶²Un valor no se da con independencia de los demás valores, es una cualidad muy compleja difícil de definir y surge de la reacción del sujeto frente a propiedades que se hallan en el objeto. Dicha cualidad puede ser percibida por los sentidos, o bien por la inteligencia.

Respecto a la jerarquía de valores, Frondizi señala que “la jerarquía del valor depende de los tres factores señalados-sujeto, objeto y situación”¹⁶³, por lo tanto dice el autor, no puede haber un bien supremo a toda la humanidad, ya que es tornadiza la situación de cada sujeto, así como su vocación y capacidad. Así que siendo el valor una “cualidad estructural que surge de la reacción de un sujeto frente a propiedades que se hallan en un objeto. Por otra parte, esa reacción no se da en el vacío, sino en una situación física y humana determinada”.¹⁶⁴ La relación del sujeto con el objeto se da mediante la situación, la cual establece el tipo de relación entre ambas, así que lo bueno puede convertirse en malo atendiendo a la situación, o bien lo malo en bueno, así que situaciones como la escasez, el frío, el calor, el desierto, la lluvia, temperatura, la guerra influyen en la naturaleza del valor en diferente grado, de forma que algunos afectan en poco otros en mucho. Por ejemplo el valor del agua está en función de la situación o circunstancias en la que esta se encuentre, por ejemplo la necesidad y cantidad disponible, época del año, posibilidades de lluvia, régimen jurídico del agua, la costumbre sobre su consumo, disponibilidad en los reservorios superficiales y subterráneos, tasa de crecimiento poblacional, actividades económicas que demandan de agua, edad de la población, ingreso económico de la población, mercado del agua, tipo de vegetación, tipo de suelo, tasa de evapotranspiración, humedad relativa,

¹⁶¹ La cualidad es el accidente que modifica la sustancia en sí misma, haciéndola ser de un modo u otro y se clasifican en pasibles, de figura, potencias operativas y hábitos, Adame Goddard, Jorge, Filosofía social para juristas, op. cit., p. 24.

¹⁶² Frondizi, Risieri, *¿Que son los valores? Introducción a la axiología*, tercera edición, vigésima segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, Breviarios, 135, p. 199.

¹⁶³ *Ibidem*, 225.

¹⁶⁴ *Ibidem*, 213.

radiación solar, altitud y latitud del lugar, costo de la energía para su transporte y acceso a la población, contenido de sales disueltas, profundidad de captación, agentes químicos contaminantes naturales y antropogénicos, presencia de ríos, presas, el océano, entre otros hacen que el valor del agua se vea alterado en mayor o menor grado.¹⁶⁵ Ante esto se puede observar que el valor del objeto, en el caso concreto del agua está ligado en forma imprescindible a la situación como la temperatura, clima, presión, hábitos, mercado, costumbres y demás afectaciones físicas, sociales y psicológicas que afectan al ser humano. Para Risieri Frondizi¹⁶⁶ son cinco los elementos que constituyen las situaciones:

1. Ambiente físico. En él interviene la temperatura, presión, clima y demás condiciones físicas que afectan el comportamiento de los seres humanos y también el modo como deben comportarse, su escala de valores, etcétera.
2. El ambiente cultural. Entendemos por “cultura” todo lo que hace el hombre. Es obvio que nuestro ambiente cultural no está constituido por la totalidad de la creación de la humanidad.
3. El medio social. Forma parte del ambiente cultural, constituido por las estructuras sociales, creencias, convenciones, supuestos, prejuicios, actitudes y comportamientos predominantes en una comunidad particular, grande o pequeña. Incluye también las estructuras políticas, sociales, económicas con sus recíprocas interrelaciones e influencias, así como los problemas morales y la conexión de las obras artísticas.
4. El conjunto de necesidades, expectativas, aspiraciones y posibilidades de cumplirlas, forman el cuarto factor constitutivo de la situación. Tiene un margen muy amplio, pues va desde la escasez de ciertos productos esenciales hasta las aspiraciones sociales y culturales de una comunidad. Este factor influye en nuestro comportamiento y condiciona nuestra escala de valores. El incremento del valor de las vacunas durante las epidemias es un ejemplo sencillo. Lo mismo ocurre con necesidades de otro tipo, sean sociales, políticas o culturales. Hay necesidades básicas que debemos atender antes de estar en condiciones de que surjan otras habitualmente más elevadas. Por ejemplo un país debe alcanzar cierto nivel económico-social antes de que surja la necesidad de la filosofía.
La importancia de las necesidades en una situación particular muestra cuán injustificada es la pretensión de una escala fija y permanente para todo la humanidad. Pero no solo las necesidades y aspiraciones modifican la situación y, por lo tanto, la escala axiológica; ocurre algo semejante con las posibilidades de satisfacerlas. La evaluación moral de una persona que se abstiene de realizar ciertos actos peligrosos para salvar la vida de un niño, debe contemplar cuáles eran las posibilidades de que pudiera realmente salvarlo. El riesgo exige una posibilidad mínima de alcanzar el objetivo.

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ *Ibidem*, 214-216.

5. Factor tiempo espacial; el hecho de que nos encontremos en un lugar determinado: en Londres durante los bombardeos nazis, en un pueblo peruano en momentos en que se produce un terremoto, en Moscú durante la revolución o en un pequeño pueblito burgués en época de prosperidad. ¿Podemos aplicar la escala de valores de una anciana dedicada a hacer crochet en el tranquilo pueblito para juzgar la conducta de quienes vivieron las otras situaciones? Dentro del factor espacio temporal corresponde subrayar aquellos hechos que afectan directamente nuestra conducta moral o la creación artística, según el caso.

Una Guerra o un huracán son ejemplos elocuentes del factor espacio temporal. Influyen sobre nuestros modos de comportamiento y evaluación. Pero hay otros que también influyen, como el hecho de ser casado, tener hijos, estar enfermo, borracho o demente. Los atenuantes que contempla el Código Penal son ejemplos de la misma índole.

El factor espacio temporal constituye lo que podríamos llamar el “microclima” en que ocurre un modo de comportamiento. Los hechos inmediatos relevantes conectados directamente con esa ocasión forman el “microclima”. El grado de influencia de uno y otro depende de cada caso particular.

Estos cinco factores son los principales, aunque no los únicos. En tiempos “normales” la gente no advierte la presencia de los factores situacionales. Pero cuando se produce la ruptura de las condiciones “normales”, estos factores se ponen en evidencia, como ocurre en época de guerra, crisis, huracán o revolución.

Hay quienes pretenden reducir la totalidad de estos factores situacionales al predominante, sin advertir la presencia o influencia de los demás que le sirven de apoyo. Cuando se alteran las condiciones se advierte que los factores “ocultos” estaban ahí presentes.

Entonces, la situación es el complejo de factores y circunstancias físicas, sociales, culturales e históricas que dan existencia y sentido a los valores. Estos como relaciones de un sujeto con un objeto (tangible o intangible), es decir, la referencia u ordenación del sujeto con el objeto mediante una situación. Que, tratándose de una relación real¹⁶⁷, el sujeto es la persona que establece el valor, el término es el objeto sobre el que se establece el valor y el fundamento es la referencia del sujeto con el objeto, es decir, la situación. Ahora bien, la relación es uno de los nueve accidentes, categorías, predicables o conceptos del ente, por lo que sobre cualquier objeto, por ejemplo el agua se pueden establecer valores a través de relaciones entre el sujeto y el agua referenciados por una situación. Ahora bien, cuando los aspectos comunes del objeto, caso del agua en su conocimiento deductivo y en su relación con otros entes es conocido por la inteligencia y valorado como valiosa, productiva, necesaria o vital entre

¹⁶⁷ Adame Goddar, Jorge, *Filosofía social para Juristas*, op. cit., p. 25.

otros se está ante un aspecto trascendental¹⁶⁸ del ente, el agua. Estos trascendentales deben ser tomados en cuenta en los principios de proporcionalidad, los cuales son valorativos y por ello no escapan de la dimensión moral.

Capítulo IV. Situación internacional y nacional del agua

Se establecen algunos aspectos sobre el agua en el contexto internacional y nacional, en ambos se coincide que el agua es un derecho humano reconocido que, a diferencia al ambiente, hay voces que dicen que el “derecho ambiental no existe. No es un derecho, sino un presupuesto de la personalidad dotado de poder de acción para su defensa” (José L. Capella y Hernan G. Carrillo citados por Cafferatta Néstor A, p. 10). Isabel de los Ríos, citada por Cafferatta (p.10) afirma que “el derecho al medio ambiente sano interactúa con los otros y no es posible garantizar alguno con prescindencia de este”, se vincula con el derecho a la vida, integridad personal, a la paz, a la salud, libertad, igualdad, educación, propiedad, desarrollo económico, al agua, entre otros.

4.1 Contexto internacional

Se considera que hay 8 millones de muertes al año, de ellos la mitad son niños. Dichas muertes se deben al agua como fuente portadora o transmisora de enfermedades como diarrea, cólera, malaria, tifoidea, acariasis y tracoma. Las zonas más afectadas son el África negra.¹⁶⁹

Para uno de cada cuatro habitantes del planeta, es decir, 1200 millones de personas no tienen acceso al agua.¹⁷⁰

Ríos y lagos están desapareciendo, las reducciones de agua están fuera de control.¹⁷¹

¹⁶⁸ Los trascendentales son los aspectos comunes que se dan tanto en los entes sustanciales como en los accidentes, se llaman así, ya que trascienden la división entre sustancia y accidente. Adame Goddard, Jorge, p. 33.

¹⁶⁹ Camdessus, Michel, Badré, Bertrand, Chéret, Ivan, Ténrière-Buchot, Pierre-Frédéric, *Agua para todos*, trad. Leticia Hülsz Picone, México, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular 673, p.28.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 33.

Mediante la desalación del agua de mar y las aguas salobres (menos saladas que la de mar) se abastece una población del orden de los 150 millones de personas, el precio de 1000 litros de agua de mar desalada cuesta de 0.6 a 0.9 dólares estadounidenses y, el tratamiento de agua dulce de 0.1 a 0.4 dólares.¹⁷² Su uso se ha extendido a las ciudades costeras como en la Península Arábiga, Francia, Alemania, España y México en Baja California y costa de Hermosillo, entre otras.

Se necesitan 1500 litros de agua para producir un kilo de trigo, 4500 litros para un kilo de arroz, 10 toneladas de agua para refinar una tonelada de petróleo.¹⁷³ Como se observa, los alimentos y energéticos tienen un equivalente en agua.

El Informe mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de la ONU, indica que en los últimos 50 años el consumo de agua a nivel mundial se duplicó. Como parte del interés por el agua desde 1997 el Consejo Mundial del Agua cada tres años realiza un Foro internacional sobre el agua.

La lucha por el agua está en nuestro presente y futuro, 51 países están en riesgo¹⁷⁴ de tener, conflictos por el agua. En África hay conflictos por ocho ríos en disputa, en Asia por 6. La crisis del agua puede desencadenar problema en material ecológico, agrícola, sanitario y el desarrollo económico. La disponibilidad de agua por habitante ha disminuido, es el 25% el de lo que era en 1950. En África es 1/3 e lo que es en América Latina.

