

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993**



TEMA

**“EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL AGUA EN
EL SALVADOR”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR

SORIANO OSORIO, CLAUDIA MORENA

JACOBO ALVARADO, YANCY MARÍA

NÚÑEZ AGUILAR, JUAN JOSÉ

DR. JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ

DIRECTOR DE SEMINARIO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE DE 2012

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
ING.MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICE-RECTORA ACADEMICA

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LIC. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LIC. DONALDO SOSA PREZA
VICE-DECANO

LIC. OSCAR RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DR. JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTOS

*“Cuando la sabiduría entrare a tu corazón, y la ciencia fuere grata a tu alma, la discreción te guardará; te preservara la inteligencia, para librarte del mal camino.
(Proverbios 2: 10-12).”*

A Dios: Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón, darme la sabiduría, así como la oportunidad de alcanzar mis metas y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mí querida mami Rosa Amelia Osorio: Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su infinito amor.

A mi padre Ángel Soriano: Por los ejemplos de perseverancia y constancia que lo caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor.

A mis hermanas Jacqueline y Kenia: Por ser ese apoyo y ejemplo de hermanas mayores, por la paciencia que me han tenido, por estar a mi lado siempre en mis aciertos y en momentos difíciles; a mi Mama Rosa por ser un pilar fundamental en mi vida, por consentirme y estar siempre pendiente con sus oraciones, a mi tío Cesar Osorio por su apoyo incondicional, por creer en mi e incentivar me a seguir adelante siempre con la ayuda de Dios y a todos aquellos que participaron directa o indirectamente en la elaboración de esta tesis.

¡Gracias infinitas a ustedes!

Claudia Morena Soriano Osorio.

“Hoy debemos mirar hacia el futuro, la obra no se ha terminado, todavía nos queda mucho camino por recorrer, muchas luchas que librar y triunfos por cosechar. Tengamos visión y fe.”

Adolfo Robleto.

A Dios nuestro Señor Jesucristo, por darme la dicha de la vida, por ser mi guía, mi luz, por permitirme culminar con éxito uno de mis sueños, así como por haber puesto en mi camino a las personas idóneas que me acompañaron en este recorrido.

A mis queridos padres Juan Miguel Jacobo Mejía y María de Jacobo por su apoyo incondicional, por sus consejos, comprensión, paciencia y sobre todo por la fe que depositaron en mi todo este tiempo, así mismo agradezco a mi hermana Naida, por haber sido junto a mis padres quien velo por mí en todo este tiempo y a mis hermanos Bladimir y Marlon por estar ahí en todos aquellos momento que los necesite.

A mis compañeros y amigos en este recorrido Claudia Osorio y Juan Núñez, por los buenos y malos momentos compartidos, por todo el apoyo, comprensión y paciencia gracias, Sr. Rosa Amelia Osorio, por habernos acogido en su hogar, por su apoyo y consejos, por desvelarse junto a nosotros gracias y a todas aquellas personas que de alguna u otra manera pusieron su granito de arena en la elaboración y el desarrollo de la investigación.

A Dr. José Miguel Vázquez López, por ser nuestro Docente Director, por sus constantes observaciones y aportes que llevaron a la culminación exitosa de nuestro trabajo de graduación.

A ustedes mis amigos que siempre me apoyaron y estuvieron ahí en mis buenos y malos momentos, Astrid Capacho, Yeny Cruz, Francisco López y José Gutiérrez.

Yancy María Jacobo Alvarado.

A Dios.

Por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mis familiares.

A mi madre, padre y hermanos, por compartir momentos a mi lado, y ser una familia unida y especial a pesar de las dificultades.

¡Gracias a ustedes!

A mis amigos.

Que a pesar de los errores y dificultades e imprudencias cometidas de mi parte, nos apoyamos mutuamente en nuestro trabajo de investigación, sin perder el amor que nos une: Claudia Morena Osorio, por haberme apoyado y ser alguien realmente admirable, a Yancy María Jacobo Alvarado, por ser una compañía incondicional y estar a mi lado a pesar de mis aciertos y desaciertos.

A mis maestros.

Dr. José Miguel Vásquez López, por su apoyo y motivación para la culminación de nuestros estudios profesionales y para la elaboración de esta tesis.

Todos aquellos amigos que no mencione al momento de escribir esto. Gracias, solo lo conservo muy dentro de mi sentir, esas emociones y momentos compartidos.

Juan José Núñez Aguilar.

INDICE

ABREVIATURAS	I
INTRODUCCIÓN	III

CAPÍTULO I. DESCRIPCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento del Problema	1
2. Justificación de la investigación	11
3. Objetivos.....	14
3.1 Objetivo General.....	14
3.2. Objetivos específicos	14

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES JURÍDICOS-HISTÓRICOS DEL DERECHO AL AGUA

4. Introducción.....	15
5. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Pre moderno. Algunos Antecedentes Remotos	16
6. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Constitucional de Derecho	19
7. Formas Históricas del Reconocimientos del Derecho Fundamental al Agua	23
7.1 Reconocimiento Explícito	24
7.1.1 Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Uganda	28
7.1.2 Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Sudáfrica	28

7.1.3 Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Ecuador de 1998 y en la Constitución de 2008-----	30
7.2 Reconocimiento Implícito-----	33
7.2.1 El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Brasileña-----	34
7.2.2 El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Mexicana-----	36
7.2.3 El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Argentina-----	41
7.2.4. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Española-----	42
8. Vinculación Histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la creación del Derecho Fundamental al Agua -----	44
8.1. Causas que Motivaron el Reconocimiento del Derecho Humano al Agua como Derecho Fundamental -----	48

**CAPÍTULO III. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL
DERECHO AL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE
CARÁCTER SOCIAL**

9. Introducción-----	55
10. El Reconocimiento de una Teoría de los Derechos Fundamentales. Génesis del Desarrollo de los Derechos Fundamentales -----	56
11. Diferencia y similitudes entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos-----	63
12. Aproximaciones conceptuales sobre los Derechos Fundamentales-----	69
12.1 Concepción Iusnaturalistas -----	72
12.2 Concepción Iuspositivista-----	74
12.3 Concepción Moderna -----	74

13. Categorización de los Derechos Fundamentales -----	77
13.1 Categorización Tradicional -----	78
13.2 Categorización Moderna -----	80
14. Características de los Derechos Fundamentales -----	83
15. Definición de Derecho Fundamental al Agua -----	88
16. Naturaleza jurídica del Derecho Fundamental al Agua -----	90

CAPITULO IV. MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES. CRÍTICA A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR

17. Introducción -----	94
18. Formas de Reconocimiento de los Derechos Fundamentales. La positivización del Derecho Fundamental al Agua como Derecho Fundamental de Carácter Social -----	95
18.1 Reforma Constitucional -----	106
18.2 Mutaciones Constitucionales -----	109
18.3 Bloque de Constitucionalidad -----	110
19. Causas que han motivado en El Salvador, el reconocimiento al agua como Derecho Fundamental -----	113
20. La Reforma Constitucional relativa a la positivización del agua como Derecho Fundamental -----	117
20.1. Pretensiones que prescribe la reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua -----	120
20.2. Alcances que prescribe la Reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua -----	122
20.3. Obligaciones que prescribe la reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua -----	123
20.3.1. Obligación de aprovechamiento y preservación del recurso hídrico -----	124

20.3.2. Obligación de procurar el acceso a los habitantes -----	125
21. Críticas a la Reforma Constitucional en El Salvador-----	127
21.1. La redacción técnico jurídica al precepto que regule el Derecho Fundamental al Agua en El Salvador -----	130

**CAPÍTULO V. TUTELA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL
AL AGUA**

22. Introducción -----	138
23. El Derecho Fundamental al Agua, Como Derecho social en el Ordenamiento Jurídico-----	139
24. Mecanismos de Exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua -----	141
24.1. Mecanismos de exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua en la vía Administrativa -----	144
24.1.1. Ante Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA) -----	146
24.1.2. Defensoría del Consumidor-----	147
24.1.3. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social-----	150
24.2. Mecanismos de exigibilidad en la vía Penal -----	153
24.2.1. Por Denuncia, Querrela, y Aviso ante la comisión de los delitos relativos a la Naturaleza y el Medio Ambiente, y a la Salud Publica -----	156
24.3. Mecanismos de exigibilidad en la vía Constitucional-----	158
24.3.1. El Amparo como Mecanismo Jurídico Procesal de Carácter Constitucional en la tutela al Derecho Fundamental al Agua-----	161
24.4. Mecanismos de exigibilidad en la vía Civil -----	165
24.4.1. Acción por Daños y Perjuicios -----	167
24.5 Mecanismos de exigibilidad en la vía Internacional -----	170
24.5.1. Mediante comunicación o queja ante la Comisión de Derechos Humanos-----	177

24.5.2. Mediante Comunicación o Queja ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos-----	181
24.5.2.1. Comunicación o Queja ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos-----	183
24.5.2.2. Sometimiento del caso por medio de la Comisión ante la Corte Interamericana mediante la presentación de la demanda-----	186
CONCLUSIONES. -----	188
BIBLIOGRAFÍA -----	191

ABREVIATURAS

ADESCOS	Asociaciones de Desarrollo Comunal.
AG – ONU	Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas
AE	Acuerdo Ejecutivo.
ANDA	Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados.
Art.	Artículo.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CDESC	Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
CDH	Comisión de Derechos Humanos.
CDN	Convención de los Derechos del Niño.
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
COMDA	Coalición de Organizaciones Mexicanas por el Derecho al Agua.
CNS	Constitución de El Salvador.
CPP	Código Procesal Penal.
CS	Código de Salud.
CSJ	Corte Suprema de Justicia.
DC	Decreto Constituyente.
DDC	Defensoría del Consumidor.
DDBPV	Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia.

DFA	Derecho Fundamental al Agua.
DFDHC	Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.
DIN	Declaración de Independencia Norteamericana.
DL	Decreto Legislativo.
DO	Diario Oficial
DUDE	Declaración Universal de los Derechos Emergentes.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas.
Inc.	Inciso.
LANDA	Ley de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados.
LGA	Ley General de Aguas.
LPC	Ley de Protección al Consumidor.
LPCN	Ley de Procedimientos Constitucionales.
MSPAS	Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.
OG 15	Observación General 15.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PAH	Plan de Acción Hídrica.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

INTRODUCCIÓN

Con el aparecimiento de las Constituciones rígidas, después de la segunda guerra mundial, se reconoce una amplia gama de derechos fundamentales, que constituyen elementos estructurales y funcionales que limitan el poder, y que conforman a su vez, las condiciones o nexos causales, imprescindibles que caracterizan al paradigmático aparecimiento del Estado moderno o Estado constitucional y democrático de derecho, del cual, El Salvador no es ajeno, ya que, desde la Constitución de 1950, ha transitado por la construcción de este modelo de Estado, mediante el reconocimiento derechos individuales de origen liberal, que giraban básicamente alrededor del concepto de libertad, con la Constitución de 1983, este catálogo es ampliado por los Derechos Sociales, Culturales y Económicos, que la Constitución de El Salvador engloba a excepción de los Derechos Económicos, bajo la denominación del Título II: Derechos y Garantías Fundamentales, que se desarrollan en tres capítulos.

Con el proceso de Reforma Constitucional, aprobada por la legislatura dos mil nueve-dos mil doce, se reconoce y aprueba el Derecho Fundamental al Agua, siendo sin duda, un derecho fundamental de carácter social o prestacional, que específicamente amplía el catálogo de derechos sociales, reconocidos en el Título II, Capítulo II, Sección Cuarta de la Constitución, que permite seguir construyendo un modelo de Estado moderno.

El Derecho Fundamental al Agua, tiene por objeto de tutela al agua, como elemento abiótico de la naturaleza o del medio ambiente el cual, conforma el núcleo articulador de la vida, que durante mucho tiempo ha sido considerado, en el plano internacional, como un bien de uso público o un derecho humano, interpretativamente adscrito o derivado de otros

derechos humanos como el derecho a la salud y la vida, que reconoce el PIDESC, como resultado de análisis propugnados a partir de diversos foros conferencias y convenciones o declaraciones de índole internacional, que constituyen las nociones que permiten la descripción de la investigación, que se desarrolla en el capítulo I, de la Tesis de Licenciatura, que se divide en cinco capítulos, que aborda los grandes brocardos dogmáticos jurídicos de los derechos fundamentales.

En el Capítulo II, se establece el contexto coyuntural histórico que dio pauta al reconocimiento del Derecho Fundamental al Agua, como categoría jurídica reconocida por diversas y pocas Constituciones en diferentes Estados en el ámbito internacional, las cuales constituyen las primeras gestaciones del reconocimiento de este derecho social, que se reconoce en el tránsito o paso de un Estado de derecho a un Estado constitucional y democrático de derecho, que se logra en la medida en que los Estados adquieren una actitud de reconocimiento eficaz mediante la positivización de los derechos humanos, con la categoría de derechos fundamentales en la ley primaria.

El Capítulo III, esboza de una manera deductiva explicativa lo referente al origen, aparecimiento y desarrollo de los derechos fundamentales, es decir en este capítulo se ubica el aparecimiento de los derechos fundamentales en el plano material y objetivo bajo acotaciones espacio temporales que se vinculan de alguna manera con planteamientos de los derechos humanos, teniendo presente sus diferencias, con el propósito de establecer una aproximación sobre lo que debe entenderse por derecho fundamental al agua y delimitar así su naturaleza jurídica.

El desarrollo del Capítulo IV, aborda aspectos doctrinarios referentes a

la formas de reconocimiento de los derechos fundamentales, como: la Reforma Constitucional, la Mutación Constitucional, y el Bloque de Constitucionalidad, que permita una mayor comprensión de la aprobada reforma al Art. 69 de la Cn., referente al Derecho al Agua, esto es con el objeto de comprender las causas, pretensiones, obligaciones y alcances que propugna la modificación Constitucional, y con ello, establecer críticas al reconocimiento Constitucional del Derecho Fundamental al Agua, realizado por el Órgano Constituido –Legislatura 2009-2012-.

Por último en el Capítulo V, se desarrollan aspectos relacionados al reconocimiento del Derecho Fundamental al Agua, en el ordenamiento jurídico, como derecho social, que conforma una relación jurídica vinculante a otros derechos fundamentales, y permite una efectiva protección de este derecho fundamental, en diversos ámbitos jurídicos, como el público y el privado, que garantizan, al ser humano una efectiva tutela, mediante diversos mecanismos jurídicos, tanto internos, como externos.

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

SUMARIO: 1. Planteamiento del Problema; 2. Justificación de la investigación; 3. Objetivos; 3.1. Objetivo General; 3.2. Objetivos Específicos.

1. Planteamiento del Problema

El reconocimiento de los Derechos Fundamentales, tiene como presupuesto la función de proteger la libertad de la persona humana contra cualquier vulneración del poder público¹.

Esta premisa parte del desarrollo del constitucionalismo del siglo XX², ya que, el derecho constitucional empieza a gestarse y a orientarse hacia el

¹ VILLACORTA MANCEBO, L., *La Construcción de la Dogmática Europea Sobre los Derechos Fundamentales*, Cuadernos electrónicos N° 4 de Derechos Humanos y Democracia, P.92. Disponible en: <http://www.portalfio.org/inicio/repositorio//CUADERNOS/CUADERNO4/Luis%20Villacorta%20Mancebo.Pdf>. (Consultado 16 de Abril de 2012). “La función primordial de los Derechos Fundamentales es, sin duda, la de proteger la esfera de libertad del individuo contra las intromisiones del poder público. Ello es consecuencia de la evolución histórica de la idea de los Derechos Fundamentales, como asimismo de los acontecimientos históricos, lo que se ha traducido en la incorporación de los Derechos Fundamentales en las constituciones de los distintos Estados”; si bien, tuvo al mismo tiempo especial empeño en dejar suficientemente claro que con esta idea no se agotaba el contenido jurídico constitutivo de los Derechos Fundamentales.

² FERRAJOLI, L., “Sobre los Derechos Fundamentales”, *Revista jurídica Cuestiones Constitucionales* N° 15, Traducción de Miguel Carbonell, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Julio-Diciembre de 2006, pp. 115 y 116. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>., (Consultado 16 de Abril de 2012). “El constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá el legado más importante del siglo XX. Es también (...) sobre todo, un programa normativo para el futuro (...) La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos: de los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados. Una historia no teórica, sino social y política, dado que ninguna de las diversas generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta”

reconocimiento de los derechos de las personas y la búsqueda de los mejores Mecanismos o medios para su protección³.

El reconocimiento de los Derechos Fundamentales⁴, constituyen la entraña misma de la Constitución⁵, y permite el desarrollo del Estado Constitucional y Democrático de Derecho⁶, debido a que, acoge y articula

³ URIBE ARZATE, E., "La Defensa Constitucional de los Derechos Fundamentales en la Reforma del Estado Mexicano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Nueva serie año XLII, N° 125, Mayo-Agosto de 2009, P. 1031. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex125/BMD000012513.pdf>. (Consultado 16 de Abril de 2012). "Fue hasta después de concluida la Segunda Guerra Mundial cuando el derecho constitucional empezó a configurar una visión más amplia, orientada hacia el reconocimiento de los derechos de las personas y la búsqueda de los mejores escenarios para su aseguramiento".

⁴ Sobre las primeras manifestaciones del apareamiento de los derechos fundamentales puede consultarse: Cfr. UNESCO, *Manual de educación para la sostenibilidad*, Bilbao, UNESCO, País Vasco, 2009, cit. por PEÑAS, V. y MASIP, I., *Agua, Derecho y Desarrollo, El reto de la Conservación del Medio Hídrico*, Cuaderno N° 17, Bakeaz, Políticas de Cooperación de Bilbao, España, 2004, P. 3. "La idea comienza a tomar cuerpo con la Revolución francesa (siglo XVIII), y se manifiesta en la primera generación de derechos civiles y políticos, con los que se pretende garantizar la libertad de las personas (ciudadanos) frente al poder del Estado".

⁵ URIBE ARZATE, E., *Ob. cit.*, P. 1030.

⁶ FERRAJOLI, L., *Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales, La Rigidez de la Constitución y sus garantías*, en www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLI_espagnol.pdf. (Consultado 16 de Abril de 2012). De acuerdo con el teórico del derecho Luigi Ferrajoli, la eclosión del Estado constitucional de derecho a mediados del siglo XX produce una transformación radical en la estructura de los ordenamientos jurídicos continentales; *Vid.* DUEÑAS RUIZ, Ó. J., *Lecciones de Teoría Constitucional*, cit., por DUEÑAS RUIZ, Ó. J., *Acción y procedimiento en la Tutela*, Librería ediciones del Profesional, LTDA., 5ª ed., Bogotá D.C, Colombia, 2006, pp. 3-4. "Varios hechos históricos que ocurrieron en el mundo van a influir en una conceptualidad constitucional diferente a la proveniente de las revoluciones burguesas. Uno de esos acontecimientos fue nada menos que la Segunda Guerra Mundial con secuelas en lo referente a la estructura del Estado. Claro que desde 1919, después de la Revolución de Octubre en Rusia, la teoría política-constitucional, con la Constitución de Weimar en Alemania, tuvo un viraje radical, superándose la estructura del viejo Estado liberal. Se establecieron los derechos fundamentales y se le dio piso, al menos en teoría, a un Estado Social de Derecho. Pero la llamada República de Weimar con su Constitución quedó aplastada por la política totalitaria del nazismo que violentó gravemente los derechos humanos; y la República de Weimar fue incapaz de solucionar los inconvenientes que creó la gran depresión que significó masiva pobreza y desintegración social; los innumerables problemas económicos y sociales que surgieron no tuvieron respuesta inmediata, ya que no existía ni programación macroeconómica ni presupuestos para el Estado Bienestar"; Para la comprensión de los diferentes modelos de Estados puede consultarse: FERRAJOLI, L., *Principios del Derecho, Teoría del derecho y de la democracia*, s.e., Ed. Roma: Bari-Laterza,

derechos fundamentales que coinciden con las primeras generaciones de derechos Humanos que dignifican al ser humano⁷.

Este orden de ideas permite argumentar que la ley fundamental en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, no constituye un orden programático de valores sino un verdadero orden de aplicación práctica y directa de valores fundamentales, que tiene como clave fundamental la dignidad del ser humano⁸, manifestando con ello la fuerza creadora de los Derechos fundamentales.

2007, Vol. II: *Teoría de la Democracia*, pp. 29-30; FERRAJOLI, L., "La Pragmática de la Teoría del Derecho", Versión en español por Jordi Ferrer (trad.), en FERRAJOLI, L., *Epistemología Jurídica y Garantismo*, 1ª ed., Fontamara, México D.F., 2004, pp. 353-354. De acuerdo con Ferrajoli, se pueden distinguir tres modelos o paradigmas históricos de Estados y del derecho: el Estado primitivo, el estado pre moderno o del derecho pre moderno, también denominado Estado legislativo o del derecho del Estado legislativo y el Estado Constitucional de Derecho o del Derecho del Estado constitucional de derecho.

⁷ PEÑAS, V. y MASIP, I., *Ob. cit.*, P. 3. "A finales del siglo XIX y principios del XX, con el auge y las reivindicaciones del movimiento obrero, amparadas y legitimadas por las revoluciones socialistas rusa (1917) y mexicana (1910), se ve la necesidad de defender nuevos derechos económicos, culturales y sociales que también dignifican al ser humano. Nacía así la segunda generación de los derechos humanos, con los que, además, se exige a los Estados que velen por el respeto de estos derechos. A partir de 1970, los nuevos retos de las sociedades modernas hacen entrar en escena nuevos derechos que requieren de la cooperación internacional. Surgen, así, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz mundial, el derecho al disfrute del Patrimonio Común de la Humanidad o el derecho al medio ambiente. Sin embargo, el reconocimiento de estos nuevos derechos ha suscitado importantes debates que han terminado en un desacuerdo entre los Estados".

⁸ VILLACORTA MANCEBO, L., *Ob. cit.*, P. 92. "La Ley Fundamental no constituye un orden "axiológicamente neutro" sino un verdadero orden objetivo-material de valores fundamentales cuya clave de bóveda es la dignidad intangible del ser humano, que irradia sus efectos incluso sobre las relaciones de los ciudadanos entre sí, expresando con ello una intensificación de la fuerza creadora de los Derechos". En este mismo sentido DE VEGA, P., "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo", en *Revista Sobre Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 1, UNED, Madrid, España, 1998, P. 84. "Cuando el Derecho Constitucional logró rescatar las categorías de espacio y tiempo y comenzó a adquirir dimensiones concretas e históricas evidentes, ello significó asimismo que el Derecho Constitucional, como conjunto normativo que se involucra en la realidad social y política concretas, no tenía por qué renunciar a dar sentido histórico y a hacer valer sus proposiciones normativas. Al considerar que los valores, principios, contenidos y objetivos establecidos en las normas sólo pueden explicarse cuando responden a los propios valores y principios que conforman la realidad social, se abrió el camino para que la confrontación entre normatividad jurídica y realidad política pudiera empezar a resolverse".

Al analizar esto, se observa que el agua como elemento imprescindible articulador de la vida⁹, permite dignificar al ser humano, y a pesar de ello, no se positiviza como Derecho Fundamental, de manera expresa¹⁰, por considerarse como un bien enajenable sujeto al dominio o apropiación¹¹.

Esta situación da la pauta para analizar, cuál ha sido el tratamiento jurídico que se le ha dado al agua en el contexto normativo, sin dejar de lado

⁹ ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., "Agua: Derecho Humano Fundamental", *Revista Jurídica UNIGRAN*, Centro Universitario da Grande Dourados, MS., V. 11., N°. 22, Brasil, Julio-Diciembre 2009, pp. 11-12. "Sin duda alguna que casi la totalidad de las formas sabidas de vida necesitan del agua. Desde el comienzo de la civilización, el hombre, de tal manera depende del agua para su supervivencia apropiada cuanto para la agricultura y la creación de animales. Durante milenios, el agua era considerada un bien común y básica y de ella se sirvieron los animales, así también los hombres de ella compartieron, coexistiendo en armonía. El hombre si está apropiando y explorando los recursos ambientales, incluyendo el agua, pues eran ellos mismos inagotables. Sin embargo, en un momento dado, él percibió la importancia del agua, pero cuando ella comenzó a rarear."; PEÑAS, V. y MASIP, I., *Ob. cit.*, P. 4. "Evidentemente, el acceso al agua y al saneamiento son derechos vitales que deberían ser recogidos, también, como elementos necesarios para tener derecho a la salud y al bienestar de las personas". Este es el espíritu, por tanto, que subyace bajo todas las resoluciones de la ONU y otras tantas conferencias internacionales. Recordemos, por ejemplo, la Conferencia sobre el Agua de Mar del Plata de 1977, en la que se reconoce el derecho humano al agua de esta manera: "*todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas*". Más aún, en algunos Estados se han redactado documentos que recogen este derecho básico, como la Carta de Derechos de la Constitución de Sudáfrica de 1994, en cuyo artículo 27 se dice que "*Todas las personas tienen derecho a tener acceso a alimentos y agua suficiente*". Sin embargo, a pesar de los esfuerzos y del interés mostrado, en todas estas resoluciones de las últimas décadas el derecho humano al agua sigue estando en entredicho.

¹⁰ ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P. 19. "El derecho al agua como tal no se encuentra reconocido. No se prevé una norma explícita para la defensa del agua, pero se ha defendido la dignidad de la persona humana en algunos tratados de derechos humanos que prevén implícitamente la defensa del agua".

¹¹ En este sentido VÁSQUEZ LÓPEZ, J. M., *El Reconocimiento del Derecho Humano al Agua en el Orden Internacional y en El Salvador*, Tesis de Grado para Optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Autónoma de Barcelona, Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, Noviembre, 2009, P. 48. "La edad media se concibe como la época en la cual se consolida el Estado absolutista en donde es el Rey quien concentra el poder, y el mismo es el titular del derecho real de todas las tierras del reino, esto conlleva a que en Europa se gestaran los procesos de regionalización de los reinos –es decir los feudos- quienes administraban las tierras reales, por consiguiente el uso del agua en dicha administración se realizaba de forma comunal pero con dependencia del señor feudal. La regulación del agua aparece desde los primeros siglos medievales como pertenencias sujetas al dominio eminentemente del soberano".

u obviar el planteamiento dado por muchos teóricos sobre considerar al agua no como un derecho fundamental sino más bien, como un bien de uso comunitario, como bien público y como un bien susceptible de apropiación privada¹², así como también el problema ambiental, consecuencia del deterioro del medio hídrico y el déficit de abastecimiento y saneamiento que sufre buena parte de la población en el mundo.¹³

Para todo éste análisis se tienen como premisas, la teoría de los Derechos Fundamentales su origen en el plano formal, sin alejarse de argumentos sobre derechos humanos en general, y del Derecho Humano Agua en particular, ya que es ahí donde se empieza a gestar los primeros

¹² MATEOS, C. y CABEZAS CALVO-RUBIO, F., *El Agua en España, El Agua como recurso y su Marco Jurídico Administrativo*, Segunda Conferencia, Instituto Euro mediterráneo del Agua, Universidad de Murcia, s.e., pp. 6-7. “Como pertenencia, las aguas podían ser objeto de cesión, donación o alienación de dominio, a título de derecho privado, en beneficio de señores, monasterios, abadías, ciudades, u otras entidades, que alcanzaban de esta forma plena capacidad de decisión sobre ellas. Así, y mediante este mecanismo de traslación parcial de soberanía, los señores feudales asumieron derechos hereditarios de carácter dominical o patrimonial sobre las aguas. Un rasgo importante de este régimen es que existía siempre una reserva de uso de las aguas mediante la cual el derecho señorial de *disponer* era compatible y complementario con el derecho de terceros a *usar*, coexistiendo así la propiedad *eminente* de los señores con la propiedad *útil* de otros, que podían gozar del agua de forma libre, gratuita y perpetua, aunque limitada solo a su uso, y sin la capacidad de disposición. Con frecuencia, los dueños útiles del agua, plenos beneficiarios de su aprovechamiento, no eran particulares sino aldeas, comunidades o pueblos, de tal suerte que también para el agua *el elemento comunal se inserta en el señorial*, junto con los bosques, prados y tierras en los que se establecía la población. Además, y por la naturaleza de algunos aprovechamientos, el dominio útil comunal era objeto de cesión a particulares, aunque la comunidad conservase la titularidad de este dominio. Nótese que este sistema comportaba una estructura con cuatro tipos de propiedad jerárquicamente relacionados: los derechos del soberano, los de los señores, los de los pueblos, y los de los particulares. En ocasiones los señores retenían, además del dominio eminente que les correspondía en función del señorío, el dominio útil de las aguas, mientras que otras veces lo cedían a terceros mediante fórmulas diversas (enajenación de dominio, enfiteusis, donación, etc.)”.

¹³ PEÑAS, V. y MASIP, I., *Ob. cit.*, P. 3. “La humanidad asiste a un problema socio ambiental de gran envergadura, con dos caras. Por un lado, el progresivo declive del estado de salud del medio hídrico, que está provocando el agotamiento de las reservas de agua dulce, y, por otro, el déficit que en materia de abastecimiento y saneamiento padece una buena parte de la población del mundo. Sin duda el deterioro ambiental del medio hídrico, debido fundamentalmente a la contaminación de las aguas, impide acceder a aguas dulces de calidad para el abastecimiento”

indicios de los del apareamiento de los derechos fundamentales¹⁴, y del derecho Fundamental al Agua.

Además de lo anterior, no se puede obviar los planteamientos que el agua es necesaria para la vida, debido a que se constituye como útil para la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano.

Estos argumentos son necesarios para establecer, si el DFA es un derecho autónomo o un derecho fundamental derivado, por encontrarse vinculado a otras categorías de derechos fundamentales¹⁵.

Al comprender el origen de los derechos fundamentales de forma conjunta, así como la vinculación o no de este derecho fundamental con otros, se podrá definir el mismo y como consecuencia de ello abordar una definición, establecer sus características y su naturaleza jurídica.

Lo anterior debe de llevarse a cabo teniendo en cuenta que el agua también es elemento esencial del cuerpo de todos los seres vivos, y que constituye parte esencial del medio ambiente, más aun del constitucionalismo medio ambiental¹⁶.

¹⁴ PECES-BARBA MATINEZ, G. y FERNANDEZ GARCÍA, E., (Directores), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII*, Ed. Dykinson, S.T., 1ª ed., Madrid, España, 1998, pp.15-16. "Estamos ante un período profundamente revolucionario y transformador -a lo largo de más de dos siglos- donde muchas las estructuras económicas, sociales, culturales y políticas del mundo medieval desaparecen, aunque otras se adaptan y sobreviven de la nueva era. El vacío será progresivamente llenado por nuevas estructuras económicas, sociales, culturales y políticas, entre las cuales se encontrara la filosofía de los derechos fundamentales".

¹⁵ Cfr. GLEICK, P. H, y otros. *The World's Water 2004-2005*, Washington, D. C. Island Press. 2004, cit. por PEÑAS, V. y MASIP, I., *Ob. cit.*, P. 3. "Sin duda, la referencia al agua no se hizo de manera explícita por considerarse obvio que sin agua no es posible acceder a ninguno de los otros elementos necesarios para alcanzar una vida digna".

¹⁶ RUIZ-RICO RUIZ, G., *El Derecho Constitucional al Medio Ambiente, Dimensión Jurisdiccional*, Ed. Tirant Lo Blanch, 1ª ed. Valencia, España, 2000, P. 19. "El

Es por ello, que el agua en un Estado Constitucional de Derecho debe ser considerado como un derecho social de carácter fundamental, por tratarse de un bien jurídico emergente de forma paralela al apareamiento de la segunda generación de derechos humanos¹⁷, protegida por la tercera categoría correspondiente a la del derecho de los tratados¹⁸, el cual se positivara en la medida en que los Estados los acojan o se vinculen jurídicamente con tratados que objetiva o subjetivamente reconozcan al agua como derecho.

El Salvador, se encuentra en la transición de reconocer el DA, como derecho fundamental de carácter social, como recurso esencial para los seres humanos y elemento esencial del medio ambiente del Estado.

Esta transición en la cual se pretende reconocer el DA, permite analizar si El Salvador, se consolidaría como un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, así como determinar si la enmienda Constitucional subsanaría la carencia del vital líquido, la falta de un abastecimiento continuo para los usos

Constitucionalismo medio ambiental versa sobre una serie de secuencias históricas que generan una transformación de la realidad jurídica de los pueblos. Las primeras referencias constitucionales sobre el medio ambiente están marcadas por una línea divisoria de naturaleza ideológica. Durante la etapa entre la Segunda Postguerra Mundial se observan una clara diferencia entre los textos constitucionales aprobados en la Europa Occidental (Alemania e Italia) y los que se promulgan en los países que pertenecían a la órbita socialista”.

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, A. A., *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios básicos de derechos humanos I*, s.e., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, pp. 39-62. “Los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales, que transforman el Estado de derecho liberal en un Estado social y democrático de derecho, durante el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, desde 1946 en adelante, lo que se recogerá en las Constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos”.

¹⁸ CANÇADO TRINDADE, A. A., *Derechos de solidaridad, Estudios básicos de derechos humanos I*, s.e., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994, pp. 63-73. “En el ámbito internacional, se ha desarrollado lo que se denomina la tercera generación de derechos humanos, los denominados derechos de los pueblos, derechos solidarios o derechos colectivos de toda la humanidad, entre los cuales se cuenta el derecho a un medio ambiente sano o libre de contaminación, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, los cuales se han ido desarrollando en el último tercio del siglo XX”.

personales y domésticos, la negación a su acceso por razones de sexo, raza, edad, condición social o factores de tipo económico, sus usos no adecuados a las prácticas y costumbres de las comunidades y su insalubridad¹⁹.

Lo anterior forma parte de la realidad, conocida desde hace tiempo, y que ha sido motivo de numerosas resoluciones, conferencias, declaraciones, pactos e informes, en los que se ha tratado el problema, y se han planteado distintas estrategias para su solución²⁰.

Lo anterior, permite redargüir que la protección y preservación

¹⁹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *El Agua: Una valoración económica de los recursos hídricos en El Salvador*, Cuaderno Sobre desarrollo humano N° 5, San Salvador, 2006, P. 17. "Las disparidades en el acceso al agua violan el principio de igualdad de oportunidades que constituye uno de los ejes conceptuales de la idea de desarrollo humano, propuesta en los informes anuales de desarrollo humano del PNUD desde el año 1990. La privación de agua y saneamiento conduce a la pobreza, la insalubridad, la mala nutrición, las inequidades de género y las asimetrías en el acceso a la educación, que niegan a las personas libertades y derechos fundamentales. En la medida que las acciones –o las inacciones- de los gobiernos contribuyen a esa escasez, violan también los principios básicos de la justicia social así como los deberes y responsabilidades asociados con sus obligaciones en materia de derechos humanos. Por consiguiente, los programas de inversión pública y los esquemas de gobernabilidad del agua que dan acceso a agua limpia a una parte de la sociedad, pero privan a otras, generan injusticia social e ingobernabilidad".

²⁰ Cfr. GLEICK, P. H. y otros, *The World's Water 2004-2005*, cit., por PEÑAS, V. y MASIP, I., *Ob. cit.*, P. 3. "Entre las resoluciones más destacadas de la ONU podemos citar las siguientes: Resolución 54/175, de 17 de diciembre de 1999, sobre el Derecho al Desarrollo; Resolución 55/196, de 20 de diciembre del 2000, por la que proclamó el 2003 como Año Internacional del Agua Dulce; Resolución 58/217, de 23 de diciembre del 2003, por la que proclamó el Decenio Internacional para la Acción, El agua, fuente de vida (2005-2015); Resolución 61/192, de 20 de diciembre del 2006, por la que proclamó el 2008 como Año Internacional del Saneamiento; Resolución 64/198, de 21 de diciembre del 2009, sobre el examen amplio de mitad de periodo de las actividades del Decenio Internacional para la Acción, "El agua, fuente de vida". Entre las conferencias e informes de más relevancia, en los que también se trata el tema, podemos citar los siguientes: Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992, vol. I, resoluciones aprobadas por la Conferencia (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.93.I.8 y corrección), resolución 1, anexos I y II; Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), Estambul, 3 a 14 de junio de 1996 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.97.IV.6), cap. I, resolución 1, anexo II; Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, 14 a 25 de marzo de 1977 (publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.77.II.A.12), cap. I".

absoluta, constituyen factores que deben ser reconocidos en el ámbito se atentaría directamente contra la vida de las personas y de las poblaciones²¹, es decir, se negaría con ello el reconocer una seguridad jurídica con acotaciones en la seguridad hídrica²², desde el punto de vista material, ya que el agua constituye un bien y un derecho análogo a cualquier otro²³, cuyo quebranto supone una grave alteración del orden social en su más amplio sentido.

El reconocimiento e introducción del DFA, en la Constitución de El Salvador, legitimaría un Derecho al Agua, en su sentido pleno, es decir, en aras de la protección absoluta a éste Derecho fundamental, situación que conllevaría a garantizar un desarrollo sostenible, mediante el cual, el Estado promovería un desarrollo económico y social conforme a un aprovechamiento racional del recurso natural agua.

Por tanto al observar la enmienda o modificación realizada al Art. 69 de la Constitución de El Salvador, la cual debe ser ratificada por la legislatura dos mil doce-dos mil quince, llama la atención que el problema para garantizar efectivamente un Derecho al Agua, no se debe a situaciones de escasas física, sino que el problema deriva del manejo inadecuado de los

²¹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Ob. cit.* P.17. “En un mundo con creciente escasez de agua, es cada vez más evidente la relevancia de esta para el desarrollo humano. El suministro deficiente de servicios básicos de agua y saneamiento acarrea un alto precio en vidas desperdiciadas y potencial humano perdido. Sin agua, la gente se muere, se enferma y se le cierran oportunidades para desarrollar su potencial”.

²² *Ibidem*, P. 18. “La seguridad hídrica a cualquier nivel, desde los hogares hasta el mundo, significa que toda persona tenga acceso a suficiente agua potable a un precio asequible para poder llevar una vida limpia, saludable y productiva, al tiempo que se asegura que el entorno natural este protegido y se mejore”.

²³ *Ibidem*, P 17. “Sin acceso a agua, la amplia gama de derechos y libertades consagrados en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948 –incluyendo el derecho a la salud, a la alimentación y a una vida digna- se ven sensiblemente disminuidos. Es por ello que, en el año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU declaró que el derecho humano al agua es tanto un prerrequisito para la realización de otros derechos humanos como un objetivo en sí mismo”.

recursos hídricos, debido a una diversidad de problemas técnicos, organizacionales, institucionales financieros y de ausencia de sanciones drásticas prescritas en primer lugar en el Art. 69 de la Constitución, y en leyes secundarias como el Código Penal, Leyes relativas al Medio Ambiente, o leyes especiales.

Dicha situación trae como consecuencia, el considerar a la aprobada enmienda que reconoce de alguna manera el Derecho al Agua, como un ideal que formalmente se creó para satisfacer necesidades humanas²⁴.

Con la ratificación a la modificación o reforma al Art. 69, inc. 3°, y su realización mediante, todos los medios que el Estado de El Salvador tenga, permitirá la consolidación y ampliación del catálogo de derechos sociales, que robustecerían el considerar a El Salvador como un Estado Constitucional, pero desde un punto de vista formal, debido a que, los elementos anteriores son importantes para la elaboración de estrategias, sobre la protección de este recurso natural no renovable.

En esta línea de ideas, el Derecho al Agua, desde la perspectiva de protección y reconocimiento del recurso hídrico como derecho fundamental de carácter social a nivel jurídico-constitucional, no se ha establecido aún, esto es así, debido a que El Salvador, debe de redefinir estrategias, políticas y programas de acción partiendo desde la base del reconocimiento explícito

²⁴ ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2ª ed., traducida por Héctor Bernal Pulido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, P. 32. “La dogmática jurídica es el intento de dar una respuesta racionalmente fundamentada a cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente ya dado, lo que confronta a la dogmática jurídica con el problema de la fundamentalidad racional de los juicios de valor”.

de la enmienda²⁵, y sin omitir con ello los estudios que señalan que el ochenta por ciento de enfermedades se transmiten a través del agua²⁶, lo cual demuestra la necesidad de asegurar un cierto nivel de calidad en la provisión del líquido mediante su conservación, protección y acceso desde un punto de vista material.

Para concluir esta problemática, puede objetarse a la enmienda constitucional la ausencia de aspectos prácticos. Y probablemente sea acertada tal apreciación, aunque la reflexión teórica, acertada o equivocada, es un previo para la acción consciente, y por tanto imprescindible.

2. Justificación de la investigación

La importancia del estudio del Derecho Fundamental al Agua, como un derecho de carácter social, el cual, pretende ser positivado en la Constitución de la Republica de El Salvador, mediante la ratificación o aprobación a la reforma hecha al inciso. 3° del Art.69., se debe a que el Salvador se concibe o transita por un modelo de Estado moderno o Estado

²⁵ GUTIÉRREZ RIVAS, R., *El Derecho Fundamental al Agua en México; Un Instrumento de Protección Para las Personas y los Ecosistemas*, Artículo publicado en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=rotgut. (Consultado 17 de abril de 2012). “Por lo que toca al agua, cuando se establece este derecho en una Constitución, los ciudadanos tienen una *pretensión justificada* que les permite exigir las correlativas obligaciones por parte del Estado, por ejemplo, de que este último no contamine las fuentes hídricas, o bien de que ese mismo Estado vigile que terceros no las deterioren, o bien que el agua para uso personal y doméstico no se encarezca hasta el punto de comprometer la economía de los grupos con mayores desventajas, o también que se vigile y sancione la sobre explotación de los mantos acuíferos para no poner en riesgo la sustentabilidad de los ecosistemas”.

²⁶ PEÑAS, V., *El agua como derecho humano*, s.e., Ed. Alboan, 2008, P. 47 “A pesar de ser la Tierra el planeta del agua, una de cada ocho personas no tiene garantizado el acceso al agua potable. Según datos del Banco Mundial, el 88% de las enfermedades, especialmente en los países subdesarrollados, están causadas por la ingestión de agua contaminada, un saneamiento inadecuado o la falta de higiene personal”.

Constitucional y Democrático de Derecho²⁷.

El tránsito de este modelo de Estado, debe considerar el Derecho al Agua, como elemento complementario del garantismo Constitucional, esto es para que el Estado como instrumento creado por los ciudadanos tenga como objetivo principal el de mejorar las condiciones de vida de todas las personas²⁸, la supervivencia de la población, y la sustentabilidad de los ecosistemas, que desarrolle plenamente el garantismo como un esquema de protección de bienes y derechos que se presten a ser extendidos a todo el ámbito de los derechos de las personas.

En atención a lo anterior, la aprobación de la reforma permitirá que se reconozca un derecho de naturaleza social, que robustecerá una teoría general del garantismo en la medida en que las Constituciones positivasen los derechos fundamentales, como el relativo al agua, y hacer de ello vínculos u obligaciones para ser garantizados por el poder Estatal²⁹, lo cual, plantea situaciones de interdependencia que se hacen exigibles en su totalidad y ante todos, situación que permitirá el abordaje de estrategias

²⁷ MAGAÑA, Á., *Derechos Fundamentales y Constitución*, s.e., Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1997, P. 7. "Nuestra Constitución de 1950 recogió esta idea de Estado denominándose Estado Social y Democrático y se reforzó en la década de los 60, en tiempo de Alianza por el progreso. En los 50 se amplió el panorama de la justicia social al aparecer una nueva concepción de respeto a la dignidad humana en un orden constitucional sustentado en un sistema de valores como la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. Los derechos fundamentales se expandieron y extendieron al incorporar los derechos de prestación (económicos-sociales) y los derechos de participación (políticos)".

²⁸ Vid. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, cit., por GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El Derecho Fundamental al Agua en México; un Instrumento de Protección para las Personas y los Ecosistemas*. Disponible en: www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=rotgut. (Consultado 17 de abril de 2012). "El Garantismo Constitucional, parte de la idea según la cual el Estado es un instrumento creado por los ciudadanos con el objetivo principal de mejorar las condiciones de vida de todas las personas, la supervivencia de otras poblaciones animales y la sustentabilidad de los ecosistemas".

²⁹ *Ibidem*. Lo relevante del derecho fundamental es que el Estado queda obligado a considerar el agua o el Derecho al Agua, como una prioridad que se debe proteger frente a otros intereses con los que pueda entrar en conflicto.

jurídicas de defensa y protección de este bien jurídico, el cual es parte de las necesidades e intereses que en El Salvador, se identifican como relevantes, para asegurar una vida digna, tanto de las generaciones presentes como de las futuras.

Cuando se reconoce, el Derecho al Agua, en una Constitución, los ciudadanos tienen una pretensión justificada que les permite exigir las correlativas obligaciones por parte del Estado, por ejemplo, de que este último no contamine las fuentes hídricas, o bien de que ese mismo Estado vigile que terceros no las deterioren, o bien que el agua para uso personal y doméstico no se encarezca hasta el punto de comprometer la economía de los grupos con mayores desventajas, o también que se vigile y sancione la sobre explotación de los mantos acuíferos para no poner en riesgo la sustentabilidad de los ecosistemas.

Con la investigación y estudio sobre el reconocimiento del Derecho Fundamental al Agua, y su tutela Jurídica, se quiere especificar con perfil teórico y crítico la problemática, con la cual la disposición constitucional, se convertiría en un ideal constitucional.

En ese sentido, el aporte teórico y crítico al que se alude, sobre el estudio del reconocimiento del derecho fundamental al agua y su tutela Jurídica, trae como beneficio a profesionales y estudiantes de Ciencias Jurídicas, la ampliación de sus conocimientos en el ámbito constitucional, administrativo, económico, y social, situación que les permitirá criticar y observar desde diferentes ángulos el fenómeno en estudio, y con ello a la consolidación y búsqueda de una norma con aplicación práctica y no ideal.

3. Objetivos

3.1 Objetivo General

Analizar la aprobada, pero aún no ratificada reforma Constitucional, que positivaría y concebiría desde un punto de vista formal el Derecho al Agua como derecho fundamental, teniendo en cuenta los supuestos establecidos en el precepto reformado para determinar los alcances, pretensiones y obligaciones que dicha enmienda establecería, para poder en base a ello, abordar críticas de carácter objetivo a lo prescrito en el decreto de enmienda aprobado por la Legislatura dos mil nueve- dos mil doce.

3.2. Objetivos específicos

Desarrollar desde el punto de vista histórico, el reconocimiento otorgado en el ámbito Constitucional al Derecho Fundamental al agua, en el contexto Internacional o materializado en las diferentes Constituciones.

Elaborar un estudio jurídico-filosófico de la teoría de los Derechos fundamentales, con el fin de establecer una definición del Derecho Fundamental al Agua y su Naturaleza Jurídica.

Construir un análisis crítico al reconocimiento Constitucional del Derecho Fundamental al Agua, que se quiere introducir mediante reforma Constitucional en el Art. 69 de la Constitución de El Salvador.

Establecer los mecanismos jurídicos, procesales y constitucionales de exigibilidad para la protección del Derecho Fundamental al Agua, en aras de consolidar la efectiva protección y tutela.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES JURÍDICOS-HISTÓRICOS DEL DERECHO AL AGUA

SUMARIO: 4. Introducción; 5. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Premoderno, Algunos Antecedentes Remotos; 6. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Constitucional de Derecho; 7. Formas Históricas del Reconocimientos del Derecho Fundamental al Agua; 7.1 Reconocimiento Explícito; 7.1.1. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Uganda; 7.1.2. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Sudáfrica; 7.1.3. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Ecuador de 1998 y en la Constitución de 2008; 7.1.4. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Uruguay; 7.2. Reconocimiento Implícito; 7.2.1. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Brasileña; 7.2.2. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Mexicana; 7.2.3. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Argentina; 7.2.4. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Española; 8. Vinculación Histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la creación del Derecho Fundamental al Agua; 8.1. Causas que Motivaron el Reconocimiento del Derecho Humano al Agua como Derecho Fundamental.

4. Introducción

En el contexto jurídico, poco o nada se ha dicho sobre el DFA, debido a que en el desarrollo de la historia se le ha considerado, desde un punto de vista de derecho humano o elemento de la naturaleza, es por ello, que en éste Capítulo, se trata de establecer el contexto coyuntural histórico, que dio pauta al reconocimiento del Derecho al Agua, como una categoría jurídica fundamental, aún no reconocida por muchos Estados.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constituye el hito para la transición o tránsito de un Estado de derecho, a un Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual, se gestan las primeras manifestaciones de reconocimiento del Derecho al Agua, que se logra en la medida en que los Estados adquieren una actitud de reconocimiento eficaz

de dicho instrumento, mediante la positivización de los derechos humanos, con la categoría de derechos fundamentales en la Ley primaria.

El estudio del DFA, se realiza, sobre el aparecimientos de los modelos de Estados específicamente del modelo constitucional y democrático, propugnado por la DUDH, teniendo en cuenta a su vez el análisis de la positivización realizada por diversos Estados del Derecho al Agua a nivel internacional, y los instrumentos internacionales, que de manera implícita o interpretativa le dan rango al agua de derecho humano –DHA- siendo éste la condición, que permite el reconocimiento del DFA, relación que se logra en la medida en que los Estados reconocen como parte de su ordenamiento jurídico a los Tratados Internacionales.

En virtud de todo lo anterior, el desarrollo del presente Capítulo toca aspectos de los modelos de Estados, planteados por Ferrajoli, para determinar en qué momento de los modelos de Estados, se desarrolla o logra un reconocimiento al DFA, ya sea de manera implícita o explícita, así como las causas o motivos que permitieron concebir ésta categoría social, necesaria para la protección de la vida, tanto del ser humano, como del medio ambiente.

5. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Pre moderno. Algunos Antecedentes Remotos

El Estado pre moderno constituye la transición o el tránsito a la modernidad, el cual, se caracterizó por la perfilación de un momento revolucionario, de profunda ruptura, ya que, se avanza a la búsqueda de un Estado moderno, mediante el reconocimiento de derechos fundamentales,

que resultan esenciales para la vida digna, dejando atrás la edad media como manifestación de un Estado absolutista³⁰.

La transición de la edad media -Estado absoluto-, a la moderna -Estado pre moderno-, es el conocido Estado de derecho, en el cual, tiene su auge posterior a la Revolución Francesa -1789-, en donde las Constituciones empiezan a concretarse y se desarrollan mucho más que en ningún otro momento histórico³¹, este modelo de Estado se caracterizó, por el reconocimiento del principio de legalidad, el principio de división de poderes, y el reconocimiento de derechos fundamentales relativos a la libertad³², propugnados por la burguesía liberal.

³⁰ PECES-BARBA MARTINEZ, G. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E., (Directores), *Ob. cit.*, P. 17. “En esta etapa aparece la filosofía de los derechos fundamentales, que, como tal, es una novedad histórica del mundo moderno, que tiene su génesis en ese tránsito a la modernidad”.

³¹ En contraposición a considerar a la Revolución Francesa como concreción del Constitucionalismo puede consultarse a FERRAJOLI, L., *Principios del Derecho, Teoría del derecho y de la Democracia*, Vol. I.; *cit.*, pp. 114, 430. Vol. II.; *cit.* P. 30. Para el filósofo del derecho Luigi Ferrajoli el Estado de Derecho es un Estado pre moderno o Estado legislativo de derecho, bajo cuya forma nace el Estado de Derecho moderno, emerge históricamente, justamente con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y más aún, existente, independientemente de su valoración como justo el cual se caracteriza por ser un Estado con derecho de formación no legislativa sino jurisprudencial y doctrinaria, en cuyo marco no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos, encabezadas por instituciones diversas y concurrentes, como por ejemplo, el imperio, la Iglesia, los principados, las alcaldías, las corporaciones, ninguna de las cuales detentaba el monopolio de la producción normativa; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, 7ª ed. Ed. Trotta, Madrid, España, 2005, pp. 868 y ss. Para Ferrajoli, de este modo, el derecho común era asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, de la elaboración doctrinal y jurisprudencial, cuya validez dependía, obviamente, no de la forma de su producción sino de la racionalidad y justicia de sus contenidos, siendo por ello el iusnaturalismo la teoría del derecho pre moderno.

³² MONTESQUIEU, C., *Del Espíritu de las Leyes*, s.e., Ed. Albatros, Buenos aires, Argentina, 1969. pp. 209 y ss. Montesquieu realizó un análisis crítico al absolutismo y propone un modelo de Estado basado en el principio de la División de Poderes; MAGAÑA, Á., *Ob. cit.* P. 14. Para Álvaro Magaña, uno de los componentes esenciales del Estado de Derecho juntamente con el principio de legalidad y la división de poderes lo constituyen los denominados derechos fundamentales, los cuales constituyen elementos imprescindibles del Estado de Derecho en su modalidad vinculada al Estado Liberal Burgués. El requisito de los Derechos Fundamentales en un Estado de Derecho debemos de entenderlo no solo como el

La finalización de la edad media y el comienzo del modernismo, es decir en el desarrollo del Estado legislativo o de derecho, el Derecho al Agua, como derecho fundamental para la vida, no se le reconocía con el rango de derecho fundamental, al contrario de ello, se le consideraba como un elemento susceptible de apropiación, ya que, en este Estado dejó de considerársele al agua como *res communes*³³, y pasa a formar parte del *res publicae*³⁴, concepción que trae consigo el apareamiento de ordenamientos jurídicos o leyes de agua.

En el Estado de derecho o pre moderno, la creación de ordenamientos jurídicos o leyes de agua, se llevó a cabo, con el objeto de regular el incremento de la demanda de agua que generó la Revolución Industrial, ya que en el siglo XIX, se dan hechos de trascendencia sanitaria en las ciudades de Estados Unidos y de Europa, conocidas como crisis sanitarias, originada por la falta de tratamiento adecuado a los servicios de agua potable y saneamiento, por causa del incremento en la demanda del abastecimiento de agua, por la rápida industrialización³⁵.

reconocimiento de tales derechos, sino además complementado por la “articulación de cauces idóneos para garantizar la eficacia efectiva de los derechos fundamentales”.

³³ Cfr. HOFSTÄTTER, H. y PIXA, H., *Historia Universal Comparada*, Tomo I, Plaza y Janes, S.A, Editores, 1ª ed., Barcelona, España, 1971, P. 85, cit., por VÁSQUEZ LÓPEZ, J. M., *Ob. cit.* P. 45. “El agua como *res communes* constituía un instrumento para el desarrollo de los pueblos, de las distintas culturas y civilizaciones, debido a que era considerado, en primer lugar como una cosa que no pertenece a nadie”.

³⁴ AGUILAR MOLINA, M., *Legislación de Aguas*, 1ª ed., Ministerio de Justicia, San salvador, El Salvador, 1993, pp. 16 y ss.; SPOTA, A., *Tratado de Derecho de Agua*, Tomo I, Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, Buenos Aires, Argentina, 1941, P. 137. “El *res publicae* era considerado como un bien, cuyo uso es común a todos los hombres propiedad del pueblo Romano en su conjunto”.

³⁵ VÁSQUEZ LÓPEZ, J. M., *Ob. cit.*, P. 51. El Doctor en su Tesis Doctoral ha escrito sobre un episodio conocido como “el Gran Hedor” el cual tuvo lugar en año de 1858, en donde el parlamento británico se vio obligado a cerrar sus instalaciones temporalmente, por el tremendo mal olor que causaban las aguas contaminadas del Río Támesis el cual era la fuente de agua potable. Debido a este evento descrito en Gran Bretaña se tomaron medidas para evitar que se extendiera la crisis por lo que se propusieron dos grandes reformas: la promulgación de la Ley de Salud Pública y la Ley del Agua del Área Metropolitana.

Estas manifestaciones legislativas³⁶, dan pauta, para que en el ámbito internacional, se comenzaran a formular, tratados, pactos o convenciones de Derechos Humanos³⁷, en los que se consagra el reconocimiento del Derecho Humano al Agua, el cual, en la medida en que los Estados se comprometían por medio del reconocimiento de instrumentos internacionales y las constituciones positivas en de manera objetiva o subjetiva, hace suponerlo, como las primeras connotaciones del reconocimiento de este derecho fundamental³⁸.

6. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Constitucional de Derecho

Para FERRAJOLI, el Estado constitucional de derecho³⁹, constituye un paradigma o modelo de Estado moderno, el cual es una manifestación

³⁶ MATEOS, C. y CABEZAS CALVO-RUBIO, F., *Ob. cit.* P. 6.

³⁷ VÁSQUEZ LÓPEZ, J. M., *Ob. cit.*, P. 53.

³⁸ Cfr. SARLET, I., *Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, 6ª ed., Porto Alegre, Brasil, 2006, pp. 35-36, cit. por ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.* P. 14 “En que pese a semejanza de ambos términos (derechos Humanos y Derechos Fundamentales) comúnmente considerados sinónimos requerirá de una explicación procedente para la distinción del término Derecho Fundamental, el cual se aplica para aquellos Derechos del ser humano reconocidos y positivados en la esfera Constitucional positivo de determinado Estado, en cambio la expresión derechos Humanos guarda relación con los documentos de derecho internacional por referirse a aquellas posiciones jurídicas que se reconocen al ser humano como tal, independientemente de su vinculación con determinado orden Constitucional y que por tanto aspiran a la validez universal para todos los pueblo y tiempos, de tal suerte que revelan un inequívoco carácter supranacional (Internacional)”; en sentido similar: PÉREZ TREMPES, P., *Revista Justicia de Paz, Año II, Vol. II*, Corte Suprema de Justicia-Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, El Salvador, mayo-agosto, 1999, P. 142. Para este autor es con el surgimiento del Constitucionalismo, en que se convierten los Derechos Humanos en Derechos Fundamentales. “La conexión entre Derechos Fundamentales y Constitucionalismo no es una mera casualidad histórica; por el contrario, se trata de dos conceptos que están unidos de forma indisoluble, que se implican uno al otro. Y es que, el reconocimiento de determinados Derechos como derechos fundamentales de la persona es un elemento central y que define a la Constitución, ya que ésta pretende precisamente garantizar la libertad del individuo y limitar el viejo poder absoluto”.

³⁹ Vid. FERRAJOLI, L., cit., por FERRERES COMELLA, Víctor, *Una Defensa de la Rigidez Constitucional*, en: *Revista Doxa*, No. 23, S. L. Imp., 2000, pp. 29-47.

posterior al aparecimiento y desarrollo del Estado de derecho⁴⁰; se caracteriza por la introducción de las constituciones rígidas, que se desarrollan en la segunda mitad del siglo pasado -Siglo XX-, y que dan lugar para concebir a los Derechos Fundamentales, ya no como características de un modelo de Estado, sino como elementos estructurales del Estado constitucional de derecho⁴¹.

La connotación anterior permite considerar, que tanto el Estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales en general y en específico el DFA, no pueden admitirse como realidades separadas, porque, solo donde se reconocen y garantizan derechos fundamentales, como el Derecho al Agua, desde un punto de vista formal y material, se estará ante un Estado constitucional de derecho, y solo donde se encuentre un Estado constitucional de derecho, como manifestación posterior del Estado de

⁴⁰ FERRAJOLI, L., *Principios del Derecho...* Ob. cit. pp. 432-931. De acuerdo con Ferrajoli, la transformación del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho se lleva a cabo con la rígida subordinación de la ley misma, garantizada por una específica jurisdicción de *legitimidad* (la constitucional), a una *ley superior*: la Constitución, jerárquicamente supra ordenada a la legislación ordinaria, en la que se altera la estructura del derecho porque cambia la teoría de la *validez* de las normas. En el Estado Constitucional de Derecho, dotado de una Constitución rígida, ubicada en el vértice de la jerarquía de las fuentes, las leyes ordinarias están subordinadas no solo a las normas constitucionales formales sobre su producción sino también normas sustanciales sobre el significado que aquellas deben tener. No son en efecto admitidas normas de ley cuyo significado esté en contraste con normas constitucionales. La existencia o el vigor de las normas, que en el paradigma *paleo-iuspositivista* se habían separado de la noción de justicia, para vincularse a un criterio meramente formal, se separan ahora también de la validez formal, siendo posible entonces que una norma *formalmente* válida y por consiguiente vigente, sea *sustancialmente* inválida por contraste de su contenido con normas constitucionales *sustanciales*, como por ejemplo con el principio de igualdad o con derechos constitucionales. Mientras la *norma de reconocimiento* del *vigor* o *existencia* del *paleo-iuspositivismo*, se ubica en el viejo principio de legalidad, ligado únicamente a la *forma* de la producción normativa y que por tanto se puede denominar *principio de legalidad formal* o de *mera legalidad*, la *norma de reconocimiento* de la *validez* en el constitucionalismo se vuelve más compleja y puede ser distinguida a través del denominado principio *de legalidad sustancial* o de *estricta legalidad*, el cual vincula la *sustancia*, es decir, los significados de las leyes, a su coherencia con los principios establecidos por la Constitución.

⁴¹ URIBE ARZATE, E., Ob. cit., P. 1031. "Las constituciones que se promulgaron a partir de la segunda mitad del siglo XX dan cuenta de la nueva orientación de la función esencial de una Constitución".

Derecho, se podrá hablar de una auténtica efectividad de los Derechos Fundamentales⁴².

De esta línea de ideas, se deduce, que los derechos fundamentales que permiten la construcción estructural de un Estado constitucional de derecho, se encuentran el DFA, el cual, es manifestación de los derechos económicos y sociales, propugnados por el PIDESC, y su OG 15, pero que se instaura o se interpreta como fundamental, en la medida en que cada Estado acoja e internalice instrumentos internacionales como el PIDESC conjuntamente con la OG 15, que constituye una interpretación auténtica del Art. 11 y 12 del pacto, la CDN, la CEDAW, la CADH y su protocolos facultativos⁴³.

Esto es así, ya que, estos instrumentos internacionales reconocen implícitamente o interpretativamente el DHA⁴⁴, por ser este un derecho esencial para una vida digna, es decir como derecho necesario para alcanzar

⁴² LÓPEZ GUERRA, L. y Otros, *Derecho Constitucional*, 1ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1991, P. 105. Para este autor, la prueba manifiesta de esa interdependencia se encuentra en la evolución que ha experimentado uno y otro concepto y, “que ha corrido pareja”; “de este modo se afirma el paso del Estado liberal decimonónico al Estado democrático solo es comprensible para la ampliación de determinados derechos fundamentales”; en este mismo sentido PEREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, España, 1988, P. 19. “El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales precisando que las normas que regulan los derechos fundamentales son todas las que establecen las formas de gobierno y las que establecen el sistema económico, definen el modelo constitucional de la sociedad”.

⁴³ Estos instrumentos internacionales constituyen ley de la república de El Salvador, y forman parte del sistema universal e interamericano de Derechos Humanos, que con aplicabilidad del Art. 144 de la Cn de El Salvador, pueden los derechos ahí reconocidos ser reclamados internamente, ya que, dicha disposición los positivase implícitamente en la Cn. Estos instrumentos son mencionados con exactitud en el Capítulos V.

⁴⁴ CENICACELAYA, M., *El Derecho al Agua y los Derechos Humanos, Ciclo de Cursos de postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional, Tercer curso: El agua*, Ed. La Plata: UNLP, 2008, pp. 2-3. “Aunque el agua no está expresamente incluido se puede pensar que implícitamente lo está por ser uno de los elementos esenciales para una vida digna”.

un derecho suficiente y digno⁴⁵, derechos fundamentales reconocidos universalmente⁴⁶.

Estos cuerpos normativos internacionales, conforman en alguna medida, el desarrollo de los derechos propugnados por la DUDH, que conforma la línea de partida para la construcción del paradigmático Estado constitucional de derecho⁴⁷, que constituye el hito para que el Derecho al Agua, se desarrolle de forma interpretativa en otros instrumentos, y que con ello paulatinamente se reconozca como fundamental, al momento en que cada Estado acoja como parte del ordenamiento jurídico interno normas jurídicas de rango internacional⁴⁸.

Todo esto quiere significar, que en diversos cuerpos normativos

⁴⁵ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre(1948) proclama “que toda persona tiene derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y los de su familia” (Art. 25) y que “toda persona tiene derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para su dignidad” (Art. 22)

⁴⁶ SMETS, H., *El Derecho al Agua en las Legislaciones Nacionales*, 1ª ed. Ed. Universidad del Rosario., Bogotá, D.C., 2006., P. 28. “La satisfacción del derecho al agua es necesaria para alcanzar el derecho a un nivel de vida suficiente y a la dignidad, dos derechos del ser humano reconocidos de forma unánime”.

⁴⁷ CARBONELL, M., *La Constitución Pendiente, Agenda Mínima de Reformas Constitucionales*, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Autónoma de México, México, 2004, P. 33, Disponible en bibliojuridicas.unam.mx/libros/3/1181/1.pdf. (Consultado 3 de mayo de 2012). Para Carbonell, la DUDH y la Carta de la ONU, constituye el punto de partida de todas las disposiciones, y los que suponen el embrión del constitucionalismo global, el cual es característica del Estado constitucional y democrático.

⁴⁸ ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humanos*, ONUSAL-PDDH, 1ª ed., San Salvador, El Salvador, 1994, P. 30. Es partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el número de instrumentos internacionales que tienen como materia distintos aspectos referidos a la protección y defensa de los derechos humanos, ha crecido enormemente. Vale la pena aclarar y decir que se está ante una actividad jurídica excepcional, que ha convertido los derechos humanos como una materia propia del derecho internacional, que utilizan los Estados para poner al día la legislación interna, entre ellas la Constitución.

de carácter internacional se le ha dado, al Derecho al Agua, rango de derecho humano, que implícitamente conlleva al reconocimiento del DFA, en la medida en que los Estados -previo acogimiento de los instrumentos internacionales mediante su ratificación- lo introduzcan o positivasen directa o indirectamente dentro del texto constitucional o se pueda alegar mediante bloque de constitucionalidad.

Por consiguiente el reconocimiento formal o material -mediante cualquier cambio constitucional⁴⁹- del Derecho al Agua, como derecho fundamental, se constituye en elemento imprescindible, para la construcción y mayor consolidación del Estado constitucional de derecho, ya que, este derecho fundamental es el que permite un nivel de vida digno y suficiente.

7. Formas Históricas del Reconocimientos del Derecho Fundamental al Agua

Dentro de las formas históricas de reconocimiento del DFA, se encuentran dos planteamientos: la positivización formal del agua, mediante el reconocimiento de forma explícita en la Constitución, y la positivización derivada interpretativamente de otros derechos fundamentales que implícitamente vinculen el reconocimiento del DFA; ambos planteamientos tienen como objeto categorizar el Derecho al Agua como DFA, que asegure la disponibilidad, calidad y accesibilidad, de tan preciado recurso o bien

⁴⁹ En este sentido y referente al reconocimiento de un Derecho Fundamental en la Constitución puede consultarse: BERTRAND GALINDO, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I. Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA, 2ª ed., San Salvador, El Salvador, 1996, P. 175. “Esto constituye parte de los Cambios Constitucionales, que no son más que las acomodaciones del Derecho Constitucional a la realidad, es decir, al acoplamiento del plano jurídico normativo fundamental a la dinámica de la realidad política, o dicho con una terminología ya definida, al acomodo de la Constitución jurídica –“hoja de papel”- a la Constitución real”.

jurídico, dentro del marco jurídico principal de cada Estado o ley principal –la Constitución-⁵⁰.

El primer planteamiento, está referido, al reconocimiento expreso u objetivo material en la Constitución⁵¹; el segundo planteamiento al reconocimiento derivado o que se encuentre implícito, inmerso o subjetivamente adscrito dentro de otros derechos fundamentales reconocidos expresamente en la Constitución⁵².

7.1 Reconocimiento Explícito

El reconocimiento explícito del DFA, como planteamiento objetivo o expreso, constituye la inmersión o consolidación de forma material de un

⁵⁰ CENICACELAYA, M., *Ob. cit.* P. 9. “En pocos países se reconoce al derecho al agua, en el sentido de asegurar la disponibilidad, calidad y accesibilidad de tan preciado recurso, en su Ley Mayor”. Para Cenicacelaya, en el continente Sudamericano solamente reconocen el derecho al agua en su Constitución expresamente Ecuador y en Uruguay, pero es menester aclarar que además se reconoce en Venezuela, Bolivia y Cuba.

⁵¹ *Vid.* LEGAL RESOURCES FOR THE RIGHT TO WATER: *Internacional and National Standards, Sources* 8, COHRE, Ginebra, 2004, pp. 46-52. cit. por HEINRICH BOLL, *La Gota de la Vida: Hacia una Gestión Sustentable y Democrática del Agua*, edición Boll, México, 2006, pp. 34-35. “Existen varios países donde ya se ha constitucionalizado el derecho al agua. En las Constituciones de Uganda (1995), Sudáfrica (1996) y Ecuador (1998) se reconoce el derecho de forma explícita. En las de Cambodia (1993), Colombia (1991), Eritrea (1997), Etiopía (1995), Guyana (1980), Gambia (1996), Irán (1979), Laos (1991), Nigeria (1999), Panamá (1994), Portugal (1997), Venezuela (1999) y Zambia (1996) hay un reconocimiento explícito de obligaciones para el Estado”.

⁵² DE ALBUQUERQUE, C. y ROAF, V., *Derechos hacia el final: Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, Traducción, edición e impresión de la versión en español por ONGAWA, Ingeniería para el Desarrollo Humano con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, Lisboa, Abril 2012, P. 58. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf. (Consultado 08 de agosto de 2012). “Aunque es fundamental que exista un impulso internacional favorable a apoyar los derechos al agua y al saneamiento con carácter general, la aplicación práctica de los derechos depende estrechamente de los marcos jurídicos nacionales, que se basan en disposiciones legales y constitucionales”.

precepto jurídico, dentro del texto de la Constitución de cada Estado⁵³, que presupone de forma positiva, “la disponibilidad, calidad y accesibilidad de tan preciado recurso en su ley mayor⁵⁴”.

La Disponibilidad, está orientada al suministro de agua para cada persona que debe ser continuo y suficiente para el uso personal y doméstico.

La Calidad, se debe entender como el agua libre de agentes que puedan ser dañinos para la salud: microorganismos y sustancias químicas o radioactivas. Debido a que en el mundo, y especialmente en los países menos desarrollados, un porcentaje alto de las enfermedades se transmiten a través del agua⁵⁵, el CDESC, por medio de la OG 15⁵⁶, se ha preocupado por establecer que el recurso al que puedan tener acceso las personas debe ser salubre con un color, olor y sabor aceptables.

Para la elaboración de normas nacionales que aseguren la inocuidad del agua, el CDESC, remite a cada Estado miembro del PIDESC, a las guías para la calidad del agua potable emitidas por la OMS.

⁵³ PEÑAS, V. y MASIP, I., *Ob. cit.* P. 5. “Al tratarse de un derecho humano de primer orden, los gobiernos deberán proporcionar el agua suficiente a todas aquellas comunidades que se encuentren en situaciones de pobreza y no puedan pagar el agua suministrada. Y lo deberán hacer asumiendo que se trata de un derecho incondicional, básico y fundamental del ser humano. El hecho de que aún existan personas que no pueden tener garantizado el acceso al agua potable y el saneamiento tiene una doble repercusión social y política: por un lado, la gravedad de la situación condiciona la calidad de vida y el desarrollo de las comunidades carentes de estos servicios y, por otro lado, la falta de agua puede llegar a ser el factor detonante de diversos conflictos políticos, tanto de ámbito interno como internacional”.

⁵⁴ CENICACELAYA, M. *Ob. cit.*, P. 12; CARNEIRO JÚNIOR, A. *Ob. cit.*, P. 17; GUTIÉRREZ RIVAS, R., *El Derecho Fundamental al Agua en México; Un Instrumento de Protección para las Personas y los Ecosistemas*. artículo publicado en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. disponible en: www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=rotgut. (Consultado 08 de agosto de 2012).

⁵⁵ PEÑAS, V., *Ob. cit.*, P. 47.

⁵⁶ OBSERVACIÓN GENERAL N° 15, ADOPTADA POR EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

La Accesibilidad física, es la aplicación material del DA, ya que esto implica y supone que las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo debe haber un suministro de agua o, por lo menos, la posibilidad de tener acceso a alguno que esté en sus cercanías inmediatas⁵⁷.

Asequibilidad o accesibilidad económica, significa que el agua y los servicios e instalaciones que permitan acceder a ella deben ser asequibles en relación con el ingreso de las personas. El CDESC, establece que los costos asociados con el abastecimiento del agua no deben comprometer la capacidad de las personas para acceder a otros bienes esenciales como salud, educación, vivienda u otros derechos.

No discriminación, con base en el concepto de no discriminación, el CDESC, establece que el agua salubre y los servicios deben estar al alcance físico y económico de todas las personas y especialmente de aquellas que históricamente no han podido ejercer este derecho por motivos de raza, religión, origen nacional, o cualquier otro de los motivos que están prohibidos.

De estos argumentos se deduce que la materialización y positivización constituye una acción trascendental que conlleva a connotaciones simbólicas y jurídicas de gran significado, ya que, con esto se comprueba la trascendencia, que los poderes públicos Estatales deben reconocer al Derecho al Agua para la salud no solo del ser humano sino del medio

⁵⁷ GUTIÉRREZ RIVAS, R., *El Derecho Fundamental... cit.* www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=rotgut (Consultado 08 de agosto de 2012).

ambiente en general como parte de la consideración que se tiene por los deseos de la población que no tienen acceso al agua⁵⁸.

Lo anterior implica que el DFA, en el plano Constitucional, permitirá que el acceso al agua se convierta en un presupuesto prioritario de la acción pública, el cual, necesita que en cada Estado en su contexto jurídico normativo interno, sea reconocido el Derecho al Agua, como un derecho fundamental análogo a otros derechos sociales como el derecho a la alimentación, la salud⁵⁹ y hasta del medio ambiente.

Dentro del contexto histórico, del tránsito de diversos Estados por un modelo Constitucional, mediante un reconocimiento del DFA, expresamente positivado en el texto Constitucional solo se encuentra de forma explícita específicamente en las constituciones de Uganda de 1995, Sudáfrica de 1996, Ecuador 1998⁶⁰ y la de 2008⁶¹, así como la Constitución de Uruguay de 1967, reformada por plebiscito.

⁵⁸ SMETS, H., *Ob. cit.*, P. 13. "El reconocimiento explícito del derecho al agua como derecho fundamental constituye una acción importante que tiene un valor simbólico y jurídico elevado. Este reconocimiento prueba la importancia que los poderes públicos atribuyen al agua para la salud y la consideración que tienen por los deseos de los usuarios que no tienen acceso al agua potable".

⁵⁹ *Ibidem*, P 13.

⁶⁰ LEGAL RESOURCES FOR THE RIGHT TO WATER: *Ob. Cit.*, pp. 46-52.

⁶¹ ESPÍN, S., *La Constitución de Ecuador reconoce el derecho humano al agua*. Artículo en audio de la Asambleísta constituyente de la Constitución de Ecuador en Agencia Informativa Púlsar, Asociación Mundial de Radios Comunitarias - América Latina y Caribe AMARC ALC. publicado el 28/11/2011. Disponible en: <http://www.agenciapulsar.org/nota.php?id=14085>. (Consultado 08 de agosto de 2012). Hubo grandes debates sobre el derecho humano al agua o el derecho al acceso al agua", señaló la asambleísta. "El derecho al acceso era solamente tener tubería, mientras el derecho humano al agua implica un mínimo vital gratuito para las personas pobres"(...) la Constitución de 1998 incluía la posibilidad de privatizar los servicios de agua y luz. Sin embargo, señaló que la nueva Constitución permitió la movilización ciudadana que se hizo presente en la Asamblea Constituyente. Espín resaltó que Ecuador debe aprobar las leyes secundarias de la Constitución y una de ellas es la Ley de Agua. Por esto, aseguró que la movilización popular debe continuar para que se cumpla con la Constitución.

7.1.1 Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Uganda

Uganda es el primer Estado, que reconoce explícitamente en su Constitución de 1995, la protección del DFA, mediante acciones orientadas a la gestión adecuada del agua, regulado en el Art. 176⁶², Paralelamente al proceso de redacción de la Constitución, se estaba preparando el Plan de Acción Hídrico –PAH- y se estaba redactando el Estatuto de Aguas, lo que demuestra la alta prioridad que se le dio en términos políticos a una gestión sensata de los recursos hídricos y con ello al DFA⁶³.

7.1.2 Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Sudáfrica

La Constitución de Sudáfrica de 1996⁶⁴, aún vigente consagra el Derecho al Agua, de forma conjunta con Ley de Servicios de Abastecimiento

⁶² CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF UGANDA, 1995, AS AT, 15ht FEBRUARY, 2006, ART. 176, Disponible en www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=170004. (Consultada 01 de septiembre de 2012).

⁶³ GARDUÑO, H., *Anexo 1- Uganda*, en GARDUÑO, H. y otros, *Administración de derechos de agua Experiencias, asuntos relevantes y lineamientos*, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *FAO, Estudio Legislativo 81*, Roma, 2003, P. 48. Disponible en: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/006/y5062s/y5062s00.pdf>. (Consultado 12 de agosto de 2012). “La Constitución fue promulgada en septiembre de 1995. En sus Objetivos Nacionales y Principios Directivos de Política Estatal se reconoce la necesidad de gestionar el agua. Además, tanto en los Objetivos Nacionales como en el artículo 176, se resalta la importancia de desarrollar la capacidad y de descentralizar. Muy sorprendentemente, el EA fue promulgado sólo tres meses después de la Constitución, en diciembre de 1995. Esto significa que, paralelamente al proceso de redacción de la Constitución, se estaba preparando el Plan de Acción Hídrico (PAH) y se estaba redactando el EA, lo que muestra la alta prioridad que se le dio en términos políticos a una gestión sensata de los recursos hídricos”.

⁶⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE SUDÁFRICA, LEY 108 DE 1996, SANCIONADA EL 16 DICIEMBRE 1996, FECHA DE PUESTA EN VIGENCIA: 4 DE FEBRERO 1997, CAPITULO 2, SECCION 27 *Salud, alimento, agua y seguridad social* Disponible en: <http://www.southafrica.org.ar/pdf/Constituci%F3n.pdf> (Consultado 12 de agosto de 2012). (1)

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES JURÍDICOS-HISTÓRICOS DEL DERECHO AL AGUA

SUMARIO: 4. Introducción; 5. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Premoderno, Algunos Antecedentes Remotos; 6. El Derecho Fundamental al Agua en el Estado Constitucional de Derecho; 7. Formas Históricas del Reconocimientos del Derecho Fundamental al Agua; 7.1 Reconocimiento Explícito; 7.1.1. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Uganda; 7.1.2. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Sudáfrica; 7.1.3. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Ecuador de 1998 y en la Constitución de 2008; 7.1.4. Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Uruguay; 7.2. Reconocimiento Implícito; 7.2.1. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Brasileña; 7.2.2. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Mexicana; 7.2.3. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Argentina; 7.2.4. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Española; 8. Vinculación Histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la creación del Derecho Fundamental al Agua; 8.1. Causas que Motivaron el Reconocimiento del Derecho Humano al Agua como Derecho Fundamental.

4. Introducción

En el contexto jurídico, poco o nada se ha dicho sobre el DFA, debido a que en el desarrollo de la historia se le ha considerado, desde un punto de vista de derecho humano o elemento de la naturaleza, es por ello, que en éste Capítulo, se trata de establecer el contexto coyuntural histórico, que dio pauta al reconocimiento del Derecho al Agua, como una categoría jurídica fundamental, aún no reconocida por muchos Estados.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que constituye el hito para la transición o tránsito de un Estado de derecho, a un Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual, se gestan las primeras manifestaciones de reconocimiento del Derecho al Agua, que se logra en la medida en que los Estados adquieren una actitud de reconocimiento eficaz

de Agua de 1997, que también reconoce el derecho al saneamiento, y la Ley Nacional del Agua de 1998.

Esta Constitución establece el marco jurídico para la aplicabilidad material del reconocimiento del DFA⁶⁵, esto es así, debido a que con dicho reconocimiento Sudáfrica sentó las bases del marco jurídico interno, que demuestren los esfuerzos del país por la construcción de un modelo avanzado de Estado que permitan desarrollar y proteger el Derecho al Agua en una realidad, mediante el establecimiento de responsabilidades a diferentes entidades Estatales, que permitan garantizar mediante medios como la participación y la movilización de todos los recursos disponibles.

7.1.3 Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Ecuador de 1998 y en la Constitución de 2008

La Constitución del Ecuador de 1998, ahora derogada reconoció en su Artículo 23, el DFA y lo preceptuó de la siguiente manera: *“Si perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:...”*.

⁶⁵ DE ALBUQUERQUE, C. y ROAF, V., *Ob. cit*, pp. 59-60. La Constitución de Sudáfrica consagra el derecho al agua. Junto con la Ley de servicios de abastecimiento de agua de 1997, que también reconoce el derecho al saneamiento, y la Ley nacional del agua de 1998, la Carta Magna sienta las bases del marco jurídico que sustenta los esfuerzos del país por hacer realidad estos derechos. Dicha ley identifica unas normas básicas que definen el “suministro básico de agua” y el “saneamiento básico”, y determina con claridad las funciones y responsabilidades de las diferentes entidades gubernamentales a fin de garantizar, entre otras cosas, la participación y la movilización de todos los recursos disponibles.

“El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental; educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios sociales necesarios”.

En la misma Constitución este derecho, fue ampliado en el Art. 249, mediante el establecimiento de responsabilidades al Estado mediante la forma siguiente: *“Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley”. “Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”.*

La vigente Constitución de Ecuador de 2008, preceptúa el DFA, en el Art. 12 Capítulo segundo, bajo el título Derechos del buen vivir, Sección primera Agua y alimentación. Art. 12 *“El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”*⁶⁶.

7.1.4 Reconocimiento explícito del Derecho Fundamental al Agua en la Constitución de Uruguay

En Uruguay, después de una reforma en la Constitución de 1967,

⁶⁶CONSTITUCIÓN DE ECUADOR, Capítulo segundo Derechos del buen vivir, Sección primera Agua y alimentación, Art. 12. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. (Consultado 13 de agosto de 2012).

promovida por iniciativa popular –plebiscito-, del agua del 31 de octubre de 2004, se incorpora en su texto el acceso al agua potable y el acceso al saneamiento como derechos humanos fundamentales⁶⁷.

La reforma en su Art. 47 de la constitución de Uruguay establece: “*La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores. El agua es un recurso natural esencial para la vida. El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento, constituyen derechos humanos fundamentales*”.

Las constituciones de Cambodia de 1993, Colombia de 1991, Eritrea 1997, Etiopía de 1995, Guyana de 1980, Gambia de 1996, Irán de 1979, Laos de 1991, Nigeria de 1999, Panamá de 1994, Portugal de 1997, Venezuela de 1999 y Zambia de 1996, hacen un reconocimiento explícito del derecho fundamental al agua pero desde un punto de vista de obligaciones para el Estado⁶⁸.

⁶⁷ CENICACELAYA, M., *Ob. Cit.*, pp. 12-19; “Esta iniciativa uruguaya motivó movimientos de otros Estados en lo cumplimiento de muchas convenciones y acuerdos internacionales. Los servicios de abastecimiento del agua deben funcionar con criterios sociales que son incompatibles con los que rigen el mercado. Se han iniciado campañas en Canadá, México, Colombia, Bolivia”; CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar... *ob. cit.*, p. 17-18. En la Argentina, no se encuentra reconocido en nivel constitucional el derecho al agua, pero hay “derechos ambientales y los derechos de consumidores y usuarios en los que el agua, como elemento esencial para la vida humana es objeto de protección”.

⁶⁸ LEGAL RESOURCES FOR THE RIGHT TO WATER: *Ob. Cit.*, pp. 46-52; DE ALBUQUERQUE, C. y ROAF, V. *Ob. cit.*, P.58. “Los marcos jurídicos nacionales más fuertes se encuentran en aquellos países cuyas constituciones reconocen explícitamente los derechos al agua y al saneamiento. Al tratarse del principal instrumento legal que describe las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, así como las funciones y responsabilidades de cada uno, ese reconocimiento pone de relieve el compromiso nacional con la realización de los derechos de todas las personas y garantiza su inclusión duradera en el Derecho nacional. Es más, el reconocimiento proporciona un punto de referencia crucial para los responsables políticos, los ministerios gubernamentales, los órganos judiciales y la sociedad civil, todos los cuales tienen el objetivo de influir en la política, establecer normas y hacer que

7.2 Reconocimiento Implícito

En muchas Constituciones el DFA aún no ha sido expresamente proclamado ya que, aún se plantean posiciones limitadas las cuales conciben que solo es o será un derecho fundamental, cuando expresamente se encuentra preceptuado en las Constituciones de cada país, este planteamiento debe ir quedando en segundo plano debido a que, el Derecho al Agua, se encuentran implícitamente incorporado en otros derechos fundamentales, por tratarse de un derecho esencial para que el ser humano viva y se desarrolle dignamente.

La exclusión del Derecho al Agua, como Derecho Fundamental explícito o expreso, se debe, a que se considera como un elemento de la naturaleza, que, al igual que el aire, es fundamental para la vida, que no necesita ser reconocido como tal, porque se presume su importancia, es decir, con dicho planteamiento se creyó innecesario mencionarlo explícitamente⁶⁹.

los agentes pertinentes asuman sus responsabilidades. Hasta el momento, numerosos países han reconocido el derecho al agua en sus constituciones, incluidos Bolivia, la República Democrática del Congo, Ecuador, Kenia, las Maldivas, Nicaragua, Sudáfrica y Uruguay. Las constituciones de algunos de estos países reconocen asimismo el derecho al saneamiento. El reconocimiento constitucional, cuya aprobación parlamentaria requiere a menudo una mayoría cualificada, proporciona a los derechos un respaldo más duradero que en el caso de un simple reconocimiento en otro tipo de ley o decreto ejecutivo. En Kenia, por ejemplo, el derecho al agua se reconoció inicialmente a través de un Decreto Ejecutivo, aunque posteriormente se incluyó en la nueva constitución de 2010 junto con el derecho al saneamiento, tras una actuación concertada de las ONG de derechos humanos”.

⁶⁹ ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, pp. 2-3. “La exclusión del agua como un derecho explícito se debió, sobre todo, a su naturaleza; al igual que el aire, el agua fue considerada un elemento tan fundamental para la vida que se creyó innecesario mencionarlo explícitamente”; GLEICK, P. H, y otros, *The World’s Water 2004-2005*, *cit.* Sin duda, la referencia al agua no se hizo de manera explícita por considerarse obvio que sin agua no es posible acceder a ninguno de los otros elementos necesarios para alcanzar una vida digna

Lo anterior permite analizar, que aunque expresamente no se encuentre el DFA, implícitamente es reconocido por vía de derivación de otros derechos preceptuados como fundamentales en la Constitución, este planteamiento es deducido en las Constituciones de países como: Brasil, México, Argentina y España.

7.2.1 El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Brasileña

Brasil, reconoce implícitamente el derecho fundamental al agua, ya que el Supremo Tribunal Federal, considera que el *status* de las normas contenidas en los Tratados e Convenciones internacionales sobre derechos humanos, adoptados y ratificados por el Estado Brasileño forman parte de una normativa supra legal⁷⁰, la cual, tiene su punto de partida en la DUDH, instrumento que instauró entre otros el derecho a la vida, el derecho a la educación y el derecho al trabajo⁷¹, he implícitamente el Derecho al Agua.

La DUDH, fue firmada por Brasil en la misma fecha de su proclamación: 10-12-1948, y adoptó en su Constitución el texto de la

⁷⁰ ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P. 18. "En Brasil, por cuenta de jugado actual proclamado por Supremo Tribunal Federal, llegó a una conclusión sobre el *status* de la norma contenida en los Tratados e Convenciones internacionales sobre derechos humanos. Prevalece el entendimiento de que son supra legales".

⁷¹ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Cabe destacar que el Artículo 25, el literalmente establece que "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda...*". Puede parecer raro que, siendo el agua el elemento esencial para el mantenimiento de la vida, los redactores de la declaración no la mencionaran explícitamente en este artículo junto con los tres elementos básicos, el alimento, el vestido y la vivienda. Sin embargo no se hizo alusión de manera expresa, objetiva o explícita por considerar eminentemente que el agua es necesaria para alcanzar una vida digna ya que el agua tiene íntima relación con los tres elementos descritos por la Declaración.

declaración la cual, tiene como uno de sus fundamentos la dignidad de la persona humana, el cual es propugnado por la DUDH⁷².

En los años siguientes a la DUDH, se fueron consolidando y adquiriendo distintos compromisos, en instrumentos internacionales, con el objeto de garantizar implícitamente el DFA⁷³.

Queda claro que en Brasil las convenciones adoptadas, referidas a normas sobre derechos humanos en el derecho Interno Fundamental de Brasil se establecen como normas de protección, que reconocen el Derecho al Agua, como derecho fundamental, ya que dichos cuerpos normativos tienen en el Estado Brasileño el *status de supra legalidad*, situación que

⁷² ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P. 18. Según este autor el Artículo 1° inc. III, de la Constitución de la República Federativa del Brasil incorporó en su plano interno la dignidad de la persona humana como un *súper principio* alrededor de lo cual están todos los derechos humanos fundamentales preceptuados en la propia Constitución.

⁷³ *Ibidem*, P. 18. "Las Convenciones que tratan derechos humanos, en especial, aquéllas adonde el derecho al agua fue preceptuado, entre ellas, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fue ratificada por el Estado brasileño en 01-02-1984, pero con reservas a artículos que no se referían al derecho al agua"; LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, POR SUS SIGLAS EN INGLES CEDAW ADOPTADA POR LA ONU 1979, preceptúa: Art. 14.2.h.- "*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales... y en particular le asegurarán el derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones*"; ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P 19. "La Convención sobre los Derechos de los Niños, adoptada por la ONU en 1989 e vigente desde 1990, es el tratado internacional sobre derechos humanos con el más elevado número de ratificaciones. Fue ratificada por el Brasil en 24-11-1990 (...) El Protocolo de San Salvador de 1988, fue ratificado por el Brasil en 19-04-1995 por intermedio del Decreto Legislativo n. 56"; LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, CDN, ADOPTADA POR LA ONU 1989. establece: Art. 24.2.c.- "*Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: ... el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente*".

implica un reconocimiento implícito del DFA, incorporado en el sistema jurídico interno fundamental Brasileño⁷⁴.

7.2.2 El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Mexicana

En México, el contexto del reconocimiento del DFA, es consecuencia del décimo noveno periodo de sesiones, del CDESC de las Naciones Unidas celebrado en Ginebra del 11 al 29 de noviembre de 2002, en el cual, se discutió la OG 15⁷⁵, que conforma una interpretación auténtica que se deriva de los artículos 11.1 y 12 del PIDESC⁷⁶.

⁷⁴ ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P. 19. “Resta claro que, en mínimo, las convenciones citadas vehiculan normas sobre derechos humanos e, por consiguiente, establecerán normas de protección, garantizando el derecho al agua como derecho humano fundamental. Por tanto, en el Brasil, tales normas tienen *status supra legales*, entonces, se fueran incorporadas al sistema jurídico brasileño. Aun, en la Constitución de La República Federativa del Brasil el derecho al agua como tal no se encuentra reconocido. No se prevé una norma explícita para la defensa del agua, pero se defendió la dignidad de la persona humana y, presupuestalmente, ratificó algunos tratados de derechos humanos que prevén implícitamente la defensa del agua, deduce que en Brasil existe derecho humano al agua. Hay derechos humanos o fundamentales establecidos en el artículo 5.º (setenta y ocho incisos) y más otros esparcidos en la Constitución Brasileña, pero no hay un solo de ellos que establece el derecho al agua. Entonces, la tratativa que se confiere es de una protección al ambiente incluyendo el agua así como otros bienes ambientales”.

⁷⁵ CENICACELAYA, M., *Ob. cit.*, P. 5; ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P. 16. “La posibilidad de formación de este Comité fue establecido por la parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (P.I.D.E.S.C. o el Pacto)”; HEINRICH BOLL, *Ob. cit.*, pp. 34-35. “El comité está compuesto de expertos independientes elegidos por los Estados miembros del P.I.D.E.S.C, los cuales tienen como responsabilidad y mandato el de examinar los informes de los Estados sobre la implementación del P.I.D.E.S.C, y preparar las Observaciones Generales sobre el contenido de las obligaciones legales que los Estados asumieron bajo el Pacto”; RESOLUCIÓN DEL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, REFERENCIAS: 1987/5, Párrafo 9, y 1990/45, párrafo 6 y 10. Las atribuciones se constituyen como resultado de que en 1987 el Consejo Económico y Social (ECOSOC), invitara al comité a preparar las Observaciones Generales. En el año 1990 el ECOSOC, alentó al Comité a continuar el uso de este mecanismo para desarrollar una apreciación más plena de las obligaciones de las partes Estatales bajo el P.I.D.E.S.C, se enfatizó “*la importancia del cumplimiento más estricto*” por los Estados que habían ratificado el Pacto. Es menester aclarar que el ECOSOC es un cuerpo establecido bajo la carta de la

Este esfuerzo internacional de construcción jurídica, mediante una interpretación general⁷⁷, dio pauta para que una pluralidad de movimientos y organizaciones a nivel mundial ejecutaran acciones

ONU, y se compone por 53 Estados elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁷⁶ GUTIÉRREZ RIVAS, R., "Garantías de Protección del Derecho Fundamental al Agua en México: Un Panorama", en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, *Cuestiones Constitucionales*. Número 21. Julio Diciembre 2009. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/ard/ard5.htm>. (Consultada 15 de agosto 2012). "La OG 15 fue aprobada dos meses después, convirtiéndose así en el documento internacional más relevante sobre el derecho fundamental al agua. En él se precisa el contenido de este derecho y las obligaciones que adquieren los Estados firmantes del Pacto en la materia. Aunque la OG 15 es el documento más preciso sobre la materia, el derecho al agua ha sido reconocido en un importante número de instrumentos internacionales. Entre los instrumentos más relevantes puede consultarse GUTIÉRREZ RIVAS, R. y Otros, *El agua y el desarrollo rural*. 1ª ed. CEDRISA. México, 2007, P. 166.

⁷⁷ HEINRICH BOLL, *Ob. cit.*, P. 35. Esta Observación General puede ser sorprendente ya que la palabra "agua" no aparece en el Pacto. Sin embargo, el Art. 11 del Pacto declara que todos tienen derecho a un nivel de vida adecuado, "*incluso alimentación, vestido y vivienda*" y lo abierto de esta frase, en particular la palabra "incluso", justifica la interpretación del comité, ya que dicha palabra indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho del agua se encuentra claramente en la categoría de las garantías indispensables, para asegurar un nivel de vida adecuado, ya que es una de las condiciones más fundamentales para la supervivencia. Adicionalmente, el derecho al agua se deriva el derecho a la salud (Art. 12 del Pacto). OBSERVACION GENERAL NUMERO 15, DEL COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURAL (CDESC). Disponible en: www.cohre.org/derecho-al-agua (Consultada 15 de agosto 2012). "*el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana*". Además señala que "*el derecho al agua deberá tratarse como un bien social y cultural y no principalmente como una mercancía económica*"; CENICACELAYA, M., *Ob. cit.*, P. 5; SMETS, H., *Ob. cit.*, P. 28. "En 2002, el Comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General N°. 15 titulada "El derecho al agua"; de ella resulta que este derecho hace parte de los derechos protegidos por el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por 151 Estados. Esta interpretación oficial puso fin a un periodo de incertidumbre sobre la naturaleza del derecho al agua, cuando no se sabía si era un derecho fundamental existente o uno nuevo a ser creado o reconocido"; en sentido contrario a la concepción anterior ver: ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P. 16. "La ausencia de una convención o tratado jurídicamente vinculante, las decisiones sobre el agua para muchos quedase en las manos de los actores internacionales tales como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, como el F.M.I., la O.M.C. y las grandes multinacionales del agua. Estos criaron el Consejo Mundial del Agua con la intención clara de que el agua siga siendo considerada una mercancía sujeta en verdad a los vaivenes de la oferta y la demanda. El Consejo mundial del agua promovió, entre otros, el fórum mundial del agua en 16 y 22 de marzo de 2009 en Estambul, en Turquía, mismo con los esfuerzos de países latinoamericanos y de la Europa, el agua no tendrá que ser reconocida como derecho humano. La conclusión de la reunión ministerial del foro mundial del agua, en Turquía, demuestra la dificultad para convertirse el agua y el tratamiento de las alcantarillas accesibles a todos. Hay una contraposición de fuerzas. De un lado el llamamiento para

para exigir el reconocimiento constitucional del Derecho al Agua. México no fue la excepción, ya que en el 2006 se constituyó la COMDA que ha encabezado una campaña nacional que lucha por el reconocimiento explícito de ese derecho en la Constitución⁷⁸.

Este movimiento en México se constituyó bajo la premisa de la inexistencia de un artículo o precepto constitucional que establezca expresamente que todas las personas tienen Derecho al Agua, pero que implícitamente se encuentra en la Constitución Mexicana de 1917⁷⁹, este análisis se desprende de derechos como el de los pueblos y comunidades indígenas, que expresamente se reconoce como fundamental en la norma suprema⁸⁰, y del cual se deriva el DFA.

reconocer el derecho al agua como derecho humano fundamental e de otro los intereses económicos de las grandes multinacionales del agua”.

⁷⁸ GUTIÉRREZ RIVAS, R., *Garantías de Protección... cit.*, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/ard/ard5.htm>. (Consultado 18 de agosto de 2012). “En sintonía con este esfuerzo internacional de construcción jurídica, una multiplicidad de movimientos y organizaciones a nivel mundial han emprendido diversas acciones para exigir el reconocimiento constitucional del derecho al agua. México no ha sido la excepción; en marzo de 2006 se constituyó la Coalición de Organizaciones Mexicanas por el Derecho al Agua (COMDA) que desde esa fecha ha encabezado una campaña nacional que lucha por el reconocimiento explícito de ese derecho en la Constitución. En los dos últimos años, ese esfuerzo ha sido reforzado por diversas propuestas de reforma constitucional impulsadas desde las cámaras de representantes. Se trata, sin duda, de estrategias muy relevantes que no deben cesar y que es necesario seguir impulsando”.

⁷⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Febrero de 1917. Disponible en: www.diputados.gob.mx/leyesBiblio/pdf/1.pdf. (Consultado 18 de agosto de 2012).

⁸⁰ TREJO SÁNCHEZ, K.; y SANABRIA VALDÉS, C. A., *Hacia una Garantía Constitucional del Derecho al Agua en México*, Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Redalyc, *El Cotidiano*, versión electrónica, núm., 166, Universidad Autónoma Metropolitana–Azcapotzalco, Distrito Federal, México, marzo-abril, 2011, pp. 93- 95. Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=32518423010>. (Consultado 18 de agosto de 2012). En México la Carta Magna no contempla el derecho al agua como un derecho fundamental; sin embargo, si consagra otros derechos que tienen una relación directa con ese derecho, tales como: *-el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a usar y disfrutar los recursos naturales de los lugares que habitan: Art. 2° A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos*

Estos argumentos se erigen además de otros derechos, ya que el Derecho al Agua, guarda una relación de interdependencia con otros derechos reconocidos en la Constitución mexicana, como el derecho a la salud y el derecho a la vivienda artículo 4o. que son de imposible ejercicio si las personas no tienen acceso a una cantidad mínima de agua potable⁸¹,

adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos, las comunidades podrán asociarse en términos de ley. Este derecho trae implícito, para este grupo, el derecho al uso y disfrute del agua como un elemento de la naturaleza. -El derecho a la protección de la salud, consagrada en el párrafo cuarto del artículo 4º constitucional, en los siguientes términos: *Artículo 4º... Toda persona tiene derecho a la protección de la salud.* La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. Es difícil pensar en proteger la salud si no se cuenta con agua para beber y asegurar así la existencia, y para satisfacer hábitos de higiene como el baño, aseo de manos, de alimentos y utensilios donde se preparen, entre otros, que al no hacerlo, el ser humano es más susceptible a contraer diversas enfermedades que ponen en riesgo su salud. – El derecho a un medio ambiente adecuado, previsto en el quinto párrafo del artículo en comento: *Artículo 4o... Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.* El derecho a un medio ambiente adecuado comprende contar con agua potable no contaminada. – El derecho de la familia a gozar de una vivienda digna y decorosa, estipulado en el párrafo sexto del artículo en estudio: *Artículo 4º... Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.* La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. No podría considerarse una vivienda digna aquella que no cuenta con agua para su limpieza y para el funcionamiento de sus servicios básicos. – El derecho de los niños y las niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, expuesto en el párrafo séptimo del multicitado artículo: *Artículo 4º... Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.* Lo anterior se debe a que el agua es considerada un alimento vital para la subsistencia del ser humano y para el adecuado funcionamiento del organismo. Así, de lo hasta aquí vertido podemos afirmar que sin acceso al agua es imposible el cumplimiento de otros derechos, en virtud de su íntima relación con muchas de las actividades del hombre. El hecho de que no todas las personas tengan acceso al agua, es motivo de discriminación que atenta contra la dignidad humana porque impide el acceso a un derecho elemental para la vida.

⁸¹ Así ha sido reconocido en el derecho internacional a través de las observaciones generales aprobadas por el Comité DESC, en este sentido: OBSERVACIÓN GENERAL 4 (VIVIENDA ADECUADA) para determinar si una vivienda cumple con el concepto de adecuación, es necesario que ésta cuente con "ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a *agua potable...*". En relación con el derecho a la salud; así también OBSERVACIÓN GENERAL 14, (DERECHO A LA SALUD), PÁRRAFO 4 establece que la referencia que se hace en el artículo 12 del PIDESC "al más alto nivel posible de salud física y mental no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del

además porque en diversas disposiciones de la Constitución Mexicana (Arts. 2o., 4o. y 27) se establecen obligaciones hacia los poderes públicos que están relacionadas con el contenido mínimo esencial de ese derecho⁸² -

párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, *el acceso a agua limpia potable* y a condiciones sanitarias adecuadas...".

⁸² TREJO SÁNCHEZ, K. y SANABRIA VALDÉS, C. A., *Ob. cit.*, pp. 95-96. Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=32518423010>. (Consultado 18 de agosto de 2012). No obstante, existe otro precepto constitucional que sólo regula su calidad jurídica y la forma de adquirirla, lo cual se encuentra señalado en el artículo 27, párrafos primero, tercero, cuarto, quinto, octavo y noveno: *Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada... La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional. Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el 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, y sus afluentes directos*

cuando menos en los casos de pueblos indígenas y de niños y niñas⁸³. Además porque dicho derecho ha sido reconocido en múltiples instrumentos internacionales firmados y ratificados por México.

7.2.3 El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Argentina

En Argentina, no se encuentra reconocido a nivel constitucional el

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... La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial. En aquellos casos en que esa extensión produzca superposición con las zonas económicas exclusivas de otros Estados, la delimitación de las respectivas zonas se hará en la medida en que resulte necesario, mediante acuerdo con estos Estados. *La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones...* Así, el artículo transcrito señala, en términos generales, que las aguas del territorio nacional son propiedad de la Nación; que ésta tiene el derecho de regular su aprovechamiento, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública. En este punto, al hablar de una distribución equitativa se advierte el derecho a la no discriminación, ya que el agua debe ser distribuida a todos.

⁸³ GUTIÉRREZ RIVAS, *Garantías de Protección...* cit., <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/const/cont/21/ard/ard5.htm>. (Consultado 18 de agosto de 2012). Para este autor, lo anterior no debería ser impedimento para que los ciudadanos puedan exigirlo y las autoridades, protegerlo y cumplirlo. De hecho, en situación muy similar se encuentra el derecho a la vida, el cual sin estar reconocido de forma expresa en ningún artículo constitucional, ha sido configurado a través de la interpretación de la Suprema Corte, señalando que está implícitamente reconocido.

Derecho al Agua, de manera expresa, pero hay derechos ambientales reconocidos en el Art. 41 y los derechos de consumidores y usuarios en el Art. 42 en los que el agua, como elemento esencial para la vida humana es objeto de protección⁸⁴, reconociéndosele como derecho fundamental de manera Implícita⁸⁵.

7.2.4. El Derecho Fundamental al Agua, Implícito en la Constitución Española

La Constitución Española, aprobada en 1978, reconoce implícitamente el DFA, mediante interpretación del derecho a la vida y la integridad física y moral preceptuado en el Art. 15 de su Constitución, y mediante la interpretación de los derechos humanos que propugna la DUDH y tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁸⁶, como es el caso del PIDESC ratificado el 27 de abril de 1977 por el Estado de España.

⁸⁴ CONSTITUCIÓN ARGENTINA. El Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Argentina establece variados instrumentos internacionales sobre derechos humanos como dotados de jerarquía constitucional, incluso, los instrumentos internacionales que establecen derechos humanos al agua. Abre la posibilidad de aplicación de los Tratados y Convenciones internacionales como fuentes constitucionales.

⁸⁵ VÁSQUEZ LÓPEZ, J. M., *Ob. cit.*, P. 380. Sobre el reconocimiento implícito del derecho fundamental al agua derivado del derecho al medio ambiente el Doctor Vázquez López, concibe que no se debe dejar de mencionar el caso de Bélgica, Uruguay, Colombia y Costa Rica, los cuales derivan el Derecho al Agua como un Derecho Fundamental implícitamente reconocido en el Derecho al Medio Ambiente.

⁸⁶ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, TÍTULO I “DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES” ART. 10.2. COORDINACIÓN FIAN ESPAÑA, *Desarrollo y Cumplimiento del Derecho al Agua por parte del Estado Español*, Informe Paralelo Presentado ante la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, Naciones Unidas, abril- Mayo, 2004, Ginebra. p. 9. En la Constitución Española, aprobada en 1978, se declara como fundamento de la convivencia y del orden social el respeto a los Derechos fundamentales e inviolables de la persona, especificando con claridad que la interpretación de los mismos se hará conforme a “*la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, como es el caso del PIDESC para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado por la Asamblea de Naciones Unidas en 1966 y que España ya había

El Art. 15 de la Constitución Española preceptúa: “*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...*” Teniendo que interpretar este artículo con arreglo a los tratados internacionales suscritos por España – así lo prescribe el Art. 10.2 de la Constitución Española- debemos decir que el derecho a la vida incluye con arreglo a la interpretación del art. 25 de la DUDH y conforme al art. 11 del PIDESC, el derecho al alimento, el agua, el vestido y la vivienda puesto que estos derechos son considerados como prerequisites para el desarrollo de una vida en dignidad. Sin el derecho al alimento o al agua, es imposible ejercer el derecho a la vida digna.