En el Tercer Foro Mundial del Agua Celebrado en Kioto, Shiga, Osaka, Japón, 2003, se indicó la necesidad de duplicar las inversiones en infraestructura hidráulica en los países en desarrollo. Según datos del PNUD, durante el siglo XX la demanda de agua en el mundo aumentó seis veces, más del doble de la tasa de crecimiento demográfico. La mitad de la gente en países en vías de desarrollo padece de

¹⁷¹ Ibidem, 34.

¹⁷² Ibidem, 47.

¹⁷³ Ibidem, 71.

¹⁷⁴ CNA, "Semana del Agua en México", 2006, p. 18

enfermedades causadas directamente por consume de agua contaminada (Vertientes¹⁷⁵, p. 6 y 7)

Leonor Pintado Vortina considera que la gobernabilidad del agua referida al marco político, social, económico y administrativo requiere una interacción entre políticas, leyes, regulaciones, instituciones, sociedad civil y usuarios en cada país (Vertientes¹⁷⁶, p. 8)

Hasta el momento, el Foro Mundial del Agua se ha organizado en seis ocasiones, abordando temáticas distintas: "Visión del Agua, la Vida y el Medio Ambiente" (Marrakech, 1997), "De la visión a la acción" (La Haya, 2000), "Un foro diferente" (Kyoto, 2003), "Acciones locales para un reto global" (Cd. de México, 2006), "Superar las divisiones por el Agua" (Estambul, 2009) y "Soluciones para el Agua" (Marsella, 2012).

En el año 2015 se realizará el 7° Foro Mundial del Agua en Daegu/Gyeongbuk, Corea del Sur, bajo el tema de "Agua para nuestro futuro".

En Foro Mundial de Kioto, Shiga, Osaka, Japón, 2003 se reconoció al agua como la fuerza que impulse el desarrollo, indispensable para la erradicación de la pobreza y el hambre, indispensable para lograr la salud y el bienestar de la humanidad

Mario Peña Chacón¹⁷⁷, indica que El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General numero 15 (2002) observó que los Estados deben proveer a los usuarios de recursos judiciales y administrativos efectivos para la correcta defensa del derecho al agua. De igual forma, en el plano internacional, el Comité se refiere a la prohibición por parte de los Estados de tomar medidas que obstaculicen, directa o indirectamente, el ejercicio del derecho al agua potable en otros países, debiendo abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas semejantes que impidan el suministro de agua, así como de aquellos bienes y servicios esenciales para garantizar el derecho al agua. El agua no debe utilizarse

¹⁷⁵ CNA, "Vertientes. Revista de comunicación interna", México, 2003, vol. 9, núm. 86, pp. 6 y 7

¹⁷⁶ CNA, "Vertientes. Revista de comunicación interna", México, 2003, vol. 9, núm. 86, p.8

¹⁷⁷ Peña Chacón, Mario, Derecho humano al agua (segunda parte), *Derecho Ambiental y Ecología*, México, 2012, vol. 8, núm. 47.

jamás como instrumento de presión política y económica. Cabe destacar que el derecho humano al agua no distingue el origen de ésta, ya superficial o subterránea, lo que establece son obligaciones activas como emisoras relativas a su acceso y saneamiento, así como las siguientes formuladas por El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General número 15 (2002) estableció:

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstica y prevenir enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
- d) Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- f) Adoptar una estrategia y plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados con base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados: el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
- g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;
- h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajos para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

De Mario Pena Chacón citando a Embid Irujo, A. destaca lo siguiente de la Observación General número 15:

El derecho humano al agua se formula frente a los Estados y particulares; se protege el uso personal y doméstico, dejando fuera del ámbito de protección las utilidades industriales, agrícolas, al ocio u otras; se protege el uso del agua de comunidades marginadas o vulnerables para la agricultura de subsistencia (p. 10).

Menos del 0.01 por ciento del agua total terrestre es aprovechable para consumo humano, ya que la mayor parte del agua es salobre y, de la dulce está en su mayoría capturada en los casquetes polares.

4.2 Contexto nacional

El Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hidráulicos elaborado por la UNESCO señala que la crisis del agua debido a su escasez, contaminación y el cambio climático hace que los hábitos de los usuarios deben modificarse, no obstante que esta tiene un valor cultural, económico y estratégico. En México en fomento a la cultura del agua se destinan 300 millones de pesos, 445 espacios de Cultura del Agua en todo el país donde se programan pláticas escolares y comunitarias (Vertientes¹⁷⁸, pp. 10 y 11), es decir, se fomenta la educación ambiental con su vertiente de cuidado al agua, no obstante ello los esfuerzos aún son insuficientes.

De los 188 acuíferos principales el 70 % de la población se abastece de agua subterránea (urbana) y se riegan 2 millones de hectáreas agrícolas. Los acuíferos sobreexplotados propician la pérdida de ecosistemas, desaparición de lagos, manantiales, humedales, asentamientos y agrietamientos de terrenos (Vertientes¹⁷⁹, p. 4).

¹⁷⁸ CNA, “Vertientes. Revista de comunicación interna”, México, 2003, vol. 9, núm. 91, pp. 10 y 11,

¹⁷⁹ CNA, “Vertientes. Revista de comunicación interna”, México, 2003, vol. 9, núm. 87

Informe del INEGI¹⁸⁰ señala que durante el año 2012, el número de acuíferos sobreexplotados en el país fue de 125, ello de un total de 653, lo que redundó en una pérdida neta de casi 6 mil Mm³ en dicho año.

En el año 2012, la actividad agropecuaria fue el sector con mayor consumo del recurso (69.3% del total nacional), en tanto que el sector que presentó el menor nivel de consumo fue el industrial, con el 5.7% del total (Comisión Nacional del Agua 2014). En términos monetarios, el agotamiento del agua subterránea alcanzó un costo total de 29 478 millones de pesos en el año 2012, es decir el 0.2% del PIB de ese año (Instituto Nacional de Estadística y Geografía 2014).

En nuestro país, algunas viviendas no cuentan con abastecimiento directo de agua y, en algunos casos, la dotación de la misma sólo se realiza algunos días a la semana, tanteos, por lo que se requiere de trabajo adicional para trasladar, acarrear y almacenar este líquido para satisfacer las necesidades de consumo de los integrantes del hogar.

Ante la escasez del agua, las mujeres dedican el 64% de su tiempo a acarrear y almacenar el agua hacia el hogar, mientras que los hombres hacen el 36% restante; estas actividades comprenden el traslado, ya sea caminando o utilizando algún tipo de transporte, para cargar y llevar el agua a la vivienda desde una llave pública, el río, la pipa, o desde otro domicilio particular (Instituto Nacional de Estadística y Geografía 2009).

Juan Carlos Valencia¹⁸¹, gerente de Planeación Hidráulica de la Subdirección General de Planeación de la CNA explicó que la demanda nacional de agua es aproximadamente 72 mil millones de metros cúbicos al año y se estima que para el 2025 aumentará a 85 000 millones de metros cúbico, volumen que es técnicamente imposible suministrar, para ello hay que reducir las pérdidas en el riego Agrícola (30 a 50%) y en la vivienda urbana (40 a 60%).

¹⁸⁰ INEGI, ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DE DÍA MUNDIAL DEL AGUA (22 DE MARZO). DATOS ECONÓMICOS NACIONALES. 20 DE MARZO DE 2014, AGUASCALIENTES, AGS <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2014/agua-e0.pdf>, consultado el 8 de abril de 2014.

¹⁸¹ CNA, "Vertientes. Revista de comunicación interna", México, 2003, vol. 9, núm. 90, p. 9

La disposición de agua en el sureste es siete veces que el del centro y norte del país, regiones donde vive el 75 por ciento de los mexicanos y se genera el 85 por ciento del PIB. En el sur se concentra el 69% de los recursos hidráulicos y vive el 25% de la población y se genera el 15% DEL PIB.

Los Comités Técnicos del Agua Subterránea (COTAS) se han creado para coadyuvar en la formulación y ejecución de programas y acciones que permitan la recuperación y preservación de los acuíferos sobreexplotados y prevenir la de aquellos que están en equilibrio, en 2003 había 64 COTAS.

“La gobernabilidad del agua es la capacidad de diseñar políticas públicas que busquen el desarrollo y el uso sustentable de los recursos hidráulicos y hacer que los diferentes actores y grupos involucrados en este proceso las apliquen de manera eficiente”¹⁸²

Góngora Pimentel dice que “el agua puede ser considerada como un bien indispensable y susceptible de apropiación, explotación, uso, goce, aprovechamiento, solo por mencionar algunas de sus características”¹⁸³. La susceptibilidad es la capacidad para darle los usos anteriores y otros más.

David Korenfeld Federman, titular de la Comisión nacional del Agua (CONAGUA) señala respecto al agua que el “vital líquido es un recurso que está presente en todos los ámbitos de la vida y debe garantizar en cantidad y calidad suficiente para asegurar con ello, el bienestar de la población en el presente y futuro”.¹⁸⁴

El artículo 115 constitucional en su fracción tercera, inciso a establecer que los municipios tienen a su cargo el agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales. Dicha obligación ante la situación financiera de los municipios debido a un reparto histórico desproporcionado en los ingresos tributarios y una administración deficiente de los mismos, los pone en una situación de obligación de cumplir y respetar el derecho del agua con todos sus distintos principios que lo operativizan. Esto traerá el poner al municipio en una situación difícil, como es el caso de Ensenada, donde por falta de infraestructura del organismo operador, así como por un esquema deficiente en la administración de su planeación y

¹⁸² *Ibíd.*, p. 19.

¹⁸³ Góngora Pimentel, Genaro David, *Tesis y jurisprudencia en materia de aguas*, en “Agua: aspectos constitucionales”, coordinadores Rabasa, Emilio O., Arriago García, Carol B., México, Porrúa, p.54

¹⁸⁴ Salmerón Isabel, *El estado obligado a garantizar el agua a todos*, Compromiso, México, 2013, año 12, núm. 141, marzo de 2013, p. 9.

presupuestación se tiene a la ciudad de Ensenada, B.C. con agua bajo el esquema de tanteos.