Esta Disposición además se relaciona con el Art 45 de la Constitución Española, dedicado a los “*Principios Rectores de la política social y económica*” el cual señala que los “*poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*”⁸⁷.

ratificado el 27 de abril de 1977 (...)Además la redacción del artículo 15 incorpora otro elemento importante para el análisis de la realidad actual. Cuando se dice Todos, se está diciendo que el derecho a la vida, y su requisito previo el derecho al agua está reconocido para cualquier persona sea española o no, sea ciudadana reconocida o no. Por el simple hecho de estar en territorio nacional es estado tiene la obligación de promover y remover los obstáculos para respetar, proteger y garantizar el Derecho De la misma forma cuando el art. 15 habla de todos está hablando de un derecho que trasciende las fronteras nacionales para ser de carácter universal. La acción del estado deberá promover el respeto del derecho a la vida en territorio nacional, pero además deberá inspirar su acción internacional.

⁸⁷ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA *cit.*, CAPÍTULO III, ART.45; en el mismo sentido COORDINACIÓN FIAN ESPAÑA, *Desarrollo y Cumplimiento del Derecho al Agua por parte del Estado Español*, *cit.*, p. 10. desde una perspectiva de aprovechamiento económico, la Constitución Española en el Título VII, sobre “Economía y Hacienda” en su Art. 132.2 señala los Recursos Naturales como “*bienes de dominio público estatal*”. Con la aprobación de la Ley de Aguas de 1985, se declara el agua como “*bien de dominio público*”. En este punto es preciso aclarar que el agua, por su naturaleza, no es un bien público sino un bien común. Los bienes comunes son aquellos de libre acceso y consumo rival, siendo éste el caso del agua. Los bienes públicos se caracterizan por dos rasgos que los diferencian de los bienes privados: son de libre acceso, lo que significa que no hay fácil modo de excluir su consumo a quien lo desee; y de beneficios no rivales, lo que expresa que el consumo de un agente no limita las posibilidades de disfrute por parte de los otros. Sin embargo, en la frontera que delimita el espacio de los bienes públicos, tienen un papel los estados, pues la no exclusión

Como fundamento de lo anterior la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999 tuvo en cuenta esta evolución y declaró de manera solemne que *“el derecho al agua pura es un Derecho Fundamental del ser Humano⁸⁸”*.

8. Vinculación Histórica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para la creación del Derecho Fundamental al Agua

El nexo vinculante para el reconocimiento del Derecho al Agua, como

es un rasgo que puede ser modulado, y de hecho así se asumió con la declaración de dominio público. El único artículo de la Carta Fundamental que menciona específicamente responsabilidades públicas respecto a la gestión del agua se refiere tan sólo a su función como recurso generador de energía, en los casos de obras de aprovechamiento hidráulico.

⁸⁸ Cfr. RESOLUCION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU, REFERENCIA: A/RES/54/175 (15/2/2000), en SMETS, H., *Ob. cit.*, P. 28. *“El derecho al desarrollo: afirma que, para la completa realización del derecho al desarrollo; los derechos a la comida y al agua son derechos humanos fundamentales y su promoción constituye un imperativo moral tanto para los gobiernos nacionales como para la comunidad Internacional”*. En este mismo sentido se encuentra la: RESOLUCIÓN MARCADA BAJO LA REFERENCIA A/RES/46/91 DEL 16 DE DICIEMBRE DE 1991 Y LA DECLARACIÓN SOBRE EL DERECHO AL DESARROLLO (RES 41/128 DEL 4/12/86) según las cuales los Estados *“aseguran en particular la igualdad de oportunidades a todos en el acceso a los recursos básicos”*. Evidentemente el agua potable hace parte de los recursos Básicos; En el mismo sentido: PEÑAS, V. y MASIP, I., *Ob. cit.*, P. 4 *“Sin embargo, a pesar de los esfuerzos y del interés mostrado, en todas estas resoluciones de las últimas décadas el derecho humano al agua sigue estando en entredicho. Y esta preocupación es la que ha llevado a la Asamblea General de las Naciones Unidas a declarar *“el acceso al agua y el saneamiento básico como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”*, a propuesta del Gobierno de Bolivia (La propuesta del Gobierno de Bolivia fue elaborada el 17 de junio del 2010, para que la ONU reconociese el acceso al agua potable y al saneamiento digno como un derecho humano. La resolución fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 28 de julio del 2010). Por fin, el acceso al agua y al saneamiento se considera un derecho independiente y básico para poder disfrutar de otros derechos básicos ya reconocidos, como la salud. El texto, que fue aprobado por 122 países, afronta el reto de garantizar el acceso al agua potable a 884 millones de personas (alrededor del 17%) y un saneamiento digno a 2.600 millones (alrededor del 40% de la población mundial). La alarmante situación de la falta de abastecimiento y saneamiento es la responsable de que cada año mueran alrededor de 1,5 millones de personas, en su mayor parte niños menores de 5 años,⁴ que además sufren las secuelas de enfermedades derivadas del consumo de agua en mal estado y la falta de saneamiento, como la diarrea, que es la segunda causa más importante de muerte entre los niños.⁵ La falta de agua dulce de calidad, en su mayor parte debido a la contaminación de las fuentes de abastecimiento (ríos, arroyos, lagos, humedales y acuíferos), es la causa de que muchos niños mueran cada día”*.

derecho fundamental, parte del derecho internacional de derechos humanos de segunda generación⁸⁹, los cuales, se empezaron a fortalecer con la aprobación de la DUDH por parte de la AG-ONU el 10 de diciembre de 1948, el cual, se redactó como “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse⁹⁰”, que implícitamente reconoce el Derecho al

⁸⁹ NOGUEIRA ALCALA, H., *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª ed., México, 2003, P. 4. “En el periodo entre las dos guerras mundiales, marcado por el tiempo de la Revolución bolchevique y del socialismo marxista en Rusia y hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, se busca desarrollar una conciliación del liberalismo democrático con derechos que aseguran un nivel de vida adecuado, ante la crítica realizada por el marxismo de que derechos individuales y políticos eran considerados sólo “libertades formales” del Estado capitalista y burgués poniendo énfasis en las situaciones de graves desigualdades e injusticia social existente en el siglo XIX y principios del siglo XX. Así, se desarrollan los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales, que transforman el Estado de derecho liberal en un Estado social y democrático de derecho, durante el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, desde 1946 en adelante, lo que se recogerá en las Constituciones nacionales y en las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos. Es así que como producto de corrientes de pensamiento y políticas críticas de la concepción liberal individualista y del sistema económico capitalista, como el liberalismo democrático, la socialdemocracia y el socialcristianismo, se introducen perfeccionamientos en el concepto y contenido de los derechos humanos, apareciendo los denominados derechos de la segunda generación que son los derechos económicos, sociales y culturales, que buscan asegurar condiciones de vida dignas a todos y acceso adecuado a los bienes materiales y culturales, basados en los valores de igualdad y solidaridad, lo que, a su vez, permitir el paso del Estado liberal al Estado social de derecho”.

⁹⁰ NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El derecho internacional de los derechos humanos*. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>, (Consultado 15 de Junio de 2012). “La Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”. Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección. La mayoría de los Estados también ha adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional”.

Agua, como un derecho derivado de los derechos a la vida y la dignidad, el cual será reconocido como fundamental en la medida en que cada Estado adopten la declaración o los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan el Derecho al Agua, de manera implícita o subjetiva.

En la DUDH, por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar⁹¹. A lo largo de los años lo establecido en la Declaración ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar, al pasar a ser partes en los tratados internacionales, de donde asumen obligaciones y deberes, en virtud del derecho internacional, *de respetar, proteger y realizar los derechos humanos*⁹².

La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos.

⁹¹ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos... cit.*, P. 6. "La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948), enfatiza en los artículos vigesimosegundo al vigesimoséptimo los derechos económicos, sociales y culturales".

⁹² NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El derecho internacional de los derechos humanos*, *cit.*, <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>. (Consultado 15 de Junio de 2012).

La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar las medidas necesarias o positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, como los que constituyen la denominada carta internacional de los derechos humanos –DUDH, PIDCP y sus dos protocolos facultativos, y el PIDESC -, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes emanados de los tratados⁹³ reconociendo con ello los derechos fundamentales.

⁹³ OBSERVACIÓN GENERAL N° 9, ADOPTADA POR EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES EN EL DECIMO NOVENO PERÍODO DE SESIONES DE 1998. *“La aplicación interna del Pacto: El deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno, párrafo 1, 2 y 3”*, cit., por NACIONES UNIDAS, *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos: Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, pp. 60 y ss. “El Comité abordó cuestiones relacionadas con la índole y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes. En la presente Observación general se trata de aclarar más ciertos elementos de la declaración anterior. La obligación fundamental que deriva del Pacto es que los Estados Partes den efectividad a los derechos reconocidos en él. Al exigir que los gobiernos lo hagan "por todos los medios apropiados", el Pacto adopta un planteamiento amplio y flexible que permite tener en cuenta las particularidades del sistema legal y administrativo de cada Estado, así como otras consideraciones pertinentes. Pero esta flexibilidad coexiste con la obligación de cada Estado Parte de utilizar todos los medios de que disponga para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. A este respecto, hay que tener presentes las prescripciones fundamentales de la legislación internacional sobre derechos humanos. Por eso, las normas del Pacto han de ser reconocidas en el ordenamiento jurídico interno a través de los medios adecuados; las personas individuales o los grupos agraviados han de disponer de medios adecuados de reparación, o de recurso, y se han de establecer mecanismos adecuados para garantizar la responsabilidad de los gobiernos. Las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del Pacto deben considerarse teniendo en cuenta dos principios del derecho internacional: el primero, reflejado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En otras palabras, los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte. El segundo principio está reflejado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ningún equivalente directo del apartado b) del

8.1. Causas que Motivaron el Reconocimiento del Derecho Humano al Agua como Derecho Fundamental

Las causas que han motivado el reconocimiento del DFA, pueden analizarse o clasificarse desde dos planos. El primer plano, como causal para el reconocimiento de este derecho fundamental, se encuentra el uso que se le da al agua en el plano material, el segundo plano o perspectiva para el reconocimiento del DFA la diversidad de discusiones en el plano internacional, mediante conferencias que contribuyen al uso adecuado en el plano material.

La primera perspectiva concibe que el agua fue considerada simplemente una bebida para las personas, límite para los Estados, instrumento para la navegación, medio de desarrollo de la agricultura, de la ganadería, de la industria, por generar energía eléctrica, por ser cuerpo receptor de desechos y aguas residuales, especialmente a partir del desarrollo del alcantarillado urbano, por favorecer desarrollos turísticos, la práctica de diferentes deportes, entre ellos no sólo la pesca deportiva o la práctica de deportes acuáticos, sino la construcción de canchas de golf, y otros fines. Diferentes aplicaciones, diferentes tecnologías, diferentes

párrafo 3 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que obliga a los Estados Partes, entre otras cosas, a desarrollar "las posibilidades de recurso judicial". No obstante, los Estados Partes que pretendan justificar el hecho de no ofrecer ningún recurso jurídico interno frente a las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales tendrán que demostrar o bien que esos recursos no son "medios apropiados" según los términos del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien que, a la vista de los demás medios utilizados, son innecesarios. Esto será difícil demostrarlo, y el Comité entiende que, en muchos casos, los demás medios utilizados puedan resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales".

conocimientos, diferentes organizaciones nacionales y locales para su administración⁹⁴.

La anterior causa o causas constituyen la pauta para que en el plano internacional, se desarrolle la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, realizada en Mar del Plata en marzo de 1977⁹⁵, la cual, constituye la pauta histórica que abarcó un enfoque totalizador que partió de reconocer que el agua no es sólo un bien común de todos y para ser simplemente usado, sino que también es un bien para ser protegido y cuidadosamente administrado, en atención a las causas anteriormente planteadas o aspectos mencionados.

Quince años después vuelven a llevarse a cabo otras reuniones sobre el agua con un criterio integrador similar –aunque no siempre tan comprensivo- como, por ejemplo, la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente realizada en Dublín en enero de 1992⁹⁶ - preparatoria de la

⁹⁴ DEL CASTILLO, L., *Los Foros del Agua: de Mar de Plata a Estambul 1977-2009*, Documentos de Trabajo N° 86, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Segunda Reimpresión Corregida, Buenos Aires, Argentina, Agosto, 2009, P. 24.

⁹⁵ *Ibidem*, P. 23. “La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, que tuvo lugar en Mar del Plata, Argentina, en marzo de 1977, fue un evento internacional de características únicas. En efecto, antes y después de la Conferencia de Mar del Plata se realizaron otras reuniones que tuvieron por objeto diversos aspectos de la utilización del agua, pero todas ellas tomaron en cuenta el agua como recurso para ser utilizado por un sector específico y no como un elemento natural indispensable que debe ser considerado de manera integrada y comprensiva. La Conferencia de Mar del Plata, por el contrario, adoptó ese enfoque totalizador que partió de reconocer que el agua no es sólo un bien para ser usado, sino también un bien para ser protegido y cuidadosamente administrado”.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 60-61. “La Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente realizada en Dublín Del 26 al 31 de enero de 1992 tuvo lugar en Dublín, Irlanda, no fue una conferencia convocada por las Naciones Unidas sino patrocinada por organizaciones del sistema de las Naciones Unidas, con metas de política hídrica mundial. La Conferencia de Dublín definió al agua como ‘un bien económico’ y afirmó que es vital reconocer en primer lugar el derecho básico de todos los seres humanos de tener acceso a agua potable y saneamiento a precios accesibles. Los representantes de los gobiernos en la Conferencia reclamaron nuevos enfoques para la evaluación, el desarrollo y la gestión del agua, junto con inversiones sustanciales, campañas para concientizar a la opinión pública, cambios legislativos e

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de ese mismo año- de la cual surgieron los llamados “Principios de Dublín”, de gran trascendencia conceptual.

Entre otras conferencias que han servido de causas que han conllevado al reconocimiento del derecho fundamental, puede mencionarse también la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, convocada por el Gobierno de Francia en marzo de 1998, en preparación del sexto período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas y la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce -Bonn, diciembre de 2001- cuyo propósito era analizar los avances logrados en la gestión de los recursos hídricos⁹⁷, transcurridos diez años desde la

institucionales, desarrollo tecnológico y programas de capacitación. La meta de la conferencia fue tender un puente entre agua, desarrollo y medio ambiente, lo que tuvo como efecto, sin mencionarlo expresamente, incorporar la fórmula del desarrollo sostenible que sólo se describiría formalmente en la Conferencia de Río a celebrarse meses más tarde”; DECLARACIÓN DE DUBLÍN SOBRE EL AGUA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE. Esta declaración aprobó los siguientes principios rectores: Principio No. 1: El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente; Principio No. 2: El aprovechamiento y la gestión del agua deben inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles; Principio No. 3: La mujer desempeña un papel fundamental en el abastecimiento, la gestión y la protección del agua; Principio No. 4: El agua tiene un valor económico en todos los diversos usos competitivos a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

⁹⁷ DEL CASTILLO, L., *Ob. cit.*, P. 67. “La Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce que tuvo lugar en Bonn, del 3 al 7 de diciembre de 2001, fue organizada por el Gobierno de Alemania en colaboración con las Naciones Unidas, y se constituyó en un nuevo eslabón en la cadena de conferencias internacionales sobre el agua. La Conferencia fue convocada para colaborar en la solución de los problemas que afectan en todo el mundo al agua y su utilización, y para convertirse en un foro preparatorio de los temas hídricos para la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible que se celebraría en Johannesburgo en 2002. La Conferencia, que puso énfasis especialmente en la protección de la calidad del agua, aprobó las Recomendaciones para la Acción dirigidas a avanzar hacia las metas siguientes: (a) Garantizar a todos el acceso equitativo al agua; (b) Atender las necesidades de agua potable y saneamiento de los más pobres; (c) Distribuir equitativamente el agua entre los distintos sectores que compiten por ella; (d) Compartir los beneficios; (e) Mejorar la administración del agua; (f) Proteger la calidad del agua y los ecosistemas; (g) Hacer atractiva el agua para la inversión privada; (h) Aumentar la asistencia al desarrollo destinada al agua; (i) Centrarse en la educación y la formación sobre el agua; (j) Hacer más eficaces las instituciones dedicadas al agua; entre otras. Las recomendaciones tomaron en cuenta las Metas del Milenio con

Conferencia de Dublín, y servir como antecedente para la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible, a celebrarse en Johannesburgo en el año siguiente.

A esos encuentros se fueron sumando, a partir de 1997, los Foros Mundiales del Agua, que se han llevado a cabo cada tres años, por iniciativa del Consejo Mundial del Agua, habiendo tenido como sedes sucesivas a las ciudades de Marrakech, La Haya, Kioto, México y Estambul.

Es en el año 2002 donde se da un reconocimiento formal de manera implícita al DFA, mediante interpretación realizada al PIDESC de 1966.

El PIDESC como parte de uno de los instrumentos que conforma la carta internacional de derechos humanos de la ONU desarrolla con mayor detalle este derecho, ya que en el plano internacional existen diferentes cuerpos normativos que regulan implícitamente el Derecho al Agua⁹⁸.

respecto al Desarrollo y se expresó que 'la seguridad del abastecimiento de agua para todos es un objetivo viable', ya que hay agua suficiente, a condición de que se cambie la forma de administrarla. La Conferencia hizo hincapié en los temas de calidad del agua y se señaló que el agua es esencial para la paz, para el desarrollo sostenible y para la lucha contra la pobreza".

⁹⁸ LLANOS MANSILLA, H., *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC*, pp. 149 y ss. "El Pacto es parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto es supervisado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –CDESC–, de las Naciones Unidas. Es el órgano que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. No está previsto en el Pacto, sino que fue creado por resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para el desempeño de las funciones recogidas en la parte IV del Pacto. El CDESC está formado por 18 expertos independientes elegidos por un período de cuatro años. Se reúne en períodos de sesiones, normalmente dos al año, que tienen lugar en Ginebra. Estos períodos de sesiones comprenden una sesión plenaria de tres semanas precedida por un grupo de trabajo que se reúne durante una semana. *Los Estados están obligados a informar periódicamente al CDESC sobre la aplicación del Pacto*. Sobre la base de la información aportada, el Comité destaca los aspectos positivos y negativos y formula una serie de recomendaciones: sus respuestas a cada Estado toman la forma de

Esto es así en la medida en que los estados ratifiquen este instrumento sin ninguna reserva, situación que implica la aceptación voluntaria de todas las obligaciones que el pacto establece de manera directa o por la vía de la interpretación que realiza el CDESC.

De acuerdo con el CDESC⁹⁹ -órgano especializado y encargado de vigilar la aplicación del PIDESC y facultado por la ONU para realizar la interpretación autorizada del mismo¹⁰⁰- el derecho al agua se desprende de los artículos 11.1 y 12 del Pacto¹⁰¹. Así lo ha establecido en su OG 15, donde

observaciones finales. Por otro lado, el Comité emite observaciones generales, que contienen su interpretación sobre cuestiones relacionadas con el Pacto”.

⁹⁹ CENICACELAYA, M., *Ob. cit.*, P. 5; ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, A., *Ob. cit.*, P. 16. “La posibilidad de formación de este Comité fue establecido por la parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales (P.I.D.E.S.C. o el Pacto); HEINRICH BOLL, *Ob. cit.*, pp. 34-35. “El comité está compuesto de expertos independientes elegidos por los Estados miembros del P.I.D.E.S.C, los cuales tienen como responsabilidad y mandato el de examinar los informes de los Estados sobre la implementación del P.I.D.E.S.C, y preparar las Observaciones Generales sobre el contenido de las obligaciones legales que los Estados asumieron bajo el Pacto”; RESOLUCIÓN DEL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, REFERENCIAS: 1987/5, Párrafo 9, y 1990/45, párrafo 6 y 10. “Las atribuciones se constituyen como resultado de que en 1987 el Consejo Económico y Social (ECOSOC), invitara al comité a preparar las Observaciones Generales”. En el año 1990 el ECOSOC, alentó al Comité a continuar el uso de este mecanismo para desarrollar una apreciación más plena de las obligaciones de las partes Estatales bajo el P.I.D.E.S.C, se enfatizó “*la importancia del cumplimiento más estricto*” por los Estados que habían ratificado el Pacto. Es menester aclarar que el ECOSOC es un cuerpo establecido bajo la carta de la ONU, y se compone por 53 Estados elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁰⁰ RESOLUCIÓN DEL ECOSOC, REFERENCIA: 1985/17 DE 28 DE MAYO DE 1985. El Comité fue establecido en 1985 a través de la resolución del ECOSOC 1985/17 de 28 de mayo de 1985. Su primera sesión ocurrió del 9 al 27 de marzo de 1987.

¹⁰¹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. ARTICULO 11 Y 12. *Artículo 11 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la*

además ha detallado con mucha precisión el contenido esencial de dicho derecho así como las obligaciones que adquieren los Estados al firmar el instrumento.

En la OG 15 el CDESC ha establecido que *"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"*¹⁰². Considera el Comité que este derecho se encuadra con toda claridad en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado porque es una condición necesaria para la supervivencia.

Aunque en la OG 15 se señala que en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos, también los Estados deben reconocer que se trata de un bien que es indispensable para el ejercicio de otros derechos como el de alimentación adecuada, higiene ambiental, salud, derecho a ganarse la vida mediante un trabajo, derecho a disfrutar determinadas prácticas culturales.

De lo establecido anteriormente se deduce que la interpretación que propugna, dicho órgano especializado se consolida como derecho fundamental mediante la positivización Constitucional en el plano formal. En

reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan. Artículo 12 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

¹⁰² OBSERVACIÓN GENERAL N° 15.

ese sentido el Comité además ha señalado que "los Estados parte deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura *de subsistencia y para asegurar la supervivencia de los pueblos indígenas*". *En relación con estos últimos, se conmina a los Estados para que faciliten los recursos que les permitan a las comunidades planificar, ejercer y controlar su acceso al agua*".

Debido a que los derechos son instrumentos creados para garantizar el acceso de todas las personas a un conjunto de necesidades y libertades mínimas que les permitan tener una vida digna, el CDESC ha manifestado en la OG 15 una preocupación especial por aquellos grupos en situación de discriminación y establece que los Estados firmantes deben prestar mayor atención a las personas y grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho. En el apartado 16 c) de dicho documento, se especifica que los Estados partes deben velar por que las zonas rurales y urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua.

Por tanto, para el CDESC, el Derecho al Agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario y el derecho a no ser objeto de injerencias, por ejemplo no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. Asimismo, la OG 15, señala que los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas. Expresamente establece que lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnológicas. El agua debe tratarse como un bien social y cultural y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras.

CAPÍTULO III

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS DEL DERECHO AL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE CARÁCTER SOCIAL

SUMARIO: 9. Introducción; 10. El Reconocimiento de una Teoría de los Derechos Fundamentales, Génesis del Desarrollo de los Derechos Fundamentales; 11. Diferencia y similitudes entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos; 12 Aproximaciones conceptuales sobre los Derechos Fundamentales; 12.1. Concepción Iusnaturalistas; 12.2. Concepción Iuspositivista; 12.3. Concepción Moderna; 13. Categorización de los Derechos Fundamentales; 13.1. Categorización Tradicional; 13.2. Categorización Moderna; 14. Características de los Derechos Fundamentales; 15. Definición de Derecho Fundamental al Agua; 16. Naturaleza jurídica del Derecho Fundamental al Agua.

9. Introducción

Las formulaciones doctrinarias del DFA, implica esbozar de una manera deductiva explícita lo referente a los derechos fundamentales, situación que implica detallar el origen, apareamiento y desarrollo de los derechos fundamentales.

Con fundamento en lo anterior, se pretende en este capítulo ubicar el apareamiento de los derechos fundamentales en el plano material con el objetivo de establecer una aproximación sobre lo que se debe entenderse por DFA y delimitar así su naturaleza jurídica.

Estos argumentos, permiten, establecer acotaciones espacio temporales, sobre los derechos fundamentales sin dejar a un lado los planteamientos de los derechos humanos, debido a su vinculación, teniendo en cuenta siempre sus diferencias formales, materiales, históricas y de fondo, ya que, ambos términos -derechos fundamentales y derechos humanos- en muchas ocasiones tienden a confundirse y hasta considerarse como sinónimos.

Todo lo anterior, permite establecer aproximaciones conceptuales sobre lo que debe entenderse por derecho fundamental, teniendo en cuenta situaciones ius filosóficas, además se desarrolla lo referente a las determinaciones categóricas o clasificatorias dadas a los derechos fundamentales ya sea desde un punto de vista tradicional o desde un punto de vista moderno, y las características de los mismos.

10. El Reconocimiento de una Teoría de los Derechos Fundamentales. Génesis del Desarrollo de los Derechos Fundamentales

La Teoría de los Derechos Fundamentales¹⁰³, constituye el punto de partida de la creación, desarrollo y reconocimiento en el plano formal y material de los derechos fundamentales en su más amplio sentido¹⁰⁴.

El argumento anterior connota que la Teoría de los Derechos Fundamentales, se constituyó como la teoría, articuladora e idónea, del desarrollo de los derechos fundamentales, que se fortalece con el apareamiento o surgimiento de las generaciones de derechos¹⁰⁵.

¹⁰³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos... cit.*, P. 24. “La ciencia de los derechos fundamentales se ve confrontada con la tarea de dar respuestas racionalmente fundamentadas a las cuestiones vinculadas con los derechos fundamentales”. La presente teoría de los derechos fundamentales intenta contribuir al cumplimiento de esta tarea.

¹⁰⁴ *Ibidem*, P. 21. Para el filósofo del derecho contemporáneo, Cuando se trata de un catálogo escrito de los Derechos Fundamentales, el problema jurídico de los mismos es, por lo pronto un problema de interpretación de formulaciones del derecho positivo dotadas de autoridad.

¹⁰⁵ *Vid.* PECES-BARBA, G. con la colaboración de Rafael DE ASIS, Carlos FERNANDEZ LIESA y Ángel LLAMAS, *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1995, cit. por PECES-BARBA MATINEZ, G.; y FERNANDEZ GARCÍA, E., (Directores), *Ob. cit.*, P. 2; *Vid.* PECES-BARBA, G. *Sobre el Puesto de la historia en el Concepto de los Derechos Fundamentales en Anuario de Derecho Humano, n° 4*, Madrid, España, y en *Escrito sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Eudema, Madrid, España, 1988, pp. 227 a 264, cit. por PECES-BARBA MATINEZ, G. y FERNANDEZ GARCÍA, E., (Directores). *Ob. cit.*, P. 2. “El tránsito a la modernidad hasta nuestros días ha propiciado la aparición y el arraigo de las distintas generaciones de los derechos, que parte de unos criterios *a priori* que se consideran

La gestación o cristalización de los derechos fundamentales mediante una Teoría de los Derechos Fundamentales, surge en el Siglo XVII¹⁰⁶, con el

decisivos para entender el fenómeno –de la Teoría de los Derechos Fundamentales-. Estos postulados, criterios o puntos de partida son los siguientes: 1) La comprensión plena del fenómeno de los derechos humanos necesita la aproximación histórica. Una aproximación abstracta, analítica, que prescindiera de la dimensión histórica, no puede abarcar la totalidad de los perfiles o facetas del fenómeno. 2) El mismo concepto de derechos humanos es un concepto histórico, propio del mundo moderno. La historicidad es inseparable de su fundamento y de su concepto, lo que confirma que se trata de una realidad cultural. 3) Situado el fenómeno en la raíz de la condición humana, su fundamento es ético, pero obligado a surtir efecto, a ser eficaz, en ámbito de la vida social; su despliegue es jurídico, por lo que su concepto debe comprender necesariamente esa dimensión, y solo se completa con la positivación, con la incorporación al Derecho positivo”. Con estas premisas intelectuales se puede entender que consideremos a los derechos fundamentales como la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad de la persona y los valores de libertad, igualdad y solidaridad como cauce para alcanzarla; MADRID-MALO GARIZÁBAL, M., *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*, Defensoría del Pueblo, Serie Textos de Divulgación N° 11, Santa Fe de Bogotá, D. C., P. 14. “La Constitución consagra los derechos de la persona (...), clasificándolos para efectos de su reconocimiento en tres grupos: el de los derechos fundamentales, el de los derechos sociales, económicos y culturales, y el de los derechos colectivos y del ambiente. Aunque en principio esta clasificación tripartita pretende ceñirse a la tradicional distinción entre derechos de la primera, segunda y tercera generación, la distribución definitiva no resulta técnica ni clara porque, si atendemos el juicio de la jurisprudencia y de la doctrina, en cada uno de los grupos se incluyen derechos que por su esencia y por su contenido tienen jerarquía fundamental. Así ocurre, entre otros, con el derecho al matrimonio, los derechos de los niños, el derecho de huelga y el derecho de propiedad, ubicados en el segundo grupo, y con el derecho al ambiente sano y el derecho al espacio público, ubicados en el tercer grupo. Bien puede afirmarse que los derechos fundamentales están reconocidos a todo lo largo y ancho de la Constitución”; Cfr. Mathew Weinberg, *The Bahá'í World*. Bahá'í Publishing Committee. New York City, U.S.A. 1996 –1997; PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Ed. Tecno, Madrid, 1991, P. 48; URIBE VARGAS, D., *Fundamentos del Derecho Humano a la Paz*. Colombia; FERRERO COSTA, R., *El Nuevo Orden Económico Internacional y la Promoción de los Derechos Humanos*, Ed. Ausonia, Lima, Perú, 1983, citados por DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Los Derechos Humanos*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 5, España, 2001-2002, pp. 195-196. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero5/15-5.pdf>. (Consultado 20 de agosto de 2012). “Históricamente, los derechos humanos han surgido y han sido reconocidos, de manera progresiva, por etapas o “generaciones” como lo señaló el jurista francés Karel Basak; sin que esto de “generaciones” signifique que las nuevas sustituyen a las anteriores. Cada una de estas etapas o generaciones corresponden o constituyen, en cierta forma, la realización de valores o principios como los consagrados por la Revolución Francesa de 1789: libertad, igualdad y fraternidad. Correlativamente a estos valores, en un primer momento se habló de la existencia de tres generaciones; actualmente, se puede señalar hasta cuatro generaciones, correspondiendo esta última a la realización de la unidad en la diversidad”.

¹⁰⁶ FERNANDEZ GARCIA, E., “Transito a la Modernidad y Derechos Fundamentales”, en AA. VV., *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII*, Ed. Dykinson, S.T. Madrid, 1998, p. 17. “El rompimiento y la continuidad se perfilan como rasgos del tránsito a la modernidad que dan pauta al apareamiento de la filosofía de

aparecimiento de la filosofía de los derechos fundamentales¹⁰⁷, y con los modelos históricos de fundamentación de los derechos¹⁰⁸, los cuales, se desarrollan en el tránsito de la modernidad¹⁰⁹, que se constituye como la ruptura de la edad media, bajo la continuidad y aplicabilidad de figuras gestadas en el medievalismo¹¹⁰, en el desarrollo de la modernidad –Estado de Derecho-¹¹¹.

los derechos fundamentales en el siglo XVII, que, como tal, es una novedad histórica del mundo moderno, que tiene su génesis en ese tránsito”.

¹⁰⁷ *Ibidem*, P. 20. La filosofía de los derechos fundamentales, como tal, es algo nuevo en ese complejo conjunto de realidades. Surge con este tránsito a la modernidad, y alcanzara su plenitud de planteamiento originario en el S. XVIII.

¹⁰⁸ J. BASTIDA, F. y Otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, s.e., Ed. Tecno, Madrid, España, 2004, P. 14. Para este autor los Modelos Históricos de Fundamentación de los Derechos, se traduce en términos constitucionales en las primeras teorizaciones profundas sobre el origen, titularidad, contenido y límites de los derechos subjetivos. lejos de proporcionar una única respuesta a estas cuestiones, tres son las teorías que van a sustentarse: la *historicista*, la *iusracionalista* y la *positivista*. El análisis que cada una de ellas realiza de los derechos subjetivos es el resultado de su particular forma de entender el Derecho y de explicar el origen del Estado y la Sociedad.

¹⁰⁹ FERNANDEZ GARCIA, E., “Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales”. AA. VV. *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII, cit.*, pp. 15-20. Para la historia de los derechos fundamentales, este periodo es de suma importancia porque en él se forma esta idea del reconocimiento de los derechos fundamentales. “En los tiempos anteriores aunque esté presente la idea de dignidad de la persona, no se concibe la realización de esta a través del concepto de derechos fundamentales. Este es un concepto Histórico del mundo moderno. Por eso, los rasgos de la génesis de ese mundo son importantes para nosotros (...) Surge con este tránsito a la modernidad, y alcanzara su plenitud de planteamiento originario en el S. XVIII. Ahí termina definitivamente la Edad Media y empieza el mundo Moderno. Uno de los fundamentos de esta afirmación es precisamente la filosofía de los derechos fundamentales”.

¹¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 113-138, cit., por PASCUAL LÓPEZ, S., *Génesis de los Derechos Fundamentales y Garantías de la Inviolabilidad del Domicilio (Siglos XVI Y XVII)*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 11, España, 2007-2008, P. 288. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero11/16-11.pdf>. (Consultado 20 de agosto de 2012). Para una mejor comprensión de la génesis histórica de estos derechos es necesario referirse -como propone Peces-Barba- a los contextos económico, social, cultural y político en los que aquéllos se gestan, caracterizados por profundas transformaciones tras las cuales, muchas de sus estructuras medievales se desvanecen mientras otras se acomodan y logran sobrevivir; en este mismo sentido FERNANDEZ GARCIA, E., “Transito a la Modernidad y Derechos Fundamentales”, en AA. VV. *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII, cit.*, P. 16. “La teoría de la ruptura supone la consideración del Renacimiento como antítesis de la Edad Media y es seguida muy fundamentalmente por los autores iluministas el Siglo XVIII, aunque quizás su expositor más sugestivo sea Jacobo BURCKHARDT en su

El aparecimiento de los primeros rasgos de los derechos fundamentales, se desarrollan en el Estado de derecho, como primera manifestación del modernismo, específicamente el término derecho fundamental surge en 1770 en Francia, bajo la denominación de “*droits fondamentaux*”¹¹², dejando con ello atrás la concepción filosófica que da pauta a una expresión jurídico positiva y de formación propia de una Teoría de los Derechos Fundamentales.

Lo anterior se deduce que los derechos fundamentales proceden en el momento mismo del Estado de derecho, los cuales, se manifiestan en las declaraciones de derechos del siglo XVIII¹¹³, en las que se destacan las

obra *Die kultur der Renaissance in Italie* (1860). La teoría de la continuidad intenta poner de relieve los elementos comunes a la Edad Media y al Renacimiento, o dicho de otra manera, como los principales elementos renacentistas se encuentran ya en la Edad Media. Es la revuelta de los medievalistas (...), que pretende borrar la línea de demarcación entre la Edad Media y el renacimiento”.

¹¹¹ *Ibidem*, P. 20. “Uno de los fundamentos de esta afirmación es precisamente la filosofía de los derechos fundamentales. En la Edad Media, existe una realidad próxima que es el privilegio otorgado a lugares y a las personas que vivían en esos lugares y directamente a personas o grupos sociales, y que actuaba como una libertad diferenciada en un contexto social, cultural, económico y político diferente. Aquí tampoco se parte de cero aunque esa prehistoria medieval de derechos que no son de todos, es un signo más de ese complejo fenómeno de una sociedad que cambia y que desaparece, pero que ya lleva en germen elementos de la nueva sociedad, que ayudan a construir lo nuevo y consiguientemente a descartar progresivamente lo antiguo”.

¹¹² MAGAÑA, Á., *Ob. cit.*, P. 16. El término derechos fundamentales (“*droits fondamentaux*”) aparece en Francia hacia 1770, pues si bien es cierto que la expresión y su formulación jurídico-positiva como derechos constitucionales es un fenómeno relativamente reciente, sus raíces filosóficas se remontan mucho antes; en sentido similar J. BASTIDA, F. y Otros, *Ob. cit.*, pp. 14–22. Para este autor las constituciones utilizan una terminología diversa para referirse al reconocimiento de derechos: libertades públicas, libertades civiles, derechos y libertades, derechos fundamentales, etc.; MADRID-MALO GARIZÁBAL, M., *Ob. cit.*, P. 14. En la antigüedad, a través de la edad media e incluso en las declaraciones redactadas en el siglo XVIII se les llamo “derechos naturales”, “derechos inherentes”, “derechos naturales, esenciales e inalienables” y “derechos del hombre”.

¹¹³ MAGAÑA, Á., *Ob. cit.*, P. 16. Es necesario precisar que los derechos fundamentales preceden históricamente al Estado de Derecho; precisamente, en las declaraciones de derechos del siglo XVIII se encuentra el origen de los principios fundamentales que caracterizan a los modernos regímenes Constitucionales, pero la promulgación de esas Declaraciones es anterior a la formulación doctrinal de la noción de Estado de Derecho.

declaraciones Norteamericanas –pero la que más fama alcanzo fue la DDBPV, del 12 de Junio de 1776, y la DFDHC, del 26 de Agosto de 1789¹¹⁴.

Dichas declaraciones propugnaron el origen de los principios fundamentales que se manifestaron en el surgimiento de los derechos de primera generación, que caracterizan a las modernas Constituciones o como los denomina ALVARO MAGAÑA modernos regímenes Constitucionales.

En esa línea de ideas se concibe que los derechos fundamentales surgen como meras expresiones o concepciones jurídico positivas¹¹⁵, que, se manifiestan y fortalecen con el surgimiento y reconocimiento de la primera generación de derechos humanos en el ámbito de la modernidad o del

¹¹⁴ DE DOMINGO PÉREZ, T., *El Problema de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales desde una Perspectiva Histórica*, en Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. I, N° 1, Universidad Miguel Hernández, Julio de 2006, pp. 292-293. “Suele situarse el origen de los derechos fundamentales en las revoluciones francesas y norteamericanas de finales del S. XVIII que por primera vez reconocieron positivamente la existencia de unos derechos naturales individuales. A ello contribuyo especialmente la figura de Locke, al justificar el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil en la mejor protección de la “propiedad”. Así, este autor afirma: “aunque en el Estado de naturaleza tiene el hombre todos esos derechos, esta, sin embargo, expuesto constantemente a la incertidumbre y a la amenaza de ser invadidos por otros...”. Desde esta perspectiva individualista y contractualita, parece posible pensar que estos derechos, presentes en el estado de naturaleza, debían acompañar a los seres humanos en sus relaciones interpersonales sin que quepa verlos como instrumentos limitativos de un poder político todavía existente”; LORCA NAVARRETE, J. E., *Introducción al Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, España, 1987, pp. 305 y ss.; SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*. Ed. Alianza, Madrid, España, 1982, P.166. Menos conocidas que las declaraciones francesas y americanas es el caso de Alemania, como se ha señalado, así, la Asamblea Nacional de Fráncfort proclamo el 27 de diciembre de 1848 una serie de derechos bajo el epígrafe: “Los derechos fundamentales del pueblo alemán”. Después, la Constitución Prusiana de 30 de enero de 1850 influida por la constitución Belga de 1831 incluía un catálogo de derechos.

¹¹⁵ PASCUAL LÓPEZ, S., *Ob. cit.*, P. 285. Disponible en: <http://www.rtd.es/numero11/16-11.pdf>. (Consultado 22 de agosto de 2012). “El término derechos fundamentales se utiliza hoy día con significaciones muy diversas, desde posiciones políticas dispares. No sólo en el lenguaje vulgar, sino también en el nivel de lenguaje de la Teoría del Derecho se dan importantes indeterminaciones. Mientras algunos piensan que implican una constante histórica, otros los hacen derivar de formulaciones estrictas y puntualmente lusnaturalistas. No faltan tampoco quienes piensan que los derechos naturales no tienen mucho que ver con los derechos fundamentales. En realidad, las diversas maneras de entender los derechos fundamentales no son otra cosa que una forma más de plantear la *eterna canción*”.

Estado de derecho¹¹⁶, los cuales, en pleno desarrollo del Estado legislativo siglo XIX¹¹⁷, fueron afectados, cortados, e imposibilitados de desarrollarse en plenitud, debido a las políticas totalitarias del nazismo¹¹⁸, situación que abarco el estrecho marco de los finales del Estado de derecho e inicios de las primeras manifestaciones del Estado moderno o Estado constitucional y democrático de derecho¹¹⁹.

Este proceso de limitación del desarrollo de los derechos fundamentales apreciable sobre todo a finales del siglo XIX, e inicios del XX¹²⁰, propugno la apertura de nuevas concepciones, en la “*generalización*” e

¹¹⁶ DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.*, P. 196. La primera generación de derechos, fundamentados relativos a la libertad, comprende a los derechos civiles y políticos. Éstos surgen ante la necesidad de oponerse a los excesos de la autoridad. Se proclamaron para limitar las competencias o atribuciones del Estado y se instituyeron como garantías a la libertad. Figuran como derechos fundamentales de carácter individual en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776 y en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, derechos que luego pasaron a formar parte de las constituciones políticas contemporáneas.

¹¹⁷ PECES-BARBA MATINEZ, G.; y FERNANDEZ GARCÍA, E., (Directores), *Ob. cit.*, P. 3. “esos derechos que surgen en el ámbito del Estado moderno, cuando pasa a ser Estado liberal y que tienen objetivos plurales que limitan al poder soberano, se verán, a partir del siglo XIX, coartados, imposibilitados de desarrollarse en plenitud, en el estrecho marco del Estado, y presionarán sus fronteras y sus dimensiones de Derecho interno”.

¹¹⁸ DUEÑAS RUIZ, O. J., *Ob. cit.*, P. 4; NOGUEIRA ALCALA, H., *Teoría y Dogmática... cit.*, P. 4. Dueñas Ruiz considera que las políticas totalitarias propugnadas por el nazismo vulneraron en gran manera los derechos humanos, consolidados ya como derechos fundamentales debido a que la teoría política constitucional con la Constitución de Weimar tuviera un viraje radical, superando la estructura del viejo Estado liberal, Nogueira Alcalá argumenta en ese mismo línea de ideas que en el periodo entre las dos guerras mundiales, marcado por el tiempo de la Revolución bolchevique y del socialismo marxista en Rusia y hasta el término de la Segunda Guerra Mundial, se debe enfatizó en las situaciones de graves desigualdades e injusticia social existente en el siglo XIX y principios del siglo XX, mediante el desarrollo los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales, que transforman el Estado de derecho liberal en un Estado social y democrático de derecho.

¹¹⁹ PECES-BARBA MATINEZ, G. y FERNANDEZ GARCÍA, E., (Directores). *Ob. cit.*, P. 3.

¹²⁰ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. *Teoría y Dogmática... cit.*, P. 4; PECES-BARBA MATINEZ, G. y FERNANDEZ GARCÍA, E., (Directores). *Ob. cit.*, P. 3. Este proceso, apreciable sobre todo a partir de finales del siglo XIX, propugnará la apertura de horizontes, en la internacionalización de la formulación y de la garantía de los derechos. Así como el proceso de generalización se referirá a los titulares de los derechos, éste de

“internacionalización¹²¹” o internación de formulaciones de garantías de los derechos fundamentales, consecuencia de los derechos humanos de segunda generación¹²², que emanan de la naturaleza del ser humano¹²³, considerado en sí mismo por el simple hecho, de ser humano, y los cuales fueron propugnados en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹²⁴, y materializados o plasmados en Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Ese reconocimiento de derechos humanos de segunda generación que se hiciera en la Declaración Universal de Derechos Humanos y plasmados o desarrollados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, suele denominárseles en los principales

internacionalización se referirá a los ámbitos de validez de los derechos y también a los ámbitos de su garantía.

¹²¹ *Ibidem*, P. 3. “El proceso de generalización se referirá a los titulares de los derechos, éste de internacionalización se referirá a los ámbitos de validez de los derechos y también a los ámbitos de su garantía”.

¹²² ALZAMORA VALDEZ, M., *Los Derechos Humanos y su protección*, 2ª ed., EDDILI, Lima, Perú, 1977, pp. 32-33. “La segunda generación de derechos se funda en la igualdad. Son los derechos económicos, sociales y culturales. En esta etapa el hombre le exige al Estado que cumpla ciertas obligaciones de dar y hacer. Son “derechos prestaciones” o “derechos acreencia” a diferencia de los derechos individuales que son “derechos poder”¹². Para realizarse en el mundo, el hombre necesita la ayuda de la sociedad, a través de sus gobernantes, a fin de obtener los medios para la satisfacción de sus necesidades. Por ello, emergen los derechos a la alimentación, habitación, vestido, salud, trabajo, educación, cultura, seguridad social, etc.”.

¹²³ DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.*, P. 194. “Los derechos naturales son aquellos que posee el hombre por el sólo hecho de ser tal. No son una gracia del gobernante o legislador a diferencia del derecho positivo que pasa por la voluntad de éstos de alguna manera”.

¹²⁴ MADRID-MALO GARIZÁBAL, M., *Ob. cit.*, P. 15. El Preámbulo de la Declaración Universal de 1948 llama “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Un derecho es fundamental cuando hace parte de aquellos bienes jurídicos que por estar inseparablemente unidos a la condición humana, por integrar su núcleo jurídico primario, constituyen el fundamento de toda comunidad política, en cuanto le sirven de principio y de razón primordial. Son, dicho de otra manera, los derechos “*inherentes a la persona humana*”. DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.*, P. 197. Esta declaración, consagra, conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobretodo, a las dos generaciones anteriores.

ordenamientos jerárquicamente superiores o leyes primarias, -constitución, carta principal, carta magna etc.- *derechos fundamentales*¹²⁵.

Con todo lo anterior se deduce, que la expresión derecho fundamental y el reconocimiento de los mismos se plasmó por vez primera en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, acordada y promulgada en 1949 –Constitución de Bonn-, constituyéndose esto, como el antecedente de la génesis o desarrollo de los derechos fundamentales¹²⁶.

11. Diferencia y similitudes entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos

Los derechos fundamentales conjuntamente con los derechos humanos constituyen categorías que, en la práctica, se suelen utilizar como sinónimos o como equivalentes, por ello es necesario establecer diferencias, con el objeto de despejar toda duda que surja entre derechos fundamentales y derechos humanos. Adoptada esa diferenciación, - sin atavíos de ser innecesarios – se establecerá con detalle, cuando se está ante un derecho fundamental o ante un derecho humano situación que permitirá establecer el nexo vinculante o similitud entre ambas categorías.

Por consiguiente la diferenciación de los derechos fundamentales y derechos humanos se pueden realizar u observar desde diferentes puntos de vista, a) atendiendo al campo o ámbito en el cual se desarrollan, b) a las

¹²⁵ MADRID-MALO GARIZÁBAL, M., *Ob. cit.*, P. 15. “A los derechos humanos que emanan de la naturaleza del hombre en sí misma considerada suele llamárseles hoy en los textos jurídicos de rango constitucional *derechos fundamentales*”.

¹²⁶ *Ibidem*, P. 15. En esta constitución se habla de derechos fundamentales para referirse a los derechos humanos que hacen parte esencial del ordenamiento democrático y libre, por lo que constituyen el fundamento de la unidad política del pueblo.

concepciones o causas que motivan su aparecimiento, c) a aspectos descriptivos-materiales que parten de planteamientos históricos de ambas categorías, y d) a criterios de distinción entre reglas y principios.

- a) los derechos humanos y derechos fundamentales atendiendo al campo o ámbito en el cual se desarrollan, se distinguen por lo siguiente:

Los derechos humanos se desarrollan o consolidan en el plano internacional, mediante la promulgación de declaraciones, pactos, convenios, tratados, protocolos y convenciones de derechos humanos¹²⁷.

Los derechos fundamentales en cambio se desarrollan o reconocen en el plano interno o derecho interno de cada Estado mediante incorporaciones expresas o implícitas en la Constitución¹²⁸.

- b) Los derechos humanos y los derechos fundamentales atendiendo a

¹²⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecno, 4ª ed., Madrid, España, 1991, pp. 46-47. “Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente al sistema de necesidades humanas, y que “debiendo” ser objetivo de positivación no lo han sido”; DONAIRES SÁNCHEZ, P. *Ob. cit.*, P. 194. “Generalmente, la categoría de derechos humanos se emplea dentro de un enfoque supranacional (declaraciones, pactos, convenios, tratados, protocolos y convenciones de derechos humanos)”; en sentido contrario a este planteamiento puede consultarse: CHINCHILLA, T., *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?* Ed. Temis, 2ª ed., Bogotá, Colombia, 2009, P. 106; puede consultarse además a: BECHARA LLANOS, A. Z., *La Ponderación y los Derechos Fundamentales, El Modelo Ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción en la Corte Constitucional Colombiana*, Ed. Universidad Libre, Sede Cartagena, 1ª ed., Colombia, 2011, P. 74. “Los derechos humanos se encuentran conceptualizados de una forma mucho más amplia, abarcan la totalidad de derechos que no han sido positivados, es legitimadora de los derechos fundamentales, es decir, son la base o el punto de partida de los derechos fundamentales”.

¹²⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, *cit.*, pp. 46-47; DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.*, P. 194. Para este autor los derechos fundamentales o constitucionales, están referidos al derecho interno contenido en la Constitución.

las concepciones o causas que motivan su aparecimiento se distinguen por lo siguiente:

Los derechos humanos se constituyen como derechos naturales en el fondo ya que son derechos que posee el ser humano desde el momento mismo de su existencia¹²⁹.

Los derechos fundamentales se constituyen como derechos públicos subjetivos, ya que regula en base a supuestos de hecho relaciones jurídicas entre el Estado, y los particulares, constituyéndose esto una vinculación consustancial del constitucionalismo¹³⁰, debido a que se reconocen deberes y derechos dentro de un marco positivo¹³¹.

- c) Los derechos humanos y los derechos fundamentales atendiendo a aspectos descriptivos-materiales que parten de planteamientos históricos de ambas categorías se distinguen por lo siguiente:

Los derechos humanos aparecen como categorías si bien es cierto esenciales, pero desarrollados, en diferentes contornos históricos amplios e imprecisos -que al aparecimiento de la noción de los derechos

¹²⁹ AREITIO RODRIGO, R., *Derecho Natural. Lecciones elementales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996, P. 20. El Derecho Natural, para el autor constituye el conjunto de normas obligantes, derivadas de la naturaleza humana y dirigentes de la conducta del hombre; en el mismo argumento DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.* p. 194. Para Pedro Donaires, los derechos naturales son aquellos que posee el hombre por el sólo hecho de ser tal.

¹³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los Derechos Fundamentales*, cit., p. 114. Ferrajoli, concibe al constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos incluso al legislativo

¹³¹ DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.*, pp. 194. "Los derechos públicos subjetivos se refieren a aquellos que regulan las relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica y los particulares, dentro de un marco rigurosamente positivo".

fundamentales¹³², que dependen de las necesidades humanas exigidas mediante movimientos y constantes luchas¹³³, que se desarrollan conforme el ser humano va sintiendo la preocupación de alcanzar ideales o derechos que son esenciales, pero que necesitan ser exigidos para poder ser reconocidos.

Los derechos fundamentales es de poca data, con aparecimiento preciso¹³⁴, ya que se constituyen como aquellos derechos humanos¹³⁵, - alcanzados por constantes luchas y movimientos-, que se consolidan y garantizan por el ordenamiento jurídico positivo como derechos subjetivos, y que en la mayoría de los casos es en la norma constitucional en donde se desarrollan –aunque no la única-, los cuales, al ser positivados pretenden

¹³² CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª ed., México, D.F., 2004, P. 9. “En los usos lingüísticos jurídicos políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término derechos humano aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales”. para el autor los humanos suelen venir entendidos como “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

¹³³ FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, P. 116. Según argumentos de Ferrajoli, ninguna de las generaciones de derechos ha caído del cielo, sino que todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y de revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas.

¹³⁴ Vid. CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales”, en CRUZ VILLALÓN, P., *La Curiosidad del Jurista Persa, y otros escritos sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, España, 1999, pp. 23-53, cit., por. CARBONELL, M., *Los Derechos... cit.*, P. 8; PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales, cit.*, P. 29. El término “derechos fundamentales” aparece en Francia (“droits fondamentaux”) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación de “grundrechte” adoptada por la Constitución de ese país en 1949.

¹³⁵ PASCUAL LÓPEZ, S., *Ob. cit.*, P. 285. “El paso de este primer nivel al segundo se denomina *Derecho de los Derechos Fundamentales* y se produce cuando los valores mencionados anteriormente se insertan en normas jurídicas, es decir, en el derecho positivo, y se configuran los derechos fundamentales como derechos subjetivos. En esta situación, el poder político, como fundamento del orden jurídico, es el único capaz de convertir los valores en derechos fundamentales”.

una protección obligatoria¹³⁶, debido a la rigidez constitucional o concreción neoconstitucional¹³⁷, surgida de la segunda post guerra Mundial.

- d) Los derechos humanos y los derechos fundamentales atendiendo a criterios de diferenciadores entre reglas y principios¹³⁸, se distinguen por lo siguiente:

Los derechos humanos, se constituyen como reglas, ya que, son condiciones o determinaciones para la existencia del ser humano, las cuales le permiten un desenvolvimiento pleno de sus dotes de inteligencia y conciencia en orden a la satisfacer sus exigencias humanas derivadas de su

¹³⁶ PEREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, cit., pp. 46-47. “Con la noción de *los derechos fundamentales* se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela forzada”.

¹³⁷ CARBONELL, M. y otros, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Edición de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, México, P. 9. Para Carbonell, el Neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

¹³⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos... cit.*, P. 82-87. “La distinción entre reglas y principios no es nueva. A pesar de su antigüedad y de su frecuente utilización, impera al respecto confusión y polémica. Existe una desconcertante variedad de criterios. La delimitación con respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante. A menudo, no se contraponen regla y principio sino norma y •principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que, reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas. esta distinción parte de la tesis que dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no solo una diferencia gradual sino *cualitativa*. Esta tesis es correcta. Existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios”.

vida espiritual y natural¹³⁹, en los ámbitos facticos y en lo jurídicamente posible¹⁴⁰.

Los derechos fundamentales, se constituyen como principios, ya que el conjunto de condiciones materiales y espirituales inherentes al ser humano, orientados a su realización en el plano material, racional y espiritual, no quedan en el plano factico o en lo jurídicamente posible, sino que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, esto es, mediante su “protección y legitimación¹⁴¹”. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización¹⁴², el cual, permite al juzgador tener un espacio importante para

¹³⁹ Vid. DEL SOLAR ROJAS, F. J., *Los Derechos Humanos y su Protección*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, 2000, pp. 21-22, cit. por DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.*, P. 193. “Los derechos humanos son las condiciones de la existencia humana que permiten al ser humano desenvolverse y utilizar plenamente sus dotes de inteligencia y de conciencia en orden a la satisfacción de las exigencias fundamentales que le imponen su vida espiritual y natural”; Vid. MUJICA, R. M., *Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz*, IPEDEHP, Lima, Perú, 1999, cit. por DONAIRES SÁNCHEZ, P., *Ob. cit.*, P. 193. Según este autor las Naciones Unidas, reconocen a los derechos humanos como “el conjunto de condiciones materiales y espirituales inherentes al ser humano, orientados a su plena realización; esto es, realización en el plano material, racional y espiritual”. Antropológicamente, los derechos humanos responden a la idea de necesidades; necesidades que tienen los seres humanos para vivir dignamente: alimentación, vestido, vivienda, educación, trabajo, salud; y también a la libertad de expresión, de organización, de participación, de trascendencia, etc.

¹⁴⁰ ALEXY, R. *Teoría de los Derechos... cit.*, P. 87. “las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.

¹⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, España, 2005, pp. 42-43. En ese sentido se trae colación lo que menciona Luis María Díez-Picazo, pues para él los derechos fundamentales tienen básicamente dos: una función de protección y una función de legitimación; la primera, fue el origen y razón de ser de los derechos, pues la declaraciones precedentes fueron creadas con el propósito de limitar al poder, con el fin de tutelar a las personas en su esfera jurídica frente a todo tipo de poder público; la segunda es una función que ha adquirido un gran realce en los últimos años, al ser un requisito imprescindible para los Estados, el asumir con seriedad el compromiso con los derechos fundamentales, y con ello ser aceptados como parte de una comunidad internacional que se caracterice como promotora y respetuosa de tales derechos, para en consecuencia gozar de un legítimo reconocimiento internacional

¹⁴² ALEXY, R. *Teoría de los Derechos... cit.*, P. 86. “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en

valorar y sopesar el derecho fundamental, el cual ya no se consagra como una regla sino como un principio¹⁴³.

Pese a todo lo anterior, la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario se puede concebir que todos los derechos fundamentales sean derechos humanos constitucionalizados, los cuales entrañan un conjunto de valores que emanan de los derechos humanos los cuales para BASTIDA pretenden regir en todos los ámbitos sociales¹⁴⁴.

12. Aproximaciones conceptuales sobre los Derechos Fundamentales

La importancia de los derechos de las personas ha llevado a un

la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización* que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas”.

¹⁴³ DUEÑAS RUIZ, O. J., *Ob. cit.*, pp. 8-9. “Los derechos fundamentales (...) ya no se consagra como una regla sino como un principio, lo cual permite, en caso concreto ha de prevalecer uno u otro; claro que, en teoría todos los derechos fundamentales tienen un igual rango jerárquico en cuanto están consagrados en la Constitución, pero la ventaja de este sistema de principios se vislumbra en que el Juez en pro de un determinado derecho fundamental no vulnerará inmediatamente al que tenga otro individuo y que se pudiera afectar; el Juez habrá de escoger razonablemente”; En este mismo sentido Sentencia T-230/94 emitida por el magistrado Eduardo Cifuentes Muños, de la Corte Constitucional de Colombia, en DUEÑAS RUIZ, O. J., *Ob. cit.*, P. 9. Como bien lo ha señalado el magistrado Eduardo Cifuentes Muños, en la Sentencia T-230/94: “La textura abierta de los textos constitucionales que consagran principios y valores, determina un amplio margen de apreciación judicial. Esta libertad en la interpretación es considerada una de las condiciones para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. Se parte aquí del postulado según el cual, los menos conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva”.

¹⁴⁴ J BASTIDA, F. y Otros, *Ob. cit.*, P. 299. “A grandes rasgos, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales supone reconocer que estos no solo son un instrumento de protección del individuo frente al Estado, sino que también encarnan un “Sistema de valores” objetivo que en cuanto tal aspira a regir en todos los ámbitos sociales”. Dicho en otros términos, los derechos fundamentales no son solo derecho subjetivo individual sino que representan instituciones básicas para la ordenación de la convivencia. Ello ha venido a reforzar su eficacia vinculante en todos los ámbitos del ordenamiento, lo que se conoce como el “efecto irradiación” de los derechos fundamentales.

desarrollo gradual del término, pasando por diversas denominaciones lingüísticas a lo largo de los años, la cual ha dependido de la corriente de pensamiento desarrollada en la época de aparecimiento y de desarrollo de los derechos fundamentales. Situación que nos lleva a realizar una argumentación previa de explicación del uso que se le ha dado hasta nuestros días.

El debate y la preocupación por los derechos fundamentales de las personas no es algo nuevo, surgen desde el momento mismo que se presenta la idea de limitar al poder absoluto dentro de los ámbitos de los Estados nacionales¹⁴⁵. Apareciendo según GREGORIO PECES-BARBA como una noción propia del pensamiento moderno¹⁴⁶, y como base fundamental del constitucionalismo.

Los derechos fundamentales como manifestación del pensamiento moderno y base esencial del constitucionalismo ha tenido sus manifestaciones más representativas en la DIN de 1776, y en la DFDHC de

¹⁴⁵DÍEZ-PICAZO, L. M., *Ob. cit.*, P. 31. “Los derechos como límites al poder no fueron fruto de hechos fortuitos, sino, que como lo expresa Díez Picazo, fue producto de las grandes revoluciones liberales que hicieron frente al absolutismo, que van desde Inglaterra en siglo XVII, en Norteamérica y Francia a los Finales del siglo XVIII”.

¹⁴⁶PECES-BARBA MARTINEZ, G., “La Historia de los derechos humanos: un proyecto comprensivo”, en AA. VV. *Historia de los derechos fundamentales, tomo I: tránsito a la modernidad siglos XVI y XVIII*, Ed. Dykinson, Madrid, España, 2003, pp. 1-23. Existe una abundante doctrina dedicada a los derechos del hombre que mencionan que la idea de los derechos humanos es propia del pensamiento moderno. Es decir surge en “un momento histórico y como consecuencia o resultado de un conjunto de hecho históricos de carácter religioso, político moral, económico o jurídico.” Por lo que se trata de una creación humana del mundo moderno. *Vid.* FERNÁNDEZ, E., *Los derechos humanos y la historia*, cit., por BETEGÓN CARRILLO, J., *Constitución y Derechos Fundamentales*, Ministerio de la Presidencia-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, Madrid, España, pp. 215-233; *Vid.* GOYARD-FABRE, S., *Los derechos del hombre: origen y perspectiva*, cit. por SAUCA CANO, J. M., *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*, Ed. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1994, P. 32.

1789 de Francia¹⁴⁷, las cuales, propugnaron las primeras manifestaciones de lo que ahora se conoce como derechos fundamentales, desarrollados en el Estado de Derecho, bajo una marcada tendencia iusnaturalistas surgidas durante el siglo XVI, XVII e inicios del XVIII.

Con el apareamiento de la Organización de las Naciones Unidas, y en años posteriores con la creación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como embriones de las primeras manifestación del surgimiento de un nuevo modelo de Estado, el Constitucional de Derecho¹⁴⁸, los derechos fundamentales son positivizados materializándose por primera vez en la Constitución de Alemania en 1949, periodo que coincide con la

¹⁴⁷ Vid. ROLLA, R., *Garantía de los derechos fundamentales y justicia fundamental*, Editado por Instituto Mexicano de Derecho Procesal y Ed. Porrúa, 2006, P. 28, cit., por BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Los Instrumentos Internacionales de Derechos Fundamentales y su Aplicación en el Ámbito Constitucional Mexicano*, Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, mayo de 2009, P. 30. La Declaración de Independencia Norteamericana de 1776, se afirmó “que todos los hombres son creados iguales y que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los que está la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” o la que se recoge en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia que resaltó el “Deber de las sociedades políticas es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, P. 115. “Este cambio de paradigma se ha extendido, por otro lado, al menos en el plano jurídico y normativo, también al derecho internacional. Gracias a ese embrión de constitución del mundo que está formado por la Carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, también la soberanía Estatal externa ha sido jurídicamente limitada, por la sujeción de los Estados al imperativo de la paz y a la garantía de los derechos humanos establecidos en esas cartas internacionales. Desgraciadamente, como ha demostrado trágicamente la guerra de Kosovo, este segundo cambio ha sucedido solamente en el papel, ya que permanece sin ningún tipo de garantía de efectividad. Falta todavía una jurisdicción penal internacional capaz de sancionar los crímenes contra la humanidad; falta una jurisdicción constitucional internacional capaz de censurar los actos de los Estados y de los organismos de la ONU que violen los derechos humanos internacionalmente establecidos; falta, sobre todo, una organización permanente (incluso en forma de monopolio) de la fuerza a cargo de la ONU”.

culminación del Estado de Derecho¹⁴⁹, cuyo desarrollo fue bajo corrientes iuspositivistas.

Tanto el ius naturalismo y el ius positivismo como corrientes de pensamiento ius filosóficas propugnaron, concepciones conceptuales, de cómo deben entenderse los derechos fundamentales, con el objeto de brindar una aproximación conceptual sobre esta figura jurídica.

12.1 Concepción iusnaturalistas

El iusnaturalismo desarrollado durante el siglo XVII¹⁵⁰, argumento que los derechos fundamentales conforman consolidaciones de los intereses o necesidades humanas, que se reputan socialmente esenciales para el desarrollo pleno de la persona humana, los cuales deben de captarse mediante la contextualización interpretativa y evolutiva de la Constitución¹⁵¹.

¹⁴⁹ Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., *La conexión conceptual entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, modelos y evolución*, Ed. Grijley, Lima, Perú, 2007, pp. 67-68, cit., por BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Ob. cit.*, P. 30. La aspiración de lograr el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales fue de los primeros anhelos del Estado de derecho, en el que no basta solamente asegurar un orden jurídico y un sistema de legalidad, sino que es necesaria la incorporación de los derechos en la concepción de cualquier Estado para que sea reconocido como "de Derecho".

¹⁵⁰ Vid. CORONAS GONZÁLEZ, S., *Estudios de Historia del Derecho Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998, pp. 266-271; ATIENZA, M., *Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico. Política y Derechos Humanos*, Editado por Fernando Torres, Valencia, España, 1976, P. 24, cit., por PASCUAL LÓPEZ, S., *Ob. cit.*, P 287. "En los siglos XVI-XVII el Derecho Natural abandona la base teológica sobre la que se había asentado el iusnaturalismo medieval y adopta un matiz puramente racionalista, propugnando la construcción racional de un sistema jurídico basado en los principios del Derecho Natural. Los derechos del hombre giran ahora en torno a un sentido de la persona individual como fuerza independiente, emancipada de la colectividad. Los derechos del hombre, que antes eran inseparablemente individuales y sociales, pasan a ser estrictamente "derechos individuales". En definitiva, la visión del problema del hombre y de sus derechos se convierte en unilateral y combativa. Los derechos del hombre y del ciudadano son derechos frente al poder, fundados en una antítesis y una lucha entre el Estado y el individuo. Mientras que los derechos naturales son derechos contra el Estado".

¹⁵¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los Derechos Fundamentales*, cit., P. 325. Pérez Luño señala que: "las modernas tesis iusnaturalistas insisten en considerar a los derechos fundamentales

Lo anterior parte del principio de que el desarrollo de la persona humana constituye un fin a realizar y no un mero dato a mantener o garantizar, esto es así ya que los derechos del ser humano giran en torno a un sentido de la persona individual como fuerza independiente, emancipada de la colectividad¹⁵².

Esta aproximación conceptual de cómo deben entenderse los derechos fundamentales, parten de una concepción iusnaturalista racionalista que está en contra de las concepciones tomistas que conciben a los derechos fundamentales como manifestaciones de la divinidad¹⁵³, considerándolos como exigencias socialmente necesarias para el desarrollo pleno de la persona humana, que se captan a través de una interpretación evolutiva de la Constitución¹⁵⁴, esto es mediante la defensa de unos derechos inherentes a todo hombre en base al Derecho Natural¹⁵⁵, que son independientes de cada ser humano en sociedad¹⁵⁶.

como la respuesta a los intereses y exigencias que en cada momento histórico se reputan socialmente necesarias para el desarrollo pleno de la persona humana, y que deben ser captadas a través de una interpretación evolutiva de la Constitución. Partiendo del principio de que el desarrollo de la persona humana constituye un fin a realizar y no un mero dato a mantener o garantizar.

¹⁵² *Ibidem*, P. 325.

¹⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, España, 1983, pp. 208-242. Peces-Barba distingue dos grandes modelos históricos de iusnaturalismo. El Teológico: es el iusnaturalismo clásico-cristiano o aristotélico tomista, trascendente de raíz teológica que culmina el mundo antiguo y medieval. El Mecanicista: el iusnaturalismo racionalista protestante de los siglos XVI-XVII, que supone un cambio radical en la forma de pensar el Derecho en relación con el iusnaturalismo medieval. Todos los rasgos del tránsito a la modernidad influyen en este giro: la nueva organización económica, con la clase burguesa comerciante que la impulsa; la nueva forma del poder político, el Estado; y el cambio en la cultura, por el proceso de secularización, racionalismo y el individualismo. El iusnaturalismo racionalista proclama como uno de sus dogmas centrales la existencia de un ordenamiento jurídico, superior al positivo, con unos derechos aplicables en régimen de igualdad a todo ser humano.

¹⁵⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Ob. cit.*, P. 325.

¹⁵⁵ AREITIO RODRIGO, R., *Ob. cit.*, P. 20.

¹⁵⁶ *Vid.* CORONAS GONZÁLEZ, S., *Ob. cit.*, pp. 266-271; ATIENZA, M., *Ob. cit.*, P. 24, *cit.*, por PASCUAL LÓPEZ, S., *Ob. cit.*, P. 287.

12.2 Concepción Iuspositivista

La concepción positivista de los derechos fundamentales, los concibe, como un sistema taxativo de normas jurídicas, cuya validez solo puede ser exigida mediante una interpretación literal, que se realice a un precepto positivo inmerso único y exclusivamente en el texto Constitucional¹⁵⁷.

La conceptualización que de los derechos fundamentales hace el iuspositivismo, se deduce, la imposibilidad de reconocer derechos fundamentales que no se hallen expresamente consagrados en la Constitución.

12.3 Concepción Moderna

La pretensión conceptualizada o aproximada del concepto de derecho fundamental desde una concepción moderna se consolida a partir del análisis de la rigidez constitucional, asegurada en las cartas constitucionales de las posguerras mundiales que traen como consecuencia nuevo modelo de derecho y de democracia, el Estado constitucional de derecho, el cual, resulta en un verdadero cambio de modelo diferente, al Estado de derecho, que FERRAJOLI, denomina modelo paleo positivista¹⁵⁸.

¹⁵⁷ PÉREZ LUÑO, A. E., *Ob. cit.*, P. 325. “La concepción positivista de los derechos fundamentales, que los concibe, como un sistema cerrado de normas jurídicas, cuya certeza solo puede mantenerse al precio de una interpretación literal.”

¹⁵⁸ FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, P. 114. “La rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el *Estado constitucional de derecho*, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleo positivista del *Estado legislativo de derecho*: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía”.

Bajo esta rigidez constitucional la legalidad propugnada por el Estado de derecho cambia, ya que en el Estado moderno, no solo se debe considerar como condicionante y reguladora, sino que está condicionada y regulada por vínculos jurídicos formales y materiales, no es más simplemente un producto del legislador, sino que, se constituye como proyección jurídica de la legislación misma dada por la ley suprema, y por tanto límite y vínculo al legislador y por ello a las mayorías contingentes de las que es expresión¹⁵⁹.

Este cambio de la naturaleza del principio de legalidad permite establecer una aproximación conceptual fuera de todo contexto iusnaturalista o iuspositivista, por ello, se pueden definir como: aquellos derechos que están reconocidos y positivados explícita o implícitamente, en el ámbito universal o interno de cada Estado a favor de todas las personas, y que son por tanto indisponibles e inalienables¹⁶⁰, es decir son todos aquellos derechos positivados expresa o implícitamente que reconocen derechos subjetivos, los cuales, no se limitan al plano o ámbito constitucional interno

¹⁵⁹ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. 4ª ed. Madrid, España, 2004, cit., por FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, pp. 115-116. “De esta manera, del derecho resulta positivado no solamente su “ser”, es decir su existencia o vigor, sino también su “deber ser”, es decir sus condiciones de “validez”; ya no solamente los vínculos formales relativos al “quién” y al “cómo” de las decisiones, sino también los vínculos de contenido relativos al “qué cosa” de las decisiones mismas y que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio. Bajo este aspecto, el constitucionalismo representa el complemento del Estado de derecho, como una extensión que comporta la sujeción a la ley de todos los poderes, incluidos los de la mayoría, y por tanto la disolución de la soberanía estatal interna: en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley ordinaria y/o constitucional”.

¹⁶⁰ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2005, P. 19; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías...cit.* P. 37; FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos... cit.*, pp. 116-117. “En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los “derechos fundamentales” la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. Esta respuesta no nos dice “cuáles son”, sino solamente “qué son” los derechos fundamentales”.

de cada Estado¹⁶¹, ya que, su reconocimiento transita en el campo internacional¹⁶², que tienen como función la protección y legitimación -frente a todos *erga omnes*-¹⁶³, de derechos intrínsecos positivos y negativos¹⁶⁴.

¹⁶¹ BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Ob. cit.*, P. 33. “El uso del término derechos fundamentales ha llegado a ser aceptado también como un concepto constitucional; ámbito en el que se le recibe con un término adecuado, el cual se construye a partir de una Constitución vigente. Con esta categoría forman parte del propio lenguaje jurídico positivo, como claramente aparece”. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Ed. Trotta. Madrid.1999. P.17. para este autor en los artículos 10.2. 81.1 y 94.2 de la Constitución Española y rúbricas de su Título I y, dentro él, de la sección 1ª. del capítulo Segundo y del Capítulo Cuarto.

¹⁶² CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P. 18. A partir de la Declaración de 1948 los derechos dejan de ser una cuestión interna de la incumbencia exclusiva de los Estados y saltan por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales. Los particulares se convierten en sujetos de ese nuevo derecho, antes reservado solamente a la actuación de los Estados y no de los individuos, en la medida en que tienen asegurado un estatus jurídico supranacional; incluso, bajo ciertas circunstancias, pueden acceder a una jurisdicción internacional para el caso de que consideren violados sus derechos. Los tribunales nacionales empiezan a aplicar las normas jurídicas internacionales y los problemas antes considerados exclusivamente domésticos adquieren relevancia internacional; podemos afirmar, en consecuencia, que también en materia de derechos humanos -como en tantos otros aspectos- vivimos en la era de la interdependencia. *Vid.* LÓPEZ GUERRA, L., *Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales*, Revista Vasca de Administración Pública, número 65, 2003, pp. 191 y ss., cit., por BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Ob. cit.*, P. 34. Luis López Guerra señala incluso que debido a la influencia del manejo del concepto derechos fundamentales, ha sido continuamente recurrido en algunos instrumentos regionales, principalmente en el ámbito de la Unión Europea, como lo fue la proclamación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en el año 2000, con la que se pretendía el establecimiento de un régimen general de derechos fundamentales que se aplicaría a todos los ciudadanos de la Unión. *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, p. 17, cit., por BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Ob. cit.*, P. 34. “El uso del término ya trasciende las fronteras de los ámbitos exclusivos de las Constituciones de los Estados nacionales, pues como afirma Enoch Alberti hace tiempo ya que los derechos fundamentales de las personas han dejado de pertenecer al ámbito interno de los Estados”.

¹⁶³ Díez-PICAZO, L. M., *Ob. cit.*, pp. 42-43.

¹⁶⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías.... cit.*, P. 37. Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”. El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por status debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

Esta definición de derecho fundamental desde un punto de vista moderno abarca la conceptualización formal, material, y funcional o procedimental¹⁶⁵.

13. Categorización de los Derechos Fundamentales

Para realizar una categorización de los derechos fundamentales desde un plano tradicional y moderno se acude, para la primera categorización a un enfoque el segundo lugar, a la estructura dada a los derechos fundamentales.

Para CARBONELL, la categorización puede ser clasificada desde cuatro puntos de vista, los cuales en suma constituyen categorizaciones ordenadas desde un enfoque personalista, y pedagógico; estas categorizaciones para este autor se ordenan desde una perspectiva de dogmática jurídica, desde un punto de vista de la teoría de la justicia o de

¹⁶⁵ ALEXY, R., *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y La Teoría de los Principios*. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003, pp. 21- 36, cit., por BECHARA LLANOS, A. Z., *Ob. cit.* P. 79-80. Según Alexy, a la cuestión sobre que propiedades debe tener un derecho para ser considerado un derecho fundamental se le pueden dar diversas respuestas según se acoja un concepto formal, material o procedimental. El concepto formal considera fundamentales a todos aquellos derechos catalogados así por la constitución positiva de un ordenamiento jurídico. La ventaja de esta concepción es la simplicidad y, su desventaja, que en ocasiones las constituciones establecen derechos fundamentales por fuera del catálogo. "El concepto material los identifica con los derechos del individuo (libertades negativas o derechos liberales de defensa y derechos de protección o derechos sociales) que implican acciones positivas y negativas del Estado (...) Este concepto, sin embargo, acierta en dos cosas: la primera es que los derechos fundamentales los son del individuo y, segundo, que existe una estrecha vinculación entre derechos fundamentales y derechos humanos, y que, por tanto, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en la Constitución. El concepto procedimental establece una relación entre derechos fundamentales y proceso democrático en un doble sentido: por una parte, al establecerse las libertades políticas los derechos fundamentales garantizan el proceso democrático; pero, a su vez, los derechos fundamentales en su totalidad limitan el proceso democrático al tener carácter vinculante frente a las decisiones del legislador y establecer límites infranqueables para las mayorías políticas".

filosofía política, desde un punto de vista correspondiente a la teoría del derecho, y, desde una óptica de sociología del derecho o de historia de los derechos¹⁶⁶.

13.1 Categorización Tradicional

Desde un punto de vista tradicional atendiendo a la historia alcanzada por la categorización de los derechos humanos, los derechos fundamentales pueden clasificarse en tres categorías a saber¹⁶⁷: en derechos civiles o individuales y políticos; en derechos económicos, sociales y culturales; y en los denominados derechos de los pueblos o de la solidaridad¹⁶⁸.

¹⁶⁶ CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P. 44. "Desde una perspectiva de dogmática jurídica, los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano jurisdiccional), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta. Desde un punto de vista de teoría de la justicia o de filosofía política, los derechos pueden clasificarse atendiendo al valor o al bien jurídico que protegen. Desde esta perspectiva puede hablarse de derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos de participación democrática, etcétera. Este criterio, como es obvio, no choca con el anterior, ya que la misma terminología puede extraerse del derecho positivo, teniendo en cuenta el tipo de relación jurídica que la norma constitucional establece entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado por el mismo. Desde un tercer punto de vista, correspondiente a la teoría del derecho, los derechos pueden ser clasificados atendiendo a su estructura, es decir, justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan. Finalmente, desde una óptica de sociología del derecho o de historia de los derechos, se puede adoptar una clasificación que permita dar cuenta de la evolución de los mismos. Esta es la visión que ha predominado tradicionalmente".

¹⁶⁷ FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, P. 116. "Los derechos de libertad en las primeras declaraciones y constituciones del siglo XVIII, al derecho de huelga y a los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, hasta los nuevos derechos a la paz, al ambiente, a la información y similares hoy en día reivindicados y todavía no todos constitucionalizados".

¹⁶⁸ BERTRAND GALINDO, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA, 2ª ed., San Salvador, El Salvador, 1996, P. 704. "Con base en su propia evolución, la doctrina tiende a dividir los derechos humanos en tres grupos denominados generaciones, en atención a su historia. Se habla, pues, de la primera generación de derechos humanos constituida por los derechos civiles o individuales y políticos; la segunda, formada por los

En los derechos fundamentales civiles, individuales y políticos el Estado tiene una obligación de abstención, de no violarlos, es decir de no lesionarlos mediante su acción u omisión¹⁶⁹, se constituyen en omisiones Estatales o derechos negativos

Los derechos económicos, sociales y culturales se constituyen como deberes esenciales del Estado; como el de proporcionar los instrumentos y medios idóneos a fin de crear las condiciones necesarias para satisfacer las necesidades de carácter económico, social y cultural de la población, o de remover los obstáculos que impiden tal satisfacción, esta categorización de derechos se les conoce como derechos positivos u de acción.

Los derechos fundamentales de los pueblos o de la solidaridad, son derechos nacientes, es decir, en proceso de elaboración y de reconocimiento, y que por lo tanto carecen por lo general, salvo excepciones, de regulación normativa¹⁷⁰.

La categorización tradicional pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos

derechos económicos, sociales y culturales; y una tercera referida a los llamados derechos de los pueblos o de la solidaridad”.

¹⁶⁹ *Ibidem*, P. 705.

¹⁷⁰ Vid. ZOVATTO, D., *Educación y Derechos Humanos, Contenido de los Derechos Humanos Tipología*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986, P. 92, cit., por BERTRAND GALINDO, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, *cit.*, P. 705. Sus características principales son las siguientes: “en primer lugar, estos derechos no pertenecen ni a la tradición individualista de los derechos civiles y políticos, ni a la tradición socialista de los derechos económicos, sociales y culturales; en segundo lugar, se encuentran al inicio de un proceso normativo que les permite ser aceptados como derechos del hombre en el transcurso de los años futuros; y en tercer lugar, y respecto de su especial naturaleza, ellos son a la vez oponibles al Estado y exigibles de él, y en consecuencia, no pueden ser realizados sino por la acción solidaria de todos los actores del juego social, esto es, los Estados, los individuos y las entidades públicas y privadas”.

y en los primeros textos constitucionales¹⁷¹, sino que han sido manifestación de constantes acontecimientos, los cuales, coinciden con la generalización de los derechos¹⁷², e historia del constitucionalismo¹⁷³.

13.2 Categorización Moderna

La categorización moderna que se hace de los derechos fundamentales, parte de una concepción estructural de los mismos, la cual, es planteada por BOROWSKI, desde esta óptica los derechos fundamentales pueden categorizarse de la siguiente manera a saber: como derechos fundamentales de defensa, como derechos fundamentales prestacionales, y como derechos fundamentales de igualdad¹⁷⁴.

Los derechos fundamentales de defensa¹⁷⁵, se constituyen como derechos que tratan de circundar la libertad del ser humano, esto es, en

¹⁷¹ ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Ob. cit.*, P. 27. “La adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero (...) una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un continuum de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen”.

¹⁷² CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P. 46. La idea de las “generaciones” de derechos viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos, contribuyendo a debilitar las argumentaciones lusnaturalistas según las cuales los derechos fundamentales forman parte inmutable del patrimonio genético de la humanidad y, en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes de que los distintos grupos sociales decidieran positivarlos en instrumentos jurídicos como los textos constitucionales.

¹⁷³ FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, P. 116. La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva extensión de la esfera de los derechos.

¹⁷⁴ BOROWSKI, M., *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Primera ed., Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 25, Bogotá, Colombia, 2003, pp. 109-119.

¹⁷⁵ ALEXI, R., *Teoría de los Derechos... cit.*, pp. 419-427. Para Alexy, los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones *negativas* (omisiones) del Estado “Pertencen al status negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones *positivas* del Estado, que deben ser incluidas en el status positivo en sentido estricto (...) El derecho de defensa, bajo el que cae todo derecho a una acción negativa, es decir, a una omisión por parte del Estado”.

suma un conjunto de derechos que aseguren al individuo una esfera libre de intervenciones estatales arbitrarias¹⁷⁶.

Los derechos fundamentales prestacionales, son aquellos derechos fundamentales de acciones positivas del Estado, que se caracteriza por reconocer y garantizar desde el punto de vista material una prestación¹⁷⁷, que permita asegurar la satisfacción de las necesidades vitales, mediante acciones normativas o fácticas¹⁷⁸.

La categoría de los derechos fundamentales prestacionales, son derechos sociales en sentido estricto, ya que son derechos del individuo frente al Estado, los cuales pueden ser explícitamente reconocidos en las constituciones, o reconocidos implícitamente o como los denomina ROBERT ALEXI, adscritos interpretativamente¹⁷⁹.

A los derechos prestacionales reconocidos expresamente se les suele

¹⁷⁶ BOROWSKI, M., *Ob. cit.*, P. 112. Los derechos de defensa son derechos que aseguran al individuo una esfera libre de intervenciones Estatales: “sin duda los derechos fundamentales son en primera línea derechos que buscan proteger la esfera de libertad del individuo”.

¹⁷⁷ ALEXI, R., *Teoría de los Derechos... cit.*, P. 427. El concepto de derechos de prestaciones será en tendido en un sentido amplio. Todo derecho a un acto positivo, es decir a una acción de Estado, es un derecho a prestaciones. De esta manera, el derecho a prestaciones es la contrapartida exacta del concepto de derecho de defensa.

¹⁷⁸ BOROWSKI, M., *Ob. cit.*, P. 113. Los derechos prestacionales en sentido material son aquellos derechos fundamentales cuyas consecuencias, prescindiendo de la consideración del orden jurídico infra constitucional o de las actuaciones Estatales anteriores, siempre consisten en una prestación...que comprende todas las acciones normativas o fácticas.

¹⁷⁹ ALEXI, R., *Teoría de los Derechos... cit.*, pp 482-483. Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes –podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación. Se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto. Hay que distinguir entre derechos a prestaciones explícitamente estatuidos, tal como se encuentra en una serie de Constituciones de los estados federados alemanes, y los derechos a prestaciones adscrito interpretativamente. A veces, se reserva la expresión “derechos sociales fundamentales” para los primeros, mientras que los últimos son llamados “derechos fundamentales a prestaciones” o “interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad”.

considerar, como derechos positivos vigentes, reconocidos en un marco principal – la Constitución- y a los cuales suele denominárseles derechos sociales fundamentales; en cambio los segundos al no estar inmersos expresamente o no tener reconocimiento expreso, se les denomina derechos fundamentales a prestaciones, “interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad”¹⁸⁰, y novedosamente derechos emergentes¹⁸¹.

Esta última acepción resulta novedosa, ya que, parte de argumentos, plasmados en la DUDE¹⁸².

¹⁸⁰ *Ibíd*em, P. 483.

¹⁸¹ ARMIJO SANCHO, G., *Derechos Emergentes en la Justicia Constitucional*, en ARMIJO, G., *Derecho Humano al agua: La justicia como ética alternativa, propósito del Tribunal Latinoamericano del Agua*, Artículo publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericana, Fundación Honrad Adenauer, Montevideo, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERECIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20\(Barcelona\)](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERECIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20(Barcelona)). (Consultado 26 de agosto de 2012). En la actualidad corrientes como las que representan los derechos emergentes, potencian que todos los seres humanos tenemos mayores y mejores derechos que los actualmente reconocidos oficialmente, entre estos el derecho humano al agua.

¹⁸² ARMIJO SANCHO, G., *Derechos Emergentes en la Justicia Constitucional*, *cit.*, [http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERECIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20\(Barcelona\).doc](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERECIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20(Barcelona).doc) (Consultado 26 de agosto de 2012). La Declaración Universal de los Derechos Emergentes (en adelante la Declaración), surge bajo el impulso del *Institut de Drets Humans de Catalunya*, quienes convocan a un proceso de discusión a políticos, académicos, representantes de ONG’s, los medios de prensa, y de diversas organizaciones oficiales de las Naciones Unidas, a un diálogo en el marco del Foro Universal de las Culturas de Barcelona 2004, titulado “Derechos Humanos Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos”. La idea de la cual se parte es que la sociedad civil puede ofrecer alternativas a los grandes retos del siglo XXI, aunque existe un fuerte consenso de que no se pretende sustituir ni cuestionar a los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos existentes en la actualidad; DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES, EN *INSTITUTE DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA*. en: <http://www.idhc.org/esp/documents> (Consultado 26 de agosto de 2012), PÁRRAFO 1. La nueva Declaración pretende llenar los vacíos existentes y “contribuir a diseñar un nuevo horizonte de derechos”, que sirva de orientación a los movimientos sociales, a las agendas de los gobernantes, para propiciar “una nueva relación entre sociedad civil global y poder. Esta es la función esencial de los Derechos Humanos emergentes, la cual solo podrá hacerse realidad, cuando la sociedad globalizada se manifieste en defensa de la garantía eficaz de los Derechos Humanos, asegurando a todos un mayor grado de su plena eficacia.

Los derechos fundamentales de igualdad, son derechos modales de prestación o derechos materiales de prestación, los cuales exigen un tratamiento diferenciado en el plano de actuación Estatal que satisfagan las exigencias de derechos sociales o prestaciones en un ámbito igualitario¹⁸³.

14. Características de los Derechos Fundamentales

Para el plano de comprensión de los derechos fundamentales es necesario recurrir a las características de estos, ya que, constituyen presupuestos o requisitos esenciales para la identificación de los derechos fundamentales o de un derecho como fundamental.

Las características tienen un entronque común que coinciden con el proceso siempre creciente y de expansión de los derechos fundamentales, los cuales fueron enunciados por la universalización que se hiciera en el plano internacional y por las constituciones de cada Estado.

Para CARBONELL este proceso está presente a todo lo largo de la historia de los derechos, comenzando por sus “cunas originales”, que fueron Francia y los Estados Unidos¹⁸⁴.

¹⁸³ BOROWSKI, M., *Ob. cit.*, pp. 117-118. Para el autor, existen numerosos intentos de comprender los derechos de igualdad como una especie de los derechos de defensa. como fundamento de esta posibilidad se aduce que lo derechos de igualdad son “derechos de defensa modales” o “derechos de defensa materiales”, y que frente a ellos lo debido es una omisión de conductas estatales que sean violatorias de igualdad. Sin embargo, es pertinente observar que una relación entre estas dos categorías de derechos, trazadas de esta manera, se quedaría en la superficialidad del lenguaje y soslayaría algunas destacables diferencias que subsisten en el fondo del asunto. Los derechos de defensa garantiza derechos que pertenecen al *status* negativo. Por el contrario, en un interesante espectro de casos, los derechos de igualdad garantizan derechos que pertenecen al *status* positivo. Con el mismo argumento, entonces, podrían denominarse los derechos de igualdad como “derechos modales de prestación”, y podría aducirse para ello, que estos derechos exigen siempre, una prestación, a saber: un tratamiento diferenciado en el marco de la acción estatal, que sea capaz de satisfacer las exigencias de los derechos de igualdad.

¹⁸⁴ CARBONELL SÁNCHEZ, M., *Los derechos fundamentales en América Latina: una perspectiva neo constitucionalista*, *Derecho y Humanidades*, N° 18, 2011, pp. 51-71. “La

GARCÍA MANRIQUE, concibió que la declaración Francesa es la que propugno la primera característica de los derechos fundamentales – universalidad- la cual, tiene dos sentidos: uno textual y otro funcional; la universalidad textual se desprende de la forma en que están redactados sus preceptos, que no se dirigen solamente a los franceses, sino a todos los hombres; la universalidad funcional se proclama en virtud de que la Declaración expresa ideas que pretenden alcanzar una validez universal e intenta recoger los principios que deben servir para estructurar no solamente a la sociedad francesa, sino a cualquier sociedad¹⁸⁵.

En términos generales la universalidad de los derechos fundamentales desde el punto de vista de la teoría del derecho, tiene relación con la forma en que están redactados los preceptos que contienen derechos, y desde un

expansión de los catálogos de derechos se ha producido por un doble fenómeno de universalización de los titulares de los derechos (como efecto de la aceptación ampliamente compartida de la universalidad de los derechos) y de la mayor especificación que van adquiriendo sus contenidos. La universalidad es una característica que ha acompañado a los derechos fundamentales desde su nacimiento. De hecho, uno de los primeros catálogos de derechos –que además es, quizá, el más importante de todos los tiempos– ya contenía la aspiración a la validez universal de los derechos; en efecto, la lectura de los artículos que integran la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de agosto de 1789 (conocida simplemente como Declaración francesa), pone en evidencia que sus normas están dirigidas no solamente a los franceses, sino a todas las personas y que su ámbito de validez racional no se limitaba a Francia, sino que pretendía ir más allá de sus fronteras, como efectivamente lo hizo”.

¹⁸⁵ GARCIA MANRIQUE, R., *Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores, Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II, volumen III, Ed. Dykinson, Universidad Carlos III, Madrid, España, 2001, pp. 247-248. Para Manrique, la Declaración puede considerarse universal en dos sentidos: textualmente y funcionalmente... “En primer lugar, la Declaración es textualmente universal como efecto necesario del modelo iusnaturalista que inspira su forma y su contenido... expresa ideas que pretenden una validez universal... la Declaración es funcionalmente universal porque ha servido como referente ideológico en todo el mundo a lo largo de dos siglos. Ello se debe, por supuesto, al lenguaje universal de su texto, pero no solo a él, sino también a dos circunstancias no imputables a la voluntad de sus redactores: una es que la Declaración refleja la filosofía moral, política y jurídica de la modernidad... y que ha alimentado de una u otra forma la mayor parte de los proyectos políticos de los siglos XIX y XX, hasta nuestros días: la otra es que la situación social y política europea de finales del siglo XVIII era lo bastante similar a la francesa como para que la Declaración tuviera impacto inmediato, profundo y duradero más allá de las fronteras de Francia”.

punto de vista político supone la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren, deben tener al menos el mismo núcleo básico de derechos fundamentales, los cuales, además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos¹⁸⁶.

La caracterización de los derechos fundamentales como derechos universales no solamente sirve para extenderlos sin distinción a todos los seres humanos, sino que también es útil para deducir otras características de los derechos fundamentales como la inalienabilidad o su no negociabilidad; en palabras del propio FERRAJOLI, si tales derechos *“son normativamente de todos -los miembros de una determinada clase de sujetos-, no son alienables o negociables, sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados¹⁸⁷”*.

¹⁸⁶ CARBONELL SÁNCHEZ, M., *Los derechos fundamentales en América Latina... cit.*, pp. 54-55. En términos generales la universalidad de los derechos fundamentales puede ser estudiada desde dos distintos puntos de vistas. Desde el punto de vista de la teoría del derecho la universalidad tiene que ver con la forma en que están redactados los preceptos que contienen derechos. Si su forma de redacción permite concluir que un cierto derecho se adscribe universalmente a todos los sujetos de una determinada clase (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas: lo importante es que esté adscrito a *todas las personas* que tengan la calidad establecida por la norma), entonces estamos ante un derecho fundamental universal (...). Aparte de la perspectiva de teoría del derecho, que es la que se acaba de explicar de forma muy resumida, la universalidad de los derechos debe también ser contemplada desde una óptica política, a partir de la cual dicha característica supondría la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido y del lugar del globo en el que se encuentren, deberían tener al menos el mismo núcleo básico de derechos fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los gobiernos; ALEXY, R., *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático, Derechos y Libertades*, número 8, Madrid, enero-junio de 2000, pp. 24-26, cit., por CARBONELL SÁNCHEZ, M., *Los derechos fundamentales en América Latina... cit.*, pp. 54. Siguiendo desde la misma perspectiva de teoría del derecho hay que distinguir, como lo ha explicado Robert Alexy, entre la universalidad con respecto a los titulares y la universalidad respecto a los destinatarios (obligados) de los derechos

¹⁸⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías... cit.*, P. 39.

Que sean inalienables o no negociables significa, que los derechos fundamentales no son disponibles. Su no disponibilidad es tanto activa debido a que no son disponibles por el sujeto que es su titular, así como pasiva ya que no son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos, incluyendo sobre todo al Estado¹⁸⁸.

En la doctrina o dogmática referente a los derechos humanos se distinguen, otras características, las cuales son consecuencia del planteamiento o alcance de los derechos humanos¹⁸⁹, pero que debido a la amplitud y relación de los mismos le son aplicables a los derechos Fundamentales, estas características son las siguientes:

Imprescriptible: porque no se pierden por el trascurso del tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no¹⁹⁰.

Indisolubles o complementarios: Porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su contenido esencial, al tener igual grado de importancia, esto, es que se apoyan unos y otros, los individuales en los sociales, los que limitan el poder y garantizan la

¹⁸⁸ *Ibíd*em, P. 47.

¹⁸⁹ BERTRAND GALINDO, F., *Ob. cit.*, P. 701. “Los derechos humanos son en principio derechos subjetivos y por tanto les son aplicables las notas que la doctrina suele asignar a estos. Pero, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de características ya no compartidas por los otros derechos, sino exclusivamente de ellos. Mencionaremos y analizaremos muy brevemente, a continuación, algunas de las características que históricamente se les han atribuido. Interdependientes: (...) la interdependencia de los derechos humanos se desprende de la esencia común a todos ellos: el respeto a la dignidad humana en un orden social justo. Aun los derechos que parecen más alejados entres si se intercomunican, aunque sea de manera indirecta; Paritarios: gozan todos, en principio, de paridad jurídica. Esto significa que desde el punto de vista técnico-jurídico tan relevante es la libre expresión de pensamiento o la libertad de cátedra, como el derecho al sufragio o el derecho al trabajo; Dotados de fuerza expansiva: es decir que su lista se va incrementando, y se van proyectando a otros campos anteriormente desconocidos”.

¹⁹⁰ *Ibíd*em, P. 701. Para Bertrand Galindo, la prescripción no afecta de los demás derechos subjetivos.

libertad, en la participación política, los que otorgan facultades y las limitan y todos ellos forman un bloque estructural y principal dentro de un Estado Constitucional de Derecho¹⁹¹.

Irreversibles: Porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse¹⁹².

Progresivos: Porque dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona¹⁹³.

¹⁹¹ *Ibidem*, P.702. se apoyan unos en otros (...) y todos ellos forman un bloque compacto y armónico.

¹⁹² NOGUEIRA ALCALA, H., *Teoría y Dogmática... cit.*, P. 70. La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona, y el texto constitucional y el procedimiento señalado por este sólo los asegura y garantiza; *Vid.* NIKEN, P., *El derecho internacional de los derechos humanos*, Venezuela, 1989, cit., por NOGUEIRA ALCALA, H., *Teoría y Dogmática... cit.*, P. 70. El carácter de derecho inherente a la persona no es reversible en cuanto al derecho en sí, quedando implícitamente incluido de manera permanente como derecho constitucional, ya que ni el tratado ni la Constitución los crea. Resulta inconcebible para la dignidad humana, que "lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental".

¹⁹³ *Cfr.* BIDART CAMPOS, G., *La Interpretación de los derechos humanos, Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, núm. 3, P. 34, cit., por NOGUEIRA ALCALA, H., *Teoría y Dogmática... cit.*, pp. 70-71. Para Bidart Germán, los derechos están en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Desde ese momento los preceptos que se refieren a cada derecho han ido evolucionando a través de los diversos tratados y convenciones que se han referido a ellos, ampliando el ámbito del derecho y sus garantías. Basta para señalar un ejemplo, la situación del derecho a la vida en el artículo 6o. el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, y el artículo 4o. de la Convención Americana de Derechos Humanos. Hay una tendencia manifiesta hacia la más amplia protección de los derechos humanos. Así, en el ámbito internacional de los derechos

15. Definición de Derecho Fundamental al Agua

La definición DFA, se realiza desde un abordaje formal, material y funcional, atendiendo a criterios objetivos subjetivos y funcionales de la definición general sobre lo que se debe entender por derecho fundamental, teniendo en cuenta los elementos propios que caracterizan un DA.

En atención al argumento anterior, se deduce que el DFA, constituye un derecho emergente explícito o interpretativamente adscrito –implícito-, de carácter universal indisponible e inalienable¹⁹⁴, cuya amplitud abarca el plano o ámbito constitucional interno de cada Estado¹⁹⁵, -entendiendo esto como

humanos se ha desarrollado el principio de la “integralidad maximizadora del sistema”, de manera que el derecho internacional de los derechos humanos está incorporado al derecho interno como fuente, cuando contiene algunos “plus” respecto de este último y el derecho interno se incorpora como fuente del derecho internacional en la medida de ser más favorable al sistema de derechos. En este sentido, puede citarse diversos pactos internacionales de derechos humanos que contienen normas que explicitan el principio de progresividad o integralidad maximizadora de los derechos; en este mismo sentido: CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. En su artículo 29, b), señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados”; PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE NACIONES UNIDAS. El mismo principio está reconocido en, en su artículo 52; PROTOCOLO ADICIONAL DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES O PROTOCOLO DE SAN SALVADOR, en su Artículo 4º; LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN SOBRE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. En su Artículo 23; CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. En el Artículo 41, entre otras. En suma, El principio de progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a una interpretación pro-cives o favor libertatis, o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos.

¹⁹⁴ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías... cit.*, P. 37; FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos... cit.*, P. 19; FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, pp. 116-117.

¹⁹⁵ BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Ob. cit.*, P. 33; *Vid.* JIMÉNEZ CAMPO, J., *Ob. cit.*, P.17, *cit.*, por BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Ob. cit.*, P. 33.

los diversos Estados en el contexto o ámbito internacional¹⁹⁶-, el cual, protege los recursos hídricos, desde una perspectiva antropocéntrica y medio ambiental que permite legitimar y garantizar el acceso al agua potable, saneamiento, calidad y la suficiencia para todos los seres humanos que satisfaga las necesidades básicas en la vida cotidiana: agua para beber, para cocinar y para los usos domésticos básicos¹⁹⁷.

Respecto a la posición del individuo en cuanto beneficiario del derecho fundamental al agua potable, el Estado se encuentra en la obligación de garantizarle cuando menos tres cosas esenciales: el acceso, la calidad y la suficiencia. Sin la presencia de estos tres requisitos, dicho atributo se vería desnaturalizado notoriamente al margen de la existencia misma del recurso. No se trata, pues, de proclamar que el agua existe, sino de facilitar un conjunto de supuestos mínimos que garanticen su goce o disfrute por parte del ser humano o individuo beneficiario.

De esta definición, se puede hacer la diferenciación, entre derecho al agua y derecho del agua.

El derecho al agua, está referido a la obligación del Estado en garantizar el acceso al agua potable de calidad mediante la gestión o administración adecuada de los servicios públicos locales¹⁹⁸ - esto es por

¹⁹⁶ CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P. 18; *Vid. LÓPEZ GUERRA, L., Ob. cit.*, pp. 191 y ss., cit., por BECERRA RAMIREZ, J. de J., *Ob. cit.*, P. 34; *Vid. QUERALT JIMÉNEZ, A., Ob. cit.*, P. 17, cit., por BECERRA RAMIREZ, José de Jesús... ob., cit., p. 34.

¹⁹⁷ CUMBRE DE LA TIERRA, RÍO DE JANEIRO, 1992, cit., por PEÑAS, V., *El agua como derecho humano*, Editorial Alboan, 2008, P. 47. En distintas cumbres se ha dado prioridad al abastecimiento de agua para cubrir las necesidades básicas del ser humano. Desde la Declaración de Mar del Plata en 1977, pasando por la Declaración del Derecho al Desarrollo de la ONU en 1986, hasta llegar a la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro en 1992, encontramos referencias en este sentido: "Al desarrollar y utilizar los recursos hídricos debe darse prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas".

¹⁹⁸ SMETS, H., *Ob. cit.*, pp. 16-18. El Consejo Europeo de Derecho al Medio Ambiente y la Academia del Agua, se han concentrado en definir aquello que comprende la expresión

medio de un adecuado saneamiento-, proveniente de fuentes fluviales específicas que son catalogadas fuentes proveedoras del agua y en las cuales se construyen obras de retención para la provisión del elemento agua, a la población en general, que permita el goce de otros derechos como la salud, la alimentación, y la vida en condiciones dignas y la protección del medio ambiente

El Derecho del agua, se refiere a la protección de las cuencas hídricas dulces en general desde una perspectiva de protección del agua como elemento biótico del medio ambiente¹⁹⁹, ya sean estas subterráneas o superficiales y con ello proteger al agua en general, el cual permitirá acceder y hacer valer el agua como un derecho justiciable por vulneración al medio ambiente que de manera directa o indirecta afecte al agua como elemento articulador de vida.

16. Naturaleza jurídica del Derecho Fundamental al Agua

La determinación de la naturaleza jurídica tiene como punto de

“Derecho al agua”, es decir, si se considera como un derecho justiciable en el orden interno. En ese sentido, ha resultado que esa expresión es la forma condesada del “derecho de acceso al agua potable y el saneamiento para todos”. Se trata como mínimo de un derecho de acceso al agua potable e instalaciones sanitarias básicas. El problema del acceso al agua está limitado, porque se trata de un derecho relativo al agua potable y no al agua en general. De igual forma, está limitado en la medida en que concierne la legislación de los servicios públicos de agua y no a las cuencas hídricas. “El derecho al agua” solo se refiere al agua para la vida, es decir, al agua necesaria para los usos domésticos esenciales del hombre. No trata sobre la cantidad de agua por encima de la necesaria para suplir las necesidades esenciales ni para usos distintos de los domésticos. El derecho al agua pretende que “cada persona disponga de cierta cantidad de agua, de cierta calidad con el fin de establecer sus necesidades esenciales”.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 18-20. Para Smets, el derecho al agua concierne principalmente al ser humano. Se diferencia del derecho del agua, en la medida en que este último se refiere al derecho al medio ambiente o al derecho a la protección de recursos hídricos y afectos a un grupo de personas. La lógica del derecho al agua es la antropocéntrica y se sitúa en una perspectiva de desarrollo durable. La prioridad de protección al ser humano no excluye la exigencia de protección al medio ambiente.

análisis los derechos prestacionales o a prestaciones, y los derechos humanos emergentes propugnados por la DDHE²⁰⁰, los primeros constituyen desde un punto de vista amplio todo derecho a un acto positivo, es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones²⁰¹, los segundos definen los valores antiguos desde una nueva concepción ideológica²⁰².

Los argumentos anteriores conllevan a deducir que la naturaleza jurídica del derecho fundamental al agua es: un Derecho social prestacional, emergente.

²⁰⁰ DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES, EN *INSTITUTE DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA*. en: <http://www.idhc.org/esp/documents> (Consultado 28 de agosto de 2012) La Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes (DUDHE) es un instrumento programático de la sociedad civil internacional dirigido a los actores estatales y a otros foros institucionalizados para la cristalización de los derechos humanos en el nuevo milenio. La DUDHE surge de un proceso de discusión que tiene como origen un diálogo organizado por el IDHC en el marco del Foro Universal de las Culturas Barcelona 2004, titulado "Derechos Humanos, Necesidades Emergentes y Nuevos Compromisos". El punto de partida de la Declaración es la idea de que la sociedad civil desempeña un papel fundamental a la hora de afrontar los retos sociales, políticos y tecnológicos que plantea la sociedad global contemporánea. Para ello se dota de la DUDHE, un instrumento adicional para facilitar el conocimiento y el debate entorno de los derechos humanos. La DUDHE no pretende sustituir ni cuestionar los instrumentos nacionales o internacionales de protección de los derechos humanos existentes en la actualidad. No pretende negar ni descalificar la vigencia general de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Más bien, pretende actualizarla y complementarla desde una nueva perspectiva, la de la ciudadanía participativa.

²⁰¹ ALEXI, R., *Teoría de los Derechos... cit.*, pp. 419-427. "El concepto de derecho a prestaciones será entendido aquí en un sentido amplio. Todo derecho a un acto positivo. es decir, a una acción del Estado, es un derecho a prestaciones (...) La escala de las acciones positivas del Estado que pueden ser objeto de un derecho a prestaciones se extiende desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos a través de normas del derecho penal. pasando por el dictado de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y en bienes".