En la tabla siguiente se observa como ha sido el reparto de los ingresos públicos del país, obsérvese que al municipio lo han dejado prácticamente sin ingresos.

año	Gob. federal	Gob. estatal	Gol. Municipal
1910	70.6	16.4	12.8
1929	71.1	21.2	7.7
1950	78.3	18.4	3.3
1982	90.7	8.3	1.0

4.3 Marco legal de las concesiones y asignaciones

Luis Aboites Aguilar¹⁸⁵ comenta lo siguiente: que entre 1880 y 1930 las funciones y facultades del gobierno federal en materia de agua cambiaron de manera sustancial. Las estadísticas de 1933 señalaban que México tenía 136 defunciones por cada millar de nacimientos debido a enfermedades asociadas a la falta de agua potable. Para ese año de una población de 18 millones de habitantes, solo 2.6 millones contaban con agua potable. El censo de 1940 indicaba que el 62% de las 3.8 millones de viviendas del país carecían de agua y drenaje y que, solo el 7% de las viviendas contaba con servicios de manera satisfactoria. Sin considerar al Distrito Federal de las estadísticas, el 87% de la población nacional no tenían agua y alcantarillado. Ante estos antecedentes, el presidente de la república mexicana Lázaro Cárdenas consideró el asunto del agua potable como problema nacional, así como para la irrigación, realizando fuertes inversiones para atender dichos problemas. En 1956 se expidió la Ley de cooperación para dotación de agua potable a los municipios. En el siglo XIX el uso del agua subterránea se regulaba mediante el derecho civil hasta 1945. En el primer tercio de dicho siglo inician las perforaciones de pozos en la Comarca Lagunera, Valle de Mexicali, Valle de México, y Hermosillo. En 1945 se modificó el

¹⁸⁵ Aboites Aguilar, Luis, *El agua de la nación. Una historia política de México (1888-1946)*, México, CIESAS, 1998, pp. 157 y ss.

artículo 27 constitucional para precisar la injerencia federal en la explotación de aguas del subsuelo. En diciembre de 1946 se crea la SRH para la dirección, organización, control y aprovechamiento de los recursos hidráulicos nacionales y la construcción de obras de riego, drenaje, abastecimiento de aguas potables y defensa contra inundaciones. En el sexenio de Ávila Camacho las obras construidas con el erario federal las comenzaron a realizar empresas privadas ya sea en forma directa o en cooperación con autoridades locales o particulares, prosperando mediante dichas participaciones el distrito de riego del Yaqui, Mayo, Costa de Hermosillo, Caborca, Mexicali, Culiacán, Los Mochis, Matamoros, Delicias y La Comarca Lagunera. En 1955 la SRH controlaba como área de riego 2 millones de hectáreas.

En 2000 en nuestro país, el 88% de la población urbana tenía acceso a agua potable y 68% en áreas rurales.

En 2005 el 89.2% contaba con agua potable.

A mediados de 1990 los costos debido a enfermedades diarreicas ocasionadas por contaminación del agua y el suelo se estimaron en 3.6 mil millones de dólares.¹⁸⁶

La disponibilidad de agua por habitante está disminuyendo, de 2000 a 2005 pasó de 4841 m³/año a 4573 m³/año y se espera que en 2030 sea de 3705 m³/año.¹⁸⁷

De la extracción total de agua en el país, 77% se destinaba a la actividad agropecuaria, 14% al abastecimiento público y 9% a la industria autoabastecida, agroindustrial, servicios, comercio y termoeléctricas.¹⁸⁸

4.3.1 Legislación nacional desde 1910 a 1992

A continuación se indica la legislación nacional que ha regulado y regula el agua desde 1910.

¹⁸⁶ Carmona Lara, María del Carmen, La constitución y el agua: apuntes para la gobernabilidad en el caso del agua en México, en Rabasa, Emilio O., Agua Aspectos Constitucionales, Porrúa, 2011, pp. 91 y 92.

¹⁸⁷ Ídem.

¹⁸⁸ *Ibidem*, 93.

LEY DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL, 1910
Reforma de 28/02/1928

LEY FEDERAL SOBRE USO Y APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS PÚBLICAS
SUJETAS AL DOMINIO DE LA FEDERACIÓN, 1917

Reforma de 26/10/1917
Reforma de 22/01/1918
Reforma de 20/01/1925

LEY SOBRE IRRIGACIÓN CON AGUAS FEDERALES, 1926

LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL, 1929

Reforma de 03/01/1930
Reforma de 11/01/1934
Reforma de 02/08/1934

LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL, 1934

Reforma de 19/10/1934
Reforma de 13/01/1942
Reforma de 26/12/1949
Reforma de 05/01/1952

LEY SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO DE AGUAS POTABLES EN EL DISTRITO
FEDERAL, 1938

LEY DE CONSERVACION DEL SUELO Y AGUA, 1946

LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL, 1946

LEY REGLAMENTARIA DEL PARROFO QUINTO DEL ARTÍCULO 27
CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AGUAS DEL SUBSUELO, 1948

LEY FEDERAL DE INGENIERIA SANITARIA, 1948

LEY REGLAMENTARIA DEL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 27
CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AGUAS DEL SUBSUELO, 1956

LEY DE COOPERACIÓN PARA DOTACIÓN DE AGUA POTABLE A LOS
MUNICIPIOS, 1956

LEY DE AGUAS DE PROPIEDAD NACIONAL, 1972

Reforma de 16/02/1972
Reforma de 03/01/1986
Reforma de 13/01/1986
LEY DE AGUAS NACIONALES, 1992
Reforma de 29/04/2004.

LEY GENERAL DE AGUAS NACIONALES (PROXIMA)

La legislación en materias de agua de 1910 establece con toda claridad la prelación de la población al uso y aprovechamiento del agua para uso doméstico de los habitantes de las poblaciones por encima de otros usos.

LEY DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS DE JURISDICCIÓN FEDERAL, 1910

CAPÍTULO II

De las concesiones

Art. 7°. El uso y aprovechamiento de aguas de jurisdicción federal, cuando concurren

Solicitudes para distinta aplicación, se concederán en el orden de preferencia siguiente:

- I. Para usos domésticos de los habitantes de las poblaciones;
- II. Para servicios públicos de las poblaciones;
- III. Para riego;
- IV. Para la producción de energía;
- V. Para otros servicios industriales;
- VI. Para entarquinamiento de terrenos.

Art. 8°. Las concesiones que mencionan los incisos III, IV y V del artículo anterior, se otorgarán sin perjuicio de restringirlas, en cuanto sea necesario, para satisfacer los usos y servicios a que se refieren los incisos I y II en los casos en que se establezcan nuevas poblaciones, ó cuando las ya establecidas acrezcan sus necesidades.

Las concesiones a que se refiere el inciso VI del citado artículo, se otorgarán siempre sin perjuicio de los usos y aprovechamiento que se enumeran en los demás incisos del mismo.

4.3.2 Legislación vigente

Ley de Aguas Nacionales publicada en el Diario Oficial de la Federación el martes 1 de diciembre de 1992, así como su reglamento son los instrumentos jurídicos principales que regulan las concesiones y asignaciones de agua. Dicha ley es reglamentaria del artículo 27 constitucional y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento, distribución, control, preservación de su calidad y cantidad para el desarrollo integral sustentable del agua propiedad de la nación. El art. 1°. Define en quien recae la administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes, correspondiendo al Ejecutivo Federal, quien lo ejercerá directamente o a través de "La Comisión", art. 4o.

En el artículo 20 de la ley en comento, actualmente se establece que “la Comisión” por medio del organismo de cuenca, o directamente por ésta cuando así le competa, de acuerdo con las reglas y condiciones que disponen la Presente Ley y sus reglamentos podrán otorgar las concesiones o asignaciones, es decir, se ha hecho extensiva dicha facultad al organismo de cuenca en los casos así previstos.

Facultades del ejecutivo (6o.) expedir decretos para el establecimiento o suspensión de veda de las aguas nacionales (párrafo V del art. 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), reglamentar el control de la extracción y utilización de las aguas del subsuelo y superficiales.

Las concesiones y asignaciones se regulan por el Capítulo II del Título IV de la Ley de Aguas Nacionales.

Solicitud de Concesión (art. 21), elementos mínimos:

Art. 21 de la Ley de Aguas Nacionales

TEXTO 1992

TEXTO ACTUAL (reforma)

I. Nombre y domicilio del solicitante

I. Nombre y domicilio del solicitante;

II. Cuenca, región y localidad a que se refiere solicitud

II. La cuenca hidrológica, acuífero en su caso, región hidrológica, municipio y localidad a que se refiere la solicitud;

III. El punto de extracción de las aguas nacionales que se soliciten

III. El punto de extracción de las aguas nacionales que se soliciten;

IV. El volumen de consume requerido

IV. El volumen de extracción y consumo requeridos

V. El uso inicial que se le dará al agua, sin perjuicio de lo dispuesto en el Segundo párrafo del artículo 25;

V. El uso inicial que se le dará al agua, sin perjuicio de lo dispuesto en el Párrafo Quinto del Artículo 25 de la presente Ley; cuando dicho volumen se pretenda destinar a diferentes usos, se efectuará el desglose correspondiente para cada uno de ellos;

V. El punto de descarga con las condiciones

VI. El punto de descarga de las aguas residuales c

cantidad y calidad

las condiciones de cantidad y calidad

VII. El proyecto de las obras a realizar o características de las obras existentes para extracción y aprovechamiento, así como respectivas para la descarga

VII. El proyecto de las obras a realizar o características de las obras existentes para extracción y aprovechamiento, así como respectivas para su descarga, incluir tratamiento de las aguas residuales y los proceso medidas para el reúso del agua, en su caso, restauración del recurso hídrico; en esto último conforme a lo dispuesto en la Ley General Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, adición deberá presentarse el costo económico ambiental de las obras proyectadas

VIII. El plazo por el que solicita la concesión

VIII. La duración de la concesión o asignación que se solicita.

Además de los requisitos anteriores, la ley amplió los requisitos, a saber:

ARTÍCULO 21 BIS. El promovente deberá adjuntar a la solicitud a que se refiere el Artículo anterior, al menos los documentos siguientes:

I. Los que acrediten la propiedad o posesión del inmueble en el que se localizará la extracción de aguas, así como los relativos a la propiedad o posesión de las superficies a beneficiar;

II. El documento que acredite la constitución de las servidumbres que se requieran;

III. La manifestación de impacto ambiental, cuando así se requiera conforme a la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente;

IV. El proyecto de las obras a realizar o las características de las obras existentes para la extracción, aprovechamiento y descarga de las aguas motivo de la solicitud;

V. La memoria técnica con los planos correspondientes que contengan la descripción y características de las obras a realizar, para efectuar la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas a las cuales se refiere la solicitud, así como la disposición y tratamiento de las aguas residuales resultantes y las demás medidas para prevenir la

contaminación de los cuerpos receptores, a efecto de cumplir con lo dispuesto en la Ley;

VI. La documentación técnica que soporte la solicitud en términos del volumen de consumo requerido, el uso inicial que se le dará al agua y las condiciones de cantidad y calidad de la descarga de aguas residuales respectivas, y

VII. Un croquis que indique la ubicación del predio, con los puntos de referencia que permitan su localización y la del sitio donde se realizará la extracción de las aguas nacionales; así como los puntos donde efectuará la descarga.

Los estudios y proyectos a que se refiere este Artículo, se sujetarán a las normas y especificaciones técnicas que en su caso emita "la Comisión".

Artículo adicionado DOF 29-04-2004

Criterios para el otorgamiento de la concesión o asignación:

ARTÍCULO 22. "La Autoridad del Agua" deberá contestar las solicitudes dentro de un plazo que no excederá de sesenta días hábiles desde su fecha de presentación y estando debidamente integrado el expediente.

El otorgamiento de una concesión o asignación se sujetará a lo dispuesto por esta Ley y sus reglamentos y tomará en cuenta la disponibilidad media anual del agua, que se revisará al menos cada tres años, conforme a la programación hídrica; los derechos de explotación, uso o aprovechamiento de agua inscritos en el Registro Público de Derechos de Agua; el reglamento de la cuenca hidrológica que se haya expedido, en su caso; la normatividad en materia de control de la extracción así como de la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas; y la normatividad relativa a las zonas reglamentadas, vedas y reservas de aguas nacionales existentes en el acuífero, cuenca hidrológica, o región hidrológica de que se trate.