²⁰² ARMIJO SANCHO, G., *Derechos Emergentes en la Justicia Constitucional, cit.*, [http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la%20\(Barcelona\).doc](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la%20(Barcelona).doc) (Consultado 20 Junio de 2012); DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES, EN *INSTITUTE DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA*. en: <http://www.idhc.org/esp/documents> (Consultado 20 Junio de 2012) La Declaración de los Derechos Humanos Emergentes se preocupa por definir los valores antiguos desde una nueva concepción ideológica. Por ejemplo, valores como el de la dignidad se define siguiendo a Kant, en consecuencia, se acepta que el ser humano tiene dignidad porque no tiene precio, es un fin en sí mismo y no sólo un medio para los fines de otras personas.

Esta naturaleza jurídica del derecho fundamental al agua, como derecho social prestacional emergente, se debe a que los derechos sociales, constituyen derechos de prestación en sentido estricto, los cuales se manifiestan mediante acciones positivas del Estado²⁰³, esto es a reconocer derechos subjetivos al ser humano o del individuo frente al Estado, construyéndose con ello una relación tripartita entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado²⁰⁴, sobre derechos que emergen ante la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas después de haber sido olvidados o no reconocidos expresamente por la indiferencia y el menosprecio por parte de los Estados y sistema internacional²⁰⁵.

Lo anterior conlleva a considerar que El DFA, desde un punto de

²⁰³ ALEXI, ALEXI, R., *Teoría de los Derechos... cit.*, pp. 482-483. “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado (...) Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación. Se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”; BOROWSKI, M., *Ob. cit.*, pp. 110-111. “En una primera aproximación puede decirse que (...) los derechos fundamentales de prestación implican un deber Estatal de acción (...) o una actuación positiva del Estado”.

²⁰⁴ ALEXI, R., *Teoría de los Derechos... cit.*, P. 431. “En tantos derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. Si un titular de un derecho fundamental *a* tiene un derecho frente al Estado (*e*) a que éste realice la acción positiva *h*, entonces, el Estado tiene frente a (*a*) el deber de realizar (*h*) Cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente el derecho”.

²⁰⁵ RAMÍREZ, G., *De la Declaración Universal de los Derechos Humanos del siglo XX a la Carta de los Derechos Humanos Emergentes del siglo XXI*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Disponible en http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Ramirez.pdf. (Consultado 29 de agosto de 2012). La autora se interroga así mismo diciendo ¿Por qué emergentes?, y responde considerando, que es porque se trata de un conjunto de derechos que por un lado emergen después de haber sido “sumergidos” por el olvido, la indiferencia y el menosprecio por parte de los Estados y el conjunto del sistema internacional; y por otro lado, son todos aquellos derechos que surgen ante la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas. Entre los derechos sumergidos que emergen, suelen mencionarse todos aquellos que ya están en multiplicidad de instrumentos internacionales de Derechos Humanos, pero que suelen ser de difícil o imposible puesta en práctica, como la integridad corporal, la salud, el acceso a los medicamentos de manera oportuna o a tratamientos urgentes para combatir enfermedades como el cáncer o los antirretrovirales para el tratamiento de las personas que padecen el SIDA.

vista general, y el derecho al agua potable, en particular supone primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado.

Lo anterior se deduce así debido a su condición de recurso natural esencial que lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia.

El reconocimiento al agua, como derecho con jerarquía de fundamental, no sólo contribuye directamente a la consolidación de los derechos fundamentales, los cuales se han hecho mención, sino que desde una perspectiva extra personal incide sobre el desarrollo social y económico del país a través de las políticas que el Estado emprende en una serie de sectores. Tal es el caso de la agricultura, el transporte, la industria, entre otros. Puede decirse por consiguiente que debido a su existencia y utilización se hace posible el crecimiento sostenido y la garantía de que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada, en el corto, mediano y largo plazo.

De acuerdo a la consideración del rol esencial que tiene el agua para el individuo y la sociedad en su conjunto, permite situar su estatus no sólo al nivel de un derecho fundamental, sino también al de un valor objetivo que al Estado constitucional corresponde privilegiar.

CAPITULO IV

MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES. CRÍTICA A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN EL SALVADOR

SUMARIO: 17. Introducción; 18. Formas de Reconocimiento de los Derechos Fundamentales. La positivización del Derecho Fundamental al Agua como Derecho Fundamental de Carácter Social; 18.1. Reforma Constitucional; 18.2. Mutaciones Constitucionales; 18.3 Bloque de Constitucionalidad; 19. Causas que han motivado en El Salvador, el reconocimiento al agua como Derecho Fundamental; 20. La Reforma Constitucional relativa a la positivización del agua como Derecho Fundamental; 20.1. Pretensiones que prescribe la reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua; 20.2. Alcances que prescribe la Reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua; 20.3. Obligaciones que prescribe la reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua; 20.3.1. Obligación de aprovechamiento y preservación del recurso hídrico; 20.3.2. Obligación de procurar el acceso a los habitantes; 21. Críticas a la Reforma Constitucional en El Salvador; 21.1. La redacción técnico jurídica al precepto que regule el Derecho Fundamental al Agua en El Salvador.

17. Introducción

En el Art. 248 de la Constitución Salvadoreña, se encuentra regulado, la reforma Constitucional como mecanismo formal de modificación de la constitución y de reconocimientos de derechos, los cuales, conforman elementos característicos del Estado moderno, este el constitucional y democrático de derecho. Este planteamiento es el que argumenta sobre el capítulo titulado Crítica al Reconocimiento Constitucional del Derecho al Agua en El Salvador.

En esta línea de ideas se aborta el Capitulo, sobre la base de aspectos doctrinarios referentes a las formas de reconocimiento de derechos fundamentales como la Reforma Constitucional, la Mutación Constitucional y el Bloque de Constitucionalidad, los cuales, permitan la comprensión y análisis de la reforma al Art. 69 de la Constitución Salvadoreña, referente al Derecho al Agua, o DFA para así, poder delimitar las causas, pretensiones,

obligaciones y alcances que propugna la modificación constitucional, con el objeto o fin de establecer críticas sobre la actuación del Órgano Constituido, Legislatura 2009-2012.

18. Formas de Reconocimiento de los Derechos Fundamentales. La positivización del Derecho Fundamental al Agua como Derecho Fundamental de Carácter Social

El reconocimiento de derechos fundamentales se instituye en una labor sumamente extensiva, ya que, se deben de comprender todos aquellos derechos susceptibles de ser interpretados y concebidos, como categorías subjetivas protegibles, aunque su ubicación en el texto constitucional o su redacción no reconozca de manera explícita la presencia de un derecho intrínseco o subjetivo del ser humano²⁰⁶.

A primera vista o en principio –prima facie- es la Constitución el ordenamiento fundamental y supremo de un sistema jurídico, en donde se reconocen los derechos fundamentales mediante normas o directrices imprescindibles de orientación que rigen las relaciones del Estado con los ciudadanos, y de los ciudadanos entre sí²⁰⁷, mediante el establecimiento de límites para ajustar y delimitar el poder público²⁰⁸.

²⁰⁶ Para contrastar esta postura puede consultarse, resolución de la SALA DE LO CONSTITUCIONAL. Sentencia de Amparo, con Referencia 545-2003 de las nueve horas, de fecha 12 de Abril de 2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*. Sala de lo Constitucional. Coordinador Julio Enrique Acosta Baires, Compiladora María Teresa Cordero, 2005, pp. 114-116. “...Ahora bien, la interpretación del concepto “derechos” debe ser lo suficientemente extensiva como para comprender todos aquellos enunciados susceptibles de ser traducidos en categorías subjetivas protegibles, aun cuando su ubicación en el texto constitucional o su redacción no reflejen de manera evidente la presencia de un derecho subjetivo (...).”

²⁰⁷ CARBONELL, M, *Reforma del Estado y Derechos Fundamentales: Algunas Propuestas*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, P. 567, Disponible en: www.juridicas.unam.mx. (Consultado 26 de Agosto de 2012). Para Miguel Carbonell, los derechos fundamentales son la “carta de navegación” que rige las relaciones

Lo anterior permite deducir que el reconocimiento de los derechos Fundamentales²⁰⁹, se erige como una función reciente²¹⁰, debido a que es manifestación del constitucionalismo desarrollado en las primeras gestaciones del Estado constitucional y democrático de derecho, propugnado

del Estado con el ciudadano y, según las más modernas teorías constitucionales, también las relaciones de los ciudadanos entre sí.

²⁰⁸ BURGOA, I, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, 19ª ed. México, 2007, P. 281. “En vista de que la Constitución es, *prima facie*, el ordenamiento fundamental y supremo en que se proclaman los fines primordiales del Estado y se establecen las normas básicas a las que debe ajustarse su poder público del imperio para realizarlos, el estudio cabal de la misma no debe prescindir del tratamiento de la finalidad estatal. En otras palabras, las Constituciones contemporáneas, que ya han salido del marco escueto de la mera estructuración política, prescriben, a modo de principios teleológicos de diversa y variada índole, los fines que cada Estado específico persigue en el ámbito socio-económicos, cultural y humano del pueblo o nación. Por consiguiente, el poder público Estatal, traducido dinámicamente en las funciones legislativas, administrativa y judicial, tiene como propensión inherente a su naturaleza la realización de dichos fines, o sea, de los principios constitucionales que los preconizan, de donde se infiere que la finalidad del Estado equivale a la teleología de la Constitución, es decir, del derecho fundamental”; KELSEN, H., *Teoría General de Derecho y del Estado*, UNAM, 2ª ed., México, 1988, pp. 189 y ss. “La Constitución es considerada por la doctrina como la norma fundante del sistema jurídico (...) ya que según Kelsen, parte de la concepción del derecho como un sistema escalonado en el que la norma superior determina los contenidos y procedimientos de creación de las normas inferiores”.

²⁰⁹ NACIONES UNIDAS, MEXICO, *Propuesta de Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos, Elaborada por las Organizaciones de la Sociedad Civil y por Académicos y Académicos especialistas en derechos humanos*, Documento elaborado con la ayuda financiera de la Embajada de Canadá, del Programa Global Acción 2 y el Grupo Inter-Agencial de Derechos Humanos del Equipo de País del Sistema de Naciones Unidas en México y The Ford Foundation, P. 17. “El término de derechos fundamentales tiene su origen en el marco del movimiento francés por la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (*droits fondamentaux*), aunque cobra mayor fuerza y popularidad gracias a que es el término que emplea la Ley Fundamental de Bonn de 1949 para referirse a los derechos humanos (*Grundrechte*). A partir de ella, muchas Constituciones europeas y latinoamericanas han adoptado dicho término, tales como la Constitución española de 1789, la Constitución de Brasil de 1988 y la Constitución Colombiana de 1991. En general se entiende que con este término se alude a aquellos derechos humanos que han sido reconocidos por un orden jurídico determinado, o de manera aún más específica, a aquellos derechos humanos que han sido constitucionalizados”.

²¹⁰ URIBE ARZATE, E., *Ob. cit.*, P. 1031. “Toda constitución cumple dos funciones esenciales: la primera, al señalar formalmente la existencia del Estado; para decirlo coloquialmente, en este sentido la Constitución es el acta de nacimiento del Estado al que le da nombre, características, forma de organización, atribuciones, competencias. La otra función, apenas recientemente asignada al orden jurídico superior del Estado, consiste en el reconocimiento de los derechos fundamentales y su correspondiente garantía”.

por la Carta de la ONU de 1945²¹¹, los cuales, se materializan, o positivizan mediante creaciones Constitucionales, por procesos de modificación o cambios Constitucionales²¹², y por la aplicación de funciones constructivas de derechos fundamentales.

Lo anterior permite argumentar que la función principal de una Constitución consiste en reconocer y proteger los derechos fundamentales del ser humano, así como su dignidad, ya que, estos derechos constituyen la directriz que orienta la supremacía constitucional, que emerge o es parte del rígido constitucionalismo, y se conciben como la más eficaz garantía que impone limitaciones al accionar del poder público²¹³.

²¹¹ CARBONELL, M., *La Constitución Pendiente, Agenda Mínima de Reformas Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México UNAM, 2ª ed., México, 2004, P. 33. Disponible en: Biblio.Juridicas.unam.mx/libros/3/1181/1.pdf. (Consultado 28 de agosto de 2012) “El punto de partida de esas disposiciones –en sentido conceptual, no temporal, desde luego- se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948. Dicha Declaración, junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero constitucionalismo global”. BOBBIO, N., *Presente y porvenir de los derechos humanos*, cit. por PEREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos... cit.*, P. 131. “Como recuerda Bobbio, con la Declaración de 1948 se inició una fase importante en la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación, haciéndolos pasar de “derechos de los Ciudadanos” a verdaderos derechos de (todos) los “hombres”, o al menos “derechos del ciudadano de esa ciudad que no conoce fronteras, porque comprende a toda la humanidad”. FERRAJOLI, L., *Sobre los Derechos... cit.*, P. 115. Para Ferrajoli, este cambio de paradigma se desarrolló y extendió, debido a ese embrión de constitución del mundo que está formado por la Carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos.

²¹² HUERTA OCHOA, Karla, *Teoría del Derecho Cuestiones Relevantes*, Universidad Autónoma de México, México, 2008, pp. 209-226. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2611/11.pdf>. (Consultado 27 de agosto de 2012). “El proceso de creación de una Constitución plantea, desde el punto de vista jurídico, diversas interrogantes, entre las cuales destacan el fundamento de validez de la norma y la competencia del órgano constituyente (...) Tras la promulgación de una Constitución surge un periodo de incertidumbre sobre su significado y alcance; compete al órgano facultado para su interpretación resolver estas dudas (...) Los derechos fundamentales corresponden al ciudadano desde el momento en que son otorgados y la Constitución entra en vigor. la Constitución es una norma jurídica, por lo que la modificación de la Constitución ha de hacerse de acuerdo con las normas que para tal efecto establece; sus propias normas son su condición y título legitimante de validez”.

²¹³ Vid. LINARES QUINTANA, S. V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo II, Ed. Alfa, Buenos Aires, Argentina, 1953, pp. 145-398. cit.,

Estos planteamientos conllevan a afirmar que la organización del Estado y el reconocimiento de derechos fundamentales conforman la razón de ser de la Constitución, superando con ello las concepciones normativistas, reconociéndosele a la Constitución como la *summa*, del Estado –el todo-²¹⁴, y es lo que, permite una aplicación material o sustancial de la Constitución²¹⁵.

La aplicación material de la Constitución está orientada a la materia Constitucional y a las normas materialmente constitucionales; la materia constitucional, está referida a todo lo regulado por las norma jurídica principal, y las normas materialmente constitucionales constituyen el conjunto de normas fundamentales, explícitas en una Constitución escrita o implícitas en todo el ordenamiento jurídico tanto interno o externo²¹⁶, principal o secundario.

por AFONSO DA SILVA, J., *Mutaciones Constitucionales*, Revista electrónica Cuestiones Constitucionales, N° 1, Traducida del Portugués por María del Pilar Hernández, Brasil, Julio-Diciembre, 1999, P. 5. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90753.pdf>. (Consultada 27 de agosto de 2012). “La función esencial de una Constitución consiste en asegurar los derechos fundamentales del hombre y la dignidad de la persona humana. Es el principio de supremacía, que deriva de la Constitución rígida, la más eficiente garantía de efectividad de aquella función de imponer limitaciones a la acción del poder público”; En este mismo sentido: *Vid.* El Art. 16 de la DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y EL CIUDADANO, DE 1789, cit., por AFONSO DA SILVA, José, *Ob. cit.*, P. 5. Esta disposición ya establecía que “*la sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, absolutamente no tiene Constitución*”.

²¹⁴ URIBE ARZATE, E., *Ob. cit.*, P. 1030. “Organización del Estado y derechos de los habitantes son la entraña misma de la ley fundamental. La Constitución supera de esta forma, la perspectiva *normativista* para acercarla a su genuina dimensión como *summa* del Estado, síntesis histórica que desborda por sus “contenidos” la simple redacción de su texto”.

²¹⁵ *Cfr.* ROMANO, S., *Principii di dirittoCostituzionale Generale*, Reimpresión de la II ed., Milán, 1947, pp.1 y ss., cit., por GUASTINI, R., *Estudios de Teoría Constitucional*, Editada por Miguel Carbonell, 1ª Ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D. F. 2001, P. 33, Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/37038041/estudiosdeteoriaESTUDIOS-DE-TEORIA-CONSTITUCIONAL-RECARDO-GUASTINI-PDF> (Consultada 03 de agosto de 2012). La constitución entendida como conjunto de normas fundamentales (en uno u otro sentido) es llamada a criterio del autor, Constitución en sentido “sustancial” o “material”.

²¹⁶ *Vid.* VERGOTTINI, G., *Diritto Costituzionale Comparato*, Ed. Padua, 1991, pp. 154 y ss.; CICONETTI, S. M., *La Revisione della Costituzione*, Ed. Padua, 1972, pp. 54 y ss., cit., por GUASTINI, R., *Ob. cit.*, P. 33. “Se llama materia Constitucional el conjunto de objetos

Los alcances de las normas materialmente constitucionales conllevan a un reconocimiento de derechos fundamentales que permiten su positivización o reconocimiento mediante procesos de especificación, los cuales, pueden llevarse a cabo por medio de cambios constitucionales o modificaciones constitucionales y por funciones constructivas de derechos fundamentales, que los aseguren, garanticen y promuevan.

Las modificaciones o cambios constitucionales en la teoría del derecho constitucional, están referidos a los procedimientos de adecuación de las normas constitucionales a la realidad²¹⁷ o de la realidad a la norma Constitucional. Existen dos formas de ejecutar la adecuación constitucional, mediante un procedimiento formal y un procedimiento informal, el primero está referido a la Reforma Constitucional, y el segundo a la Mutación Constitucional²¹⁸.

que son disciplinados por tales normas. Las normas “materialmente constitucionales” pueden ser escritas o consuetudinarias. Donde existe una Constitución escrita se esperaría que esas normas estuvieran expresamente formuladas. Sin embargo, no es infrecuente que también ahí donde existe una constitución escrita, muchas normas pacíficamente consideradas “materialmente constitucionales” no estén escritas en la Constitución (sino que estén escritas en leyes ordinarias, o también que no estén de hecho escritas, quedando implícitas, en estado latente). De la misma forma, no es infrecuente que las Constituciones incluyan también normas no materialmente constitucionales”

²¹⁷SANT’ANA PEDRA, A., *La Elasticidad del Texto de la Constitución como Límite para las Mutaciones Constitucionales*, Revista de Estudios Avanzados, versión electrónica, editada por el Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Santiago de Chile, Santiago, Chile. Junio de 2012, P. 41. Disponible en www.usach.cl/revistaidea. (Consultada 29 de agosto de 2012). “En verdad, no hay texto sin contexto. La Constitución y la realidad social siempre se buscan. La realidad fáctica y la realidad normativa se encuentran en una relación de reciprocidad, y no es posible separarlas, pues se encuentran mutuamente imbricadas”.

²¹⁸Cfr. JELLINEK., *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991, P. 7, cit., por AFONSO DA SILVA, J., *Ob. cit.*, pp. 6-8. “Cuando, por tanto, se habla de cambio constitucional, en la teoría del derecho constitucional, se quiere aludir a los procesos de acomodación de las normas constitucionales a la realidad, no se incluye a las formas de rompimiento o de vaciamiento de la Constitución. Así, sólo hay dos formas de realizar esta acomodación: la reforma constitucional y la mutación constitucional, que revelan, respectivamente, procesos formales y procesos informales de modificación de la Constitución. Los procesos de cambio formal de la Constitución se efectúan mediante técnicas de modificación de los textos constitucionales por vía de actuación voluntaria y deliberada de ciertos órganos, mediante determinadas formalidades, establecidas en la propia Constitución. Esto acontece por medio de *reforma*,

Las funciones constructivas de derechos fundamentales, se orienta a la aplicación de aquellas normas y principios, que no hacen parte expresa del texto formal de la Constitución, pero que se integran como parte de la Constitución, conformando con ello un Bloque de Constitucionalidad²¹⁹.

En El Salvador, la positivización del DFA, no se ha hecho efectiva de forma directa, objetiva, expresa, material o explícita, sino que su positivización es indirecta, subjetiva o implícita por medio de lo que contemporáneamente se le denomina Bloque de Constitucionalidad²²⁰.

enmienda o revisión constitucional. Mutaciones constitucionales son cambios no formales que operan en el correr de la historia de una Constitución, sin alterar el enunciado formal, sin cambiar la letra del texto. Según la doctrina tradicional, esto se da por la fuerza de la modificación de las tradiciones, de la adecuación político social, de las costumbres, de la alteración empírica y sociológica, por la interpretación y por el ordenamiento de estatutos que afectan la estructura orgánica del Estado"; CARPIZO, J., *La Reforma Constitucional en México. Procedimiento y realidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, número 131, Mayo-Agosto de 2011, P. 544. "Los cambios y modificaciones constitucionales, que no son rupturas ni violaciones, se realizan primordialmente a través de reformas y mutaciones, las cuales se integran y forman o serán parte de la propia Constitución. En consecuencia las reformas y mutaciones que sufre la ley fundamental son su propia evolución, y como tal configuran el desarrollo de la norma, son su historia y su presente".

²¹⁹ SERNA MESA, J. A., *El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo*, Revista Electrónica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Numero 4, año 2, Colombia, Mayo-Agosto de 2010, pp. 2-9. "Respecto al concepto de bloque de constitucionalidad se debe aceptar que la normatividad constitucional no es privilegio exclusivo de los artículos que integran el texto de la Carta Fundamental (...) En ese sentido, debe considerarse que el bloque de constitucionalidad (...), es un conjunto de normas, valores y principios, que aunque no aparecen de manera expresa (...), son utilizadas como directrices para la interpretación y control de constitucionalidad de las leyes, por lo que todo el ordenamiento jurídico en su contenido positivo y en su aplicación práctica, debe adecuarse a las normas de jerarquía constitucional, predicándose que el productor del derecho positivo, el ejecutor de las normas y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, instrumento teórico de gran envergadura que enriquece el concepto de constitución y dota al operador jurídico de elementos claves para velar porque la preceptiva normativa interna no obstruya la efectividad de los valores y principios superiores del ordenamiento jurídico".

²²⁰ Vid. OLANO GARCÍA, H. A., *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, en *Estudios Constitucionales*, Año 03, volumen 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, P. 232 cit., por SERNA MESA, J. A., *Ob. cit.*, P. 4. "El concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958 (...) fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por vez primera se hizo uso del concepto de normas de constitucionalidad bajo la égida de principios y reglas de valor

El planteamiento anterior, permite argumentar, que la positivización del DFA, no solo debe entenderse como el reconocimiento material de un precepto, ya que, la Constitución se estatuye como ley primaria y suprema²²¹ en un Estado moderno, esto es un ser y deber ser²²² que asegura, respeta, garantiza y promueve, los derechos fundamentales que derivan y se relacionan con la dignidad humana²²³, el cual, constituye el presupuesto jurídico material y sustancial que orienta, determina y delimita un derecho como fundamental cuando este no se encuentre preceptuado en la Constitución²²⁴.

constitucional, refiriéndose al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley”; Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA. SENTENCIA C-027 DE 1993, cit., por SERNA MESA, J. A., *Ob. cit.*, P. 4. Después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España, en donde el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 refiriéndose al bloque como “(...) un conjunto de normas que ni están incluidas en la constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen.”

²²¹ HUERTA OCHOA, K., *Ob. cit.*, P. 204. “La Constitución, por su supremacía, es la norma determinante de un sistema jurídico, no solamente como norma constitutiva de un Estado sino también en su carácter de esquema de significaciones jurídicas, del cual dependen los significados de todas las normas del sistema”.

²²² URIBE ARZATE, E., *Ob. cit.*, P. 1029. “La comprensión correcta de lo que una Constitución significa es un asunto de primer orden para el funcionamiento del Estado y de la sociedad. Más allá de los múltiples puntos de vista sobre el particular, que van desde el más rígido formalismo hasta las más laxas concepciones sociológicas, consideramos oportuno decir que la Constitución entraña el ser y forma de ser del Estado; la constitución condensa y expresa *el ser y deber ser* de un pueblo”.

²²³ BIDART CAMPOS, G., *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna*, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ed. UNAM, México, P. 98. “En nuestros sistemas constitucionales los derechos “no se constituyen” en la norma positiva sino que ella sólo los asegura, los respeta, los garantiza y los promueve, los derechos emanan de la dignidad humana. Los derechos tampoco se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los derechos. La norma positiva solo significa vigencia normonológica”.

²²⁴ OYARTE MARTINEZ, R., *El Reconocimiento de los Derechos Fundamentales*, Asesor del Tribunal Constitucional Profesor de la PUCE y de la USFQ, Ecuador, 2005. Disponible en: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2661:el-reconocimiento-de-los-derechos-fundamentales&catid=31:derecho-constitucional&Itemid=420. (Consultada 28 de agosto de 2012) “Los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidad humana, según la expresión del tratadista español Fernández Segado. Dicho de otra forma, los seres humanos poseen derechos fundamentales por tener la dignidad, o calidad de persona humana y son la condición sine qua non del Estado

El preámbulo de la Cn. de 1983 –Decreto Número 38- reconoce la dignidad de la persona humana el cual es retomado en el art 1 de la Constitución, cuando se declara que la persona humana es el principio y fin de la actividad del Estado, que se ejerce para la consecución de valores imprescindibles que circundan al ser humano.

En El Salvador el reconocimiento constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, que defiende e irradia el reconocimiento de otros derechos fundamentales en general y en específico del DFA, mediante la cláusula constitucional de derechos implícitos que para el caso de El Salvador es el Art. 144 de la Cn.²²⁵.

constitucional democrático, pues el Estado no puede dejar de reconocerlos sin transformarse, es decir, sin dejar de ser un Estado constitucional del Derecho.¹ El Estado, entonces se limita a reconocer derechos fundamentales, pus son derechos naturales del hombre, a través, principalmente, de su texto constitucional. El Estado, entonces, simplemente reconoce dichos derechos, no los establece, no es una concesión graciosa por parte del poder estatal, y, es más, no puede vulnerarse ni a través del legislador ni del poder constituyente. Los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidad humana, según la expresión del tratadista español Fernández Segado. Dicho de otra forma, los seres humanos poseen derechos fundamentales por tener la dignidad, o calidad de persona humana y son la condición sine qua non del Estado constitucional democrático, pues el Estado no puede dejar de reconocerlos sin transformarse, es decir, sin dejar de ser un Estado constitucional del Derecho.¹ El Estado, entonces se limita a reconocer derechos fundamentales, pus son derechos naturales del hombre, a través, principalmente, de su texto constitucional. El Estado, entonces, simplemente reconoce dichos derechos, no los establece, no es una concesión graciosa por parte del poder estatal, y, es más, no puede vulnerarse ni a través del legislador ni del poder constituyente”; en ese mismo sentido GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994, P. 218. “La dignidad humana expresa una especificación material independiente de cualquier tiempo y espacio que consiste en considerar como perteneciente a cada persona un espíritu, impersonal, que la capacite a adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo”.

²²⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*, homenaje a la memoria del querido amigo y destacado constitucionalista argentino Germán Bidart Campos, P. 6. Disponible en: www.jornadasdederechopublico.ucv.cl/ponencias/El%20bloque%20constitucional%20dederechos.pdf. (Consultado 30 de agosto de 2012). “Las Constituciones explicitan por regla general en América Latina y en diversos países de Europa un aseguramiento de derechos fundamentales en un catálogo

Para que esta cláusula abierta o de reconocimiento de derechos implícitos tenga aplicabilidad material en El Salvador debe de haber ratificado instrumentos internacionales que reconozcan derechos que se relacionen con la dignidad del ser humano²²⁶, como el Derecho Humano al Agua, el cual, está reconocido por vía de interpretación mediante la OG 15 del Art. 11 y 12 del PIDESC; este instrumento ha sido ratificado por El Salvador, constituyendo ley de la República de carácter compatible con la Constitución, que reconoce el Derecho Humano al Agua, pero que conforme a la Sentencia 52-2003/56-2003/57-2003, de fecha 1º de abril de 2004, sobre la Inconstitucionalidad de la ley anti maras, se positivasen de manera indirecta subjetiva o implícita al Derecho al Agua, como Derecho fundamental²²⁷.

de derechos abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está consciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano, lo que en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos en general está explícitamente reconocido en el texto constitucional a través de la cláusula de derechos implícitos”.

²²⁶GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1986, P. 25. “La dignidad humana es una cualidad inherente a todo y a cualquier ser humano. La dignidad es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable del ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al ser humano en cuanto tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser concedida o retirada a algún ser humano, siendo inherente a su naturaleza humana. Ella no desaparece del ser humano por más baja y vil que sea su conducta y sus actos”; ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, España, 1996, P. 19; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho... cit.*, P. 318. “La dignidad de la persona humana en cuanto ligada a la condición humana no puede desconocer la dimensión comunitaria de la dignidad de cada y de toda persona, ya que convivimos y coexistimos con otras personas en sociedad, existiendo en un contexto de intersubjetividad que marcan las relaciones humanas y el reconocimiento de valores socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad”; en el mismo sentido DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS DE 10 DE DICIEMBRE DE 1948. en El artículo 1º determina que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Dotados de razón y de conciencia, deben actuar unos con los otros en un espíritu de fraternidad. A su vez, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 19 DE DICIEMBRE DE 1966, en su preámbulo afirma que “el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana (...) constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres”.

²²⁷SALA DE LO CONSTITUCIONAL, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ANTI MARAS, SENTENCIA 52-2003/56-2003/57-

Lo anterior, significa que con la ratificación y entrada en vigencia de los tratados internacionales de derechos humanos que reconozcan el Derecho Humano al Agua ²²⁸, se obliga al Estado de El Salvador a respetar,

2003, DE FECHA 1° DE ABRIL DE 2004, CONSIDERANDO 3°. La Corte Suprema de El Salvador, en sentencia de 2004, ha precisado: "(...) corresponde al derecho interno, incluido el constitucional, asegurar la implementación de las normas más favorables a la dignidad de la persona humana, lo que realza la importancia de su rol: la protección de los derechos de la persona. Por tanto, si los tratados sobre derechos humanos implican la interacción entre sus disposiciones y las del derecho interno, la Constitución atiende a la necesidad de prevenir y evitar los conflictos normativos que vuelven nugatoria la efectividad de las primeras. Con ello se contribuye a la reevaluación de la amplia interacción entre el [derecho internacional de los derechos humanos] y el derecho interno, con miras a la protección de los derechos vinculados a la dignidad humana. En definitiva, la identidad común entre el (derecho internacional de los derechos humanos) y el derecho constitucional, es el trazo que más distingue al primero, en relación con el resto de la normativa internacional. "En conclusión, la confluencia entre la Constitución y el (derecho internacional de los derechos humanos), en la protección de los derechos humanos, confirma que la relación entre ambos definitivamente no es de jerarquía, sino de compatibilidad, y por tanto, el derecho interno, y eso vale para el derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, debe abrir los espacios normativos a la regulación internacional de los derechos humanos"; En este mismo sentido REVISTA DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL N° 1, julio-diciembre 2006, Ed. IIDH KAS-Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 153–163. En esta revista se hace alusión a esta sentencia, como parte del bloque de Constitucionalidad.

²²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El bloque constitucional...* cit. P. 14. Para Alcalá, se debe tener presente el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece las normas de interpretación en materia de derechos. Artículo 29, literal a), precisa que ninguna disposición de la Constitución, la Convención o las leyes deben ser interpretadas en el sentido que permitan al Estado suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. La Convención establece un mínimo de contenido de los derechos que debe ser protegido por los Estados Parte, por lo que las disposiciones de la Convención no pueden ser interpretadas en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados". Ello exige al Estado parte y a sus operadores jurídicos aplicar el principio favor persona o favor homine aplicando la norma que mejor protege u optimiza el derecho fundamental; LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, O "PACTO DE SAN JOSÉ", RATIFICADA POR DECRETO LEGISLATIVO N° 5 DEL 15 DE JUNIO DE 1978, Y PUBLICADA EN EL D. O. N° 113 DEL 19 DE JUNIO DE 1978. Entre los instrumentos internacionales, ratificados por el salvador y que en aplicación al Art. 144 de La Constitución Salvadoreña reconocen el Derecho Humano al Agua, y que en su conjunto con la aplicación de la Sentencia de Inconstitucionalidad de la ley anti maras pueden construir un bloque de constitucionalidad para la positivización implícita del Derecho Fundamental al Agua pueden citarse: EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, ratificado por Decreto Legislativo y publicado en el D.O. N° 218, Tomo 265, del 23 de noviembre de 1979; LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, suscrito el 26 de Enero de 1990, y ratificado el 27 de abril de 1990, publicado en el D.O. n° 108, Tomo 307, del 9 de octubre de 1990; LA CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS

garantizar y promover dichas normas de derecho internacional²²⁹, mediante su internalización como ley secundaria de carácter compatible con la Constitución Salvadoreña –Art. 144 Cn.- situación que permitiría el reconocimiento y protección del DFA, y en consecuencia se positivaría este derecho implícitamente de forma interna-efectiva²³⁰, situación que implica la

DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, suscrita el 14 de noviembre de 1980, ratificada el 2 de julio de 1981, y publicada en D.O. 105, Tomo 271, del 9 de junio de 1981; EL PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, PROTOCOLO I, suscrito el 12 de agosto de 1977, ratificado de 4 de julio de 1978, y publicado en el D.O. N°. 158, Tomo 260 del 28 de agosto de 1978; LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, O “PACTO DE SAN JOSÉ”, RATIFICADA POR DECRETO LEGISLATIVO N° 5 DEL 15 DE JUNIO DE 1978, Y PUBLICADA EN EL D. O. N° 113 DEL 19 DE JUNIO DE 1978. Dicho instrumento en su Art. 26 reconoce genéricamente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Art. 26 establece: “Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”; EL PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”, DEL 17 DE NOVIEMBRE DE 1988, EL CUAL ES RATIFICADO POR ACUERDO EJECUTIVO EN MARZO DE 1995, ENTRANDO EN VIGENCIA EL 16 DE NOVIEMBRE DE 1999.

²²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H, *El bloque constitucional... cit.*, P. 13. Disponible en: www.jornadasde.derechopublico.ucv.cl/ponencias/El%bloque%constitucional%dederechos.pdf. (Consultado 06 de agosto de 2012). Asimismo, el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter supraestatal, lo que reconocido por los estados lleva a estos a la obligación de respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia, lo que significa la subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional en la materia. CASCADO TRINDADE, A., *Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho Internacional y Derecho Interno en la protección de los Derechos Humanos*, en AA. VV., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Ed. UNAM, 1998, P. 109. La normativa jurídica constitucional latinoamericana no permiten que el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos sigan siendo considerados en forma compartimentada, sino que deben ser abordados como fuentes de un único sistema de protección de los derechos que tiene por fundamento la dignidad de la persona humana, abordándolos en forma integral, realizando una tarea de armonización e integración, eliminando prejuicios y visiones conflictuales, otorgándoles una visión convergente y optimizadora de los derechos fundamentales.

²³⁰ ROVIRA VIÑAS, A., Adjunto Primero del Defensor del Pueblo de España. *Internacionalización de los Derechos Fundamentales*, Artículo disponible en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/II%20CONGRESO/Comunicaciones%20Antonio%20Ro

subordinación a los estándares mínimos previstos por el derecho internacional²³¹.

Lo anterior permite redargüir que el DFA, constituye la cristalización o institucionalización del Derecho Humano al Agua, que permiten el robustecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho²³².

18.1 Reforma Constitucional

La Constitución, es un deber ser²³³, debido a que su función es organizar al Estado y reconocer derechos fundamentales²³⁴, que limiten el

vira1.html. (Consultado 19 de Agosto de 2012). Se ha hablado mucho de los derechos fundamentales, mucho más de lo que posiblemente hemos hecho para extender su reconocimiento y protegerlos efectivamente. Teniendo esto siempre presente para no confundirnos y acallar nuestra mala conciencia, al pensar que la teoría es suficiente para protegerlos, podemos una vez más comenzar afirmando que la teoría y la práctica de estos derechos, desde finales de la segunda guerra (calificada exageradamente como mundial porque implicó a los países más desarrollados del planeta), se ha dirigido hacia la ampliación y universalización de los mismos, siendo este proceso de internacionalización lo más característico, incluso podemos decir más provocador, porque parte de la idea de que estos derechos subsisten aún allí donde la legislación positiva no los reconoce, que tienen vigencia incluso allí donde se carece de instrumentos jurídicos y políticos para hacerlos cumplir, que son derechos en definitiva para todos, son derechos de las personas, de cada uno aislado, son derechos de los ciudadanos del mundo y el reto consiste en avanzar y contribuir al reconocimiento jurídico efectivo de los mismos en aquellos países en los que todavía los poderes se resisten a su realización efectiva. Por eso el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos está ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional.

²³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El bloque constitucional... cit.*, P. 13. “El ámbito normativo de cada derecho fundamental está conformado por los elementos precisados tanto por la fuente normativa constitucional como por la del derecho internacional. El derecho constitucional queda así delimitado por los contenidos de ambas normativas, aplicando siempre aquella que mejor protege el derecho, dándole la mayor fuerza expansiva, que constituye una exigencia ínsita en los mismos derechos”.

²³² Cfr. ALEXANDER, R., “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, en S. Gosefan y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte, Suhrkamp*, Frankfurt a. M., 1999, pp. 246 y ss., cit., por BERNAL PULIDO, C., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, P. 52. “Los derechos fundamentales no son nada distinto a una institucionalización de los derechos humanos concebidos en las teorías filosóficas-políticas en el Estado Constitucional democrático”.

poder, mediante la adecuación de la norma a la realidad, esto significa que la Constitución se encuentra en un constante movimiento²³⁵. Este planteamiento conforma el *iter*²³⁶ para la consolidación de un Estado moderno²³⁷, que se materializa y caracteriza por el Constitucionalismo rígido, el cual posee entre otros presupuestos, el de establecer procedimientos especiales para su reforma.

Este mecanismo especial es denominado Reforma Constitucional, el cual constituye un mecanismo formal, debido a que la misma Constitución es la que lo preceptúa, y por medio del cual, se pueden reconocer derechos fundamentales; este mecanismo es característica o presupuesto propio de un Estado constitucional y democrático de derecho²³⁸, esto es así, debido a que

²³³KELSEN, H., *Ob. cit.*, P. 18. Para Kelsen, el aspecto más importante de la norma es su cualidad normativa, su carácter de “deber ser”, así como su capacidad para determinar las relaciones de validez de las normas de un sistema jurídico organizado jerárquicamente

²³⁴URIBE ARZATE, E., *Ob. cit.*, P. 1030; AFONSO DA SILVA, J., *Ob. cit.*, P. 5; LINARES QUINTANA, S. V., *Ob. cit.*, P.145.

²³⁵CARPISO, J., *Estudios Constitucionales*, Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed., México, 2003, P. 43. Para este autor, la Constitución es un deber-ser, que constituye un duelo dialectico, una perpetua adecuación entre la norma y la realidad, ya que la vida social se encuentra en constante movimiento, si es como el agua de un río que nunca es la misma en idéntico sitio, según la alegoría de Heráclito, entonces la Constitución habrá de modificarse para regular jurídicamente las nuevas situaciones.

²³⁶CARPISO, J., *La reforma Constitucional... cit.*, P. 544. “El iter de cualquiera Constitución, se encuentra, en gran parte, en sus reformas y sus mutaciones. Quien lea y estudie únicamente el texto denominado Constitución no la llegara a conocer ni comprender si descuida las reformas y las mutaciones”.

²³⁷BERNAL PULIDO, C., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia... cit.*, P. 11. En la última ola de transiciones a la democracia, el Estado Constitucional Democrático se ha implantado a lo largo y ancho de América Latina. Estas transiciones se han llevado a cabo en algunos países mediante la expedición de nuevas constituciones, en otros mediante la reforma de las constituciones existentes, y en otros, simplemente, mediante la interpretación constitucional o por medio —de mutaciones constitucionales.

²³⁸FERRAJOLI, L., “La Pragmática de la Teoría del Derecho”, en FERRAJOLI, L., *Epistemología jurídica y garantismo*, Ed. Fontamara, México D.F., 2004, pp. 109 y ss. “Fundamentalmente debido a la rigidez constitucional, es decir, al establecimiento de agravados procedimientos de modificación de los textos constitucionales y la consagración del control constitucional de las leyes por un tribunal, rasgos estructurales del Estado constitucional de derecho, las constituciones operan, según Ferrajoli, como “derecho sobre el derecho”, preestableciendo, además de los *actos* o *formas* para la producción de las leyes, su *contenido*, a través de la imposición de una serie de límites y vínculos sustanciales, en

no se puede identificar un Estado moderno cuando se carece de mecanismos especiales, adecuados y rectores, mediante los cuales, se puedan incorporar derechos fundamentales, que tengan como objeto la protección, aseguramiento y defensa de los mismos²³⁹.

El anterior significa, que los elementos esenciales de la ley suprema - Constitución- están vinculados a la dinámica del derecho y a la posibilidad de reformar la Constitución²⁴⁰. Esto significa, que la Constitución, crea ámbitos de competencia, mediante el establecimiento de mecanismos formales de adecuación, a las exigencias reales, creando así un poder Estatal conforme a derecho²⁴¹.

Esta línea de ideas, permite analizar, que la Constitución debe ser modificable, dado que se configura como la norma jurídica fundamental, que contiene elementos mínimos, pero necesarios de organización y convivencia del Estado, los cuales se reconducen mediante el reconocimiento expreso de derechos fundamentales.

Todo lo anterior permite deducir que la Reforma Constitucional, constituye un proceso formal especial de cambio constitucional, esto es así, debido a que la Constitución se materializa por la voluntad del poder constituyente, que se considera como un acto político preconstitucional.

virtud de los cuales la autonomía política del legislador se ve sujeta a los parámetros materiales de la constitución”

²³⁹ URIBE ARZATE, E., *Ob. cit.* P. 1023. “En el eje de la reforma del Estado identificamos a los derechos fundamentales y su garantía, pues no se concibe un Estado Constitucional carente de mecanismos adecuados, viables y eficaces para la protección, aseguramiento y defensa de los derechos de los habitantes”.

²⁴⁰ Cfr. HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 22, cit., por: HUERTA OCHOA, K., *Ob. cit.*, P. 24. Los elementos fundamentales de la norma suprema se encuentran vinculados a la dinámica del derecho y a la posibilidad de reformar la Constitución.

²⁴¹ *Ibidem*, P. 16. “La Constitución funda competencia, creando así poder Estatal conforme a derecho”.

18.2 Mutaciones Constitucionales

La Mutación Constitucional, constituye o se considera, como manifestación de un cambio no formal de la constitución y surge, por medio de hechos de la realidad que actúan de afuera hacia la forma de interpretar internamente lo preceptuado por la Constitución²⁴², este cambio no se encuentra previsto en los textos constitucionales, así como se encuentra previsto el cambio por medio de la reforma constitucional, el cual, forma parte de un proceso o medio formal²⁴³.

La mutación constitucional, como forma de reconocimiento de derechos fundamentales, debe proceder por medio de los límites impuestos por la fuerza normativa y por la supremacía de la propia Constitución, esto es mediante una vinculación estrictamente Constitucional²⁴⁴.

²⁴²AFONSO DA SILVA, J., *Ob. cit.*, P. 10. Si las mutaciones constituyen un tema del derecho constitucional, entonces su fundamentación no puede ser sino jurídico-constitucional, lo que implica reconocer que el cambio no formal de la constitución se produce, según Hesse, a través de hechos de la "realidad" que actúan "de afuera" hacia la Constitución, y no sólo a través de modificaciones de la "situación constitucional", según Laband, o "necesidad política".

²⁴³ADRIANO SANT'ANA, P., *La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales. Proyecto: "Límites y posibilidades de los cambios informales de la Constitución"*, Facultad de Derecho de Vitória (FDV), 2011, P. 40. Disponible en: <http://www.revistaidea.usach.cl/ojs/index.php/ideas/article/viewFile/519/493>. (Consultado 28 de agosto de 2012). "El fenómeno de la mutación constitucional no está expresamente previsto en el texto constitucional, al contrario de lo que acontece con la revisión (o reforma) constitucional, y, siendo así, no existen límites expresos en el texto constitucional para la realización de una alteración informal".

²⁴⁴ADRIANO SANT'ANA, P., *Mutación constitucional de los derechos fundamentales y prohibición de retroceso*, en: Memoria del X Congreso Iberoamericano de derecho constitucional, Tomo I, Lima, Perú, Ed. Idemsa, 2009, pp. 395 y ss. "Debido a la propia naturaleza de la mutación constitucional, como proceso informal de la alteración constitucional, se impone el texto constitucional como su límite más peculiar. No la letra del texto, pero sí la elasticidad que ella permite. El texto normativo constituye el punto de partida de la actividad interpretativa y también señala su límite". AFONSO DA SILVA, J., *Mutaciones Constitucionales... cit.*, pp. 10. "El principio de vinculación constitucional, que consiste en que todos están sujetos a sus normas, impide que haya situaciones fácticas o realidades políticas por encima o al margen

Debido a la propia naturaleza de la mutación constitucional –esta es la de ser un mecanismo informal interpretativo o proceso informal de la alteración constitucional-, se impone como especie de argumentos del texto constitucional, como una especie de significado de la letra del texto, produciéndose con ello la elasticidad de preceptos normativos que pueden estar orientados a reconocer derechos fundamentales que expresamente en el precepto no se encuentre o desprenda, pero que por medio de una mutación constitucional, esto es, mediante un cambio informal del significado del precepto, si se deduzca. Esta línea de ideas permite considerar que es el texto normativo, es el que constituye el punto de partida de la actividad Mutativa.

18.3 Bloque de Constitucionalidad

El Bloque de Constitucionalidad, se configura como una función creadora de derechos²⁴⁵, esto es, un mecanismo o fuente que permite

de sus normas. Si una conducta o una práctica política no coincide con la Constitución, no se trata de una forma de mutación constitucional, sino de una forma de desprecio o de fraude a la Constitución”.

²⁴⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, H., *El bloque constitucional de derechos... cit.*, P. 15. “El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales, complementando los que asegura directamente la Constitución. El Bloque Constitucional de Derechos Fundamentales que limita la actuación de los órganos estatales no es una tabla cerrada, sino que se encuentra abierta al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la persona humana”. En este mismo sentido CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CADH. en su Artículo 29, literal b), exige aplicar al operador jurídico que se encuentra frente a diversas normas de derechos humanos o fundamentales aquella norma que mejor protege los derechos, aplicando la norma interna o la internacional, dependiendo de cuál sea aquella que optimice el goce y ejercicio del derecho. Así puede sostenerse que tanto los derechos fundamentales (atributos) contenidos en las normas constitucionales formales como los contenidos en los tratados internacionales, el derecho consuetudinario internacional y los principios de iuscogens constituyen un bloque en materia de derechos fundamentales de acuerdo con el cual deben ser interpretadas las leyes y demás normas infra constitucionales.

reconocer derechos fundamentales²⁴⁶, que se construye mediante una traslape entre los derechos fundamentales reconocidos expresamente por la constitución –como derecho a la dignidad-, y lo derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, el cual, los reconoce en la medida en que los Estados hayan firmado, adoptado y ratificado convenios internacionales de Derechos Humanos, aunado a ello la existencia de una clausula abierta en la Constitución robustecida mediante jurisprudencia, emitida por el máximo órgano encargado de interpretar la Constitución, -que establezca la relación entre el tratado y la Constitución y su grado jerárquico en el sistema interno de cada Estado-, conformando con esto la piedra angular para la aplicabilidad del bloque de constitucionalidad, que da pauta para cristalizar un derecho Humano reconocido en el plano internacional, como fundamental en el plano interno. Esto permite considerar al instrumento que reconoce un derecho no expreso en la ley fundamental, pero que lo podría estar si tiene íntima relación con dignidad de la persona como supra constitucional, o como parte de la ley suprema, la Constitución.

Lo anterior permite argumentar, sobre la existencia de dos medios por los cuales, se pueden reconocer derechos fundamentales que permitan la construcción del bloque de constitucionalidad²⁴⁷, el primero está orientado a

²⁴⁶ RUIZ-HUERTA, A., *Ante una Reforma del bloque de Constitucionalidad*, s.e., S/fecha, P. 155. Para este autor, el bloque de constitucionalidad, se trata de un instrumento normativo incorporado al sistema constitucional por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de extracción francesa y que en su aplicación autonómica supone definir aquel conjunto normativo que funciona como sujeto de control en los juicios de constitucionalidad; las normas a tener en cuenta por el TC para definir la constitucionalidad o no de otras normas con rango de ley, y formado por un conjunto de normas constitucionales o para constitucionales que cumplen específicamente la función constitucional de ser normas aplicables al sistema de distribución de competencias entre el Estado, sus órganos generales y las Comunidades Autónomas, en cuanto órganos territoriales del Estado

²⁴⁷ En este sentido: CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN SENTENCIA C-191-98 MP, emitida por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. Considera que la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *strictosensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato

la aplicación o construcción de un bloque de constitucionalidad, en sentido estricto *strictu sensu*, el cual se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor Constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos. El segundo es el *lato sensu*, el cual está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los tratados internacionales, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias²⁴⁸.

En términos generales, se deduce que el bloque de constitucionalidad, mediante el cual se reconocen de derechos fundamental se debe entender como el conjunto de derechos de la persona asegurados por fuente constitucional –clausula abierta-o por fuente del derecho internacional de los derechos humanos tanto del derecho convencional como el derecho consuetudinario y los principios de *ius cogens*, que incorpora y robustece derechos implícitos o derivados de otros derechos fundamentales expresamente incorporados al texto Constitucional, cuando no se han reconocido de forma objetiva o expresa²⁴⁹.

expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P. Arts. 93 y 103). De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

²⁴⁸ Para profundizar sobre los sentidos del Bloque de Constitucionalidad puede consultarse: ARANGO OLAYA, M., *El Bloque de Constitucionalidad en La Jurisprudencia de La Corte Constitucional Colombiana*, P. 83-84. artículo disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>. (Consultado 26 de agosto de 2012).

²⁴⁹ Para para una mayor comprensión se puede traer a colación por ejemplo LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, O “PACTO DE SAN JOSÉ”, RATIFICADA POR DECRETO LEGISLATIVO N° 5 DEL 15 DE JUNIO DE 1978, Y PUBLICADA EN EL D. O. N° 113 DEL 19 DE JUNIO DE 1978, que constituye ley de la República y que en el Art. 29 establece lo siguiente: “Artículo 29. Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: C)

En atención a lo anterior, se deduce que cuando un derecho fundamental no está expresamente en la Constitución, se presume como implícito si este tiene una íntima relación con la dignidad humana, el cual, es un derecho protegido por diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, que al ser ratificados e incorporados como leyes en los Estados mediante cláusulas abiertas establecidas en la constitución puede construirse un bloque de constitucionalidad que incorpore derechos humanos, como fundamentales.

19. Causas que han motivado en El Salvador, el reconocimiento al agua como Derecho Fundamental

Los derechos fundamentales no son un catálogo de derechos taxativos, sujetos nada más a lo preceptuado a la norma constitucional, ya que existen derechos o expectativas que sin ser derechos fundamentales en un sentido técnico jurídico de la expresión, lo son por el hecho de relacionarse con la dignidad humana, derecho fundamental que en El Salvador se encuentra prescrito en el preámbulo y Art. 1 de la Constitución.

Este análisis permite considerar que el reconocimiento de los derechos fundamentales no solo puede limitarse a aquellos derechos expresos en la Constitución, impermeables a nuevas necesidades de la población, sino que son aquellos que se reconocen como tal debido a

Excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”. En este mismo sentido puede consultarse: NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, 2003, pp. 403–466; Así como además NOGUEIRA ALCALÁ, H., *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2006.

diversas necesidades que exigen la existencia de otros derechos fundamentales²⁵⁰.

El Salvador, no es ajeno al argumento anterior ya que, en los últimos años se han venido propugnando constantes movimientos por el reconocimiento del Derecho al Agua, como derecho fundamental en la Constitución de forma expresa, por ello en El Salvador se pueden identificar diversas causas que han impulsado la Reforma Constitucional que reconozca el DFA, entre, las causas que propugnaron se identifican en El Salvador causas sociales y jurídico constitucionales²⁵¹, a saber:

²⁵⁰ CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P. 10. Para Carbonell, en algunas ocasiones no se debe limita a exponer los derechos que están contemplados en el texto constitucional y en las demás fuentes normativas que los establecen, sino que incluiremos reflexiones sobre otro tipo de expectativas, que sin ser derechos fundamentales en el sentido técnico jurídico del término, podrían llegar a serlo en el futuro. Hay que recordar que el catálogo de derechos que puede haber en un texto constitucional o en los tratados internacionales no es un universo cerrado, impermeable a las nuevas necesidades. Por el contrario, si las condiciones sociales o políticas exigen que nuevas exigencias o necesidades pasen a engrosar la lista de los derechos fundamentales, mal harían los encargados de reformar la Constitución si no atiende a esa necesidad.

²⁵¹ FERRAJOLI, L., "Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales", en AA.VV. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, España, 2001, pp. 289-291. El estudio de los derechos tiene que distinguir, en consecuencia, varios planos de análisis, cada uno de los cuales intenta responder a preguntas diferentes a) El primer plano de análisis de los Derechos Fundamentales corresponde a la dogmática jurídica de acuerdo con el cual, se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. b) Un segundo plano de análisis corresponde a la teoría de la justicia o también a la filosofía política; para este punto de vista lo importante es explicar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo en cuanto derechos fundamentales, así como justificar la necesidad de incorporar como derechos nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que conviven en la sociedad. c) Un tercer nivel es el que corresponde a la teoría de los derechos; dicha teoría tiene por objeto construir un sistema de conceptos que nos permita entender que son los derechos fundamentales. d) Un cuarto nivel es el que atañe a la sociología en general y a la sociología jurídica en particular, así como a la historiografía; se trata en este plano el grado de la eficacia que los derechos han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia, los grupos sociales que presionan que se creen nuevos Derechos o aquellos que se oponen a los ya consagrados. Continúa Ferrajoli argumentando que se debe aportar respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a la norma que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas Sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales Derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados,

Las causas sociales, según los argumentos del Órgano Constituido - Legislatura 2009-2012- forman parte, de presupuestos que trascienden de los modelos políticos y jurídicos que son creados por las sociedades organizadas, ya que el agua resulta esencial para la vida humana, y para la vida digna, situación que constituye el presupuesto sine qua non para garantizar el acceso, suministro y potabilidad que interceda a la carencia del líquido, falta de un abastecimiento continuo para los usos personales y domésticos, que limite la negación a su acceso y a los usos inadecuados dentro del territorio de El Salvador²⁵².

y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio. En este mismo sentido CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P. 2. Para el autor Resulta cierto y obvio que los derechos no han llegado ni automática ni mágicamente a los textos constitucionales. Los derechos existen por alguna razón o razones que habría que rastrear en la historia, en la sociología, en la economía y en la política, no solamente en el interior de los fenómenos jurídicos, ya que reducir los derechos fundamentales a su connotación puramente jurídica significa aislarlos de una realidad que va más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos, que tanto en la esfera interna de los Estados nacionales como en las relaciones internacionales, los han reconocidos y protegidos.

²⁵² COMISION DE LEGISLACION Y PUNTOS CONSTITUCIONALES, DICTAMEN N° 134, FAVORABLE, SAN SALVADOR 19 DE ABRIL 2012, La Comisión que suscribe se refiere a los expedientes Nos. 1910-12-2008-1, 1910-10-2008-2, 1910-12-2008-3, 1910-12-2008-4, 1910-12-2008-5, 1910-12-2008-6, 1910-12-2008-7, 1910-12-2008-8 y 1823-10-2008-1, que en su orden contienen: 1) Moción de varios Diputados, en nombre de Organizaciones Sociales Suscriptoras de la Compañía Ciudadana “El agua en nuestra”, en el sentido se reforme la Constitución, a fin de reconocer el derecho al agua. 2) Moción de Diputados del FMLN, en nombre de la “Alianza por la Reducción de Riesgos y Vulnerabilidades en El Salvador”, en el sentido se inicie a la mayor brevedad posible la discusión y aprobación de la propuesta de reforma constitucional por el derecho humano al agua, presentada el 18 de diciembre de 2008. 3) Moción de Diputados del FMLN, en nombre del “Foro Nacional del Agua por la sustentabilidad y el Derecho al Agua”, en el sentido se dispute y apruebe la reforma constitucional a efecto de reconocer el agua como un bien común y el acceso a ella, presentada el 16 de diciembre de 2008, la cual se encuentra en estudio. 4) Moción de diputados del FMLN, en nombre de Organizaciones integrantes de la coordinación “Mujeres Mesoamericanas en Resistencia por una Vida Digna” y otras, en el sentido se apruebe la reforma para el reconocimiento constitucional del derecho humano al agua la cual se encuentra en estudio. 5) Moción de Diputados del FMLN, en nombre del “Foro Nacional para la Defensa del Derecho y Sustentabilidad del Agua” en el sentido agilice la discusión y aprobación de la reforma constitucional, a efectos de reconocer el agua como un bien común y el acceso a ella un derecho fundamental. 6) Moción de Diputados del FMLN, en nombre de miembros de diferentes comunidades Organizaciones y Redes Ambientalistas,

Entre las causas jurídico constitucionales el Órgano Constituido en El Salvador realiza una interpretación homogénea y unitaria entre el Art. 1, 101 y 117 de la Cn., bajo cuyas premisas y principios constitucionales se argumenta que el agua no es un simple elemento de la naturaleza o simple compuesto

en el sentido que se agilice la aprobación de la Reforma Constitucional, a efecto de reconocer el agua como un bien común y el acceso a ella un derecho fundamental que tendría eficacia normativa. 7) Moción de varios Diputados, en nombre de Organizaciones e Instituciones que integran el Foro del Agua El Salvador, en el sentido se apruebe la reforma constitucional para el reconocimiento del Agua como un derecho humano y la Ley General del Agua. 8) Moción de Diputados del FMLN, en nombre del "Foro del Agua El Salvador" en el sentido se agilice el estudio de reforma constitucional para el reconocimiento del derecho humano al agua, asimismo solicitan se considere nueva propuesta que presentan al respecto. 9) Moción de varios Diputados, en nombre del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, en el sentido se reforme el epígrafe de la Sección Cuarta, Capítulo II, relativo a "Los Derechos y Garantías Fundamentales de la persona", y el Art. 70, de la Constitución de la República. Sobre el particular, esta comisión hace del conocimiento del Pleno Legislativo, las siguientes consideraciones que el asunto de los Derechos Humanos siempre ha estado asociado a la condición especial de cada ser, a su dignidad, y de ella se desprende un sin número de libertades y derechos que, en conjunto, buscan salvaguardar la esencia de cada hombre y cada mujer, poniendo en algunos casos límites, obligaciones y deberes al Estado y a los demás sujetos que conviven dentro de una comunidad. Estos derechos han sido el fruto de la lucha incansable de la humanidad por alcanzar unas condiciones de vida adecuadas no solo a nivel individual sino también colectivo y por ello se buscó su consagración expresa como tales, a través de declaraciones universales y de normas de obligatoria observancia y respeto, para lograr una mayor garantía y protección. Pero el tema de los derechos humanos trasciende los modelos políticos y jurídicos creados por las sociedades organizadas. Es un asunto de ética, de decencia, de naturaleza, que no puede supeditarse a la elaboración previa de un mandato normativo. Su existencia es simultánea con la vida misma. El agua, por ser esencial para los seres humanos se encuentra íntimamente relacionada en cuanto a su acceso, suministro y potabilidad al desarrollo de la vida en condiciones dignas. La carencia de líquido, la falta de un abastecimiento continuo para los usos personales y domésticos, la negación a su acceso por razones de sexo, raza, edad, condición social o factores de tipo económico, sus usos no adecuados a las prácticas y costumbres de las comunidades y su insalubridad, son factores que atentan directamente contra la vida de las personas y de las poblaciones. El líquido debe ser garantizado en todos estos aspectos, pues su negación por acción u omisión o por faltas de acciones positivas del Estado para su garantía clara y ostensiblemente, atentan contra la dignidad de todos los seres humanos sin distinción alguna. Las situaciones anteriores dan muestra de que el líquido no puede ser concebido como un simple compuesto, ni como un elemento importante para la elaboración de estrategias ni como un recurso natural renovable, ni como un bien comercial, una mercancía, ni exclusivamente bien económico, concepciones todas unilaterales que en algunos casos han impuesto políticas públicas y marcos normativos que no contienen una visión humana, social y sostenible de la relación entre los seres humanos y el agua.

químico y mucho menos un bien comercial, mercancía o bien económico²⁵³.

20. La Reforma Constitucional relativa a la positivización del agua como Derecho Fundamental

En términos generales, la Reforma Constitucional es un procedimiento formal regulado en el Art. 248 de la Cn.; mediante dicho instrumento, mecanismo o procedimiento y después de constantes presiones de movimientos defensores del agua, se introdujo en el plano legislativo la

²⁵³ ACUERDO DE REFORMA CONSTITUCIONALES N° 3, ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, CONSIDERANDOS I, III, IV Y V. I. Que conforme a la Constitución en su artículo 1, El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado y que en consecuencia, es su obligación asegurar a los habitantes, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. III. Que diferentes naciones han reconocido desde el siglo pasado, en un gran número de instrumentos nacionales e internacionales, el derecho de acceso al agua como un derecho indispensable para vivir dignamente, afirmando además, que el acceso a la misma se constituye una condición previa para la realización de otros derechos inherentes a la persona humana. IV. Que de acuerdo al artículo 117 de la Constitución es deber del Estado proteger los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, declarándose de interés social la protección, conservación, aprovechamiento racional, restauración o sustitución de los recursos naturales. V. Que el orden económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar en el país una existencia digna del ser humano, debiendo promover el Estado el desarrollo económico y social, mediante el incremento de la producción, la productividad y la racional utilización de los recursos, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 101 de la Constitución (...) ACUERDA: la siguiente reforma a la Constitución, emitida por Decreto Constituyente No. 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicada en el Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281, de fecha 16 de diciembre del mismo año, de la Asamblea Constituyente. Artículo 1. Refórmese el epígrafe SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL, ubicado en la Sección Cuarta, Capítulo II, Derechos Sociales, del Título II, Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, de la siguiente manera: "SECCIÓN CUARTA. SALUD PÚBLICA, ALIMENTACIÓN, AGUA Y ASISTENCIA SOCIAL". Artículo 2. Reforma al Art. 69, de la siguiente manera: "*Art 69. El Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, por medio de organismos de vigilancia. Asimismo el Estado controlara la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que pueden afectar la salud y el bienestar. Toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada. Es obligación del Estado crear una política de seguridad alimentaria y nutricional para todos los habitantes. Una ley regulará esta materia. El Agua es un recurso esencial para la vida, en consecuencia, es obligación del Estado aprovechar y preservar los recursos hídricos y procurar su acceso a los habitantes. El Estado creará las políticas públicas y la ley regulará esta materia*" DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los diecinueve días del mes de Abril del dos mil doce.

discusión del reconocimiento del DFA, de manera expresa en la Constitución. El 19 de Abril de 2012 se aprobó el acuerdo de reforma al Art. 69 inc. 3° de la Constitución²⁵⁴, cambiándose con la Reforma Constitucional, la redacción del enunciado tipificado en la parte dogmática de la Constitución.

El contenido de este reconocimiento involucra una producción normativa de primer nivel, ya que el DFA ha implicado el sometimiento de un procedimiento agravado regulado en el Art 248 de la Constitución Salvadoreña, he involucrado directa o indirectamente lo previsto por la OG 15 como lo es la accesibilidad física y económica, disponibilidad y calidad, así como elementos políticos y sociales.

En suma el Art. 248 de la Constitución, como medio para perfeccionar esta norma de derecho fundamental –DFA– traduce el procedimiento en la exigencia de dos Asambleas Legislativas conectadas una después de otra en sus respectivos periodos Constitucionales, es decir, una que acuerde la Reforma Constitucional, y la otra que ratifique el acuerdo de Reforma Constitucional²⁵⁵.

²⁵⁴ ARBAIZA, G., “Acceso al Agua y Alimentación, Contenido de Constitución”, en DIARIO DIGITAL CONTRA PUNTO, El Salvador, C.A. Disponible en: <http://www.contrapunto.com.sv/cparchivo/politica-nacionales/acceso-al-agua-y-alimentacion-contenido-de-constitucion>. (Consultado 20 de abril de 2012). En el acuerdo de reforma se aprueba la modificación constitucional al Art. 69 inc. 3°, mediante el cual se pretende reconocer el acceso al agua y seguridad alimentaria a la población, en el epígrafe de la constitución denominado: SALUD PUBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL; ubicado en la Sección Cuarta, Capítulo II, Derechos Sociales, del Título II, Derechos Fundamentales y Garantías Fundamentales de la Persona; COMISION DE LEGISLACION Y PUNTOS CONSTITUCIONALES. SAN SALVADOR. 19 DE ABRIL DEL 2012. DICTAMEN N° 134. El Acuerdo de reforma en su Art. 1 literalmente establece: “Refórmese el epígrafe SALUD PUBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL, ubicado en la Sección Cuarta, Capítulo II, Derechos Sociales, del Título II, Derechos Fundamentales y Garantías Fundamentales de la Persona, de la siguiente manera: “SECCION CUARTA SALUD PUBLICA. ALIMENTACION. AGUA Y ASISTENCIA SOCIAL”.

²⁵⁵ SORIANO RODRÍGUEZ, S. H., *Reconstrucción Constitucional de los Derechos Fundamentales Constitucionales*, Doctrina Publicada en la Revista elaborada por el Centro de Documentación Judicial. CSJ. El Salvador. 1997. Disponible en: www.csj.gob.sv. (Consultado 06 de agosto de 2012). “La reforma constitucional implica producción normativa

En El Salvador el DFA, solo se encuentra aprobado para su introducción en la Constitución Salvadoreña, en espera de la ratificación para reconocer de forma directa y explícita este derecho esencial e innegable para la vida, el cual para que se materialice formalmente necesita del voto de dos tercios de la Asamblea Legislativa.

Actualmente el acuerdo de reforma que reconoce directamente el DFA y que pretende ser ratificado por la legislatura 2012-2015 en su Art. 1 prescribe: reformase el epígrafe SALUD PUBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL, ubicado en la Sección Cuarta, Capítulo II, Derechos Sociales, del Título II, Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, de la siguiente manera: “SECCIÓN CUARTA, SALUD PÚBLICA, ALIMENTACIÓN, AGUA Y ASISTENCIA SOCIAL”, y en su Art. 2 prescribe: reformase el Art. 69, de la siguiente manera:

Art 69. El Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, por medio de organismos de vigilancia. Asimismo el Estado controlara la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que pueden afectar la salud y el bienestar.

Toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada. Es

de primer nivel por medio de un procedimiento agravado en el que intervienen autoridad ordinaria en diferente tiempo, y en el que se combinan votaciones simples u ordinarias con votaciones mayores calificadas que exigen un número superior de votos al que se obliga cuando se producen normas secundarias. El Art. 248 de la Cn. para perfeccionar las normas constitucionales traduce este procedimiento en la exigencia de dos asambleas legislativas conectadas una después de la otra en sus respectivos períodos constitucionales, Es decir una Asamblea que acuerda y la siguiente que ratifica el acuerdo de reforma y exige el voto de la mitad más uno para el acuerdo de reforma constitucional y los dos tercios para la ratificación del acuerdo de reforma constitucional. La norma constitucional señala también las zonas imposibilitadas en la reforma constitucional: la forma y sistema de gobierno, el territorio y la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia”.

obligación del Estado crear una política de seguridad alimentaria y nutricional para todos los habitantes. Una ley regulará esta materia.

El Agua es un recurso esencial para la vida, en consecuencia, es obligación del Estado aprovechar y preservar los recursos hídricos y procurar su acceso a los habitantes. *El Estado creará las políticas públicas y la ley regulará esta materia.*

20.1. Pretensiones que prescribe la reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua

La modificación relativa al reconocimiento del DFA en El Salvador, al aprobarse se constituiría en un enunciado explícito en la Cn., el cual tipificaría el Derecho al Agua como un derecho fundamental de carácter social desde el punto de vista terminológico jurídico²⁵⁶, formal, y material, cuya existencia atribuiría un enunciado prescriptivo orientado a ordenar, prohibir o permitir²⁵⁷, situación que permitirá determinar cuáles son los alcances, deberes u obligaciones que prescribe el precepto, aun no aprobado.

Con el acuerdo de RC al Art. 69 inc. 3º, de la Cn.²⁵⁸, se pretende reconocer el DFA como un derecho social, que proteja desde el marco

²⁵⁶ En un sentido similar ALEXI, R., *Teoría de los Derechos... cit.*, P. 63. Todo derecho fundamental está recogido en una "disposición de derecho fundamental"; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que tipifican un derecho fundamental.

²⁵⁷ BERNAL PULIDO, C., *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, CEPS, Madrid, España, 2003, P.77. Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en "normas de derecho fundamental, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental.

²⁵⁸ CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR, Emitida por Decreto Constituyente N° 38, de fecha 15 de Diciembre de 1983, Publicada en el Diario Oficial N° 234, Tomo N° 281, de fecha 16 de Diciembre de 1983.

jurídico constitucional y fundamental el recurso hídrico y permita exigir la gestión responsable, eficiente, y equitativa²⁵⁹, esto es aprovechar y preservar los recursos hídricos²⁶⁰, que permitan al ser humano vivir dignamente mediante un acceso adecuado de agua potable y saneamiento²⁶¹.

Las pretensiones de la aun no aprobada Reforma Constitucional o norma de derecho fundamental pueden desglosarse o componerse en atención a un sujeto activo, un objeto pasivo y el objeto de la relación que constituyen presupuestos normativos constitucionales de la relación

²⁵⁹ Ante la grave problemática que enfrenta nuestro país en relación a los recursos hídricos, las organizaciones e instituciones abajo firmantes, nos constituimos como plataforma para exigir la gestión responsable, eficiente, equitativa y participativa de los recursos hídricos y evitar su privatización. En este sentido FORO NACIONAL POR LA DEFENSA DE LA SUSTENTABILIDAD Y DERECHO AL AGUA. *Espacio de intercambio y coordinación conformado por los organismos e instituciones siguientes: ACASAM – Junta de Aguas San Antonio del Monte, ACUA, ACUS Cuscatancingo, Adesco Santa Isabel Ishuatán, Adesco Nueve Estrellas, ADESCOPLA, AMACH, ANDES 21 de Junio, ANTA, APROCSAL, APSIES, Asociación ADESCOMUT, ATRAMEC, CARITAS- El Salvador, Caserío San Antonio, CAT – Comité Ambientalista de Tonacatepeque, C.C.A- Apopa, C.C.C., CCR Chalatenango, CCZ, CCUS-Soyapango, CDC, CDCSE, CEICOM, CEIPES, CEPROCOME Mejicanos, CIS, CISPES, Comité Ambiental Juayúa, Comité de Defensa Santa Elena Usulután, Comunidad Brisas del Norte de Casas Desmanteladas, Comité Divina Providencia, Conacción Santa Ana, Congregación de la Misión, CORDES San Vicente, COVIDECON- Ilopango, CREDHO, CRIPDES, CRISPAZ, Fe y Alegría, Federación Luterana Mundial, FES, FESTRASPE, FFF-Familia Franciscana Unida, FLACSO, Foro Agropecuario, FUMA, Fundación ABA, FUNDALEMPA, FUNDASAL, FUNDASPAD, Herencia Natural, ICMARES, Iglesia Episcopal Anglicana, Iglesia Luterana, IMU, Las Dignas, La Mélicas, MCS, Mesa Ciudadana Nacional, OIKOS-Solidaridad, PDDH, PROCOMES, PRO-VIDA, Red Ambientalistas en Acción, Red Comunitaria de Riesgos Mil Cumbres –Panchimalco, Red Frente los Transgénicos, Red Sinti Techan, REDES, SETA, Siglo XXI, SITRAFOSVI, TABU-SEPROCOME, UNEP y UNES.* Disponible en http://unes.org.sv/sites/default/files/documentos/2012/07/afiche_foro_agua_nov2006.pdf. (Consultado 07 de agosto de 2012).

²⁶⁰ ACUERDO DE REFORMA CONSTITUCIONALES N° 3, ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, *cit.* “El Acuerdo de Reforma en su Art. 2 prescribe: Reformase el Art. 69, de la siguiente manera: (...) “*El agua es un recurso esencial para la vida, en consecuencia, es obligación del Estado aprovechar y preservar los recursos hídricos y procurar su acceso a los habitantes. El Estado creará las políticas públicas y la ley regulará esta materia*”.

²⁶¹ SMETS, H., *Ob. cit.*, P. 40. “El derecho de acceso al agua potable y al saneamiento se expresa de dos formas: a) la creación de servicios públicos esenciales es una obligación. b) cada persona tiene derecho a disponer de agua potable y saneamiento”.

Jurídica constitucional²⁶², que preceptúa el inc. 3° del Art. 69 de la Constitución.

En esta línea de ideas la pretensión o auto atribución del sujeto activo viene dada al Estado partir de obligaciones constitucionales conformada por acciones positivas para realizar prestaciones las cuales según el Art. 69 inc. 3° de la Constitución serían el aprovechamiento, preservación y acceso del recurso hídrico a los habitantes de El Salvador. Al sujeto pasivo su pretensión está dada por el acceso al agua que le permita vivir en condiciones de vida digna, y el objeto de la relación estaría determinada por el agua como recurso o elemento esencial para la vida.

20.2. Alcances que prescribe la Reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua

La modificación o Reforma Constitucional al Art. 69 Cn., referente al Derecho al Agua en su inc. 3° prescribe que “...es obligación del Estado... procurar su acceso a los habitantes...”, de esto se deduce que el alcance que prescribe el precepto Constitucional a grandes rasgos está referido al acceso al agua a potable a los habitantes de El Salvador.

Este alcance prescrito por la aun no ratificada reforma sobre el acceso al agua potable tiene su razón de ser debido a que la Cn. plantea o propugna una concepción antropocéntrica en el Art. 1 cuyo argumento es la organización del Estado siempre y cuando exista persona humana, este principio que configura la razón de ser del estado se relaciona con la

²⁶² CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P.11. “En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación”.

dignidad del ser humano que redarguye el preámbulo de la Constitución; de esto se deduce que tanto la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado y la dignidad conforman presupuestos jurídicos materiales e innegables que solo pueden ser efectivos si se le reconoce al ser humano un acceso al agua desde un marco jurídico superior, que constituye la esencia del derecho al agua como derecho fundamental de carácter social.

Esta línea de ideas permiten argumentar que el acceso está referido al acceso de fuentes naturales, y el acceso mediante redes de distribución, esta última especie de acceso puede llevarse a cabo de forma asequible o por medio de un pago, así como puede llevarse de forma gratuita, este último aspecto constituye un componente humanista o espiritual, mas no Estatal²⁶³.

20.3. Obligaciones que prescribe la reforma Constitucional en atención al Derecho Fundamental al Agua

La aprobada modificación realizada por la legislatura 2009-2012 al Art. 69, en su inc. 3, Prescribe que: ...El agua es un recurso natural esencial para la vida, en consecuencia, es obligación del Estado aprovechar y preservar

²⁶³ En sentido similar SMETS, H., *Ob. cit.*, P. 35. "El acceso al agua se refiere al agua de fuentes naturales (agua extraída) o a la de redes de distribución (agua del grifo) que se usa con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de agua potable. Este uso implica una preocupación por lo que ocurre con ella después de ser utilizada. El alcance del derecho al agua varía según el contexto en el cual se ejerce (zonas urbanas o zonas rurales), según el grado de desarrollo económico y el nivel de prioridad que se atribuye a ella. Los Estados fijan esta prioridad; en ese sentido, escogen privilegiar uno u otro aspecto. El acceso al agua puede realizarse por medio de un pago o de forma gratuita. El suministro de agua gratuita para beber es una tradición que en Europa se concretó con la creación de las fuentes públicas. Por el contrario, generalmente se paga por el agua que se obtiene del grifo. Los trabajadores tienen derecho a saciar su sed gratis en su empresa y el agua se ofrece a los visitantes en los lugares abiertos al público. Las relaciones entre el ser humano y el agua no son solamente de dinero, sino que incluyen un componente espiritual y humanístico muy importante. Como el agua es indispensable para la vida, es evidente que los seres humanos deben tener prioridad sobre otros usos del líquido cuando este se hace escaso".

los recursos hídricos y procurar su acceso a los habitantes...” de esto se deduce que las obligaciones que le corresponden al Estado de El Salvador para cumplir con el Derecho al agua se pueden dividir en dos: obligación de aprovechamiento y preservación del recurso hídrico, y obligación de procurar el acceso a los habitantes²⁶⁴.

Estas obligaciones, se deben, a que la Constitución vigente de 1983 se fundamenta en una concepción personalista o antropocéntrica planteada en el Art. 1; esta disposición prescribe la organización jurídica de la sociedad que define los fines del Estado bajo el presupuesto de la existencia humana²⁶⁵.

Es por ello que el estado en atención a una relación jurídica se encuentra obligado a realizar acciones prestacionales que constituyen normas jurídicas de aplicación inmediata o directa, que se logran mediante deberes que la misma norma prescribe.

20.3.1. Obligación de aprovechamiento y preservación del recurso hídrico

En atención a la obligación de aprovechamiento y preservación del recurso hídrico, se desprenden dos deberes, el de proteger y el deber de cumplir; en términos generales proteger implica que los gobiernos impidan

²⁶⁴ Sobre las obligaciones para los Estados o Gobiernos puede consultarse: OBSERVACION GENERAL No 15, SECCION III, DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

²⁶⁵ VILLALTA VIZCARRA, A. E., *El Salvador*, Cuadernos Electrónicos, Derechos Humanos y Democracia, P. 2. Disponible en: www.portalfio.org/cuadernos. (Consultado 06 de agosto 2012). La Constitución vigente de 1983 se funda en una concepción personalista de la organización jurídica de la sociedad, empezando por definir los fines del Estado en relación con la persona humana, desarrollando y enumerando los derechos y garantías fundamentales de la misma como miembro de la sociedad en que vive.

que el mismo ser humano o empresas infrinjan o limiten el acceso de agua de otros – para el caso puede mencionarse a record de El Salvador, empresa que contamina con plomo los mantos acuíferos subterráneos de los habitantes de Sitio el Niño-, además la protección debe estar orientada a proteger el recurso hídrico del tema de la privatización, ya que la participación del sector privado en la distribución del agua es contrario al derecho del agua como derecho social, ya que no se trata de un derecho económico y de un bien susceptible de ser catalogado como mercancía.

El deber de proteger derivado de la obligación de aprovechamiento y preservación del recurso hídrico, debe tener como presupuesto a los grupos más vulnerables, esto es a los grupos de escasos recursos que por sus limitantes no se abastecen de agua de los servicios de red pública o privada, sino que tienen que comprar agua a vendedores informales o a personas económicamente pudientes que poseen pozos subterráneos, generalmente pagando precios excesivos.

El deber de cumplir se debe de erigir como aquel que exija al Estado usar todos los recursos disponibles para implementar progresivamente el derecho al agua, estos tomar medidas inmediatas en la dirección de aseguramiento para el acceso a todos los habitantes de la república, que incluya el desarrollo de un plan o política sobre la expansión de un acceso asequible, así como la calidad del suministro de agua.

20.3.2. Obligación de procurar el acceso a los habitantes

La obligación que tiene el Estado, de procurar el acceso al agua, significa el deber de garantizar a los habitantes del El Salvador un acceso al

agua potable y saneamiento, mediante un aprovisionamiento suficiente, accesible físicamente y a un costo asequible de agua salubre en cantidad aceptable para los usos personales y domésticos de cada persona²⁶⁶.

Este planteamiento, connota que el Estado no deberá interferir injustamente con el acceso al agua de las personas sean estos salvadoreños por nacimiento o por naturalización, esto es así, ya que lo preceptuado no hace la diferencia, y aun si la hiciera no tendría aplicación normativista esto es aplicación práctica debido al principio de igualdad contenido en el Art. 3 de la Cn.

La no interferencia injusta al acceso al agua, constituye limite al gobierno de coartar el acceso que las personas tienen al agua, y el saneamiento, situación que implica limitar al Estado de realizar desconexiones que suspendan el servicio a los hogares, que no posean una fuente alternativa adecuada o apropiada de agua²⁶⁷, así como además el de negar el acceso al agua a comunidades informales o asentamientos informales.

²⁶⁶ OBSERVACION GENERAL N° 15, *Ob. cit.*; en el mismo sentido: SMETS, H., *Ob. cit.*, P. 42. En el 2002, el comité para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas) propuso la siguiente definición: “El derecho al agua consiste en un aprovisionamiento suficiente, accesible físicamente y a un costo asequible de agua salubre y en cantidad aceptable para los usos personales y domésticos de cada persona”.

²⁶⁷ REPORTE DEL CENTRO DE DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES DE LA 30ª SESIÓN DEL COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES, NUEVA YORK. 2003. Disponible en: <http://www.cesr.org>. (Consultado 17 de agosto de 2012). Según el comité, cuando un hogar no pueda pagar por el agua que consume se debería proceder a cortar el suministro solamente si existe una fuente alternativa apropiada y adecuada de agua; en sentido similar: OBSERVACION GENERAL N° 15, *Ob. cit.* El comité exige varios recaudos procedimentales que se deben seguir antes de que se pueda proceder a una desconexión, haciendo notar que “en ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua”.

21. Críticas a la Reforma Constitucional en El Salvador

El surgimiento y búsqueda del Estado constitucional de derecho, que aparece a mediados del siglo XX produce una transformación diferente en la creación y estructura de los ordenamientos jurídicos²⁶⁸, ya que las necesidades que demanda la población obliga a adecuar o crear ordenamientos jurídicos acorde a esas necesidades.

El Salvador no es ajeno a una transformación diferente y radical en los ordenamientos jurídicos, ya que, durante el periodo legislativo 2009-2012, se han venido dando en el plano legislativo discusiones para la introducción de modificaciones al texto Constitucional, así como a estructurar nuevos ordenamientos jurídicos que se adecuen a las necesidades reales de la población salvadoreña.

En El Salvador a finales del periodo legislativo 2009-2012, se aprueba la Reforma Constitucional al art. 69 de la Cn.; reforma que en el inc. 3° reconoce de una manera superficial, esto es sin una técnica jurídica apropiada el derecho al agua, este planteamiento surge de la simple lectura que se desprende del inc. 3° del art. 69, ya que considera al agua solamente como un recurso esencial para la vida, mas no, un bien común o bien público; esta situación deja abierta la pauta para que se considere la redacción de la reforma analizada como una manifestación de omisión legislativa relativa o absoluta²⁶⁹, ya que, se reconoce el derecho al agua pero

²⁶⁸ FERRAJOLI, L., *Democracia Constitucional... cit.*, De acuerdo con el teórico del derecho Luigi Ferrajoli, la eclosión del Estado constitucional de derecho a mediados del siglo XX produce una transformación radical en la estructura de los ordenamientos jurídicos continentales.

²⁶⁹ WESSEL. Dic Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde. en: Deutsches Verwaltungsblatt, cuaderno 6, 1952, P. 164, cit., por BAZÁN, V., *Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, en ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, Universidad Nacional

como un bien susceptible de ser apropiado y de poder transitar en el comercio, produciéndose con ello una comisión legislativa relativa esto se considera así ya que al crearse una ley que desarrolle el precepto constitucional se haría sobre esa base, es decir, sobre la base o concepción de un simple recurso; por otro lado al no crearse una ley de aguas estaría dando pauta a considerar al agua como un elemento nada más y con ello no se garantizaría un derecho pleno y eficaz debido a la ausencia de una redacción técnica que el órgano originario o constituido dio a la deposición produciéndose con ello una comisión legislativa absoluta.

Así mismo diversas expresiones utilizadas en la redacción del derecho fundamental al agua pretenden identificar, englobar y desarrollar todos los componentes que implica este derecho fundamental, más su contenido extenso y complejo no solo se refiere a la idea de una procuración de acceso, o a una mera posibilidad de que los habitantes, tengan viabilidad hacia una fuente de este recurso hídrico, en este sentido aspectos como el saneamiento, la calidad, disponibilidad y la distribución, así como la adecuada proporción y aprovechamiento, incluso en actividades lúdicas también constituyen el esquema expandido donde cobra vida el derecho al agua.

Una consideración de tal magnitud, permite identificar el escueto esfuerzo normativo y la tímida consideración que el órgano legislativo

Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2007, pp. 54-55. De acuerdo con esta clasificación, las omisiones legislativas absolutas se producen cuando falta toda disposición legislativa que desarrolle o dé cumplimiento a un precepto constitucional, creando así una situación contraria a la Norma Fundamental, y las omisiones legislativas relativas cuando, a pesar de existir una norma legislativa que dé aplicación al mandato superior, esta es parcial, incompleta o defectuosa desde el punto de vista constitucional.

evidencia en el acuerdo de reforma al artículo 69 de la Cn., específicamente en su inciso tercero, cuando se refiere a uno de los pilares esenciales e identificables en el subsistir de la sociedad, es decir al recurso hídrico vital, ya que con expresiones tan limitadas como “procurar su acceso a los habitantes” no termina de crear aquel vínculo jurídico normativo que pone en manifiesto la obligación ineludible del Estado de brindar fielmente a la población, aquellos elementos que le proporcionen un pleno bienestar y dignifiquen a la persona humana en todo sentido, dando cumplimiento al artículo 1 de la Cn, que reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad estatal y priorizando sobre todo su dignidad.

Por otro lado uno de los aspectos importantes a considerar bajo los tenores de la disposición aludida, o más bien, el acuerdo de reforma constitucional específicamente en lo referente al derecho al agua, es la terminología usada o más bien empleada por el órgano constituido, en atención sobre todo al término “habitantes”, ya que de manera general como derecho fundamental, y por el reconocimiento internacional con el que se ha caracterizado este derecho, hacen que las manifestaciones de este se vean intrínsecamente unidas a la persona, término que se diluye más al contenido del derecho al agua, esto se entiende en este sentido debido a que como derivado de la dignidad humana, toda persona desde el instante de su concepción se le debe garantizar el derecho al recurso hídrico esencial en su más alto entendimiento, como derecho fundamental para la existencia del individuo.

Uno de los factores inmersos en esta temática radica también en la poca extensión que del derecho al agua se quiso dar en los postulados constitucionales, la consideración tenue del derecho al agua bajo parámetros como “recurso esencial para la vida” no hace más que establecer bajo una

conceptualización el enfoque de este derecho mitigando incluso su vigor, al reconocer al agua como un bien, un elemento, prescindible para la vida pero esquivando u obviando su carácter subjetivo, no circundar el conglomerado de derechos sino más bien dirigir la redacción explícita de la Constitución hacia un reconocimiento del agua como derecho facultativo de exigir bajo una prestación Estatal, un suministro de agua suficiente y regular que cumpla estándares de salubridad.

21.1. La redacción técnico jurídica al precepto que regule el Derecho Fundamental al Agua en El Salvador

El DFA, en la práctica puede ser considerado como un derecho programático, esto es, que necesita de su configuración o estructuración por un cuerpo normativo legal de carácter secundario, que articule lo prescrito por la reforma, pero lo que la modificación o reforma sobre el derecho al agua no debe de obviar -independientemente de si se le considera un derecho programático-, es que prescriba prerrogativas que herméticamente sometan al Estado a la protección plena de dicho derecho, es decir, que el DFA se considere como un derecho de carácter social y no un bien susceptible de ser adquirido y explotado por particulares, de aplicación directa, esto implicaría a su vez invocarlo mediante una demanda al poder público para su respeto y cumplimiento efectivo y eficaz a través del Amparo Constitucional.

Esta línea de ideas permiten transcribir una propuesta de RC de La Red de VIGILANCIA INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA Y DERECHO AL AGUA²⁷⁰ - La Red VIDA-, que permita un reconocimiento del DFA de

²⁷⁰ Red VIDA. RED DE VIGILANCIA INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA Y DERECHO AL AGUA. fue creada en agosto de 2003 cuando 54 organizaciones de 16 países de todo el

forma directa mediante una redacción técnica-jurídica que tal vez no sea la mejor pero que permitiría exigir de una mejor manera un DFA a los poderes público – Estado-, la cual, podría adicionarse como parte del Art. 69 de la Constitución o reformar la ley fundamental mediante la creación de una nueva disposición, que podría ser de la siguiente manera:

Art. 69 A.- "El agua es un bien común y el acceso a ella es un derecho fundamental que vincula a los órganos del Estado a título de derecho directamente aplicable, en consecuencia, es un derecho constitucional que tiene eficacia normativa inmediata.

Es obligación del Estado asegurar a los habitantes la disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua para consumo humano. Los servicios públicos de saneamiento y abastecimiento de agua potable serán prestados únicamente por personas jurídicas estatales y comunitarias que no tendrán fines de lucro.

La ley que desarrolle lo antes dispuesto, no alterará su contenido esencial. La ley y la política nacional de agua deberán garantizar la gestión del recurso con equidad, solidaridad, participación ciudadana, y

continente americano nos reunimos en San Salvador para lanzar una campaña hemisférica para defender el agua como un bien público y un derecho humano fundamental. Asociaciones de consumidores, organizaciones de mujeres, medio ambientalistas, sindicatos de trabajadores, activistas por los derechos humanos, religiosos, indígenas y organizaciones sociales somos los que conformamos la red. Las áreas de acción de la red Vida son: La organización para la acción y movilización ciudadana en todas sus formas, construyendo poder para modificar el orden injusto desde las comunidades y grupos vulnerados; La articulación local, nacional, regional, continental y global, favoreciendo por una parte, la incorporación de nuevas organizaciones a la Red, y por otra, estableciendo lazos con otras redes; Resistiendo a los procesos de mercantilización del agua; Denunciando los atropellos al derecho al agua; Generando procesos de comunicación frente a las organizaciones e instancias públicas nacionales e internacionales; Luchando por la vigencia y progreso de los marcos jurídicos nacionales e internacionales; Construyendo procesos de comunicación; Desarrollando lecturas de la realidad; Reivindicando la gestión y control público y comunitario del agua como vía para garantizar el derecho universal al agua.

sustentabilidad ambiental; también promoverán una cultura de protección del recurso y el uso de aguas pluviales y residuales.

La falta de ley a la que se refiere el inciso precedente, en ningún caso constituirá excepción alguna para que las autoridades y funcionarios públicos dejen de cumplir con la presente disposición".

Inciso primero: El agua es un bien común y el acceso a ella es un derecho fundamental que vincula a los Órganos del Estado a título de derecho directamente aplicable, en consecuencia, es un derecho constitucional que tiene eficacia normativa inmediata.

El bien común: puede ser comprendido como el conjunto de condiciones materiales y espirituales necesarias para que un individuo alcance su plena realización. Es uno de los valores fundamentales sobre los que se sostiene la Constitución de la República, de esto se deduce que el bien común en términos más amplios, lo constituye ese bien que es de todos y todas, ese bien que es de la población soberana y que no es objeto de apropiación por ningún, funcionario, autoridad, particular o grupos de ellos.

Los elementos del bien común están conformados por el conjunto de condiciones necesarias para la vida social tales como: libertades, orden, seguridad, educación, empleo, salud, justicia, familia, vivienda, religión, estructuras, etc. Los funcionarios y autoridades públicas en un Estado Constitucional de Derecho se constituyen en los principales responsables de cuidar y velar por el respeto del bien común, en consecuencia, se encuentran obligados a rendir cuentas por ello.

Por otro lado existe el derecho de los gobernados de exigir rendición de cuentas a los funcionarios y autoridades públicas por sus actuaciones

negligentes, displicentes, cómodas u orientadas hacia otros fines que no lleven en sí la búsqueda del bien común de las mayorías de la población.

El acceso al agua como derecho fundamental: Un derecho fundamental es un derecho indispensable para las personas cuyo respeto asegura el orden que debe existir en una sociedad en donde cohabitan gobernantes y gobernados.

Los derechos se originan como esas necesidades básicas que los seres humanos deben tener aseguradas y satisfechas para lograr una vida plena. Cuando estas necesidades o realidades, son detectadas en el diario vivir, estas se convierten en derechos a partir de la incorporación de las mismas en Constituciones y leyes nacionales.

Con la reforma se pretende garantizar el acceso al agua al menos en las siguientes formas: a) accesibilidad física; b) accesibilidad económica o asequibilidad; c) accesibilidad sin discriminación; y d) accesibilidad a la información, como el derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre todo lo relacionado al agua.

Al declarar el acceso al agua como un derecho fundamental y por su ubicación, como derecho constitucional, se busca lograr la protección efectiva de las personas, a través de la aplicación de mecanismos judiciales específicos como por ejemplo, el procedimiento de amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el cual puede ser pedido o demandado por cualquier ciudadano o ciudadana a quien no se le esté cumpliendo su derecho de acceso al agua²⁷¹.

²⁷¹ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Art. 247 *cit.*, y 12 de la LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES.

La vinculación a los órganos del Estado a título de derecho directamente aplicable, en consecuencia, es un derecho constitucional que tiene eficacia normativa inmediata: Esto conlleva la obligatoriedad que tiene todo servidor público que se encuentre vinculado al derecho agua, de someterse y respetar lo dicho por este artículo, además, todas sus actuaciones deberán estar encaminadas a desarrollar el derecho de acceso al agua como un derecho para la población en general.

Al ser establecido como un derecho directamente aplicable, para su cumplimiento no podrá exigirse como requisito que existan leyes o reglamentos para su materialización. Esto tiene su razón de ser en que la Constitución de la República es la norma máxima de todas las normas y que se encuentra por encima de todas las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, etc., lo que hace de ella una norma de obligatorio cumplimiento, aun cuando existiesen otras leyes o normas que dispongan lo contrario, ya que la fuerza de la Constitución es única e insuperable.

Inciso segundo: Es obligación del Estado asegurar a los habitantes la disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua para consumo humano. Los servicios públicos de saneamiento y el de abastecimiento de agua potable serán prestados únicamente por instituciones estatales o personas jurídicas que no persigan fines de lucro.

Es obligación del Estado asegurar a los habitantes (...): En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos encontramos las obligaciones de los Estados de respetar, proteger, y cumplir o garantizar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. En consecuencia, para un Estado la obligación de asegurar o garantizar implica haber logrado previamente un alto nivel de respeto y protección de los derechos. En este sentido el Estado salvadoreño deberá garantizar:

La disponibilidad, implica que el abastecimiento de agua para cada persona debe ser continuo y suficiente.

La calidad, significa que el agua debe ser saludable, es decir, no debe contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud.

La accesibilidad, como se dijo en el inciso primero, la población debe tener acceso físico, es decir no contar sólo con tuberías sino también con el líquido; con tarifas accesibles, sin discriminación en razón de sexo, raza, condición social o económica; así como, acceso a información.

Servicio público, es un servicio esencial que no puede dejar de ser prestado debido a la gran importancia del mismo por atender una necesidad general, se trata por tanto, de un servicio que debe brindarse continuamente y sin interrupciones.

Saneamiento, está referido a la purificación y desinfección del agua, para que esta se encuentre en condiciones óptimas para el consumo humano, logrando con ello la salud física de las personas.

Abastecimiento, se refiere a la recolección, tratamiento, almacenaje y distribución del agua desde sus fuentes hasta las personas consumidoras.

Son prestadores del servicio únicamente instituciones Estatales o personas jurídicas que no persigan fines de lucro: con ello se pretende evitar la mercantilización o comercialización inescrupulosa del agua, lo que se traduce en una mayor garantía para lograr el acceso al agua a todos y todas.

Inciso tercero: *La política y la ley que desarrollen lo anteriormente*

dispuesto, no deberán alterar su contenido esencial y deberán garantizar la administración del agua en forma equitativa, solidaria, participativa y sustentable; y promoverá una cultura de protección y aprovechamiento de las aguas pluviales y residuales.

Una política: es un marco de referencia que permite a un gobierno orientar sus acciones en un área de trabajo en particular, entonces quiere decir que el Estado salvadoreño deberá crear una política nacional del agua que contenga los lineamientos bien definidos que consigan materializar de la mejor manera posible los enunciados descritos en este artículo.

La ley: A pesar de no ser un requisito previo para exigir el derecho de acceso al agua, es importante contar con leyes que establezcan reglas claras sobre el recurso hídrico, ejemplo: Ley General de Aguas y la Ley del subsector de agua potable y saneamiento.

Tanto la política nacional de agua como las leyes que nazcan a partir de la presente disposición constitucional no podrán contradecir lo establecido en la misma.

Mandato constitucional de garantizar la administración del agua en forma equitativa, solidaria, participativa y sustentable: con estos principios se busca asegurar agua para todos y todas sin discriminación alguna; escuchar la opinión de la población en general sobre los distintos aspectos vinculados al agua; y a la vez se busca proteger los recursos hídricos para que las generaciones futuras puedan gozar también de este derecho fundamental.

Promoción de cultura de protección y aprovechamiento de las aguas pluviales y residuales: esta es la máxima expresión y reconocimiento de que el agua es un recurso natural limitado, de ahí que se proponga la protección

y aprovechamiento de las aguas lluvias y de las aguas ya utilizadas, las que por tratamientos adecuados pueden ser reutilizadas.

Inciso cuarto: La falta de ley a la que se refiere el inciso precedente, en ningún caso constituirá excepción alguna para que las autoridades y funcionarios públicos dejen de cumplir con la presente disposición.

En este inciso final se reafirma la obligación que tienen los servidores públicos de darle eficaz cumplimiento al presente artículo sin que haya ninguna excusa válida para dejar de hacerlo. También se retoma el reconocimiento de la Constitución de la República como la norma máxima y que en consecuencia es de obligatorio cumplimiento, sobre todo en este caso por parte de los servidores estatales.

Además se prevé la posibilidad que si la Asamblea Legislativa no aprueba la ley a la que se refiere el presente artículo, todo ciudadano o ciudadana puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que obligue a la Asamblea Legislativa a crear y aprobar la ley a la que se refiere el presente artículo, todo ello, mediante el mecanismo judicial conocido como procedimiento de inconstitucionalidad por omisión.

CAPÍTULO V

TUTELA JURÍDICA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA

SUMARIO: 22. Introducción; 23. El Derecho Fundamental al Agua, Como Derecho social en el Ordenamiento Jurídico; 24. Mecanismos de Exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua; 24.1. Mecanismos de exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua en la vía Administrativa; 24.1.1. Ante Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA); 24.1.2. Defensoría del Consumidor; 24.1.3. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social; 24.2. Mecanismos de exigibilidad en la vía Penal; 24.2.1. Por Denuncia, Querrela, y Aviso ante la comisión de los delitos relativos a la Naturaleza y el Medio Ambiente, y a la Salud Pública; 24.3. Mecanismos de exigibilidad en la vía Constitucional; 24.3.1. El Amparo como Mecanismo Jurídico Procesal de Carácter Constitucional en la tutela al Derecho Fundamental al Agua; 24.4. Mecanismos de exigibilidad en la vía Civil; 24.4.1. Acción por Daños y Perjuicios; 24.5. Mecanismos de exigibilidad en la vía Internacional; 24.5.1. Mediante comunicación o queja ante la Comisión de Derechos Humanos; 24.5.2. Mediante Comunicación o Queja ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 24.5.2.1. Comunicación o Queja ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 24.5.2.2. Sometimiento del caso por medio de la Comisión ante la Corte Interamericana mediante la presentación de la demanda.

22. Introducción

El reconocimiento del DFA, en el ordenamiento jurídico, como un derecho social, conforma una relación jurídica vinculante a otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida, dignidad, y la salud, esto permite una efectiva protección de este derecho fundamental, en diversos ámbitos jurídicos.

En términos generales, el Derecho al Agua, como derecho social, permite una tutela que tiene connotaciones en los diferentes ordenamientos jurídicos, tanto del ámbito público como el privado, situación que permite garantizar, al ser humano este derecho mediante una protección pluri-efectiva, mediante diversos mecanismos jurídicos que están orientados en el ámbito interno, así como al externo, teniendo siempre presente la supremacía constitucional, esto es, así, debido a que se trata de un derecho

esencial para la vida, la dignidad y la salud de todos los habitantes.

23. El Derecho Fundamental al Agua, Como Derecho social en el Ordenamiento Jurídico

En los capítulos anteriores, no se ha especificado que debe de entenderse por Estado constitucional y democrático de derecho, en este sentido, se debe de entender al Estado constitucional y democrático de derecho como una manifestación de una sociedad democrática²⁷², la cual, funciona sobre la base de la división de poderes, sometidos a una Constitución rígida que limita el poder mediante el reconocimiento de derechos fundamentales, los cuales, constituyen el eje estructural o principal que pueden ser implementados mediante un mecanismo especial de reforma y obligar a ser respetados mediante un órgano supremo judicial, quien administre o vigile desde el punto de vista procesal constitucional la efectividad de la Constitución y respeto de los derechos fundamentales mediante un control de constitucionalidad de carácter procesal²⁷³ - esto es cuando ya se agotaron los mecanismos establecidos por la ley secundaria.

De esta explicación puede soslayarse que todo derecho fundamental

²⁷² Cfr. FEDDERSEN MARTÍNEZ, M., “Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, IV, 2008, P. 71, cit. por AGUILAR CAVALLLO, G., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 13, enero-junio 2010, P. 3. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/19_76.pdf. (Consultado 01 septiembre 2012) “En este sentido, se puede expresar que se entiende por sociedad democrática aquella que funciona sobre la base de la división de los tres poderes y cuyo eje principal lo constituyen los derechos fundamentales o derechos humanos”.

²⁷³ SMEND, R., *Constitución y Derecho Constitucional*, traducción de José María Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 231 y 233. los derechos fundamentales “representan la norma que rige a la Constitución, la legislación y la Administración” y además que “la legitimidad que proporciona el sistema de los derechos fundamentales constituye una definición del ordenamiento jurídico positivo y una de las principales tareas del derecho consiste en concretar el tipo y el grado de legitimidad que posee un ordenamiento jurídico positivo”.

cuando ha sido vulnerado o transgredido está sometido a un control legal, desde ámbitos Administrativos, Civiles, Penales y Constitucionales, situación que constituye característica de la rigidez constitucional y permite la construcción y consolidación de un Estado constitucional y democrático de derecho.

Este argumento permite plantear que el DFA no es una figura ajena, la cual, puede ser sometida a un control procesal constitucional, cuando otros mecanismo no han sido eficaces²⁷⁴, ya que, este derecho en El Salvador, si encuentra un reconocimiento de manera implícita por estar ligado a la dignidad humana y reconocido en el plano internacional, mediante tratados de derechos humanos ratificados por El Salvador, situación que permite su reclamo mediante la construcción de un Bloque de Constitucionalidad, debido a que el Art. 144 de la Cn., constituye una cláusula abierta que internaliza y positiviza dicho derecho en el Estado²⁷⁵; El Salvador, en la actualidad, se encuentra en la transición de reconocimiento de este derecho en el ordenamiento jurídico fundamental, situación que permitirá un reclamo directo a este derecho social, debido al reconocimiento expreso que en la Constitución se realice.

²⁷⁴Entrevista a Javier Bogantes, director del Tribunal Latinoamericano del Agua, Disponible en: <http://estambul.wordpress.com/tag/tribunal-latinoamericano-del-agua/>. (Consultado 01 de septiembre 2012) Si se estudian las legislaciones de manera general se observa que la protección del agua, como parte del derecho a la vida o a la salud, está contemplada en constituciones e, incluso, en otras leyes de carácter orgánico. El problema se da en la eficacia de la ley, incluso en el cumplimiento de convenios internacionales que son frecuentemente vulnerados. Lo que ocurre es que hay un momento en que se da una ruptura con la legalidad, sea por corrupción, por ineficacia o por ignorancia.

²⁷⁵ Cfr. ROSENFELD, M. y RUIZ-FABRI, H., "Rethinking Constitutionalism in an era of Globalization and Privatization", en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, num. 3 y 4, 2008, pp. 371-372. Cit. Por: AGUILAR CAVALLO, G., "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales", P. 3. En esta línea, los profesores Rosenfeld y Ruiz-Fabri justamente se refieren al fenómeno de la rápida evolución de las fronteras del Derecho Constitucional en un "universo jurídico progresivamente entrelazado y cada vez más internacional y pluralista".

Todo lo anterior, permite deducir que el DFA, como derecho social, desde el momento mismo en que se ratificó el PIDESC²⁷⁶, se adhiere a la Cn. de 1 983²⁷⁷, formando parte del ordenamiento jurídico de El Salvador de manera implícita -de acuerdo al Artículo 144 de la Cn.-; hoy en día, -en este momento-, El Salvador transita por el reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico constitucional, mediante la ratificación de la aprobada modificación constitucional elaborada por la legislatura 2009-2012 –OC-.

24. Mecanismos de Exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua

Desde una óptica generalizada, el DFA, en El Salvador –el cual se pretende reconocer mediante la ratificación de la aprobada reforma-, forma parte de la concreción o manifestación del Derecho humano al Agua, propugnado por el PIDESC, desarrollado por la OG 15²⁷⁸, este argumento

²⁷⁶ Vid. CAROZZA, P. G., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en YAMIN, A. E. (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: Del invento a la herramienta*, Ed. Plaza y Valdés, México, 2006, pp. 43-62. Los derechos económicos, sociales y culturales reflejan una preocupación por los aspectos comunales o colectivos de la personalidad, “desde la familia hasta el entorno social y económico más amplio en el que estamos ubicados, y principalmente su dimensión cultural”, y protegen derechos que apuntan a establecer un orden público social y económico justo. SANDOVAL TERÁN, A., *Los derechos económicos, sociales y culturales: Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*, Deca, México, 2001, P. 15. En palabras de Sandoval “los derechos económicos, sociales y culturales son aquellos derechos humanos que posibilitan a la persona y a su familia gozar de un nivel de vida adecuado”. Esta definición nos trae a la mente el concepto de vida digna.

²⁷⁷ BIAGGINI, G., “La idea de constitución: nueva orientación en la época de la globalización”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, P. 51. En este sentido, Biaggini ha destacado la creciente importancia que ha jugado el Derecho Internacional en relación con el Derecho Constitucional, cuando ha señalado que “desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho internacional alcanza en la solución de los problemas del presente, que ya no se paran en su mayoría en las fronteras nacionales, un enorme incremento de su significación”.

²⁷⁸ CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales... cit.*, P. 9. “Pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no debe llevarnos a pensar que se trata de categorías separadas o incomunicadas. Por el contrario. De hecho podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *Constitucionalizados*”; Cfr. ALEXU, R. “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen

permite deducir que este derecho es determinante a la posibilidad de un goce efectivo de la dignidad y la vida del ser humano, mediante un acceso adecuado de agua potable y saneamiento que satisfaga las necesidades humanas.