El Consejo de Cuenca en coordinación con el Organismo de Cuenca que corresponda, propondrá a "la Comisión" el orden de prelación de los usos del agua para su aprobación, el cual se aplicará en situaciones normales, para el otorgamiento de concesiones y asignaciones de la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, superficiales y del subsuelo, atendiendo a lo dispuesto en los Artículos 13 BIS 3, y 14 BIS 5 de esta Ley. El uso doméstico y el uso público urbano siempre serán preferentes sobre cualquier otro uso.

Para efectos de la presente Ley, son situaciones distintas de las normales, cuando se declaren zonas de desastre conforme a lo señalado en el párrafo segundo del Artículo 38 de la presente Ley, y

cuando existan previamente o se declaren e instrumenten zonas reglamentadas, zonas de veda y zonas de reserva, con base en los contenidos de las fracciones LXIII, LXIV y LXV del Artículo 3 de la presente Ley. En estos casos, se procederá conforme a lo dispuesto en los Artículos 13 BIS 4, 14 BIS 5 y en el Título Quinto, de la presente Ley.

Las concesiones y asignaciones expedidas por "la Autoridad del Agua", en los casos referidos en el Fracción IX del Artículo 9 de la presente Ley, señalarán expresamente las condiciones de variabilidad de la fuente de agua de la cual se realizará la extracción respectiva, y las condiciones a las cuales estará sujeta la extracción de volúmenes ante sequías y otros fenómenos. Los Títulos de concesión o asignación no garantizan la existencia o invariabilidad de los volúmenes que amparan. Ante sequías y otros fenómenos, se tomarán en consideración los volúmenes aprovechables en las fuentes señaladas en tales títulos, conforme lo dispongan los reglamentos de la presente Ley.

En el otorgamiento de las concesiones se observará lo siguiente:

I. "La Autoridad del Agua" podrá reservar para concesionar ciertas aguas por medio de concurso, cuando se prevea la concurrencia de varios interesados; la reglamentación para tales casos será publicada previamente en cada caso, y

II. Cuando no se reserven las aguas en términos de la fracción anterior, "la Autoridad del Agua" podrá otorgar la concesión a quien la solicite en primer lugar. Si distintos solicitantes concurrieran simultáneamente, "la Autoridad del Agua" podrá proceder a seleccionar la solicitud que ofrezca los mejores términos y condiciones que garanticen el uso racional, el reúso y la restauración del recurso hídrico.

Además de lo dispuesto anteriormente para el trámite de títulos de concesión, los municipios, los estados y el Distrito Federal, en su caso, en su solicitud de asignación presentarán ante "la Autoridad del Agua" lo siguiente:

a) La programación para aprovechar las fuentes de suministro de agua y la forma de su ejecución;

b) Los sitios y formas de medición tanto del suministro como de la descarga de aguas residuales;

c) La forma de garantizar la calidad y conservación de la cantidad de las aguas;

d) La asunción de las obligaciones de usar racional y eficientemente el agua; respetar las reservas y los derechos de terceros aguas abajo inscritos en el Registro Público de Derechos de Agua; cumplir con las

normas y condiciones de calidad en el suministro de agua y en la descarga de agua residual a cuerpos receptores; y pagar oportunamente y en forma completa las contribuciones o aprovechamientos federales a su cargo, con motivo de la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, la descarga de aguas residuales y los servicios ambientales que correspondan, y

e) Las condiciones particulares de descarga de agua residual a cuerpos receptores que hubieren sido dictadas por la Autoridad.

Para efectos de lo dispuesto en el presente Artículo, "la Comisión" publicará dentro de los primeros tres meses de cada tres años, en los términos de las disposiciones reglamentarias de esta Ley, la disponibilidad de aguas nacionales por cuenca hidrológica, región hidrológica o localidad, que podrá ser consultada en las oficinas del Registro Público de Derechos de Agua y a través del Sistema Nacional de Información sobre cantidad, calidad, usos y conservación del agua.

Artículo reformado DOF 29-04-2004

Características del título de concesión o asignación:

ARTÍCULO 23. El título de concesión o asignación que otorgue "la Autoridad del Agua" deberá expresar por lo menos: Nombre y domicilio del titular; la cuenca hidrológica, acuífero en su caso, región hidrológica, municipio y localidad a que se refiere; el punto de extracción de las aguas nacionales; el volumen de extracción y consumo autorizados; se referirán explícitamente el uso o usos, caudales y volúmenes correspondientes; el punto de descarga de las aguas residuales con las condiciones de cantidad y calidad; la duración de la concesión o asignación, y como anexo el proyecto aprobado de las obras a realizar o las características de las obras existentes para la extracción de las aguas y para su explotación, uso o aprovechamiento, así como las respectivas para su descarga, incluyendo tratamiento de las aguas residuales y los procesos y medidas para el reúso del agua, en su caso, y restauración del recurso hídrico.

En el correspondiente título de concesión o asignación para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales superficiales se autorizará además el proyecto de las obras necesarias que pudieran afectar el régimen hidráulico o hidrológico de los cauces o vasos de propiedad nacional o de las zonas federales correspondientes, y también, de haberse solicitado, la explotación, uso o aprovechamiento de dichos cauces, vasos o zonas, siempre y cuando en los términos de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, si fuere el caso, se cumpla con la manifestación del impacto ambiental. Análogamente, para el caso de títulos de concesión o asignación para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales del subsuelo, en adición se autorizará el proyecto de las obras necesarias para el alumbramiento de las aguas del subsuelo y para su explotación,

uso o aprovechamiento, con el correspondiente cumplimiento de los demás ordenamientos jurídicos aplicables.

En ningún caso podrá el titular de una concesión o asignación disponer del agua en volúmenes mayores que los autorizados por "la Autoridad del Agua". Para incrementar o modificar de manera permanente la extracción de agua en volumen, caudal o uso específico, invariablemente se deberá tramitar la expedición del título de concesión o asignación respectivo.

Artículo reformado DOF 29-04-2004

Transmisión de derechos:

ARTÍCULO 23 BIS. Sin mediar la transmisión definitiva de derechos o la modificación de las condiciones del título respectivo, cuando el titular de una concesión pretenda proporcionar a terceros en forma provisional el uso total o parcial de las aguas concesionadas, sólo podrá realizarlo con aviso previo a "la Autoridad del Agua", cuando así le corresponda conforme a lo establecido en el Fracción IX del Artículo 9 de la presente Ley.

Artículo adicionado DOF 29-04-2004

Prórroga de la concesión o asignación:

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, las prioridades de desarrollo, el beneficio social y el capital invertido o por invertir en forma comprobable en el aprovechamiento respectivo. En la duración de las concesiones y asignaciones, "la Autoridad del Agua" tomará en consideración las condiciones que guarde la fuente de suministro, la prelación de usos vigentes en la región que corresponda y las expectativas de crecimiento de dichos usos.

Las concesiones o asignaciones en los términos del Artículo 22 de esta Ley, serán objeto de prórroga hasta por igual término y características del título vigente por el que se hubieren otorgado, siempre y cuando sus titulares no incurrieren en las causales de terminación previstas en la presente Ley, se cumpla con lo dispuesto en el Párrafo Segundo del Artículo 22 de esta Ley y en el presente Artículo y lo soliciten dentro de los últimos cinco años previos al término de su vigencia, al menos seis meses antes de su vencimiento.

La falta de presentación de la solicitud a que se refiere este Artículo dentro del plazo establecido, se considerará como renuncia al derecho de solicitar la prórroga.

Para decidir sobre el otorgamiento de la prórroga se considerará la recuperación total de las inversiones que haya efectuado el

concesionario o asignatario, en relación con la explotación, uso o aprovechamiento de los volúmenes concesionados o asignados.

"La Autoridad del Agua" está obligada a notificar personalmente a los promoventes la resolución sobre las solicitudes respectivas referidas en el presente Capítulo, conforme al plazo establecido en el Artículo 22 de la presente Ley y al procedimiento establecido en el Artículo 35 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. En caso de que la autoridad omita dar a conocer al promovente la resolución recaída a su solicitud, se considerará que ha resuelto negar lo solicitado. La falta de resolución a la solicitud podrá implicar responsabilidades a los servidores públicos a quienes compete tal resolución, conforme a lo dispuesto en las leyes aplicables.

Artículo reformado DOF 29-04-2004

Ejercicio de la asignación o concesión:

ARTÍCULO 25. Una vez otorgado el título de concesión o asignación, el concesionario o asignatario tendrá el derecho de explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales durante el término de la concesión o asignación, conforme a lo dispuesto en esta Ley y sus reglamentos.

La vigencia del título de concesión o asignación inicia a partir del día siguiente a aquel en que le sea notificado en el caso que se menciona en el Artículo anterior.

El derecho del concesionario o asignatario sólo podrá ser afectado por causas establecidas en la presente Ley y demás ordenamientos aplicables, debidamente fundadas y motivadas.

La concesión, asignación y sus prórrogas se entenderán otorgadas sin perjuicio de los derechos de terceros inscritos en el Registro Público de Derechos de Agua y no garantizan la existencia o invariabilidad del volumen de agua concesionada o asignada. Los concesionarios o asignatarios quedarán obligados a dar cumplimiento a las disposiciones de esta Ley, los reglamentos correspondientes u otros ordenamientos aplicables, así como a las condiciones del título, permisos y las prórrogas, en su caso y a responder por los daños y perjuicios que causen a terceros y les sean imputables.

El concesionario, cuando no se altere el uso consuntivo establecido en el título correspondiente, podrá cambiar total o parcialmente el uso de agua concesionada, siempre que dicha variación sea definitiva y avise oportunamente a "la Autoridad del Agua" para efectos de actualizar o modificar el permiso de descarga respectivo y actualizar en lo conducente el Registro Público de Derechos de Agua. En caso contrario, requerirá de autorización previa de "la Autoridad del Agua". La autorización será siempre necesaria cuando se altere el uso consuntivo establecido en el título correspondiente, se modifique el punto de extracción, el sitio de descarga o el volumen o calidad de las aguas residuales.

La solicitud de autorización a que se refiere el párrafo anterior deberá señalar los datos del título de concesión, el tipo de variación o modificación al uso de que se trate; los inherentes a la modificación del punto de extracción, el sitio de descarga y la calidad de las aguas residuales, la alteración del uso consuntivo y la modificación del volumen de agua concesionado o asignado, mismos que no podrán ser superiores al concesionado o asignado; en caso de proceder será necesario presentar la evaluación del impacto ambiental, en términos de Ley.

El derecho del concesionario o asignatario sólo podrá ser afectado por causas establecidas en la presente Ley, debidamente fundadas y motivadas.

Conjuntamente con la solicitud de cambio de uso, se solicitará permiso para realizar las obras que se requieran para el aprovechamiento.

El solicitante asumirá la obligación de destruir las obras anteriores en su caso, la de sujetarse a las Normas Oficiales Mexicanas, a las condiciones particulares de descarga y a las establecidas por esta Ley y los reglamentos derivados de ella.

4.4 El agua del subsuelo

El agua del subsuelo está contenida en el párrafo quinto del artículo 27 de la CPEUM, el cual es un bien del dominio público.

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije **(el, sic DOF 20-01-1960)** Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes **(intermitentes, sic DOF 20-01-1960)** y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los

cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. **Las aguas del subsuelo** pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. **Cualesquiera otras aguas** no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

De la lectura del párrafo quinto del artículo 27 de la CPEUM se desprende que el agua del subsuelo alumbrada en terrenos de particulares no es de apropiación directa por ellos, sino que está sujeta a cumplir disposiciones del ejecutivo. Hay jurisprudencia de la octava época en la que se emitió criterios por los cuales establece que el agua del subsuelo es propiedad de la nación, del dominio público y por consiguiente inalienables e imprescriptibles, ello aun habiendo sido concesionadas.

El agua es parte del territorio nacional, esto se desprende del artículo 42 de la CPEUM.

4.5 Acuíferos en Baja California

En Baja California hay 48 acuíferos que reciben en promedio recarga de 998.38 Mm³ de agua, se extraen 1039.15 Mm³, es decir, son mayores las extracciones a la recarga. Ante la falta de agua a través de la CNA se han realizado estudio para una presa subterránea en la Misión, Vicente Guerrero y San Vicente Eréndira (Vertientes¹⁸⁹, p. 17)

4.6 Ley de aguas nacionales, su constitucionalidad y convencionalidad

La Ley de Aguas Nacionales, reglamentaria del artículo 27 constitucional no contempla los principios de disponibilidad, calidad y accesibilidad física (con sus

¹⁸⁹ CNA, Vertientes, Revista de comunicación interna, México, 2003, vol. 9, núm. 89, p. 17.

distintas componentes) previstas en el numeral 12 de la Observación General No. 15 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ello no obstante que el Pacto entró en vigor el año 1981 y la Ley es de 1992, incluso su última reforma es del 2004. Por lo tanto, México está en franca inconventionalidad. Ahora bien, considerando la reforma constitucional al artículo cuarto, de fecha 8 de febrero de 2012, tampoco se han hecho las reformas en la ley secundaria para adecuarla a los principios de accesibilidad, disposición, sanidad salubridad, suficiencia, aceptabilidad y asequibilidad del agua. Entonces, ni se ha reformado la ley, ni se ha generado una nueva ley, la Ley General de Aguas, prevista en el transitorio tercero de la reforma antes referida, la cual debió de haberse emitido en diciembre de 2013, ya que el plazo para ello es de 360 días.

La Ley actual debe armonizarse con la reforma constitucional en materia de reconocimiento del agua como un derecho humano, así como con los tratados internacionales en dicha materia, los cuales son ley suprema de la unión.

La nueva ley de aguas nacionales sin lugar a dudas debe tomar en cuenta las asignaciones y concesiones basadas en criterios de justicia social, más allá de meros factores económicos y técnicos. Los fundamentos para dicho proceso están dadas por las pautas internacionales que, llevadas al principio de proporcionalidad ofrecen un instrumento práctico de aplicación como se indicará en el capítulo siguiente.

En caso de conflictos entre usuarios del agua, la Comisión actúa como conciliador o arbitro a petición de las partes, es decir, su actuar es pasivo, no protege como está previsto en el numeral 23 de la Observación General (OG) No. 15 emitida por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las partes, en caso de no llegar a un acuerdo tienen la vía jurisdiccional como la penal, tratándose del delito de despojo de aguas.

La Ley de Aguas Nacionales, tratándose de peticiones de agua de las personas, ya como asignatarios o concesionarios para el uso doméstico y el uso público urbano, dichas peticiones son siempre preferentes sobre cualquier otra (art. 22), es decir, sólo considera dos casos excepcionales, en cambio la OG es más protectora, considera los antes señalados y en el numeral 16 de dicho instrumento al considerar como casos

prioritarios grupos vulnerables como: mujeres, grupos minoritarios, ancianos, niños, refugiados, desplazados, migrantes, presos, etcétera). La OG, va más allá de la concesión o asignación vía petición, en términos de aquella, el Estado debe facilitar, promover y garantizar a los particulares y comunidades ejercer el derecho al agua, es decir, ni siquiera debe mediar solicitud alguna como establece la Ley de Aguas Nacionales y, en caso de existir, el Estado debe brindar todo el apoyo en su cumplimentación y evitar obstáculo alguno.

La Ley de Aguas Nacionales no recoge o recoge en forma deficiente las obligaciones del Estado de *respetar*, *proteger* y *cumplir* el ejercicio del derecho al agua de las personas. Dichas obligaciones están contenidas en los numerales del 20 al 29 de la OG. Respecto a la obligación de *respetar*, es genérica, sólo se limita a enunciar que serán las previstas en la Ley y, dentro de las violaciones que prevé la OG está la desconexión del servicio, aumentos desproporcionados del servicio o precio del agua, disminución del agua, entre otras. Tocante a la obligación de *proteger*, actúa en forma pasiva ante el conflicto de las partes. En lo que corresponde a la obligación de *cumplir* no facilita el ejercicio al derecho al agua, ya que lo sujeta a tecnicismos cuya cumplimentación descansa en el usuario, el cual es diverso con marcadas diferencias culturales y capacidad económica. Ante límites como los mencionados, hay una clara omisión del Estado al no adoptar medidas apropiadas que garanticen el pleno disfrute del derecho universal al agua sin distinciones ni requisitos técnicos impuestos al usuario, incluso el Estado debe brindar apoyos diferenciados a los grupos vulnerables dotándolos de una mayor prelación en el acceso y disfrute del derecho al agua, una mayor prelación ya que su condición es inferior a la de los demás personas.

Criterios para otorgar una concesión o asignación (artículo 22 de la Ley de aguas Nacionales):

Disponibilidad media anual de agua; los derechos de explotación, uso o aprovechamiento de agua inscritos en el Registro Público de Derechos de agua; el reglamento de la cuenca hidrológica que se haya expedido; normatividad en materia de control de extracción; y, normatividad relativa a las zonas reglamentadas, veda y reserva de aguas. Como se observa, no hay criterios relativos a grupos vulnerables,

supedita la concesión a obligaciones del Estado como el contar con la normatividad respectiva, la cual depende de él.

4.6.1 Aspectos restrictivos sobre las concesiones

Criterios para el otorgamiento de concesiones (artículo 29 Bis 2 de la Ley de Aguas Nacionales):

A juicio de la Comisión, cuando existan varios interesados en una concesión se concursará la misma. En caso de que no se realice concurso habiendo varios interesados, la autoridad del agua podrá conceder la concesión a quien lo pidió primero. Si varios solicitantes concurren simultáneamente, se otorgará al que ofrezca mejores condiciones y términos que garanticen un uso racional, reúso y restauración del recurso hídrico. Como se observa, son amplios los márgenes a la discrecionalidad de la autoridad, en caso de transparencia se otorgará al que ofrezca mejores condiciones, es decir, es un concurso de competencias por capacidades, no por necesidades, se antepone criterios técnicos a humanos.

El derecho del concesionario o asignatario sólo podrá ser afectado por causas establecidas en la presente ley, debidamente fundadas y motivadas (art. 25). No remite a causas constitucionales ni convencionales.

Suspensión (29 Bis 2) de la concesión o asignación. No hacer pagos reglamentarios, no cubrir créditos fiscales, impida visitas de inspección o medición, afectar mediante descargas las fuentes de abastecimiento, extraer más de lo concesionado. La suspensión está sujeta en su mayoría a meros efectos operativos y económicos, no de necesidad, como preveía el artículo 8° de la Ley de Aprovechamiento de Aguas de Jurisdicción Federal de 1910, la cual preveía que las concesiones se podían restringir en cuanto sea necesario para los usos y servicios domésticos y públicos de las poblaciones.

Extinción de la concesión o asignación (29 bis 3):

Vencimiento de la vigencia sin mediar solicitud de prórroga, renuncia del titular, cegamiento del aprovechamiento a petición del titular, muerte del titular sin haber dejado derecho sucesorio, caducidad parcial o total declarada por la autoridad del

agua al dejar de usar el título por dos años sin causa justificada, rescate vía indemnización, resolución judicial, resolución administrativa, tratándose de distrito de riego que sus estatutos no se adecue a la ley o reglamento y, nulidad. Esta última será por las siguientes causas: proporcionar información falsa, dolo y error en la expedición del título; trámite viciado con intervención del beneficiario de la concesión o asignación; otorgado por funcionario sin facultades; falta de objeto o materia de la concesión; expedición del título en contravención de la ley o reglamento. Como se observa, predominan los criterios técnicos y normativos, en ambos, el Estado recarga su cumplimentación a los usuarios.

Al ser afectado o restringida una persona en su derecho al agua esta debe recibir una reparación adecuada, la cual según la OG debe ser de restitución, indemnización, sustitución o garantía de no repetición. En este campo, nuestra ley está ayuna y requiere de su adecuación de estas importantes figuras reparatoras.

4.6.2. La Constitución y la OG No. 15

En el plano constitucional la reforma de junio del 2011 y la de febrero de 2012 establece diversas obligaciones y principios a cumplir por los Estados en relación a los derechos humanos, ello incluye el derecho humano al agua. Por lo tanto, las obligaciones y principios enunciados en la constitución y tratados internacionales son aplicables, salvo que algún derecho contenido en un tratado sea una restricción¹⁹⁰ expresa o en nuestra constitución, así lo ha establecido el máximo tribunal del país, criterio que no es congruente con la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y que, quizás en un futuro cercano sea derrotado dicho criterio. De momento son aplicables al ejercicio al derecho al agua los siguientes principios y obligaciones, contenidos en la constitución federal y la OG:

¹⁹⁰ La contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 2 y 3 de septiembre de 2013 establece que: "...las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y la constitución no tienen una relación en términos jerárquicos, pues una vez que un tratado es incorporado al orden jurídico, se integra al Catálogo de Derechos que funciona como parámetro de regularidad constitucional, de tal suerte que dichas normas no pueden contravenir el principio de supremacía constitucional, precisamente porque forman parte del conjunto normativo respecto del cual se predica la supremacía...".

Principios: universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, propersona, accesibilidad, disponibilidad, suficiencia, salubridad (calidad), aceptabilidad, asequibilidad (física y económica) y no discriminación.

Obligaciones al estado (todas las autoridades) para el ejercicio pleno del derecho al agua: respetar, proteger promover, garantizar y cumplir.

La obligación de cumplir está prevista en la OG en su numeral 25 y comprende la de facilitar, promover y garantizar, de forma que como ya están en nuestra constitución las de promover y garantizar, la de cumplir implicaría el facilitar el ejercicio del derecho al agua, ello conllevaría a que el Estado no sea obstáculo para el ejercicio del derecho al agua, es decir, el Estado debe allanar cualquier obstáculo que impida su pleno goce.

Capítulo V. Resultados

Las relaciones humanas generan tensiones con pretensiones encontradas, las cuales de estimarse tienen un fundamento constitucional, se genera un conflicto entre derechos constitucionales, los cuales son derechos prima facie, derechos dados por principios como mandatos de optimización que tienden a un óptimo, siguiendo a Alexy se deben de observar de forma que la medidas adoptadas en favor de uno de ellos sea causando el menor daño en el otro, observándose principios como el de progresividad, *pro homini*, universalidad entre otros en la búsqueda de la mejor solución entre el conjunto de soluciones posibles.