La vulneración o negación del acceso al agua potable y saneamiento limitaría el DFA, y en consecuencia generaría una ruptura al reconocimiento dado en El Salvador a este derecho fundamental-social y esencial de la sociedad²⁷⁹, por ello, este derecho al ser de naturaleza prestacional social, su protección debe estar orientada a diferentes Mecanismos de Exigibilidad²⁸⁰, que garantice desde un planteamiento holístico el DFA, esto

Verfassungsstaat”, en S. Gosefan y G. Lohmann, *cit.* P, 246 y Ss. Cit. Por BERNAL PULIDO, C., *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal... cit.*, P. 52. Para Alexy, según los argumentos de Pulido los derechos fundamentales constituyen la cristalización o institucionalización de los derechos humanos; ADAME GODDARD, J., “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales Como Deberes de Solidaridad”, en CARBONELL, M., *Derechos Fundamentales y el Estado Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México UNAM, 1ª ed., México, 2002, P. 59. “se ha debatido fuertemente la naturaleza jurídica de los derechos contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...) Hay básicamente dos posturas: las que niegan que puedan ser considerados como verdaderos derechos y las que afirman que si son derechos en estricto sentido, y de la misma importancia y jerarquía que los otros derechos humanos contenidos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos”.

²⁷⁹ ROSATTI, H. D., *Derecho ambiental Constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., Santa Fe, Argentina, 2007, P. 26. La incorporación de la materia en la reforma constitucional no marcó el final sino el principio de la regulación normativa, abriendo el debate a un marco de posibilidades que requiere, como paso previo a la sanción jurídica infra constitucional, la interpretación de los artículos incorporados en 1994 en función de la literalidad de su texto, de su significación en el contexto científico internacional y de una concepción filosófica y antropológica que les sirva de sustento.

²⁸⁰ CANOSA USERA, R., “Protección Constitucional de Derechos Subjetivos Ambientales”, en CARBONELL, M., *Derechos Fundamentales y el Estado... cit.*, P. 120. El análisis del reconocimiento del Derecho Fundamental al Agua, no debe de estudiarse solamente desde un plano jurídico Constitucional o jurídico propiamente tal, ya que, además de esto el agua como Bien Jurídico tutelado por la aprobada reforma es parte del medio ambiente, es decir, es un recurso esencial del medio ambiente, por ello se está de acuerdo a lo planteado por Raúl Canosa, “lo ambiental está de moda, constituye ya una preocupación social (...) los recursos naturales se han convertido en bienes ambientales que son objeto de protección jurídica. Pero la respuesta del derecho no es, sin embargo, uniforme, más intensa en algunos Estados, mientras que en otros es escasamente eficaz.”

es, en los planos o ámbitos Administrativo, Civil, Retributivo –Penal-, Internacional y Constitucional²⁸¹.

Estos Mecanismos de Exigibilidad, pueden ser clasificados en tres mecanismos de control o de defensa, a saber: Controles administrativos, control internacional y control judicial-constitucional, estos controles o Mecanismos de Exigibilidad, constituyen los medios por los cuales se puede tutelar el DFA, garantizando con ello, una justicia integral²⁸², cuyo

²⁸¹ ERCILIO MOURA, F. y Otros, *Desafíos del Derecho Humano al Agua en el Perú*, Centro de Asesoría Laboral del Perú, CEDAL, 2ª ed., Lima, Perú, 2005, P. 115. “Los Derechos fundamentales cobran su real importancia, contenido y finalidad en la medida en que pueden ser materializados y realizados, de lo contrario no pasarían de ser una mera declaración, carente de contenido obligacional. Dicha materialización se sustenta en la capacidad de poder hacerlos exigibles jurídicamente como consecuencia de acciones positivas o negativas que tiendan a desconocer, violar o menoscabar tales derechos. En tal sentido, la responsabilidad del Estado, a través del ordenamiento jurídico, es establecer mecanismos e instituciones encargadas de su protección y realización eficaz”.

²⁸² ABREGO, A., “Acceso a la justicia: Alcances y Obstáculos”, en VENTURA MARTÍNEZ, J. (compilador), *Justicia para Todos*, Ediciones: FESPAD, 1ª ed., San Salvador, El Salvador, 1997, pp. 31-33. “El Estado no solo está obligado a generar las instituciones normas y mecanismos que administren la justicia, sino además a dotar a la población de herramientas que garanticen su acceso a ese orden de cosas, sujetándose a la regla, claro está, pero teniendo las mismas oportunidades que los demás para hacer valer sus derechos. Por lo que se plantea que el acceso a la justicia es un derecho por sí solo. Esta perspectiva puede ser chocante frente a las modernas corrientes neoliberales, que pretenden abandonar el papel del Estado como interventor o benefactor. Sin embargo a la luz de los derechos humanos, y de su marcado desarrollo en las últimas décadas, no puede ser otra la interpretación los derechos reconocidos en nuestras constituciones y en los instrumentos internacionales no deben ser meras declaraciones de buena voluntad, sino derechos a los que acompañan garantías de eficacia en la práctica. De ahí que se acostumbre decir un derecho sin garantía no es derecho. No se pueden tutelar los derechos de los ciudadanos, si no hay mecanismos para garantizar su cumplimiento. Uno de los derechos que conforman las llamadas garantías del debido proceso o garantías judiciales es el derecho de acceso a la jurisdicción, también denominado derecho de acción. Por tal se entiende aquella facultad que tiene toda persona de poder acudir ante los órganos jurisdiccionales o órganos de justicia, a efecto de ser protegido cuando se le han violado sus derechos o a efecto de garantizar la plena vigencia y eficacia de los mismos. Inicialmente, este derecho, propio de la esfera civil, se limitaba al derecho procesal que tenía cualquier individuo de ejercer una acción judicial. Sin embargo, este derecho, en si no involucraba, como se ha dicho antes la obligación del Estado de asegurar que el individuo estuviera en las posibilidades de ejercer esa acción. La evolución progresiva del derecho fue permitiendo que el acceso a la justicia no se limitara al ámbito meramente procesal. Por un lado, el desarrollo de las garantías como mecanismos de hacer vigente los derechos sustantivos y el papel del Estado, como responsable y garante de los derechos humanos, contribuyeron en esta nueva visión”; En

fundamento deriva del principio de tutela jurisdiccional, el cual se relaciona con el derecho de petición regulado en el Art. 18 de la Cn.²⁸³.

24.1. Mecanismos de exigibilidad del Derecho Fundamental al Agua en la vía Administrativa

Los Mecanismos de Exigibilidad por la vía administrativa, referentes al agua están relacionados al acceso y saneamiento como parte de un servicio

cuanto a la normativa que recoge el derecho a la justicia a nivel internacional se encuentran LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, recoge con bastante precisión este derecho, cuanto se refiere en su artículo 18 “Toda persona puede ocurrir ante los tribunales para hacer valer sus derechos...”, LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS lo reconoce en los Artículos 10, EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS en el Art. 14.1 d y LA CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS en el Art. 8.1.

²⁸³ CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR. Emitida por Decreto Constituyente N° 38, de fecha 15 de Diciembre de 1983. Publicada en el Diario Oficial N° 234. Tomo N° 281, de fecha 16 de Diciembre de 1983. La Constitución de El Salvador recoge este derecho en artículos, 18 y 11 de la Constitución, el primero refiere al Derecho de Petición, el cual, consagra la posibilidad de que todo individuo de dirigir sus peticiones por escrito ante cualquier autoridad legalmente establecida lo que presenta en forma genérica la posibilidad de acceso del ciudadano a la administración pública. En cuanto al segundo, más específico de la esfera judicial señala: “ninguna persona puede ser privada del Derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión ni de cualquiera otro de sus derechos sin previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes”; ABREGO, A., “Acceso a la justicia: Alcances y Obstáculos”, en VENTURA MARTÍNEZ, J. (compilador), *Ob. cit.*, pp. 34 y 35. El Art. 11 consagra “el derecho de la tutela judicial efectiva” dentro del cual “se comprende el derecho de acceso a la jurisdicción”. La potestad exclusiva del órgano judicial de administrar justicia (Artículo 172 de la Constitución), tiene su expresión de cara al ciudadano, en la obligación del Estado de tutelarlos a la hora de hacer eficaces sus derechos. Aun cuando el derecho de acceso a la jurisdicción se circunscribe al ámbito judicial no podemos apartar del presente análisis, que las necesidades de justicia no son susceptibles de ser satisfechas únicamente a nivel judicial. Hoy en día, las respuestas a los conflictos jurídicos encuentran otras respuestas que no necesariamente con llevan el intento de la acción judicial como los rebela el progresivo desarrollo que han ido experimentando los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación la negociación y otros, que han visto crecer su uso en los últimos años. De ahí que debemos considerar que el acceso a la jurisdicción debe incluir también las posibilidades del individuo de resolver sus controversias jurídicas mediante mecanismos alternos (opcionales), a la solución judicial. “Por ende, la forma en que se comporta la Administración Pública frente a las prestaciones ciudadanas, es determinante para la consecución de la justicia. Los actos administrativos lesivos a los derechos ciudadanos, si bien son susceptibles de tutela judicial posterior, influyen para empeorar o agravar conflictos jurídicos que originalmente pudieron ser resueltos con relativa facilidad si las acciones y actitudes hubiesen sido diferentes”.

público; estos mecanismos o controles no se encuentran regulados de una manera uniforme debido a la inexistencia en primer lugar del derecho fundamental explícito en la Constitución y además, a que en El Salvador, no existe una ley procesal administrativa que garantice y brinde seguridad jurídica o seguridad hídrica a la población salvadoreña²⁸⁴.

De este argumento, se deduce que en El Salvador, existe multiplicidad de normativas en la administración pública, que prevén de manera indirecta o directa mecanismos de exigibilidad que garanticen un acceso al agua mediante un saneamiento adecuado como parte o alcance del DFA; los agentes de la administración pública, mediante los cuales puede exigirse mecanismos de control o exigibilidad por vía administrativa y que deben ser garantes al acceso al agua y saneamiento como servicio público²⁸⁵, se encuentra la LANDA²⁸⁶, LPC²⁸⁷, y CS²⁸⁸.

²⁸⁴ TINNETTI, A., "Formas y Mecanismos de Defensa de la Constitución", en SEGOVIA, L. N., *La Constitución de El Salvador: Conferencias*, Ed. FESPAD, 1ª ed., El Salvador, 1998, P. 79. Para Tinetti, existe un incremento de los sujetos o agentes que ejercen el control, es decir, que no corresponden exclusivamente al órgano judicial, mediante controles judiciales que garanticen los derechos, ya que además pueden ser órganos de la administración pública los agentes mediante los cuales puede ejercitarse un mecanismo de exigibilidad, pero Tinetti aclara que "los Órganos de la Administración pública usualmente se conciben como objeto de control y no como sujeto de control", esto significa que su actuar está sometido a un órgano superior que es la Sala de lo Contencioso Administrativo, esto se deduce debido a que según el autor "sobre todo en nuestro medio, donde no contamos con una Ley Procesal Administrativa que de seguridad jurídica por ser genérica a todo el ámbito de la administración pública y con entidades que lleven a cabo ese control".

²⁸⁵ ERCILIO MOURA, F. y Otros, *Ob. cit.*, P. 115. Sobre los mecanismos de exigibilidad Administrativos puede consultarse: Los usuarios de los servicios públicos de agua potable pueden interponer, ante la entidad que presta el servicio de saneamiento, procedimientos administrativos para exigir el cumplimiento de sus derechos cuando consideren que son afectados o vulnerados. La exigibilidad de sus derechos en la vía administrativa se realiza a través de los "Reclamos". El "reclamo comercial" es el vinculado al consumo, al catastro o a la cobranza.

²⁸⁶ LEY DE LA ADMINISTRACION NACIONAL DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS, Ratificada por Decreto Legislativo N° 341 del 17 de octubre de 1961, y Publicada en el Diario Oficial N° 191 del 19 de octubre de 1961.

²⁸⁷ LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Ratificada por Decreto Legislativo N° 776 del 18 de agosto de 2005, y Publicada en el Diario Oficial N° 166 del 08 de Septiembre de 2005.

24.1.1. Ante Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA)

La LANDA, como cuerpo normativo no prevé de manera expresa ME, para garantizar un acceso adecuado al agua y saneamiento -como componente material y alcance del DFA-, pero esta norma por ser de carácter administrativa como manifestación de la organización del Estado en contexto jurídico su vinculación es inseparable a lo previsto por la ley fundamental –Constitución-²⁸⁹.

Lo anterior permite deducir que aunque no exista o no se prevea en la LANDA, Mecanismos de Exigibilidad, administrativos que garanticen el DFA –desde un punto de vista material como ordenamiento jurídico administrativo y manifestación de la organización Estatal-, intrínsecamente posee, ya que, jerárquicamente es una ley secundaria que está sometida a la Constitución, la cual, prevé un mecanismo mediante el cual, se puede exigir el goce de este derecho, este es el derecho de petición previsto en el Art. 18 de la Cn.

En este contexto el derecho de petición constituye un Mecanismos de Exigibilidad al DFA, implícito en la LANDA, el cual, su fundamento deriva del principio personalista²⁹⁰ y del principio de supremacía constitucional,

²⁸⁸ CODIGO DE SALUD, Ratificada por Decreto Legislativo N° 910 del 11 de mayo de 1988, y Publicada en el Diario Oficial N° 86.

²⁸⁹ FARRANDO, I. y MARTÍNEZ, P. R. (Directores) y Otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000, P. 90. En esta obra se señala que la Constitución establece la estructura del Estado y un Estado organizado sobre lo preceptuado por la Constitución se denomina “Estado Constitucional, y el conjunto de reglas que lo informan es su derecho Constitucional. Derecho Constitucional es, entonces, un conjunto de *principios jurídicos fundamentales* (...) estrechamente ligada al derecho administrativo”, en ese contexto en la obra se continua diciendo que “en las relaciones del derecho administrativo con éste, existe una subordinación del primero respecto del segundo, puesto que *toda la actividad de la Administración encontrara su límite en la Constitución.*”.

²⁹⁰ SENTENCIA DE 19-VII-1996, INC. 1-92, CONSIDERANDO IV. También ha explicitado el sentido de la concepción personalista, que según el Informe Único de la Comisión de

conformando presupuestos jurídicos constitucionales administrativos que permiten argumentar la exigibilidad del DFA al ente administrativo encargado del saneamiento que permita un alcance efectivo del derecho al Agua – acceso al agua-.

24.1.2. Defensoría del Consumidor

El DFA, tiene por objeto de tutela el agua como elemento esencial para la vida del ser humano, pero este derecho para su pleno desarrollo necesita ser prestado como servicio público, cuya prestación debe abordar aspectos de asequibilidad, situación que al no ser controlada puede llegarse al abuso por parte de la institución a cargo de la prestación de dicho servicio.

En El Salvador, aun no se cuenta con una Ley General de Aguas – LGA-, tampoco existe una ley que objetiva y expresamente regule desde una óptica de derecho fundamental²⁹¹, el servicio de agua potable y saneamiento,

Estudio del Proyecto de Constitución, se expresa en la Ley Suprema: "Según esta concepción (...) el Estado (...) tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana (...), como un instrumento para la realización de los fines de ésta". Que el Derecho existe por causa de los hombres "significa dos cosas: una, que el Derecho es obra del hombre; otra, que el Derecho está al servicio del hombre"; SENTENCIA DE 19-VII-1996, INC. 1-92, CONSIDERANDO IV. De la anterior premisa ha derivado la *incidencia de dicha concepción en la determinación de la función del Derecho y del Estado*: "Esta concepción filosófica incide en el campo jurídico caracterizando al Derecho y al Estado. Así pues, desde el personalismo o humanismo, se entiende que la función del Derecho es garantizar la libertad de cada individuo para permitir que éste realice libremente sus fines, y la función del Estado es la organización y puesta en marcha de la cooperación social, armonizando los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común".

²⁹¹ En El Salvador existen diferentes ordenamientos jurídicos que regulan el agua desde puntos de vista divergentes o poco unificados entre los ordenamientos jurídicos internos que de alguna manera tratan de regular el agua, pero no como un derecho fundamental se encuentran: LEY DE LA ADMINISTRACION NACIONAL DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS, cit.; Ley de Riego y Avenamiento, Decreto Legislativo N° 153, publicado en el D. O. N° 213, Tomo 229 del 23 de noviembre de 1970; LEY SOBRE GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS, D. L. N° 886, del 2 de diciembre de 1981, publicada en el D. O. N° 221, Tomo 273, de la misma fecha; CÓDIGO MUNICIPAL, D. L. N° 274 del 31 de Enero de 1986, publicado en el D. O. N° 105, Tomo 335, del 10 de

la LANDA, de alguna manera trata de suplir dicho vacío mediante la prestación del servicio público agua.

La LANDA, crea a la ANDA, como institución autónoma y ente contralor, encargado de prestar el servicio de agua potable y saneamiento a nivel nacional²⁹². Dicha institución tiene como premisa la prestación de

Junio de 1997, y entro en vigencia el 20 de Abril de 1998; CÓDIGO DE SALUD, D. L. N° 955 del 28 de Abril de 1988, publicado en el D. O. N° 86, Tomo 299, del 11 de Mayo de 1988; LEY DE MINERIA, D. L. N° 544 del 14 de Diciembre de 1995, publicado en el D. O. N° 16, Tomo 330, del 24 de Enero de 1996; LEY DE MEDIO AMBIENTE, D. L. N° 233 del 02 de Marzo de 1998, publicado en el D. O. N° 79, Tomo 339, del 04 de Mayo de 1998; REGLAMENTO SOBRE LA CALIDAD DE AGUA, EL CONTROL DE VERTIDOS Y LAS ZONAS DE PROTECCION, D. L. N° 50 de 1987, publicado en el D. O. N° 191, Tomo 292, del 16 de Octubre de 1987; REGLAMETO ESPECIAL DE AGUAS RESIDUALES, D. E. N° 39 del 31 de Mayo de 2000, publicado en el D. O. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000; REGLAMENTO ESPECIAL DE NORMAS TECNICAS DE CALIDAD AMBIENTAL, D. E. N° 40 del 31 de Mayo del 2000, publicado en el D. O. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000; REGLAMENTO ESPECIAL EN MATERIA DE SUSTANCIA, RESUDUOS Y DESECHOS PELIGROSOS, D. E. N° 41 del 31 de Mayo del 2000, publicado en el D. O. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000; REGLAMENTO ESPECIAL SOBRE EL MANEJO INTEGRAL DE LOS DESECHOS SOLIDOS Y SUS ANEXOS, D. E. N° 42 del 31 de Mayo del 2000, publicado en el D. O. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000.

²⁹² LEY DE LA ADMINISTRACION NACIONAL DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS, *cit.* Art. 1.- *Se crea por esta Ley la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados que en el texto de esta Ley se denominará A.N.D.A., con carácter de Institución Autónoma de Servicio Público, con personalidad jurídica, y con domicilio en la capital de la República. El domicilio de la Institución podrá cambiarse si las necesidades lo requieren, teniendo A.N.D.A. la facultad de establecer delegaciones en regiones o circunscripciones municipales de la República.* Art. 2.- *A.N.D.A. tendrá por objeto proveer y ayudar a proveer a los habitantes de la República de "Acueductos" y "Alcantarillados", mediante la planificación, financiación, ejecución, operación, mantenimiento, administración, y explotación de las obras necesarias convenientes. Para los fines de esta Ley, se entiende por Acueducto el conjunto o sistema de fuentes de abastecimiento, obras, instalaciones y servicios, que tienen por objeto el proveimiento de agua potable; tal conjunto o sistema comprende: las fuentes de abastecimiento, provengan éstas de aguas superficiales o subterráneas; las plantas de tratamiento y de bombeo; los tanques de almacenamiento y de distribución; las tuberías con sus accesorios, válvulas, hidrantes, etc., instaladas para la conducción y distribución del agua; el suelo en el cual se encuentren ubicadas las fuentes, obras, instalaciones y servicios arriba indicados; y las servidumbres necesarias. Y por Alcantarillado, el conjunto o sistema de obras, instalaciones y servicios que tienen por objeto la evacuación y disposición final de las aguas residuales; tal conjunto o sistema comprende: las alcantarillas sanitarias con sus pozos de visita; los colectores maestros y de descarga; las plantas de tratamiento; el suelo en el cual se encuentren ubicadas las obras; instalaciones y servicios arriba indicados; y las servidumbres necesarias.*

servicio público agua a toda la población, entendiendo por esto tanto a la población que vive en la zona urbana como en la zona rural.

Para el cumplimiento de dicha premisa la institución establece tarifas o pliegos tarifarios por la prestación del servicio de agua potable mediante acueductos²⁹³, con el objeto de auto sostener el servicio, los cuales de una u otra manera no han sido suficientes para la auto sostenibilidad del servicio y en consecuencia la cobertura no resulta eficaz, igualitaria o idónea.

Esto trae como resultado el surgimiento de diversidad de Asociaciones y Fundaciones auto denominadas sin fines de lucros, Cooperativas y hasta ADESCOS que prestan el servicio de agua potable y saneamiento, bajo la premisa de mercancía, esto es vendiendo el agua no tratada a precios exorbitantes²⁹⁴, e incluso ha provocado el apareamiento de transnacionales u empresas embotelladoras de agua potable²⁹⁵, como -Coca-Cola Company-.

De lo anterior se deduce que para el respeto en la vía administrativa

²⁹³ *Ibidem*, Art. 3.- Son facultades y atribuciones de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados: (...) p) someter a la aprobación del poder ejecutivo en el ramo de economía, tarifas razonables por el uso de las facilidades de la institución, o por los servicios de agua potable, alcantarillado u otros artículos o servicios vendidos, prestados o suministrados por ella y cobrar de acuerdo a las mismas, las que se aplicarán en el porcentaje y en la forma que la junta de gobierno determine.

²⁹⁴ CARE Y Otros, Diagnóstico del sub sector de agua potable y Saneamiento Rural, Consultoría para el diagnóstico del Sub Sector de Agua Potable y Saneamiento Rural y diseñar el componente de agua potable para el sector rural del programa de la red solidaria, Diciembre, 2005, P 178.

²⁹⁵ CENTRO PARA LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR, *Negociando con la Sed. El Mercado del Agua Envasada en El Salvador*, CDC, Diciembre, 2007, pp. 28 y sig. Para el Centro de la Defensoría del Consumidor existen al menos 89 empresas embotelladoras y embolsadoras de agua en el país, en consecuencia el mercado de venta de agua es gigante en el país sin existir vigilancia sobre la calidad del agua que venden estas empresas.

del Derecho Fundamental al Agua, se necesita de un ente contralor, constituyéndose como tal la Defensoría del Consumidor, siendo un mecanismo de exigibilidad en virtud de velar por el efectivo cumplimiento del abastecimiento del agua sin caer en abusos por parte de las instituciones que presten dicho servicio²⁹⁶.

24.1.3. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social

La Salud es un derecho social fundamental, es por ello que el Estado tienen la obligación de garantizarlo, ya que lo reconoce la Constitución como un bien público de forma explícita, -Art. 65 Cn.- el cual, el Estado debe promover y desarrollar mediante políticas tendientes u orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios, para llevar a cabo este cometido, es necesario la creación de instituciones públicas encargadas de velar por la organización, y planificación de las políticas nacionales de salud.

En la actualidad El Salvador cuenta con el MSPAS²⁹⁷, el cual, se constituye como el órgano contralor, que administrativamente tiene como finalidad el vigilar por la salud de los habitantes, no solo en los aspectos de

²⁹⁶ LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR, D.L. N° 776, de fecha 18 de agosto de 2005, publicada en el D. O. N°. 166, Tomo 368 de fecha 8 de septiembre de 2005. Art. 1(...) Así mismo tiene por objeto establecer el Sistema Nacional de Protección al Consumidor y la Defensoría del Consumidor como institución encargada de promover y desarrollar la protección de los consumidores, disponiendo su organización, competencia y sus relaciones con los órganos e instituciones del Estado y los particulares, cuando requiera coordinar su actuación.

²⁹⁷ CODIGO DE SALUD, Ratificada por Decreto Legislativo N° 910 del 11 de mayo de 1988, y Publicada en el Diario Oficial N° 86. Art. 40.- *“El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social es el Organismo encargado de determinar, planificar y ejecutar la política nacional en materia de Salud; dictar las normas pertinentes, organizar, coordinar y evaluar la ejecución de las actividades relacionadas con la Salud”.*

asistencia médica, sino que además, debe velar por aquellos aspectos que eviten que la salud sea dañada.

El argumento anterior, permite deducir que el DFA, constituye un derecho interpretativamente adscrito o implícito en el derecho a la salud y el derecho a la vida, y por ende el MSPAS, está obligado a proteger el agua, con el objeto de evitar que la salud sea dañada, vulnerada, trasgredida o puesta en peligro. Para esto el MSPAS, deberá desarrollar programas de saneamiento ambiental, entre ellos, el abastecimiento de agua potable, - así lo prescribe el Art. 56 lit. a) CS-, esto significa que el MSPAS por mandato de ley, es decir por mandato prescrito en CS tiene como atribución de velar por la calidad sanitaria, para tal motivo pueden hacer inspecciones de la misma²⁹⁸.

En caso de trasgresión el MSPAS, como mecanismos de exigibilidad del DFA en ámbito administrativo de la salud podrá, a través del Consejo, y las Juntas conocer de las infracciones que atenten contra la Salud Pública - Art. 289 y 292 CS-²⁹⁹.

Cualquier fuente hídrica que sea utilizada para el consumo humano que permita vivir en condiciones digna-, y las necesidades humanas que se

²⁹⁸ *Ibídem*, Art. 63. -El agua destinada para el consumo humano deberá tener la calidad sanitaria que el Ministerio conceptúa como buena y exigirá el cumplimiento de las normas de calidad en todos los abastecimientos de agua utilizadas para el consumo humano. En tal virtud y para determinar periódicamente su potabilidad los propietarios o encargados de ellos permitirán las inspecciones del caso.

²⁹⁹ Cabe hacer notar, que la responsabilidad que establece el Código es de naturaleza profesional, independientemente de la responsabilidad civil y penal, así lo prescribe el Art. 288 C. Salud. Las infracciones pueden ser graves, menos graves y leves, y las infracciones que se pueden deducir de ello se sustanciaran de forma sumaria, esto es, lo más breve posible, así lo prescribe el Art. 294 C. Salud. Para todo ello se faculta a toda persona a denunciar Art. 295.

deja de satisfacer. Esta clase de acción comprende daños morales, materiales³⁰⁰ y económicos³⁰¹.

³⁰⁰ Vid. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. por: SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, referencia 134-C-2005. del día 22 de Noviembre de 2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, cit., pp. 12-13. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en reiterada jurisprudencia: que para determinar si una indemnización es justa, debe ser “adecuada”: y es adecuada cuando es suficiente para compensar íntegramente los daños ocasionados, tanto materiales como morales. En ese sentido, una indemnización debe comprender: a) los daños materiales (daño emergente y lucro cesante); b) el daño moral, y c) eventualmente, daños punitivos, además, recientemente la Corte ha incorporado un nuevo concepto, que se refiere al daño causado al “proyecto de vida” y al “daño social”.

³⁰¹ Vid. Revista Justicia de Paz, Año I- Vol. I, Septiembre-Diciembre 1998, P. 149 y 150, cit. Por SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, referencia 134-C-2005 del día 22 de Noviembre de 2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, cit., pp. 14-15. “En cuanto al daño económico, se requiere básicamente la acreditación de tres elementos, así: a) Acción u omisión ilícita o antijurídica; b) Que se produzca un daño: y, c) Que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso. En otras palabras, toda responsabilidad siempre emana de un acto voluntario que genera un daño que debe ser indemnizado cuando, entre la acción y el resultado, se puede establecer una relación de causalidad, de tal forma que se pueda decir que éste proviene de aquélla. Esta teoría de la responsabilidad civil extracontractual la desarrolla nuestro Código Civil en sus Arts. 2035, 2065 y 2080. Por otra parte, es de subrayar que los derechos consagrados en la Constitución para que dejen de ser considerados como abstractos, deben ser reconocidos a nivel supremo, como un medio que posibilite su realización efectiva y oportuna, dándoles protección para su conservación y defensa a través de los órganos jurisdiccionales. Interpretando la voluntad clara del legislador al darle vida a todas las categorías subjetivas, integrantes de la esfera jurídica del individuo. Otorgándole a la persona humana, la facultad de poder reclamar válidamente, cuando se encuentra frente a actos injustos cometidos por particulares que se desempeñen en la esfera de la administración pública y cuyos actos emitidos en el ejercicio de tales funciones atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías, por lo que se vuelve imprescindible dar una respuesta a la petición del demandante. Nuestra Constitución en su Art. 2 inciso 3° dice: “Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.” Por su lado, el Art. 245 preceptúa: “Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”. Desde este orden de ideas se dice, que la reparación espiritual del daño producido debe determinarse con amplio criterio tendiente a resarcir al quejoso, resarcimiento que se configura en la reintegración de dinero proporcionada, equitativamente y discrecional por el juzgador. Este sistema puede parecer un medio grosero de satisfacción, pero lamentablemente el ser humano y la ley no pueden hallar otro más idóneo para tales fines. De ahí, queda a juicio del juzgador valorar y cuantificar el daño moral reclamado, tomando en cuenta la gravedad de la lesión sufrida y las circunstancias o cualidades personales del demandante. En otras palabras, debido al sufrimiento causado al apelante y sus familiares, al habersele destituido de su cargo en las condiciones que se lo hizo, mediante una indemnización pecuniaria, la cual debe fijarse conforme al Principio de Equidad y basándose en una apreciación prudente del daño moral, el cual no es susceptible de una tasación precisa. Cuando se reclama el resarcimiento de daños morales, precisa tener en cuenta que la relatividad e imprecisión forzosa del daño

24.2. Mecanismos de exigibilidad en la vía Penal

El Derecho Penal³⁰², está conformado por un conjunto de normas impero-atributivas, que constituyen la *última ratio* del Estado, para la tutela de bienes jurídicos³⁰³, esto es, cuando el bien jurídico protegido ha sido

moral impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y por lo mismo exige atemperar con prudente criterio ese trasfondo delo físico tangible a lo moral o intelectual y viceversa, paso que, si filosóficamente es tenido por imposible (el del mundo del ser al del deber ser), jurídicamente ha de ser resuelto por aproximación y necesidad pragmática de resolver el conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir para evitar la injusticia. No cabe entonces, obviar su natural consecuencia so pretexto de su indeterminación, prueba y producción económica, cuando esa dificultad puede ser superada con los elementos probatorios que se ofrecen, fundamentalmente el hecho mismo del incumplimiento (el daño in re ipsa), que es base suficiente para la obtención del valor cuantitativo o repercusión económica. Cuando se trata de obligaciones adquiridas antes de la fecha del hecho que genera responsabilidad civil pero que se encuentran vigentes a la fecha del mismo, las cantidades correspondientes a capital e intereses no pueden ser consideradas como daños y perjuicios para el objeto de juicios. Por definición, el daño moral se tipifica como la lesión cierta sufrida en los sentimientos más íntimos de una persona, que determina dolor o sufrimiento en afecciones legítimas, principalmente a los derechos y atributos de la personalidad. En tal virtud, el daño moral debe acreditarse por la sola comisión del hecho antijurídico, porque se trata de un prueba "in re ipsa" es decir, que surge de los hechos mismos".

³⁰² SÁNCHEZ ESCOBAR, C. E., "Fundamentos de Derecho Penal", en AA. VV, *Ensayos para la Capacitación Penal*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 1ª ed., 2003, P. 9 "El derecho penal, aunque es un instrumento legítimo para enfrentar la criminalidad, sólo resulta justificado en un Estado Constitucional de Derecho cuando esa persecución del fenómeno criminal se hace respetando todos los derechos y garantías propias del Estado liberal que ve en la persona humana el centro de toda su actividad". En este mismo sentido: LARRAURI PIOJAN, E., *Consideraciones sobre Política Criminal*, Comisión Coordinadora del Sector Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, San Salvador, El Salvador, 2001, P. 6. Para esta autora el derecho penal contemporáneo, no puede pretender escapar a la realidad social de que el delito no se reduce a fenómenos jurídicos, y que la solución de dichos conflictos sociales es mejor entendida, si al análisis del sistema de la teoría del delito, se incorporan los datos empíricos que la política criminal y la criminología permiten conocer

³⁰³ El preámbulo que precede orienta la posición que asumimos, cual es, la de que la misión del derecho penal, es la de tutela exclusiva de bienes jurídicos, esta visión del derecho penal aunque no es única tiene un sólido respaldo dogmático, por ejemplo se ha entendido por un sector de la doctrina que la misión del derecho penal debe ser la protección de los valores de la actitud interna y mediatizada la de bienes jurídicos en tal sentido se dijo: "La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares", WELZEL H., *Derecho Penal Alemán Parte General*, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed Jurídica de Chile, ed. castellana. Santiago, Chile. 1993 P. 5. Para otro sector de la doctrina la misión del derecho penal descansa sobre la base de la

trasgredido vulnerado y puesto en peligro; es decir constituye el instrumento coercitivo Estatal, cuya misión o función, es la tutela de bienes jurídicos, el cual se materializa mediante la imposición de penas y el sometimiento de medidas de seguridad, siendo esto último, la razón filosófica del Derecho Penal –*ius puniendi* o derecho subjetivo penal³⁰⁴.

prevención general en su ámbito positivo pero radicalizando la validez de la norma jurídica penal. Así lo indica JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ed Marcial Pons, 2ª ed., corregida, Madrid, España. 1997 P. 18 “en el modelo descrito de la función de la punición estatal se trata de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento normativo de la norma”; HASSEMER, W., Cit. Por MUÑOZ CONDE F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed., Tirant lo Blanch, s.e., Valencia, España, 1989, P. 100. Sobre la misión del derecho penal privilegiando la protección de bienes jurídicos Hassemer indica que: “No todos los autores tratan la protección de bienes jurídicos como una parte de la teoría del delito. La cuestión no tiene sin embargo gran importancia ya que, de un modo u otro, en tanto se entienda que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ello también repercute en el concepto de delito y puede ser igualmente discutido en él”; En este sentido aunque con diferentes matizaciones además: HORMAZABAL MALARÉE, H., *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*. PPU. 1ª ed., Barcelona, España, 1991, P. 6; STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General I. El hecho Punible*, Traducción de la 2ª ed., alemana, 1976. por Gladys Romero, EDESA, Madrid, España, 1982, P. 3; BUSTOS RAMIREZ, J., HORMAZABAL MALARÉE, H. *Lesiones de Derecho Penal, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*, Volumen I. Ed. Trotta, Madrid, España, 1998, P. 138.

³⁰⁴ CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Revisado y puesto al día por: Cesar Camargo Hernández, Ed. Boch S. A., 16ª ed., Barcelona, pp. 7-8. Tradicionalmente suele distinguirse el derecho penal en subjetivo y objetivo. El derecho penal en sentido *subjetivo* es el derecho de castigar (*ius puniendi*), es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción está contenido el fundamento filosófico del derecho penal. En sentido *objetivo* el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el estado, que determinan los delitos y las penas. Este concepto encierra el fundamento del derecho penal positivo. Ambas nociones tradicionales integraban hasta hace poco el concepto, comúnmente admitido, del derecho penal. Más la evolución realizada en este durante los últimos años ha revelado la importancia de ciertas medidas de combate contra la criminalidad (medidas de corrección y de seguridad) de carácter esencialmente preventivo. La gran importancia que han adquirido en la doctrina y en las legislaciones obliga a incluirlas en la noción o definición del derecho penal. Por tanto en el campo de este, que aunque animado de un sentido ético se propone la obtención de fines prácticos, además de las normas relativas al *delito* y a la *pena*, entran también las *medidas de corrección y de seguridad*. Así que el derecho penal en su aspecto subjetivo habrá de definirse como el *derecho del estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad*, y en su sentido objetivo como el *conjunto de normas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de corrección y de seguridad con que aquellos son sancionados*. Solo el estado es titular del

El reconocimiento del DFA en El Salvador, implica la protección o tutela de bien jurídico -Agua³⁰⁵- el cual debe ser garantizado por las normas penales³⁰⁶, las cuales se dirigen a todos los individuos sometidos a la ley penal del Estado³⁰⁷; el Derecho Penal, en esta línea de ideas, se deduce como el último recurso que tiene el Estado para la salvaguarda de un derecho que está ligado a la vida, salud y medio ambiente³⁰⁸. Sin embargo, para activar los controles penales, que permitan constituir al derecho penal como mecanismos de exigibilidad del DFA, la conducta debe de poner en

derecho penal. Definir los delitos, determinar las penas y las medidas de corrección y de seguridad, imponerlas y ejecutarlas es exclusiva facultad suya, fuera del estado no hay verdadero derecho penal. Pero su facultad punitiva no es ilimitada, tiene sus fronteras infranqueables en los derechos de la persona. Sobre la visión que apenas se ha esbozado puede verse HASSEMER, W., *viejo y Nuevo Derecho Penal en Persona, Mundo y Responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, pp. 18-19. "El poder del Estado para limitar los ámbitos de libertad no es un poder autónomo, discrecional o arbitrario, ello porque el Estado no era un fin en sí mismo –ni actualmente lo puede ser- sino que es una creación al servicio del hombre, de ahí que el poder conferido al denominado "Leviathan" es susceptible de limitaciones que surgen de la propia dignidad humana. En síntesis la visión de origen del derecho penal en la época del pensamiento ilustrado fue la de un poder limitado y racial".

³⁰⁵ ZAFFARONI, E. R., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 1ª Reimpresión, Cárdenas Editor, México D. F, 1991, pp. 53 a 56. Para Zaffaroni la protección de los bienes jurídicos debe ser la directriz preponderante, y que solo a partir de tal función -sociológicamente hablando- es posible predicar, ya de manera posterior un trasfondo ético, el cual siempre deberá quedar subordinado a la idea de protección de bienes. En suma no se niega que el derecho penal sea un instrumento importante para solidificar los valores ético-sociales de las conductas.

³⁰⁶ CUELLO CALÓN, E., *Ob. cit.*, P. 9 Las normas penales se dirigen a todos los individuos sometidos a la ley penal del estado, sean o no ciudadanos, imponiéndoles la ejecución o la omisión de determinados hechos. Es indiferente que se trate de imputables o inimputables (locos, menores, etc.), pues el derecho penal es su concepción presente establece y determina no solo las normas relativas a las penas (reservadas a los imputables), sino también las referentes a las medidas de seguridad y de corrección (medios de protección social aplicables a los inimputables, locos, menores).

³⁰⁷ SESSANO GOENAGA, J. C., *La Protección Penal del Medio Ambiente*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Murcia, 2002, P. 14, Disponible en: http://crimenet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf, (Consultado 06 de Septiembre de 2012) "En el Derecho Penal se busca proteger bienes jurídicos inherentes a la vida del individuo y la colectividad –sociedad- implementando mecanismos de exigibilidad o mecanismos de regulación y control social, para salvaguardar el Derecho a la vida y al medio ambiente, siendo una defensa necesaria para la salud de las personas".

³⁰⁸ La aplicación del sistema penal, que tutele al agua debe estar en concordancia con los principios de Lesividad del Bien Jurídico Artículo 3 del Código Penal y Necesidad de Pena Artículo 5 del mismo cuerpo legal.

peligro o trasgredir la salud o la calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o el medio ambiente.

24.2.1. Por Denuncia, Querella, y Aviso ante la comisión de los delitos relativos a la Naturaleza y el Medio Ambiente, y a la Salud Pública

Desde que se conoce la comisión de un hecho delictivo se produce una serie concatenada de actos, –jurídicos procesales de orden penal- los cuales se denominan actos iniciales de investigación, los que conforman el medio procesal mediante los cuales se activa el aparataje Estatal; estos actos iniciales son denominados: Denuncia, Querella o Aviso, regulados en el Art. 260 y siguientes del CPP³⁰⁹, y conforman los mecanismos procesales que permiten la activación o aplicación del Derecho Penal Material –Código Penal-, el cual, define el tipo penal y prescribe las condiciones *sine qua non*, que permitiría el ejercicio de una coerción Estatal mediante la imposición de una pena o el sometimiento de una medida de seguridad, previo desarrollo del proceso penal que culmina con una sentencia definitiva.

Estos actos iniciales, forman parte del Sistema Penal y en su conjunto, conforman el mecanismo de exigibilidad de protección al DFA, que se lleva a cabo en la fase investigativa del delito, el cual, constituye característica propia del Proceso Penal.

Estos actos iniciales de investigación, cuando están orientados a la protección del Derecho al Agua, tienen como presupuesto, la investigación que conlleve a la adecuación de toda conducta –acción u omisión- que

³⁰⁹ CODIGO PENAL DE EL SALVADOR, D. L. N° 1030, Publicado en el D. O. N° 105, del 10 de junio de 1997, Tomo N° 335.

ponga en peligro o trasgreda el agua como parte esencial de la vida, la salud y el medio ambiente, estos tipos penales son los siguientes:

Artículo 255 “Contaminación Ambiental” El que provocare o realizare directa o indirectamente, emisiones, radiaciones o vertidos de cualquier naturaleza en el suelo, atmósfera, aguas terrestres superficiales, subterráneas o marítimas, en contravención a las leyes y reglamentos respectivos y que pusiere en peligro grave la salud o calidad de vida de las personas o el equilibrio de los sistemas ecológicos o del medio ambiente, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años³¹⁰.

Artículo 276 “Envenenamiento, Contaminación o Adulteración de Aguas y Sustancias Alimenticias” El que envenenare, contaminare o adulterare aguas o productos alimenticios, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, será sancionado con prisión de tres a seis años³¹¹.

³¹⁰ MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Código Penal de El Salvador Comentado*, Tomo 2, Arts., 165 al 409, Consejo Nacional de la Judicatura, pp. 880-882. Este tipo penal tiene como fundamento el Art. 117 de la Constitución, situación que permite deducir que lo que se protege con este precepto jurídico penal, es el medio ambiente, entendido como todo aquello que rodea a los seres vivos, con una interacción de elementos bióticos y abióticos entre los cuales encontramos el agua; teniendo como finalidad mantener los ecosistemas exentos de alteraciones lesivas, dentro de ese sistema natural está el elemento esencial de la vida. el recurso hídrico; CODIGO PENAL DE EL SALVADOR, D. L. N° 1030, Publicado en el D. O. N° 105, del 10 de junio de 1997, Tomo N° 335. Dentro del tipo penal básico Art. 255 del C. P. encontramos otros delitos contemplados, como la Contaminación Ambiental Agravada Art. 256 del C. P. y la Contaminación Ambiental Culposa regulada en el Art. 257 C. P. además existe dentro del mismo código penal la punición relativa a la usurpación de aguas en su Artículo 219-B, el cual literalmente establece: “*Usurpación de Aguas” Será sancionado con prisión de uno a tres años: a) El que desviare a su favor aguas públicas o privadas que no le corresponden o las tomare en mayor cantidad de aquellas a que tenga derecho; y b) El que de cualquier manera impidiere o estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas*

³¹¹ MORENO CARRASCO, F. y RUEDA GARCÍA, L., *Ob. cit.*, p. 923. Mediante este tipo penal se pretende punir o reprochar toda conducta, ya sea acción u omisión que envenene, contamine o adultere, es decir, mediante las cuales se añadan al agua sustancias que actúen de forma química que causen perjuicio potencial a la persona humana. Este tipo penal está orientado a aquellas acciones que recaigan en aguas, así como además en productos alimenticios destinados al uso público o al consumo de una colectividad; dicha

24.3. Mecanismos de exigibilidad en la vía Constitucional

La Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, tiene función el reconocer y proteger derechos fundamentales, así como el de estructurar el sistema político del Estado³¹²; para el cumplimiento de esta función, la Constitución debe conminar mediante mecanismos de defensa jurídicos constitucionales, su pretensión de validez y eficacia³¹³, esto es con

protección está orientada no solo a las aguas potables, sino que abarca todos aquellos recursos hídricos que estén orientados al uso público o destinados al consumo de la colectividad, por lo que es punible las conductas respecto de las aguas de uso común aunque no se destinen a la bebida.

³¹² ANAYA, S. E., *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y de la cultura constitucional en la República de El Salvador, Unión Europea-Corte Suprema de Justicia, 1ª ed., El Salvador, 2000, P. 1. La constitución, constituye, “la forma de organización política que a partir de la soberanía popular y mediante la consagración de los derechos fundamentales de las personas y la distribución y control del poder, dispone tanto la estructura básica como las condiciones esenciales para el ejercicio democrático del poder”.

³¹³ LÓPEZ GUERRA, L., *Introducción al Derecho Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, España, 1994, pp. 193-194. “La Constitución solo cobra sentido en cuanto norma con pretensión de validez y eficacia: es, como las demás o más, un mandato para ser cumplido. Pero ello (también como ocurre respecto de las demás normas) exige una garantía, es decir, un mecanismo que asegure una reaccionen caso de incumplimiento, defendiendo la efectividad de los mandatos contenidos en el texto constitucional. Las amenazas a la vigencia efectiva de la Constitución pueden ser de dos tipos. Por un lado, la amenaza más evidente será la negación expresa de la obediencia a la Constitución, con la consiguiente pretensión de destruir, por la vía de hecho, el ordenamiento constitucional: se trataría de situaciones de insurrección o de golpe de Estado. Pero es también posible una amenaza igualmente peligrosa, consistente, no ya en el desafío expreso de las prescripciones constitucionales, sino en su negación en la práctica, mediante su simple incumplimiento. En el primer caso, se busca la destrucción de la Constitución, por vías antijurídicas; en el segundo, su olvido e irrelevancia. Frente a estas amenazas, las Constituciones han incluido procedimientos para su defensa. Frente a los peligros excepcionales que pueden presentarse, poniendo en cuestión el mismo sistema democrático constitucional, se han previsto técnicas de *defensa extraordinaria* de la Constitución. Pero también, a lo largo de la historia del constitucionalismo, se ha hecho evidente que, aun en épocas de normalidad, es necesario defender a la Constitución frente a su olvido o incumplimiento por los poderes públicos, mediante procedimiento de *defensa ordinaria*, de la misma. Esta defensa ordinaria de la Constitución, de carácter continuo y permanente, vigilando su efectivo cumplimiento, se lleva a cabo mediante los mecanismos de *control de constitucionalidad* de la actuación de los poderes públicos. En cuanto a la defensa extraordinaria de la Constitución, frente a sus enemigos interiores y exteriores, se realiza mediante la concesión de sus enemigos interiores y exteriores, se realiza mediante la concesión de *poderes excepcionales* a los órganos del Estado. Ambas técnicas resultan complementarias. En tiempos de normalidad, el control de constitucionalidad mantiene la

el objeto, de que no se le considere como una norma programática, sino que su aplicabilidad sea inmediata y permita la consolidación de una constitución rígida y efectiva³¹⁴, y como corolario, la consolidación de un Estado constitucional y democrático de derecho.

Desde una perspectiva general, los mecanismos jurídicos que prevé la Constitución para su defensa³¹⁵, se consideran como todos aquellos medios o instrumentos, que se orienten a la pretensión de la norma fundamental, esto es, a la protección de los derechos contenidos en la norma Constitucional, que impidan su vulneración o violación, minimizar el desconocimiento y buscar el desarrollo, consolidación y evolución³¹⁶,

vigencia de la Constitución; en tiempos de alteraciones, trastornos o amenazas extraordinarias, los poderes excepcionales garantizan el mantenimiento del orden democrático-constitucional”; SCHMITT, C., *La Defensa de la Constitución*, Ed. Tecnos S. A., 1ª ed., Madrid, España, 1983, P. 42.

³¹⁴ AZUELA RIVERA, M., GONZÁLEZ BLANCO, C. y ÁLVAREZ MORENO, J. I., (Coordinadores), *Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, 1ª ed. México, 2006, P. 48. en los países de Constitución rígida puede hablarse propiamente de la existencia de una súper legalidad constitucional. La Constitución tiene el valor de una súper ley porque, desde el punto de vista formal, se encuentra colocada jerárquicamente en un plano superior a las leyes ordinarias y porque, además, un órgano es el que expide la Constitución o la reforma, y otro el que promulga o reforma la legislación ordinaria, así como son diversos los trámites que presiden a una y otra.

³¹⁵ ANAYA, S E., *Ob. cit.*, P. 65. La preocupación por la defensa de la constitución adquiere particular interés a partir de la primera guerra mundial, la cual se revitaliza con posterioridad a la segunda guerra mundial, sobre todo con el surgimiento de una variedad heterogénea de instituciones, conceptos y medios vinculados con dicha idea. Así, podemos hablar de actos, objeto de control y sujetos que ejercen el control. Dentro de los primeros podemos encontrar “normas jurídicas, actos de la administración, del órgano judicial, la mera actividad de los órganos sujetos a control político, etc. “Entre los segundos encontramos los distintos agentes que tienen dentro de sus potestades la de ejercer algún tipo de control, entre los que cabe mencionar “los tribunales de justicia; los órganos de la administración; entes independientes de los órganos fundamentales del Estado, que ejercen fiscalización de la actividad económica del Estado y entes públicos, como sería el caso de la Corte de Cuentas de la República; los grupos institucionalizados de presión e interés; la opinión pública; el cuerpo electoral”; el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, etc.

³¹⁶ FIX-ZAMUDIO, H., *Justicia Constitucional Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1ª ed., México, 1997, P. 89; CASTAÑEDA ORSU, S., *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Ed. Juristas, EIRL, 1ª ed., Lima, Perú, P. 62; SEGOVIA, L. N. y Otros, *La Constitución de El Salvador: Conferencias*, FESPAD, 1ª ed., El Salvador, 1998, pp. 85-87. “La defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos

mediante mecanismos formales o informales de las disposiciones Constitucionales que se orienten al respeto de la dignidad humana y la vida del ser humano como parte de la organización Estatal.

Para FIX-ZAMUDIO, los mecanismos de defensa de la Constitución, pueden ser entendidos de diferente manera, atendiendo al mecanismo específico del que se trate, esto se debe al análisis independiente, que se realice a cada mecanismo³¹⁷. Este argumento se deduce así ya que la Constitución como norma suprema reconoce y establece desde mecanismos materiales hasta mecanismos formales o procesales de defensa de la Constitución³¹⁸.

La Constitución de El Salvador reconoce mecanismos de defensa y control jurídicos formales, los cuales están orientados a dar eficacia a la vigencia efectiva de la Constitución mediante la defensa de derechos fundamentales, por medio del Habeas Corpus, el Amparo Constitucional y los controles de constitucionalidad, que para el caso de El Salvador, se pueden clasificar en control difuso y concentrado; el primero está referido a la inaplicabilidad de las leyes regulado en el artículo 185 de la Constitución, y es competencia de los jueces de la República de El Salvador; el segundo está referido a la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos,

instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental”.

³¹⁷ FIX-ZAMUDIO, H., *Ob. cit.*, P. 89. Atendiendo al análisis particularizado de los mecanismos de defensa constitucional, así podrá subdividirse en otras definiciones.

³¹⁸ para el caso la Constitución de El Salvador prevé mecanismos de defensa materiales como el régimen de excepción Art. 29, la Insurrección Art. 87, la reforma Constitucional Art. 248; así como prevé mecanismos Procesales como el Habeas Corpus Art. 11, Inconstitucionalidad Art. 174, y el Amparo Art. 247.

regulado en el artículo 174 de la Constitución, el cual es competencia de la SC³¹⁹.

24.3.1. El Amparo como Mecanismo Jurídico Procesal de Carácter Constitucional en la tutela al Derecho Fundamental al Agua

En términos generales, el Amparo Constitucional constituye un mecanismo jurídico procesal Constitucional³²⁰, de defensa³²¹, y control jurídico concentrado de acción³²², ya que corresponde a la SC, el cual, se

³¹⁹ AZUELA RIVERA, M., GONZÁLEZ BLANCO, C. y ÁLVAREZ MORENO, J. I. (Coordinadores), *Ob. cit.*, P. 56. Un órgano de carácter judicial no va a tener como misión exclusiva este control de la constitucionalidad de leyes y actos, sino que va a agregar esta función a sus funciones jurisdiccionales generales.

³²⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Interlocutoria de Inadmisibilidad de Amparo, referencia 114-2001, del 18/04/2001, Considerando I, 1). La Sala, ha destacado que: "(...) el amparo es un mecanismo procesal constitucional (...), que tiene por objeto dar una protección reforzada de los derechos u otras categorías jurídicas subjetivas protegibles de rango constitucional consagrados a favor de los gobernados frente a los actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que los violen, restrinjan u obstaculicen su ejercicio".

³²¹ En este sentido: FIX-ZAMUDIO, H., *Ob. cit.*, P. 89; CASTAÑEDA ORSU, S., *Ob. cit.*, P. 62.