Entonces, un conflicto entre principios ¿no es acaso un problema de medición?, es decir, de comparación entre dos cantidades, de forma que al compararlas, ya sea desde un punto de vista aritmético o geométrico una de ellas sea superior a la otra y, de esta forma dilucidar el problema.

Los conflictos entre derechos suceden cuando la satisfacción de un derecho de un sujeto X conlleva a la no satisfacción de otro derecho de un individuo Y.

Cuando se habla de principios se piensa en valores a proteger, valores que pueden traducirse en algunos casos a cantidades, es decir, serían trascendentales que nacen

de la relación entre un sujeto y un objeto dada cierta situación. Atendiendo al tipo de accidente o categoría del ser podría realizarse una comparación numérica y resolverse el conflicto, como lo hace el principio de proporcionalidad en sentido estricto y, una de las críticas es justamente esta, que resulta artificioso fijar pesos en las comparaciones o medidas.

Julio Palacios¹⁹¹ dice que dos entes son comparables cuando existe una definición operacional y universal de la razón

$$\frac{(A)}{(B)} = n$$

Donde n es un número que indica que (A) es n veces mayor que (B), es decir:

$$(A) = n(B)$$

Por operacional se refiere que se describan los aparatos a utilizar en la comparación, así como las operaciones a realizar. “El requisito de universalidad exige que la razón hallada sea independiente de la naturaleza de los cuerpos utilizados en la construcción de los aparatos.”¹⁹² Es decir, es un mero número que compara cantidades, cuantas veces uno es más grande o más pequeño que el otro. Ahora bien, cuando se comparan dos principios deben verse con el ojo del mismo instrumento para mantener objetividad, al respecto dice Julio Palacios que dos dolores no se pueden comparar, ya que no se cuenta con un aparato que permita averiguar cuántas veces un dolor es mayor que el otro, igual se puede decir de los grados de miedo, belleza, tristeza, coraje, alegría, lujuria, santidad, perversidad, entre otros. Así que, si el obstáculo del instrumento se resuelve con los principios protectores del derecho al agua, mismos que actuarían como instrumentos, parámetros o *datum* de referencia, es decir, la lente ante la cual se verían en un marco operacional las pretensiones de las partes.

Como ejemplos de instrumentos conocidos en la vida común está la regla, termómetro, reloj, velocímetro, báscula, brújula, entre otros.

¹⁹¹ Palacios, Julio, *Análisis dimensional*, segunda edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1964, p. 25.

¹⁹² Palacios, Julio, p. 26

Respecto a la operación a realizar, no hay mayor duda que finalmente será una división.

Ahora bien, acaso los principios se pueden tratar como cantidades de una misma magnitud¹⁹³ o bien cantidades de magnitudes diferentes. De ser así, cada cantidad le corresponderá una unidad¹⁹⁴ de medida. El parámetro de proporcionalidad que permitirá comparar una misma magnitud o dos magnitudes diferentes será el principio constitucional contenido en la constitución o los tratados internacionales, actuará como instrumento de medición a las pretensiones de las partes en conflicto.

La comparación de una cosa con otra es una actividad natural, “la comparación es la base de la medida”¹⁹⁵, al comparar un perro con un elefante se usa una base o parámetro de comparación, podría ser el perro o el elefante, por ejemplo si se selecciona el perro se diría que es más pequeño que el elefante. El medir es comparar dos cosas en común, es decir, ver el grado de diferencia o semejanza entre ambas cosas o magnitudes.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad aplicado a la solución de posibles conflictos en su fase de proporcionalidad en estricto derecho es la comparación entre dos principios tratados como cantidades homogenizadas a través de pesos a los valores que encierra cada principio. La aplicación del principio de proporcionalidad¹⁹⁶ aplicado a las asignaciones o concesiones al agua se esboza en tres fases. La primera fase, de idoneidad se refieren a la naturaleza del conflicto, que sea constitucional o convencional y la segunda, la de necesidad, que la medida a adoptar dentro de las posibles sea de maximización, es decir, si se sacrifica o afecta al principio P_1 debe ser en su menor grado, en tanto que el P_2 debe ser satisfecho en su mayor grado, es decir, es un problema de maximización racional, la menor pérdida con

¹⁹³ Rocha León Alonso, ABC de Física, Editorial Herrero, cuarta edición, 1979, p. 10. Magnitud. Es todo aquello que puede ser medido. En física hay tres magnitudes fundamentales: longitud, masa y tiempo.

¹⁹⁴ Unidad. Es lo que se toma como base de comparación para medir, pesar, contar, etcétera.

¹⁹⁵ National Council of teachers of mathematics, Medida, traductor Federico Velasco Coba, México, Trillas, 1980, Temas de Matemáticas No. 15, p. 14.

¹⁹⁶ Bernal Pulido, Carlos, El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p.66 y 80. El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico, restringe a órbita de la discrecionalidad administrativa.

el mayor beneficio o el mayor beneficio con la menor pérdida. Una vez que se establece la medida como necesaria, se pasa a la proporcionalidad en sentido estricto, allí se toman en cuenta diversos factores para establecer la prevalencia en el principio a aplicar para el caso concreto.

Antes de entrar a la aplicación del principio, resta comentar que en la práctica constitucional dicho principio se aplica en el estudio de la constitucionalidad de leyes o normas secundarias de adjudicación, las cuales son aquellas que facultan a los jueces para determinar cuándo se ha infringido una norma primaria. En los casos difíciles en materia del derecho al agua, es decir, que no son subsumibles los hechos en las normas, se puede dar el conflicto entre personas que demandan el acceso al agua para igual o diferentes uso esgrimiendo el mismo derecho humano u otros dependientes del agua como al desarrollo económico, a la salud, a la alimentación, al trabajo, recreación, etcétera. Así que se puede dar el conflicto en la aplicación de un mismo derecho, ponderando prioridad, ya que el OG y la constitución atendiendo al uso fijan prioridades. También el conflicto puede darse entre el derecho al agua y otros relacionados a éste. A continuación se esboza una metodología que plantea el uso de diversas matrices que contienen criterios de la OG No. 15 y la constitución federal a considerar en la ponderación.

5.1 Aplicación del principio de proporcionalidad

FASE 1. IDONEIDAD

Se ponen en una tabla las pretensiones encontradas en relación con el principio constitucional que se aduce resulta aplicable y se analiza la causa mediata e inmediata de cada pretensión.

Una vez determinado que el derecho o derechos aducidos son constitucionales se pasa a la siguiente fase.

Ejemplo de relaciones de fines inmediato y mediato		
Fin inmediato	Fin mediato	Constitucional o convencional
a) Cubrir necesidades de Higiene y alimentación en Hogar	subsistencia	ambas
b) Regar huerto familiar de subsistencia	subsistencia	convencional
c) Llenar piscina	recreación	
d) Extracción de pulpa de masa vegetal	Generar trabajo y Plusvalía	ambas
e) Infiltrar agua al suelo	Recargar acuífero, luego regar con ella	ambas
f) Enviar agua a la luna	guardarla para que no se contamine y luego usarla para consumo personal	constitucional

FASE 2. NECESIDAD

Se contrastan los principios seleccionados con el universo de principios que resulten aplicables al caso concreto y se valora la afectación que pudiera tener los demás principios en caso de aplicar el que resultó idóneo, se busca en todo momento que la afectación sea mínima.

caso	P_1	P_2	P_n
a	salud	vida	dignidad
b	alimentación	trabajo	dignidad
c	recreación	salud	Medio ambiente
d	trabajo	Medio ambiente	Desarrollo económico
e	trabajo	Desarrollo Económico	Medio ambiente
f	precautorio	salud	vida

De la lista de principios que resultan afectados se seleccionan los que habrán de ser sujetos a la proporcionalidad en sentido estricto.

FASE 3. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.

Una vez seleccionados los principios que colisionan se aplica la fórmula de peso descrita en el apartado 3.8

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} = \frac{\Pi_i}{\Pi_j}$$

Donde

$G_{i,j}$ es el cociente del producto de los elementos del principio i y j . Los subíndices i y j hacen alusión a los principios en colisión P_i y P_j , respectivamente.

I_i e I_j son los grados de afectación o no satisfacción de los principios P_i y P_j para un caso en concreto. Su intensidad se determina mediante una escala geométrica a efecto de que los cambios en aquella sean notables. El catálogo es: leve (2^0), medio (2^1) e intenso (2^2); es decir, 1, 2 y 4. De acuerdo a la ley de la ponderación, "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"¹⁹⁷. Esta ley se aplica así:

Primero. Se define el grado de afectación (o no satisfacción) del principio P_i .

Segundo. Se define el grado de importancia de la satisfacción del principio P_j .

Tercero. Se define si la importancia de la satisfacción del principio P_i justifica la afectación (o no satisfacción) del principio P_j .

Es un ejercicio empático en el cual un principio se beneficia y el otro se afecta, luego el beneficiado se afecta y el afectado se beneficia. Por ejemplo, se demanda agua en una situación donde esta es finita y limitada para dos actividades: para hacer bloques y

¹⁹⁷Bernal Pulido, Carlos, El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, op. cit., E p.99.

para uso doméstico a emplearse en el aseo personal y preparación de alimentos. Si P_i es el principio del derecho al desarrollo económico relativo a la elaboración de bloques para venta y P_j es el derecho a la salud, correspondiente al uso de agua doméstica para la elaboración de alimentos e higiene personal. Pasos a seguir:

Primero. Si se afecta el principio P_i , de forma que no se dota de agua para la elaboración de bloques, se estaría en una situación de afectación al principio relativo al derecho al desarrollo económico, de forma que con dicha afectación el propietario dejará de tener ingresos. Ahora bien, puede desarrollar otras actividades que le permitan tener los ingresos de los bloques, así que la afectación podría considerarse como media en relación con las necesidades de agua para uso doméstico (preparar alimentos e higiene personal), pudiéndosele asignar una intensidad de intervención de 2.

Segundo. La satisfacción del principio P_j permitirá a las personas estar fuera de riesgos a su salud y con ello tener amplias posibilidades para desarrollarse como personas en su entorno, por lo que la intensidad de intervención sería de 4.

Tercero. De satisfacerse el principio al desarrollo económico y por consiguiente dejar sin agua a las personas para su hogar, ello les aumentaría el riesgo a sufrir enfermedades, además de otras externalidades negativas, ya que existen estadísticas objetivas que muestran que la falta de agua es un precursor a la afectación a la salud para quienes carecen de agua, por ello, se *considera que el principio P_i debe mantener una intensidad de intervención de 2 y el P_j de 4*, es decir I_i e I_j para el caso concreto toman los valores de 2 y 4, respectivamente

G_i y G_j son los pesos abstractos de P_i y P_j , los cuales pueden adoptar los valores de 1, 2 y 4 (bajo, medio, grande). Dichos pesos se otorgan atendiendo a los valores que predominan en la sociedad de acuerdo a la situación en concreto. Por ejemplo, si se necesita agua para el consumo humano de la población, para preparar sus alimentos, beber y aseo personal; y, por otra parte una empresa demanda agua para hacer tabiques, en primer caso está el principio a la salud y a la vida, en el segundo el derecho a un desarrollo económico, en el primero el principio relativo a la salud y la vida tendría un mayor peso que el correspondiente al desarrollo económico. Por lo que, G_i y G_j adoptarían los valores de 2 y 4 respectivamente.

S_i y S_j son los grados de seguridad o certeza de los presupuestos o apreciaciones empíricas correspondientes al principio P_i y P_j . Es una medida con que se enjuicia por la no realización de un principio y la realización del otro. Los valores de los grados de seguridad de los presupuestos empíricos pueden ser: seguro (2^0), plausible (2^{-1}), no evidentemente falso (2^{-2}). Como en los factores anteriores, la escala geométrica enfatiza los cambios. En el caso de las personas que necesitan agua para preparar sus alimentos, beber y su higiene personal ¿qué tanto afectará en la salud y la vida de las personas si no se les dota de agua?, morirán, enfermarán, o sólo será una afectación pasajera. Si se afecta el derecho al agua de forma que el no proporcionarla pone en peligro la vida o salud, la afectación a dicho principio será un grado de seguridad alto, es decir seguro. Si en cambio, el no dotarles de agua sólo genera la incomodidad diaria de no tenerla entubada, ya que en la región llueve constantemente y la población capta el agua de lluvia, entonces la seguridad de una afectación por falta de agua disminuye, ya que el riesgo a la vida y salud es baja, entonces el factor de seguridad o certeza sería el no evidentemente falso. ¿Cómo se vería afectado el derecho al desarrollo económico si no se dota de agua? En el caso de la persona que demanda agua para hacer bloques, si no tiene agua cesaría la actividad económica y con ello sus ingresos, entonces, hay una certeza de que su actividad se extinguiría, ahora bien, si no existe ese riesgo, ya que también puede captar agua de lluvia dada la alta precipitación promedio anual en la zona, entonces, el factor de seguridad sería el no evidentemente falso o plausible. Para el caso llevado como ejemplo, si consideremos que de no dotar de agua para uso doméstico, dado que es una zona de baja precipitación media anual, menor a 200 mm y personas de bajos ingresos, entonces, privar del derecho al agua con seguridad tendrá una afectación a la salud y por ello la vida misma estaría en riesgo, de forma que el factor de seguridad sería seguro. En el caso del derecho al desarrollo económico, si es seguro que la afectación al derecho al agua conlleva a la extinción de la elaboración de bloques, entonces el factor de seguridad también sería seguro, de esta forma, en ambos casos el factor de seguridad sería de 1.

En la tabla siguiente se observan los distintos valores de los factores de proporcionalidad, obsérvese que en el caso planteado predomina el principio j, es decir, el relativo a la afectación a la salud.

MATRIZ DE PROPORCIONALIDAD				
	I	G	S	Π
P_i	2	2	1	4
P_j	4	4	1	16
$G_{i,j}$				4

Los datos de la tabla llevados a la fórmula de peso, esta adopta la forma

$$G_{i,j} = \frac{(2)(2)(1)}{(4)(4)(1)} = \frac{4}{16}$$

En la cual el principio J es prevalente al I para este caso hipotético.

Se puede observar que el derecho al agua por sí mismo no es valorable, sino en relación con los derechos asociados a este, de esa forma es como mejor se dimensiona y se hace la ponderación.

Para asignar los pesos G_i y G_j abstractos debe tomarse en cuenta los sujetos afectados por el sacrificio o satisfacción del derecho al agua, ya que hay sujetos que propician un valor alto en dicho factor por disposición constitucional o convencional, para ello se generó la matriz de sensibilidad humana considerando la OG No. 15 del Comité de los derechos económicos sociales y culturales, así como la reforma constitucional del 8 de febrero de 2012 relativa al derecho al agua, la cual estipula como derecho al agua tratándose de consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. En la matriz mencionada se considera a diversos sujetos vulnerables, así como los motivos de discriminación y condiciones del lugar. Todos estos elementos deben tomarse en cuenta en la ponderación, ya que si se trata de un sujeto vulnerable, el peso abstracto será alto, las condiciones de discriminación y del lugar deben tomarse en cuenta en relación al factor S, grados de seguridad de la aceptación. Respecto a la intensidad de la intervención debe considerarse el contrapeso de ambos derechos en colisión, para ello debe tomarse en cuenta la finalidad de los derechos en tensión en relación con la situación que

prevalece, de allí se determina un factor de intensidad que resulta de una previa justificación de la aplicación de la ley de ponderación, que llevados a la matriz de proporcionalidad se obtiene el principio dominante.

MATRIZ DE SENSIBILIDAD HUMANA PARA UN CASO CONCRETO					
derecho	finalidad	factor	Sujeto vulnerable	lugar	discriminación
			Mujeres	Clima árido	raza
educación	superarse		niños	escuela	color
salud	higiene		Grupos minoritarios	riesgosa	sexo
Alimentación adecuada	Agrícola de subsistencia		Pueblo indígena	isla	edad
			preso		idioma
			detenido		religión
			Refugiado		salud
			desplazado		Estado civil
			migrante		Opinión política
			ancianos		
			discapacitados		
			Consumo Personal y doméstico		

Tratándose del Estado como sujeto obligado debe tomarse en cuenta las siguientes obligaciones del mismo, previstas en la OG número 15, de forma que deben tomarse

en cuenta en los factores de ponderación, en particular en el de seguridad, para evaluar en cual de dichas obligaciones incurre y con qué seguridad se da la misma de forma que afecte el derecho al agua o derecho asociado a este.

MATRIZ DE OBLIGACIONES DEL ESTADO		
respetar	proteger	cumplir
Acceso al agua	que terceros impidan el disfrute al agua	Facilitar el ejercicio del derecho al agua
Cuidado del agua	El acceso al agua no obstante el servicio lo presten particulares	Promover el uso racional eficiente del agua
Cuidar depósitos de agua		garantizar el ejercicio del derecho al agua
Cuidar reservas de agua		
Obras de regadío		
Protección del medio natural		

5.2 Jerarquía de valores

La jerarquía de derechos, valores o principios tratados como análogos se reduce a colocar los principios en una lista de mayor a menor jerarquía, de forma que se localiza en la lista el principio que resulta aplicable a la pretensión aducida. Dicha lista es modificable con el paso del tiempo y cambio de situaciones previa valoración de un comité de expertos en temas del agua y desarrollo humano que tome en cuenta las particularidades de la zona o región, así como de las personas que en ella habita como condiciones de vida, los valores sociales que prevalecen en la región en torno al agua y los principios vinculados a la misma, dicha lista jerárquica deberá publicarse a efectos de brindar seguridad jurídica. En caso de empate se puede hacer o tener una lista de subvalores que lo rompan y, en caso de subsistir se vuelve a revalorar hasta extinguir el empate.

Una forma de generar el orden jerárquico de los principios es mediante un procedimiento transparente de asignación de valores V a cada principio. Para ello se puede realizar una suma corrida ponderada de parámetros e intensidades de intervención. Cada parámetro es considerando por el panel de expertos, asimismo los pesos para cada uno de ellos dadas ciertas circunstancias, las cuales deben tomar en cuenta la regularidad constitucional (constitución y convención), así como las situaciones previsibles para el lugar determinado donde se cuenta con un volumen finito y limitado de agua ante diversos peticionarios. Técnicas como la que se indican se aplican para determinar la vulnerabilidad de acuíferos mediante técnicas como DRASTIC¹⁹⁸, usada en geohidrología para determinar la vulnerabilidad a la contaminación de un acuífero.

$$V_i = \sum_1^N I_i P_i$$

En dicha expresión N es el número de parámetros a considerar e I la intensidad de intervención que adoptaría en peso abstracto P , i es el subíndice para cada parámetro y la respectiva intensidad de intervención. El aplicar un procedimiento como el indicado, permitiría al panel de expertos dar transparencia de su actuar, además la posibilidad de que justifiquen cada una de las determinaciones referentes a los parámetros y pesos de los mismos, así como de las intensidades de las intervenciones a considerar.

Conclusiones

Se ha analizado el significado del término principio, encontrándose que tiene significados diversos, aquí se adopta el de Robert Alexy como mandato de optimización. Esa forma de conceptualización conlleva la conexión con los valores, de forma que la colisión de principios se reduce a una conexión entre el derecho y la

¹⁹⁸ DRASTIC son acrónimos referentes a parámetros hidrológicos que regulan la vulnerabilidad a la contaminación de un acuífero. Aller, Linda, DRASTIC: A standardized system for evaluating ground water pollution potential using hydrogeologic settings, EPA/600/2-87/035, may 1987, Robert S. Kerr Environmental Research Laboratory Office of Research and Development, U.S. Environmental Protection Agency, ADA, Oklahoma 74820.

moral. El primero al verificar que el caso en concreto sea constitucional y convencional, además de que la solución tomada sea la más necesaria de las posibles en un contexto de maximización; es decir, máximo beneficio y mínima restricción considerando también la convencionalidad. El contexto moral está en los valores que se asignan y se traducen en los pesos abstractos, intensidades de intervención y grados de seguridad en el ejercicio de la ponderación en sentido estricto. Para la asignación de pesos a dichos factores se necesita de una justificación racional, que tome en cuenta los conocimientos técnicos, científicos, sociales y culturales que den la mayor objetividad en las asignaciones.

Al revisar la ley de aguas nacionales en el contexto constitucional y convencional referente a la Observación General No. 15 del Comité para los Derechos Económicos Sociales y Culturales, se observa que dicha ley requiere de una regularidad constitucional que, al parecer se dará con lo que será la nueva Ley General de Aguas Nacionales.

Se ha esbozado un procedimiento práctico que permite aplicar el principio de proporcionalidad para cualquier caso difícil, en el caso concreto tratándose del agua. El procedimiento se justifica con los razonamientos de Julio Palacios y el concepto de proporcionalidad de Aristóteles como formas de comparar cantidades, mediante las razones aritméticas y geométricas, es el caso del principio de Alexy mediante una comparación geométrica en su definición y en los valores de los pesos de los factores usados, los cuales en su asignación deben ser debidamente justificados.

El procedimiento permite la justificación vía la argumentación de cada uno de los pesos dados al desarrollar lo que Alexy llama la ley de la ponderación; es decir, es un proceso que exige el justificar en todo momento el peso o importancia relativa dada a cada factor de la ponderación, de forma que la decisión U que se adopte será la más racional posible, dentro de las posibles soluciones al problema en concreto al dilucidar qué principio prevalece de los que están en liza.

Respecto al método de la jerarquía de valores, considerando la simplicidad del razonamiento que conlleva, el de una mera ordenación se propone una forma de implementarse, para ello se precisa de un grupo de trabajo que establezca los valores imperantes en forma justificada y su jerarquía de aplicación, para que, en un caso

concreto se ubique el lugar que ocupa el principio o principios en colisión y de allí se determine el de mayor jerarquía.

También se analizó el fundamento de los derechos humanos, encontrándose que estos siempre han existido, pero después de la segunda guerra mundial se internacionalizan y son el pilar fundamental para el estado constitucional y democrático de derecho, de forma que su estudio, análisis y formas de aplicación como lo es el principio de proporcionalidad son necesarios para contribuir a la consolidación de un estado constitucional y democrático, en el cual el respeto a los derechos humanos sea la regla y no la excepción.

Finalmente, la aplicación del principio de proporcionalidad es un ejercicio sistematizado de justificación racional para arribar a una decisión U.

Recomendaciones

De la literatura revisada se aprecia que el principio de proporcionalidad no se ha venido aplicando con la sistematicidad aquí enunciada, ante todo siguiendo cada uno de los pasos de forma que el esquema justificativo sea claro y genere un estado de justicia social a las partes al dirimirse conflictos donde entran en colisión principios. Así que, una recomendación es aplicar el método de Alexy aquí sistematizado con los elementos de regularidad constitucional enunciados a casos concretos futuros, en ciernes y resueltos para generar un aprendizaje vivencial.

Fuentes bibliográficas:

ABOITES AGUILAR, Luis, *El Agua de la Nación. Una Historia Política de México (1888-1946)*, CIESAS, México, 1998.

ACHERANDIO ZUAZO, Luis, S.J., *Iniciación a la práctica de la investigación*, 7ª. Ed. Actualizada, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de investigaciones jurídicas, 2010

ADAME GODDARD, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, McGraw-Hill, 1998, Serie E. Varios, núm. 92, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, Distribuciones Fontamara, S.A., 1993.

ALEXANDER, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª. ed., trad. De Atienza Manuel y Espejo Isabel, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ANDRÉS PÉREZ, María del Rocío, *El principio de proporcionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Barcelona, Bosch, 2008.

ARISTÓTELES, *La Política*. Seg. Ed., Editores mexicanos unidos, S.A, México, 2003.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Teoría de la argumentación jurídica, tercera reimpresión, México, UNAM, 2008.

BARLOW, Maude, *El derecho al agua, una idea a la que ha llegado su momento*, coordinadora editorial Natalia Uribe, Icaria editorial, “El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro”, Oficina de Naciones Unidas de apoyo al año internacional para la acción “agua, fuente de vida” 2005-2015, 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p.66 y 80. El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico, restringe a órbita de la discrecionalidad administrativa.

CARBONELL, Miguel, 2011. *Argumentación jurídica*. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, Porrúa, 2011.

BRENNAN, Geoffrey y BUCHANAN, James M., *La Razón de las Normas*, Unión Editorial, España, 1987.

BURRUEL HUERTA, Leopoldo, *Principios Constitucionales. Desde la Constitución Mexicana hasta la Corte*, Porrúa, México, 2013.

CAMDESSUS, MICHEL, Bertrand Badré, Ivan Chéret y Pierre-Frédéric Ténière-Buchot, *Agua para todos*, traducción de Leticia Hülsz Picote, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2010, Serie Doctrina Jurídica, núm. 210, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CARPIZO, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional*. La Corte y los derechos, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, No. 28, Porrúa, México, 2011.

CÉSPEDES HERNÁNDEZ, Juan José, *Pobreza y escasez de agua en el México del siglo XXI*, México, Novum, 2011, pp. 140.

CÓRDOVA DEL VALLE, Fernando, *Haz de tus principios y valores, un hábito en tu vida*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

DELLA MIRANDOLA, Giovanni Pico, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, traducción, introducción, edición y notas de Pedro J. Quetglas, textos Universitarios PPU, segunda edición, España, 2002.

DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Traducción de Marta Guastavino, Quinta reimpresión, Ariel Derecho, España, 2002.

FRONDIZI, Risieri, Fondo de Cultura Económica, vigésima segunda *¿Qué son los valores? Introducción a la Axiología* a reimpresión, México, 2009.

GADAMER, Hans-Georg, *El giro hermenéutico*, Tercera edición, traducción de Arturo Parada, Madrid, Cátedra Teorema, 2007.

GAIDO, Paula. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.

GARCÍA MORELOS, Gumersindo, *Nueva Ley de Amparo*, México, editores palacio del derecho, 2013.

GARZA OLVERA, Benjamín. *Aritmética y Algebra. Matemáticas I*. DGETI, DGETAM. Interamericana de asesoría y Servicios S. A. de C.V., México.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Tesis y jurisprudencia en materia de aguas*, en "Agua: aspectos constitucionales", coordinadores Rabasa, Emilio O., Arriago García, Carol B., México, Porrúa

GUTIÉRREZ Sáenz, Raúl, *Historia de las doctrinas filosóficas*, trigésima séptima edición, México, Esfinge.

HART, H.L., *El concepto de derecho*, trad. de Carrió, Genaro R., ter. Ed., Abeledo Perrot, Argentina, 2009.

HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo. *Curso de filosofía del derecho*. Oxford, México, 2009.

HERRENDORF, Daniel E. y Birdart, German J., *Principios de derechos humanos y garantías*, Argentina, EDIAR, 1991.

HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, segunda edición en español, trad. Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 132.

KANT, Immanuel, *Los progresos de la metafísica*, primera reimpresión, traducción Mario Caim, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, traductor parte, José del Perojo, parte II, José Rovira Armengol, Buenos Aires, Editorial Losada, 2003.

LÓPEZ Villegas, Eduardo, *Derecho y Argumentación*, colección: textos Universitarios, Colombia, 2001.

LOVETT CLINE, Barbara, *Los creadores de la nueva física*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

MASSINI CORREAS, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Argentina, 2ª. Ed., Argentina, Abelardo-Perrot, 1994.

MENDONCA, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, España, Tecnos, 2003.

MENDONCA, D. Y GUIBOURG, R.A., *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2004.

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional No. 18, Porrúa, México, 2007.

PALACIOS, JULIO, *Análisis dimensional*, segunda edición, Espasa Calpe, Madrid, 1964.

ROCA BLANCO, Dionisio, *Santo Tomás de Aquino (1225-1274)*, Biblioteca Filosófica, Ediciones del Orto, Madrid, 1994

ROCHA LEÓN, Alonso, RINCÓN ARCE, Alvaro, *ABC de física para las escuelas de segunda enseñanza*, cuarta edición, Editorial Herrero, México, 1970.

ROSS, Alf, *Lógica de las normas*, trad. José S.P. Hierro, Granada, Editorial Comares, S.L., 2000, *Colección: Crítica del derecho sección: arte del derecho, p. 3. Para Hare los enunciados (statements) son los significados de las diferentes formas gramaticales.*

SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, trad. Lorenzo Riber, Barcelona, Círculo de lectores.

SANDEL Michel J., *El liberalismo y los límites de la justicia*, traducción de María Luz Melon, Barcelona, 2000.

SANDEL, Michel J., *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*, traducción de Ramon Vilà Vernis, Barcelona, Marbot ediciones, 2007.

TARUFFO, Michele, *La Motivación de la sentencia civil*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer Beltran, Editorial Trotta, 2011.

TERAN, Juan Manuel, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2009

TOMÁS, Francisco, *Los números reales*, México, Asociación Nacional de Universidades e Institutos de Enseñanza Superior.

VIGO, Alejandro G., *Estudios Aristotélicos*, Pamplona, Eunsa, 2006.

VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales*. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana, México, Porrúa, 2011.

WITKER, Jorge, *La investigación Jurídica*, México, McGraw-Hill, 1995.

WITKER, Jorge, *Metodología de la enseñanza del derecho*, México, Porrúa, 2008.

Fuentes hemerográficas

ALLER, Linda, Truman Bennett, Jay H. Lehr, Rebecca J. Petty and Glen Hackett, "DRASTIC: A standardized system for evaluating ground water pollution potential using hydrogeologic settings", EPA/600/2-87/035, may 1987, Robert S. Kerr Environmental Research Laboratory Office of Research and Development, U.S. Environmental Protection Agency, ADA, Oklahoma 74820.

BARLOW, Maude, "El derecho al agua, una idea a la que ha llegado su momento", en Uribe Natalia (coord.), *El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro*, Icaria editorial, 2008, Oficina de Naciones Unidas de apoyo al año internacional para la acción "agua, fuente de vida" 2005-2015.

CARMONA LARA, María del Carmen, La constitución y el agua: apuntes para la gobernabilidad en el caso del agua en México, en Rabasa, Emilio O., *Agua Aspectos Constitucionales*, Porrúa, 2011, pp. 91 y 92.

CIANCIARDO, Juan, "Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción", *Bol. Mex. Der. Comp.*, v. 36, n.108, México, dic. 2003.

CIANCIARDO, Juan, "Argumentación e interpretación jerárquica de los derechos humanos", *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II congreso internacional de argumentación jurídica*, primera reimpresión, México, SCJN, 2013, pp. 3-15.

CNA, Vertientes, *Revista de comunicación interna*, México, 2003, vol. 9, núm. 89, p. 17

DORANTES DÍAZ, Francisco Javier, "Derechos Sociales y argumentación jurídica. Una aporía constitucional, sus posibles tópicos y aplicación. Mesa," en *Argumentación*

jurisprudencial. Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?, México, 2013, SCJN.

KIEFER THORSTEN Y ROAF, Virginia “El derecho humano al agua y al saneamiento: ventajas y limitaciones”, en Uribe Natalia (coord.), *El derecho humano al agua. Situación actual y retos de futuro*, Icavia editorial, 2008, Oficina de Naciones Unidas de apoyo al año internacional para la acción “agua, fuente de vida” 2005-20

LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “El principio de proporcionalidad en la teoría de los derechos fundamentales”, [http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view.File/220/219](http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/File/220/219) 22 mayo 2013.

ORTIZ RENDON, Gustavo Armando, “Evolución y perspectiva del marco jurídico del agua en México: nuevos retos y oportunidades para la gestión integrada del recurso hídrico” en Rabasa, Emilio O. (coord.), *Agua. Aspectos constitucionales*, México, Porrúa, 2011.

PEÑA CHACÓN, Mario, “El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense (primera parte)”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, 2012, Año 9, núm. 49, pp. 7-14

PEÑA CHACÓN, Mario, “Derecho humano al agua (segunda parte)”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, 2012, vol. 8, núm. 47.

REVISTA COMPROMISO de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, año 12/No. 141 marzo de 2013, p.40.

SALMERÓN, Isabel, Ministro José Ramón Cossío Díaz, ingresa a El Colegio Nacional, *Compromiso*, México, año 12, núm., 148, octubre de 2013, pp. 14-19.

SALMERÓN Isabel, “El estado obligado a garantizar el agua a todos”, *Compromiso*, México, 2013, año 12, núm. 141, marzo de 2013, pp. 8-10.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Alejandro y Gloria Aurora de las Fuentes Lacavex, “La garantía constitucional del gobernado en México, o juicio de amparo” en Alejandro Canónico Sarabia (coordinador), *Actualidad del Contencioso Administrativo y otros Mecanismos de Control del Poder Público. V Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Margarita 2013*, Editorial Jurídica Venezolana, 2013, pp. 893-912.

SAPAG, MARIANO A., “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado”, *Dikaion*, Chía, 2008, año 2008, núm. 17-157-198, pp. 157-198.

NAVA ESCUDERO, César, “El Principio de precaución en el derecho internacional ambiental”, *Derecho Ambiental y Ecología*, México, 2004, año 1, núm. 2, pp. 5-9 y 52-63.