³²² AZUELA RIVERA, M., GONZÁLEZ BLANCO, C. y ÁLVAREZ MORENO, J. I. (Coordinadores), *Ob. cit.*, pp. 47-58. "El juicio de amparo significa, así, un sistema parcial de control de la constitucionalidad. Y decimos que es un sistema parcial porque, (...), no es el juicio de amparo remedio de todas las infracciones que la Constitución sufra, sino tan sólo de las infracciones que redunden en violación de garantías o en invasión de facultades (...) por autoridades locales o viceversa (...) Dentro del sistema de control jurisdiccional de la supremacía constitucional podemos distinguir todavía dos sistemas diversos: el sistema de control jurisdiccional por vía de acción y el sistema de control jurisdiccional por vía de excepción. a) Control jurisdiccional por vía de acción En este sistema un procedimiento es instaurado con el fin único, con el objetivo exclusivo de promover el examen por una autoridad judicial de la constitucionalidad de una ley o de un acto. La persona ofendida con la realización del acto inconstitucional ejercita una acción especial ante el tribunal competente para obtener la instauración de un procedimiento en el que la función del juez se reduce tan sólo a examinar si la Ley o el acto impugnados de anticonstitucionales lo son o no. b) Control jurisdiccional por vía de excepción En cambio en este sistema de control de la supremacía constitucional no se trata de un procedimiento seguido con la única finalidad de obtener un examen de la constitucionalidad de una ley o de determinado acto concreto de gobierno. En una contienda de carácter civil o penal se plantea un problema relativo a determinar si una ley que puede ser aplicable para resolver la controversia es o no conforme a la Constitución. El juez, para dictar su sentencia, sentencia que no persigue el único fin de examinar la constitucionalidad de la ley, tendrá que examinar previamente si la ley que puede ser aplicable es o no conforme a la Constitución; y si encuentra que es contraria a la Constitución, resuelve la controversia sin aplicar la ley".

materializa mediante un proceso constitucional, que conforma el ser de una garantía Constitucional, que en suma conforma una institución de tutela judicial³²³, que protege los derechos fundamentales –concretos, difusos, implícitos, explícitos, individuales, sociales, humanos, fundamentales y principios consagrados en la Constitución, con exclusión del derecho a la libertad, ante la obstaculización de su ejercicio o ante violaciones actuales o inminentes de los mismos.

El argumento anterior permite deducir que la naturaleza jurídica del AC es doble, ya que, por un lado es un proceso Constitucional –naturaleza jurídica formal³²⁴- y por el otro lado es una garantía constitucional –naturaleza material-³²⁵, que en su conjunto se constituyen en una institución, mediante, la cual, se pueden tutelar todos los derechos fundamentales – como el DFA ya sea como derecho Implícito o Explícito-a exclusión del

³²³ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, referencia 33-C-96, del 27/08/1996. En este sentido la jurisprudencia, de la Sala de lo Constitucional en proceso de amparo, ha afirmado que el amparo “es una institución jurídico procesal, extraordinaria en su materia, establecida para proteger al gobernado de los actos de autoridad que violen los derechos y garantías Constitucionales”.

³²⁴ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Interlocutoria de improcedencia de Amparo, referencia 107-2000, del 28/02/2000, Considerando II. Sobre la naturaleza y la función del amparo la Sala ha afirmado: “Analizando los precedentes fundamentos a la luz del derecho procesal constitucional, se observa que el amparo, en cuanto proceso constitucional, constituye un instrumento de satisfacción de pretensiones que una persona deduce frente a una autoridad o persona determinada; en consecuencia, todo proceso de amparo supone una pretensión que es su objeto, esto es, la materia sobre la cual recae el complejo de elementos que el proceso constituye”.

³²⁵ Cfr. GALEOTTI, S., “Garancia Constitucional”, cit., por VERDÚ, L., *Curso de Derecho Político*, Ed. Tecnos, s.e., Madrid, España, 1986, pp. 672-673. El aseguramiento de los derechos fundamentales se realiza por medio de las garantías Constitucionales, que para Sergio Galeotti citado por Lucas Verdú, son “los medios establecidos por la Constitución para prevenir o en su caso reparar vulneraciones a derechos Constitucionales que responden a una estructura de tres elementos 1) un interés Constitucional tutelado o asegurado (...), 2) la posibilidad de encontrarse peligrosamente amenazado dicho interés Constitucional (...), y 3) una organización instrumental idónea para asegurar el contenido o interés Constitucional por ella protegido (...) la predeterminación de ciertas normas, principios o instrumentos procedimentales o procesales que pueden estar a cargo de la jurisdicción ordinaria o de la jurisdicción constitucional”.

derecho a la libertad ambulatoria, ya que, es un derecho protegido mediante habeas corpus –Art. 11 Cn.-.

En esta línea de ideas el proceso de Amparo Constitucional como la efectividad de la garantía de tutela judicial –Art. 11 inc. 1° Cn.-, que constituye mecanismo jurídico constitucional de protección del DFA, tiene una íntima relación con los principios de acceso a la justicia o tutela jurisdiccional –Art. 11 Cn.-³²⁶, Exclusividad Judicial –Art. 172 Cn.³²⁷-, y el de Prompta y Cumplida Justicia –Art. 182 núm. 5°³²⁸ Cn.-.

De todo lo anterior se deduce que el proceso de Amparo Constitucional para la tutela del DFA se incoa, mediante una demanda de Amparo Constitucional ante la Sala de lo Constitucional, quien analiza y tramita, siendo esta la iniciación del proceso, denominada fase cognoscitiva, ya que, corresponde al juzgamiento, que corresponde al órgano judicial – SC- así lo prescribe la Cn. en su Art.172, el cual se relaciona con el Art. 247 y 12 LPCN³²⁹.

³²⁶ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 150-97, del 13/10/98 “(...) esta sala ha sostenido repetidamente que existe violación al derecho constitucional de audiencia cuando el afectado (...) no ha tenido la oportunidad real de defensa privándole de un derecho sin el correspondiente proceso, o cuando en el mismo no se cumplen las formalidades esenciales –procesales o procedimentales- establecidas en las leyes que desarrollan el derecho de audiencia.”

³²⁷ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 8-97Ac, del 23/03/2001. “La exclusividad de la potestad jurisdiccional significa que ningún otro órgano del gobierno ni ente público distinto al Órgano Judicial, puede realizar el derecho en un caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”; en este mismo sentido: *Vid.* SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 550-2004, del 22/09/04.

³²⁸ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, cit., Art. 185 núm. 5° “*Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (...) 5° Vigilar que se administre pronta y cumplida justicia (...)*”.

³²⁹ El fundamento jurídico del amparo se encuentra en el Art. 247 de la Cn, y desarrollado en el Art. 12 de la L. Pr. Cn., que prescribe: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la Constitución.”

El Amparo Constitucional visto como mecanismo procesal, está orientado, a la protección robustecida ya que protege los derechos fundamentales en general, ya sean expresos o interpretativos derivados -a excepción del derecho de libertad-, estos son, los inmersos en la Constitución o derivados de otros derechos como la dignidad y la vida, ante acciones u omisiones Estatales –en el ejercicio de una función pública o de manifestación soberana creación: de ley-³³⁰, o de particulares en situación de poder³³¹.

³³⁰ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, referencia 301-2005, de las 10:16 del día 30/8/2005. El Amparo contra ley ha sido definido como el instrumento procesal a través de la cual se atacan disposiciones legales que contravienen preceptos constitucionales; pudiendo ser contra leyes auto aplicativas o contra leyes hetero aplicativas, siendo la distinción entre estas que las primeras son normas que producen efectos jurídicos desde el momento mismo de su promulgación, en cambio las segundas requieren necesariamente de un acto posterior de aplicación por alguna autoridad, para que se produzcan las consecuencias jurídicas.

³³¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, referencia 620-2004 de las 12:56 del día 16/2/2005. Los presupuestos básicos para la procedencia del proceso de amparo contra particulares, los siguientes: (a) que el particular responsable del acto se encuentre en una situación de poder, (b) que el acto u omisión sea parte del ámbito de constitucionalidad y (c) que no existan mecanismos judiciales o administrativos de protección frente a actos de esa naturaleza; o que de haberlos, sean ellos insuficientes para garantizar los derechos del afectado o se hayan agotado plenamente para remediar el acto contra el cual reclama. De no cumplirse dichos presupuestos, se estaría frente a una improcedencia de la pretensión de amparo, lo cual se traduce en la imposibilidad jurídica de parte de la Sala para conocer y decidir el caso. En lo concerniente a la existencia de una situación de poder, se debe aclarar que en muchas ocasiones en las relaciones entre particulares una de las partes no tiene, de hecho más alternativa que aceptar un acto dictado unilateralmente, pues la fuente de emisión posee el poder imponer a otros sus propias decisiones; es decir, que ostenta una posición de predominio tal que puede comprometer e incluso anular el efectivo ejercicio de derechos constitucionales de naturaleza material, cuando de ese poder dependen exclusivamente la actuación de aquellos. La relación entre el particular afectado y la persona o entidad emisora no es de carácter horizontal sino más bien vertical, puesto que las situaciones de poder son análogas a las establecidas en la relación Estado-gobernado. Si la pretensión se encuentra dirigida frente a un acto de particular puede, perfectamente, rechazarse si este está actuando como simple entidad, persona natural o jurídica privada dentro de sus específicas atribuciones, dado que dichas actuaciones no conllevan a situaciones de poder –de supra a subordinación- en relación con el ejercicio efectivo de los derechos materiales que reconoce nuestra Constitución a los gobernados. En virtud de lo expuesto, es dable afirmar que para que se realice el objeto de la pretensión de amparo, es imprescindible que se cumplan exacta e íntegramente los presupuestos antes reseñados; pues de lo contrario, se estaría frente a un vicio de la pretensión que motivaría en cualquier estado del proceso el rechazo de la demanda. Uno de los motivos para rechazar una demanda de amparo tendente a atacar un acto de un particular, es que dicho acto haya sido

Además de esto el Amparo Constitucional, pretende la defensa de la Constitución, mediante un reconocimiento efectivo de los derechos fundamentales³³², por medio de una interpretación auténtica³³³, que reconozca de manera efectiva el derecho y en su respectivo caso su vulneración.

24.4. Mecanismos de exigibilidad en la vía Civil

En materia civil, las obligaciones, constituyen los mecanismos de exigibilidad que derivan de vínculos jurídicos existentes entre dos o más personas –personas jurídica y particulares- que tienen por objeto dar, hacer o no hacer³³⁴; esta noción no es ajena a los derechos fundamentales, más aun del Derecho Fundamental al Agua, ya que por tratarse de un derecho de

realizado por aquel en el ejercicio efectivo de sus atribuciones y que su exteriorización no sea producto de una situación de supra subordinación material con relación al ejercicio efectivo de algún derecho constitucional.

³³² Esto atiende a aspectos subjetivos del amparo, y sobre esto puede consultarse: SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 1263-2002, del 7/1/2004, considerando II 1) Sobre la finalidad subjetiva del amparo la Sala ha precisado: "(...) el proceso de amparo tiene por finalidad defender la vigencia efectiva de la Constitución, y, en particular, de los derechos constitucionales de las personas y de cualquier otra categoría constitucionalmente protegible. En estos casos, cuando el gobernado considera que una decisión judicial, administrativa o legislativa, vulnera tales derechos o categorías constitucionales, tiene expedita tal vía jurisdiccional para intentar su restablecimiento"

³³³ Sobre la interpretación como aspecto subjetivo del Amparo puede consultarse: SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva de Amparo, Referencia 366-99, del 3/04/2001, considerando IV). Por su parte, acerca de la finalidad objetiva del amparo se ha pronunciado en el siguiente sentido: "(...) siendo este Tribunal el que de modo definitivo desarrolla, amplía y llena el contenido de las disposiciones constitucionales, ninguna autoridad puede dar una interpretación diferente a la que da esta Sala, pues hacerlo violaría la Constitución".

³³⁴ ALESSANDRI RODRIGUEZ, A. y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho Civil de las Obligaciones*, Tomo III, Redactado y puesto al día por: Antonio Vodanovic H., Editorial Nacimiento, s.e., S. F. Imp., P. 7. Según el autor "obligación es un vínculo jurídico establecido entre dos o más personas, por virtud del cual una de ellas -el deudor, deudor- se encuentra en la necesidad de realizar en provecho de la otra -el acreedor, creditor- una prestación. Al acreedor corresponde el crédito; al deudor, el débito. Etimológicamente obligar deriva de la voz latina obligare, que significa atar, amarrar, ligar. El deudor tiene atada su libertad en un punto concreto y determinado a favor del acreedor".

carácter social³³⁵, el estado se obliga a realizar determinadas acciones tendientes en primera a realizar prestaciones orientadas al acceso al agua a los habitantes de El Salvador, constituyendo esto un vínculo jurídico que deriva, no de una relación jurídica contractual entre particulares, sino que deriva de manifestaciones jurídicas Estatales explícitas o implícitas.

La vinculación Estatal, derivada de manifestaciones Estatales, como el reconocimiento de los derechos fundamentales, conllevan a la organización Estatal, tendiente a satisfacer las necesidades de la persona humana, la cual constituye el origen y el fin de la actividad del Estado, como parte de o consecuencia del acuerdo de voluntades, derivadas del contrato social.

El Estado de El Salvador como manifestación soberana del pueblo³³⁶, en la actualidad ha reconocido, el Derecho Fundamental al Agua, mediante reforma al artículo 69 inciso 3°, del 19 de abril del 2012, el cual, obliga al Estado Salvadoreño, a tutelar el Derecho al agua, generando con ello, el vínculo u obligación jurídica de acción, por tratarse de un derecho social de carácter emergente, el cual, en caso de acción u omisión que

³³⁵ SIERRA SOROCKINAS, D., y GÓMEZ CABANA, M. C., *Ideas Básicas del Concepto: Derechos Subjetivos, Derechos Fundamentales y Derechos Sociales, en el Constitucionalismo Colombiano*, artículo resultado de la investigación *Estudio de la fundamentalización del acceso al agua potable en Colombia, a partir los criterios de la teoría de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales*. Inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Avalada por el semillero Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz, de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad. Financiada por la misma facultad, P. 140. “No obstante, se puede afirmar que la aparición de los derechos sociales no fue gratuita, de allí que cuando se analice este tipo de derechos, se hará énfasis en la estructura del Estado y la necesidad de un *hacer* para garantizar el bienestar de los individuos, que en últimas se vislumbra como el de la sociedad en conjunto, entendiendo que el lleno de las garantías constitucionales no sólo se logra a través de las llamadas libertades negativas, sino que es imprescindible que el aparato estatal desencadene una serie de actuaciones positivas para alcanzar el goce efectivo de los derechos”.

³³⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, *Ob. cit.*, Art. 83. *El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución.*

atente contra dicho derecho, por parte del Estado, particulares o entidades que se encuentre en una situación de poder similar a la Estatal, se podría llevar a cabo su exigibilidad por la vía de la responsabilidad civil³³⁷, debido a considerarse obligación del Estado la preservación conservación y acceso agua.

De lo anterior se deduce que la transgresión a los derechos fundamentales, específicamente al Derecho Fundamental al Agua conlleva a una reparación, pero que al no proceder a una reacomodación material de las circunstancias o del derecho, como estaban antes de la violación, lo que procede es la reparación como indemnización de daños y perjuicios, previa comprobación de la existencia del daño ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia³³⁸.

24.4.1. Acción por Daños y Perjuicios

La acción por daños y perjuicios, constituye un juicio mediante el cual se prueba la existencia de responsabilidad civil, es decir, mediante el

³³⁷ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías... cit.*, P. 6. Ferrajoli hace énfasis en la importancia de los derechos, en especial de los fundamentales, dentro de la evolución del Estado como una forma de protección de los más débiles frente a las fuerzas del mercado capitalista: "(...) los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos –desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales- como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional"

³³⁸ SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, con referencia, 27-Ap-2004 de las 12:00 m. del día 1/9/2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, Sala de lo Civil, Coordinador Mauricio Ernesto Velasco Zelaya, compiladora Wendy González Penado, 2005, P. 9. El fallo de la Sala de lo Constitucional en modo alguno es en sí mismo una condena a los daños y perjuicios, desde luego que aquél deja la vía abierta para que puedan liquidarse en sede judicial. Ahora bien, el juicio es ciertamente el medio para probar la existencia de los daños y los perjuicios y, en consecuencia, cuantificarlos. La violación constitucional conlleva una reparación, sea material o moral, según el caso y el mérito de las probanzas.

ejercicio de esta acción³³⁹, se comprueba la cuantía de los daños y los perjuicios causados por la vulneración de un derecho fundamental, situación que implica la reparación ya sea material o moral³⁴⁰.

La reclamación de la responsabilidad civil, mediante una demanda³⁴¹, en la cual, se ejercita acción de daños y perjuicios sobre la base de la vulneración o atropello de un derecho fundamental -como el DFA-, tiene como presupuesto jurídico procesal³⁴², el pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional³⁴³, quien es el órgano competente para conocer, sobre los derechos fundamentales, ya sean individuales- a exclusión de la libertad ambulatoria-, o sociales, mediante proceso de amparo; esto significa que mediante un amparo, ante la Sala de lo Constitucional, se establecerá la ordinarización de la responsabilidad civil, mediante ejercicio de una acción de

³³⁹ ECHANDIA, D., *Teoría General del Proceso*, Universidad de Buenos Aires, s.d., Argentina, S.F. Imp., P. 189. “la acción es el derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia a través de un proceso.”

³⁴⁰ SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, con referencia. 27-Ap-2004 de las 12:00 m. del día 1/9/2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, cit., p. 9.

³⁴¹ SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, referencia 134-C-2005, de las 8:50 a.m., del día 22/11/2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, cit., p.17. “la demanda es el instrumento a través del cual se interpone la pretensión, es en ella donde encontramos todos los elementos que sirven a los efectos de, delimitar la pretensión y que constituye la causa de pedir. Es en la demanda donde se fija la Litis de parte del actor, de ahí que es a partir de ello que el juzgador debe partir para resolver en forma favorable, todo ello en virtud del principio de congruencia preceptuado en el Art. 421 Pr. C” (ahora derogado) el paréntesis es nuestro.

³⁴² VÉSCOVI, E., *Teoría General del Proceso*, Ed. Temis, S.A., s.e., Bogotá, Colombia, 1984, P. 93. “Los presupuestos procesales son, entonces, los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida; CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. S.E., s.e., Buenos Aires, Argentina, cit. Por: VÉSCOVI, E., *Ob. cit.*, P. 93. Para Calamandrei, los presupuestos son “las condiciones que deben de existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito”

³⁴³ SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Sala de lo Civil, referencia 23-Ap-2004 de las 11: 20 a.m. del día 23/2/2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, cit. P. 11. “Dable es aclarar que la sentencia de la Sala de lo Constitucional, no es en sí misma una condena a los daños y perjuicios, únicamente deja la vía abierta para que puedan declararse, y, en su caso, liquidarse en un juicio ordinario o sumario respectivamente. El proceso es, por tanto, el medio para acreditar la existencia de los daños y perjuicios y cuantificarlos”.

daños y perjuicios ante un juzgador ordinario, siendo esto el presupuesto jurídico procesal a tener en cuenta para entablar una demanda, ante jueces de primera instancia en materia civil.

Esta clase de acción como mecanismo de exigibilidad, del DFA en materia civil a criterio de la Sala de lo civil, puede entenderse como la pérdida sufrida –*damnum emergens*-, y la ganancia que se deja de percibir por acción u omisión –*lucrum cessana*-³⁴⁴; esto es daño al agua o de los mantos acuíferos–.

³⁴⁴ SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, referencia 134-C-2005 de las 08: 50 a. m. del día 22/11/2005, en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales*, cit. P. 11-13. “Por daños debe entenderse la pérdida que se sufre y por perjuicios, la ganancia que se deja de hacer por culpa de otro (*damnum emergens* et *lucrum cessana*). En otras palabras, el que hace un mal no sólo debe resarcir el daño que directamente a causado, sino también el menoscabo o perjuicio que fuere una consecuencia inmediata de su acción. Pues bien, la acción de indemnización de daños materiales y morales por violación a derechos fundamentales, no solo tiene asidero legal en el Art. 245 Cn. Que a la letra dice: “Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución: sino también en las normas de rango internacional, en las cuales se ha desarrollado ampliamente esta responsabilidad. En ese sentido, se impone traer a cuenta algunas apreciaciones o criterios sostenidos jurisprudencialmente por los Organismos que conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, los cuales deben ser retomados a nivel interno, como ha quedado declarado en la sentencia emitida por nuestra Sala de lo Constitucional, en el caso de que se trata. El derecho a una indemnización justa está reconocido en los Tratados Internacionales, que son ley de la Republica –Art. 144 Cn.-, y los Estados tienen la obligación de respetar y cumplir. Al efecto, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –ratificada por El Salvador- en su Art. 63. 1, establece el derecho de toda persona a la que se le han violentado sus derechos humanos, a que se reparen las consecuencias de la medida o situación que han configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Por consecuencia, los Estados tienen la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la Convención, y procurar el restablecimiento –si es posible- del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Sin duda, la mayor satisfacción que se puede ofrecer a la víctima de una violación de derechos fundamentales, consiste, precisamente, en garantizarle el ejercicio del derecho atropellado que ha dado origen al proceso respectivo; es decir, hacer cesar la referida violación, eliminando la causa de la misma y haciendo cesar sus efectos. Pero, teniendo en cuenta la naturaleza de la violación cometida, la sentencia no siempre podría exigirse garantice el derecho conculcado en el sentido de restablecer las cosas a su estado anterior, cuando ello ya no es posible. La indemnización, como una de las formas de reparación, procede cuando no es posible la *restitutio in integrum*. Respecto al alcance de la indemnización, cabe señalar que no es una tarea sencilla, pues los bienes afectados no se pueden medir y cuantificar en término monetarios. Sin embargo, existen

24.5 Mecanismos de exigibilidad en la vía Internacional

En el ámbito internacional, El salvador se constituye como sujeto de derecho internacional³⁴⁵, ya que el Estado de El Salvador es soberano e independiente –Art. 83 Cn.-³⁴⁶, el cual es miembro de la ONU Organismo internacional de carácter universal- y de la OEA Organismo internacional de carácter regional.

El Salvador como Estado miembro, en el ámbito universal de la ONU y en el ámbito regional de la OEA, ha adoptado diferentes instrumentos de

critérios básicos que sirven para orientar la formulación de una respuesta, entre los cuales no se puede emitir el carácter fundamental que se ha asignado a los derechos protegidos por la Convención y por la Constitución de la Republica; y, en segundo lugar, las características de una indemnización que pueda considerarse justa (...) En ese sentido, las reparaciones que se establezcan en la sentencia deben guardar relación con las violaciones de los derechos fundamentales en que haya incurrido el funcionario y respecto de las cuales se haya establecido su responsabilidad: pero la “indemnización” no puede implicar ni un enriquecimiento, ni un empobrecimiento para la persona a la que se le violaron sus derechos (...) En nuestro Derecho Civil, las categorías jurídicas –propias de esta rama del Derecho- que se han utilizado para determinar el monto de las indemnizaciones (tales como daño material –daño emergente y lucro cesante- y (daño moral), han estado fuertemente determinadas por un contenido e interés netamente patrimonial, marginando lo más importante en la persona humana que es su condición de ser espiritual, por lo que son inadecuados o insuficientes cuando se les traslada al dominio de los derechos fundamentales. En ese sentido, en el marco de este último, las reparaciones o indemnizaciones deben determinarse con base a criterios que se fundamenten no solo en la relación del ser humano con sus bienes o su patrimonio, o en su capacidad laboral, y en la proyección de estos elementos en el tiempo, sino que deben tomar en cuenta integridad de la personalidad de la víctima, y el impacto que ha tenido sobre esta la violación del derecho respectivo”.

³⁴⁵ Cfr. MORENO PINO, I., *La Diplomacia*, Ed. SER, México, 1996; CANSACCHI, G., “Identité et Continuité des sujets Internationaux”, en *Recueil des Cours*, Tomo 130, 1970; WERNER, L., *Law and Politics in the International Society*, Beverly Hills, 1976, Cit. Por CASTRO VILLALOBOS, José Humberto y AGRAMÓN GURROLA, Claudia Verence, *Derecho Internacional Público*, Volumen 7, Oxford University Press México S. A. DE C. V. México, 2002, P. 126. Los sujetos de derecho internacional son “entidades capaces de tener derechos y deberes internacionales y dotados de la capacidad de preservar sus derechos mediante el ejercicio de los recursos internacionales pertinentes”.

³⁴⁶ CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR, *Ob. cit.*, Art. 83. “El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”.

derechos humanos³⁴⁷, que abordan o reconocen el derecho al agua; entre los instrumentos internacionales de la esfera universal se encuentran el PIDESC, la CDN, y la CEDAW, los cuales constituyen mecanismos internacionales que conforman una parte del sistema universal de derechos humanos que regulan o reconocen el derecho al agua, y en el ámbito regional ha adoptado instrumentos de carácter interamericanos que hacen un reconocimiento implícito de los derechos económicos y sociales que propugna el PIDESC, entre ellos, el derecho al agua mediante la OG 15, entre estos instrumentos se encuentran el Pacto de San José de Costa Rica, y el protocolo de San Salvador, los cuales son instrumentos ratificados por El Salvador y que forman parte del acervo jurídico interno como leyes de la República, que son parte a su vez del sistema de derechos humanos en el ámbito interamericano.

El Estado de El Salvador al haber suscrito y ratificado convenios internacionales tanto del sistema universal de los derechos y del sistema regional de los derechos humanos, con fundamento en el Art. 144 Cn. se constituyen leyes de la República³⁴⁸, y por ende el Estado se obliga al

³⁴⁷ O'DONNELL, D., *Protección Universal de los derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, 1ª ed., Lima, Perú, 1988, pp. 18-19. "Las convenciones y tratados de derechos humanos tienen contenido específico y diferencial, con lo que queda configurada como una rama singular, el derecho internacional de los derechos humanos (...) Estos instrumentos son obligatorios para los Estados que voluntariamente los han ratificado o adherido, salvo en aquellas partes, en que han hecho reserva expresa que no sea incompatible con el objetivo del tratado".

³⁴⁸ ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humanos*, cit., pp. 55-56. Los tratados internacionales adoptados, suscritos y ratificados por El Salvador, se adhieren a la teoría monista, en el sentido que tiende a unificar el derecho nacional con el derecho internacional del cual es parte. Las precisiones en cuanto al funcionamiento de esta relación estrecha son las siguientes: a) Los tratados internacionales constituyen leyes de la república, siendo por tanto de cumplimiento obligatorio. b) Ninguna ley ordinaria tiene capacidad para modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente. Es decir, El Salvador puede denunciar un tratado del que es parte y retirarse de él, pero no puede modificarlo ni exonerarse de su cumplimiento por expresión de voluntad unilateral. c) En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado. Este concepto expresa con claridad que la jerarquía de las

respeto de los derechos humanos³⁴⁹, que en el caso de los instrumentos antes mencionados se obliga al respeto del DFA y a su reconocimiento e institucionalización en el derecho interno³⁵⁰, situación que constituye o

leyes corre a favor de los tratados internacionales. en este mismo sentido FAÚNDEZ, H., *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, Venezuela, 1992, pp 33-34. Para este autor cada Estado tiene sus propios mecanismos de incorporación y trato que le da en su legislación interna a las normas internacionales. continua diciendo “como se sabe, sobre este punto existe una antigua discusión teórica sobre el dualismo y el monismo en cuanto al valor del derecho internacional en el orden interno. Para los primeros, el derecho internacional y el derecho interno son dos sistemas de derechos iguales, independientes y separados, que no se confunden jamás; por tanto, un tratado internacional no crea derecho interno sino que constituye un acto específico de naturaleza y consecuencias jurídicas en sí mismo. La teoría dualista está hoy día superada y es en todo caso inaplicable al derecho internacional de los derechos humanos, que justamente se caracteriza por una interrelación sustantiva y unitaria con el derecho interno, al cual influyen, asumiendo además los Estados obligaciones específicas de cumplimiento y adaptación. Para los monistas la separación radical entre la norma internacional y la interna no existe; su planteamiento señala más bien que una y otra se interrelacionan, constituyendo elementos distinguibles en su origen y formulación, pero configurando un ordenamiento jurídico único”.

³⁴⁹ SZABO, I., “Fundamentos Históricos de los Derechos Humanos y Desarrollos Posteriores”, en AA. VV. *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, ediciones del Serbal, Barcelona, 1984, pp. 72-79. Para Imre Szabo, la aplicación en el ámbito interno de las normas internacionales están ligadas al hecho mismo de la obligatoriedad de cumplirlas que asume el Estado, en el momento en el que ha ratificar una convención de derechos humanos no sólo e está comprometiéndose a respetar las cláusulas que contiene el texto del cual es parte, sino también a tomar las medidas adecuadas para mantener y establecer un estado de cosas “acorde con las convenciones y proporcionar un sistema de apelación al alcance de los ciudadanos”. Este planteamiento de Szabo apunta a la naturaleza misma del vínculo que adquiere el Estado, al ratificar y formar parte de una convención, pero con el agregado de que cuando se trata de derechos humanos el compromiso internacional está directamente referido a la protección de éstos, puesto que la esencia del derecho internacional de los derechos humanos es el respeto al ser humano y la igualdad de los ciudadanos ante la ley en los diversos Estados; ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humano*, cit., pp. 47-48. “Cuando se trata de cumplir obligaciones referentes a la protección de los derechos humanos, los Estados no deben actuar con dos registros diferentes; uno el de los pactos internacionales y el otro el de la legislación nacional. De lo que se trata es más bien de una sola concepción y de un cuerpo integrado, puesto que los Estados están obligados a poner en práctica los compromisos asumidos al ratificar los convenios internacionales de derechos humanos, sea porque se aplican expresamente, como parte del compromiso adquirido, porque se incorporan de manera explícita a la legislación nacional, reforzándola o modificándola si hubiere contradicción y, porque finalmente, se realizan, a través de la práctica reiterada como derecho internacional consuetudinario

³⁵⁰ CHIPOCO, C., *En Defensa de la Vida*, CEP, Lima, Perú, 1992, pp. 179-186. Para este autor dada la amplitud normativa alcanzada por el derecho internacional de los derechos humanos y la universalidad de sus principios, está fuera de duda la influencia y estrecha

conforman la relación jurídica que permite hacer valer dicho derecho en el ámbito internacional mediante los organismos creados para la tutela de los derechos humanos en el ámbito universal, constituyendo estos órganos conjuntamente con los instrumentos internacionales ratificados por El Salvador que reconocen el derecho al agua como mecanismo de exigibilidad en el plano internacional.

Los órganos encargados para el cumplimiento y respeto de los derechos humanos en el plano internacional universal y regional se encuentran: la CDH, el cual constituye el organismo competente para asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el contexto universal, es decir, por los Estados partes de instrumentos internacionales de derechos humanos³⁵¹, emitidos por el sistema universal a cargo de la ONU; la Comisión IDH y la Corte IDH, los cuales, son los órganos contralores en el

relación existente entre esta rama del derecho internacional y el derecho nacional de los Estados, por ello con acierto afirma “que usualmente lo que las constituciones denominan como derechos fundamentales, son las mismas normas de derechos humanos incorporadas en el ordenamiento jurídico internacional”.

³⁵¹ Entre los Tratados Internacionales o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, adoptados por la Organización de Naciones Unidas –ONU- y Ratificados por el Estado de El Salvador se encuentran: PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966), Decreto Legislativo N° 27 de 23 de Noviembre de 1979, D.O. N° 218 de Noviembre de 1979; PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO, INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966), Decreto Legislativo N° 321 de 30 de Marzo de 1995, D.O. N° 82 de 5 de Mayo de 1995; PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1996), Derechos Legislativo N° 27 de 23 de Noviembre de 1979, D.O. N° 218 de 23 de Noviembre de 1979; CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS, INHUMANOS O DEGRADANTES (1984), Decreto Legislativo N° 833 de 23 de Marzo de 1994, D.O. N° 92 de 19 de Mayo de 1994; CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989), Decreto Legislativo N° 487 de 27 de Abril de 1990, D.O. N° 108 de 9 de Mayo 1990; CONVENCION SOBRE LA PROTECCION DE MENORES Y LA COOPERACION EN MATERIA DE ADAPTACION INTERNACIONAL (1993), Decreto Legislativo N° 339 de 2 de Julio de 1998, D.O. N° 140 de 27 de Julio de 1998; CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (1979), Decreto Legislativo N° 705 de 2 de Junio de 1981, D.O. N° 105 de 9 de Junio de 1981; CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS POLITICOS DE LA MUJER, Decreto Legislativo N° 754 de 15 de Diciembre de 1993, D.O. 17 de 25 de Enero de 1994; CONVENCION SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (1951), Decreto Legislativo N° 167 de 22 de Febrero de 1983, D.O. N° 46 de 7 de Marzo de

plano regional del asegurar el cumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos³⁵², ratificados por los Estados americanos³⁵³.

1983; PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (1966), Decreto Legislativo N° 167 de Febrero de 1983, D.O. N° 46 de 7 de Marzo de 1983, CONVENCION PARA LA PREVENCIÓN Y SANCIÓN Y SANCIÓN DE DELITO DE GENOCIDIO (1948), Decreto Legislativo N° 803 de 5 de Septiembre de 1950, D.O. N° 192 de 5 de Septiembre de 1950; CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN RACIAL (1965), Decreto Legislativo N° 27 de 23 de noviembre de 1979, D.O. N° 218 de 23 de Noviembre de 1979; CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESIÓN Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DEL APARTHEID (1973), Decreto Legislativo N° 27 de 23 de Noviembre de 1979, D.O. N° 218 de 23 de noviembre de 1979; CONVENCION INTERNACIONAL CONTRA EL APARTHEID DE LOS DEPORTES (1985), Decreto Legislativo N° 59 de 25 de Agosto de 1988 D.O. N° 76 de 23 de septiembre de 1988; CONVENCION SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL RATIFICACION (1952), Decreto Legislativo N° 2711 de 17 de Septiembre de 1958, D.O. N° 188 de 9 de Octubre de 1958; CONVENCION INTERNACIONAL CONTRA LA TOMA DE REHENES (1979), Decreto Legislativo N° 467 de 6 de Noviembre de 1980, D.O. N° 217 de 18 de noviembre de 1980; CONVENCION SOBRE LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DE DELITOS CONTRA PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUSIVE LOS AGENTES DIPLOMÁTICOS (1973), Decreto Legislativo N° 250 de 27 de Mayo de 1980, D.O. N° 102 de 2 de Junio de 1980; CONVENCION UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR (1971), Decreto Legislativo N° 16 de julio de 1978, D.O. N° 163 de 4 de septiembre de 1978.

³⁵² Entre los Tratados Internacionales o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, adoptados por la Organización de Estados Americanos –OEA- y Ratificados por el Estado de El Salvador se encuentran: LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ) (1969), Decreto Legislativo N° 5 de 15 de junio de 1978, D.O. N° 113 de 19 de junio de 1978; DECLARACION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Decreto Legislativo N° 319 de 30 de marzo de 1995, D.O. N° 82 de 5 de mayo de 1995; PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PROTOCOLO DE SAN SALVADOR) (1988), Decreto Legislativo N° 320 de 30 de marzo de 1995, D.O. N° 82 de 5 de mayo de 1995; CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA (1985), Decreto Legislativo N° 798 de 2 de febrero de 1994, D.O. N° 127 de 8 de julio de 1994; CONVENCION INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Decreto Legislativo N° 430 de 23 de agosto de 1995, D.O. N° 154 de 23 de agosto de 1995; CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONCESION DE LOS DERECHOS POLÍTICOS A LA MUJER (1948), Decreto Legislativo N° 123 de 17 de enero de 1951, D.O. N° 45 de 6 de marzo de 1951; CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE CONCESION DE LOS DERECHOS CIVILES A LA MUJER (1948), Decreto Legislativo N° 124 de 17 de enero de 1951, D.O. N° 45 de 6 de marzo de 1951; CONVENCION SOBRE EL ASILO TERRITORIAL (1954), Decreto N° 1567 de 12 de agosto de 1954, D.O. N° 159 de 30 de agosto de 1954; CONVENCION SOBRE EL ASILO DIPLOMÁTICO (1954), Decreto Legislativo N° 1567 de 12 de agosto de 1954, D.O. N° de 30 de agosto de 1954; CONVENCION PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS ACTOS DE TERRORISMO CONFIGURADOS EN DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y

El Salvador, al ser miembro de la ONU, ha ratificado el PIDCP³⁵⁴, el cual, en el Art. 28° crea al CDH, Organismo que depende administrativamente del ECOSOC de las ONU³⁵⁵, así como además es miembro de la OEA, y ha ratificado la CADH, o Pacto de San José de Costa Rica³⁵⁶, el cual, en el Art. 33° establece como órganos competentes: La Comisión IDH y la Corte IDH, que constituyen los organismos regionales

LA EXTORSIÓN CONEXAS CUANDO ÉSTOS TENGAN TRASCENDENCIA INTERNACIONAL.

³⁵³ ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humano*, cit., P. 71. “Para la protección de derecho humanos, el sistema internacional de las Naciones Unidas ha creado organismos y mecanismos especializados que se ocupan de la problemática, sin perjuicio de que la propia Asamblea General, el Consejo de Seguridad y la Secretaría General adopten acuerdos que indistintamente pueden profundizar la doctrina de los derechos humanos, como referirse a situaciones específicas que requieren la acción preventiva o correctiva de las Naciones Unidas. Igualmente, el Sistema Interamericano ha creado instancias y procedimientos encargados de la protección de los derechos humanos. Sobre la vigencia de éstos puede ocuparse directamente el organismo permanente de la OEA, que tiene su sede en Washington y desde luego, la Asamblea General, que recibe un informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Pero es principalmente este organismo el que tiene a su cargo el trabajo sustantivo de conocimiento, investigación, diagnóstico, elaboración de proposiciones, presentación de informes anuales e inclusive, la capacidad para constituirse en parte ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

³⁵⁴ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, adoptado el 16 de diciembre de 1966, ratificado por D. L. N° 27 del 23 Noviembre de 1979, publicado en el D. O. N° 218 del mismo mes y año.

³⁵⁵ PACHECO, M., *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*, Ed. Jurídica de Chile, s. e., Santiago de Chile, 1991, P. 72. para Pacheco, a través de diversos instrumentos, las Naciones Unidas ha creado organismos encargados de la protección de los derechos humanos, considerando que “son numerosos los Pactos y Convenciones que contienen un mecanismo encargado de supervisar el cumplimiento de los respectivos pactos.” Pero uno de los más importantes es el establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se crea en el artículo 28° el Comité de Derechos Humanos, compuesto por 18 miembros, elegidos a título personal (...) pero es a través de la Comisión de Derechos Humanos, que depende administrativamente del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), que el sistema internacional dispone de un organismo especializado para la protección de los derechos humanos, así como de mecanismos y de procedimientos especiales, que proveen de la información y del seguimiento de las denuncias que señalan situaciones objetivas de violación.

³⁵⁶ LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, cit. El pacto de San José de Costa Rica, establece en el Art. 33° que los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención, son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

para conocer lo referente al cumplimiento de los compromisos contraídos por el Estado de El Salvador como Estado parte de la convención.

Es menester aclarar que cuando el Estado de El Salvador ratificó el pacto de San José de Costa Rica, lo hizo bajo reservas³⁵⁷ que limitaban la competencia de la Corte IDH³⁵⁸; dicha reserva mediante la cual El Salvador no aceptó la competencia de la Corte no permite la consolidación de un Estado constitucional de derecho, por ello, en la actualidad El Salvador ha aceptado la competencia de la Corte IDH como órgano regional de Protección de los derechos Humanos³⁵⁹.

³⁵⁷ ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humanos*, cit., P. 58. “El instrumento de ratificación se recibió de la Secretaria General de la OEA el 23 de junio de 1978, con una reserva y una declaración. Se procedió un trámite de ratificación de la reserva de conformidad con la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados suscrita el 23 de mayo de 1969. En este caso, la reserva formulada por El Salvador al ratificar su participación en el pacto de San José, significa que expresamente este país, al no reconocer la competencia de la Corte, no acepta la jurisdicción supranacional. Por lo tanto, la Comisión Interamericana de derechos humanos no podría admitir denuncias referentes a violaciones de derechos humanos presentadas por personas salvadoreñas”. En dicha reserva se argumentó lo siguiente: “*Ratifíquese la siguiente presente Convención, interpretándose las disposiciones de la misma en el sentido de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo tendrá competencia para conocer de cualquier caso que le pueda ser sometido, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por cualquier Estado parte, siempre y cuando el Estado de El Salvador, como parte en el caso, haya reconocido o reconozca dicha competencia, por cualquiera de los medios y bajo las formalidades que la misma convención se señalan. Ratifíquese la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, llamada “Pacto de San José de Costa Rica” suscrita en San José, de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, compuesta por un preámbulo de 82 artículos, aprobada por el poder ejecutivo en el Ramo de Relaciones Exteriores mediante Acuerdo número 405, de fecha 14 de Junio del corriente año, haciendo la salvedad que tal ratificación se entiende sin perjuicio de aquellas disposiciones de la convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos con la Constitución Política de la República*”.

³⁵⁸ En atención a esto el Art. 69° del CADH, establece que solo los Estados parte que reconocen expresamente su competencia pueden actuar ante la Corte Interamericana de Justicia para que pueda ejercitar en una instancia supranacional de derechos humanos.

³⁵⁹ COMISION INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sistema de Peticiones y Casos, folleto Informativo de los cincuenta años de la CIDH*, Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos, 2010. Los Estados que han reconocido la competencia de la Corte IDH son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

24.5.1. Mediante comunicación o queja ante la Comisión de Derechos Humanos

La ONU, ha creado en el plano internacional una pluralidad de instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales, atendiendo a los derechos que propugna cada instrumento, así será el procedimiento a seguir para garantizar ante el órgano competente el respeto de los derechos humanos³⁶⁰; debido a esta amplitud de procedimientos se hace necesario clasificarlos en procedimientos convencionales y extra convencionales, los cuales constituyen parte de los mecanismos de exigibilidad en el plano internacional³⁶¹.

³⁶⁰ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humano*, cit., P. 82. Las Naciones Unidas han sido particularmente creativas en cuanto generación de instrumentos de derechos humanos. Una recopilación de 1988 enumera 68 textos de convenciones, declaraciones y demás documentos internacionales de derechos humanos. Todos los que se han expedido en el ámbito de las Naciones Unidas consideran distintas formas de procedimientos, que derivan de la naturaleza de su texto.

³⁶¹VAN BOVEN, T., "Reseña del Sistema Internacional de Derechos Humanos", en *Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra, 1992, pp. 7-8. Para Theo Van Boven se pueden considerar distintos modos de procedimientos internacionales, que tienen sin embargo en común una finalidad de supervisión (...) el mismo autor considera que dada la amplitud e importancia que ha adquirido esta cuestión de los procedimientos, conviene hacer la distinción entre procedimientos convencionales y extra convencionales, dentro del sistema de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos. Los Procedimientos Convencionales, se entiende como aquellos procedimientos y mecanismos de control que convienen del texto mismo de los tratados y convenciones suscritos dentro del marco de las Naciones Unidas. Tales documentos suelen establecer un organismo encargado de la supervisión en lo que se refiere al cumplimiento de tratado y de accionar los procedimientos de control correspondientes. Estos procedimientos tienen carácter jurídico y los Estados que ratifiquen dichos tratados "aceptan ipso facto cooperar de buena fe con los organismos de control". Los procedimientos convencionales son muy variados y dependen directamente de la manera y alcances como han sido concebidos en el respectivo tratado; ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humano... cit.*, P. 82. "Ante la insuficiencia de los mecanismos convencionales, la practica sobre todo de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha imaginado mecanismos no convencionales, en los que el Estado y su participación o no en los tratados no signifiquen un obstáculo para la protección de los derechos humanos. Por la vía de estos mecanismos extra convencionales lo que se ha tratado es de facilitar los procedimientos de admisibilidad de las denuncias, la investigación,

Los procedimientos convencionales, son los mecanismos creados por medio de tratados para poder procesar o dar trámite a quejas o denuncias, hechas por los Estados o particulares; estos procedimientos convencionales, son reconocidos o se constituyen en medio para la tutela de los Derechos Humanos, como el DHA en el plano universal previo ratificación del tratado por el Estado que alega o denuncia la tutela del derecho transgredido o que pueda ser transgredido³⁶².

Estos procedimientos convencionales, pueden llevarse a cabo mediante mecanismos no contenciosos, y cuasi contenciosos; los primeros pueden consistir en la recepción de informes periódicos, los cuales, se utilizan con el objeto de evaluar la medidas, adoptadas por los Estados en atención al respeto de los derecho humanos, así como lo buenos oficios y los contactos directos; los segundos están orientados a la tutela de los derechos humanos³⁶³, ante la CDH, el cual, es un organismo creado por el PIDCP y es

la adopción de acciones urgentes y la corrección de situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones en los derechos humanos”.

³⁶² VAN BOVEN, T., *Ob. cit...*, P. 7.

³⁶³ VILLÁN DURAN, C., *Curso Internacional de los derechos Humanos*, Strausburg, julio 1993, pp. 120-125. Carlos Villán Durán, quien ha realizado un acucioso trabajo de organización, clasificación y análisis sobre el tema de los procedimientos, señala que en campo de la protección convencional de los derechos humanos existen los mecanismos no contenciosos, consistentes en “la recepción de informes periódicos”, para evaluar las medidas adoptadas por los Estados en relación con el respeto de los derechos humanos tal y como figuran en la Declaración Universal de los Derecho Humanos, así como el derecho a la libre determinación de los pueblos. Para Villán Durán, en lo que se refiere a los mecanismos procedimentales de la ONU. Los primeros y más simples son los que están previstos en ocho instrumentos convencionales en vigor: Eliminación de todas las formas de discriminación racial, Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de Derechos Económicos y Sociales, Eliminación sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, Convención Contra la Tortura, sobre los Derechos del Niño y Contra el Apartheid en los Deportes. No todos los tratados internacionales de la materia tienen este sistema de control de informes periódicos, pero “la tendencia es, sin embargo, ampliar esta posibilidad y, desde luego, a incorporarla en los nuevos textos que se codifiquen”. En el procedimiento, los informes son enviados a comisiones de expertos que estudian y analizan con los Estados los informes recibidos, y sugieren proposiciones. En términos generales podría estimarse que lo que funciona para estos casos es una especie de presión moral. Desde luego, lo fundamental es que los informes periódicos se emitan y que las recomendaciones de los

el organismo en donde se pueden materializar las quejas o comunicaciones entre Estados.

En este sentido puede argumentarse que el CDH, creado por el PIDCP, puede considerarse como un organismo cuasi judicial, al cual, el Estado de El Salvador, se somete por haber ratificado dicho Pacto; mediante este organismo se puede exigir la protección de derechos humanos en el ámbito universal³⁶⁴, ya que es competente para conocer de cualquier vulneración de derechos humanos, inclusive el derecho al agua, aunque este sea un Derecho propugnado por el PIDCP, sino que de la interpretación auténtica hecha al PIDESC, por medio de la OG 15.

Esto resulta así debido a que el PIDCP es parte de la carta universal de derechos humanos de la ONU, además porque en el Art. 19 del

expertos sean aceptadas. De no ser así, el mecanismo se convertiría en burocrático e inocuo. Dentro de los mecanismos que Villán clasifica como no contenciosos están además los buenos oficios y los contactos directos. El artículo 99 de la Carta de la ONU, faculta especialmente al Secretario General, para dar cuenta al Consejo de Seguridad sobre situaciones que ponen en peligro la paz y seguridad internacionales. Los buenos oficios del Secretario General se han ampliado hacia otros organismos internacionales e inclusive se han extendido hacia Relatores, Representantes Especiales y Grupos de Trabajo, a los que se les solicita interponer sus buenos oficios, para conseguir se ponga fin a situaciones que ponen en peligro la vigencia de los derechos humanos. Dentro de los procedimientos convencionales existen también “los mecanismos cuasi contenciosos”, mediante los cuales se prevén comunicaciones o quejas entre Estados, sobre bases convencionales, generalmente facultativas y donde el procedimiento que se aplica es confidencial. Existen tres tratados que prevén este mecanismo: Contra la Discriminación Racial, la Convención Contra la Tortura, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero en la práctica “solo el Comité de Derechos Humanos, previsto en el PIDCP y el Protocolo Facultativo, ha desarrollado ampliamente esta competencia.

³⁶⁴ Sobre este punto parece interesante el argumento de: O DONNELL, D., *Ob. cit.*, P 31. Daniel O Donnell considera que el Comité de Derechos Humanos es “El mecanismo más importante para el examen de denuncias individuales en el sistema universal”. Además añade que “la competencia del Comité para conocer denuncias no es obligatoria para los Estados Partes en el Pacto, sino tan solo para los Estados que ratifican su Protocolo Facultativo”. Dicho comité está Compuesto por 18 expertos independientes, electos por una asamblea de los Estados Partes en el Pacto, para O Donnell, el Comité puede ser considerado como un mecanismo cuasi judicial para la protección de los derechos humanos, pues reviste algunas, aunque no todas, de las características de un Tribunal Internacional.

PIDECP autoriza al ECOSOC a transmitir a la CDH los informes que obren sobre el tema de derechos humanos presenten los Estados o los Organismos creados por el ECOSOC; esto incluye al CDESC³⁶⁵.

El procedimiento, ante la CDH, como parte del sistema universal de derechos humanos, distingue cuatro fases a saber³⁶⁶:

- a) La admisibilidad, que requiere varios requisitos para que se lleve a cabo, estos son: la identificación del denunciante la compatibilidad de la comunicación con las normas del pacto el que no constituya un abuso del derecho de petición, el que el mismo asunto no se presente a instancias internacionales y desde luego el agotamiento de los recursos internos.
- b) El establecimiento de los hechos, fase en la que se analizan todas las informaciones disponibles en vía de prueba de la denuncia, para hacer la respectiva calificación jurídica.
- c) Las observaciones del Comité, que contiene la opinión respecto si se ha violado o no las normas del Pacto.
- d) La decisión sobre el fondo o sobre la admisibilidad del Comité

³⁶⁵ Es menester aclarar que esto no limita la competencia de la Corte Internacional de Justicia, mediante un procedimiento convencional contencioso donde la protección reviste un carácter judicial en este nivel el organismo más importante es la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, por lo que tiene competencia en los litigios que las partes le someten y en todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de la ONU o en los Tratados y Convenciones vigentes. Sobre esto puede consultarse: ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, ARTÍCULO 36. 1. De la lectura de esta disposición se deduce que la Corte sólo ve asuntos presentados por Estados y su competencia es facultativa. Según el Estatuto pueden dirimir controversias entre Estados en cuanto a la interpretación y aplicación de ellos, lo cual puede beneficiar la protección judicial de los derechos humanos. En todo caso debe quedar claramente establecido que un particular no puede establecer ante la Corte Internacional de Justicia en demanda de protección a sus derechos.

³⁶⁶ VILLÁN DURAN, C., *Ob. cit...*, pp. 154-159.

respecto de la denuncia, que puede ser mantenida en forma confidencial o publicada.

24.5.2. Mediante Comunicación o Queja ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Salvador en el ámbito regional, esto es, como Estado miembro de la OEA ha ratificado diversos tratados internacionales que conforman el sistema interamericano de derechos humanos³⁶⁷, el cual está integrado por la Comisión IDH³⁶⁸ y la Corte IDH³⁶⁹, a cuyo control está sometido el Estado

³⁶⁷COMISION INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sistema de Peticiones y Casos, folleto Informativo de los cincuenta años de la CIDH*, cit. Es un sistema regional de promoción y protección de derechos humanos y está compuesto por dos órganos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH” o “Comisión”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”), los cuales monitorean el cumplimiento por parte de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (“OEA”) con las obligaciones contraídas.

³⁶⁸CORTE INTERAMERICANA DE DERCHOS HUMANOS, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>. (Consultado 10 de septiembre de 2012). “La Comisión Interamericana fue creada en la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, con el fin de subsanar la carencia de órganos específicamente encargados de velar por la observancia de los derechos humanos en el sistema. Según el artículo 112 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la función principal de la Comisión es la de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia”. Está integrada por siete miembros que son propuestos por los Estados, y elegidos, a título personal, por la Asamblea General de la OEA. Los miembros de la Comisión no representan a sus países sino a los treinta y cinco Estados miembros de la OEA”.

³⁶⁹ *Ibidem*, <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>. (Consultado 10 de septiembre de 2012). “La Corte Interamericana es uno de los tres Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos, conjuntamente con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, se adoptó la resolución denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”, en la que se consideró que la protección de estos derechos “debe ser garantizada por un órgano jurídico, como quiera que no hay derecho propiamente asegurado sin el amparo de un tribunal competente”. La Corte fue creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, reunida en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La Convención entró en vigor en

de El Salvador para deducir responsabilidad internacional³⁷⁰ en materia de derechos humanos.

Para la aplicabilidad o sometimiento del Estado de El Salvador a la competencia de la Comisión IDH se debe transgredir un derecho humano – DA- contemplado en los diferentes instrumentos que conforman el sistema interamericano de derechos humanos y que han sido ratificados por El Salvador, así mismo, otro presupuesto que se debe de tener en cuenta es el agotamiento de los recursos internos³⁷¹ previstos en la legislación nacional;

julio de 1978 y la Corte inició sus funciones en 1979. El Tribunal se compone de 7 jueces nacionales de Estados miembros de la OEA elegidos, a título personal y a propuesta de los Estados Parte en la Convención Americana, por la Asamblea General de la OEA. Los jueces de la Corte no representan los intereses de los Estados que los proponen como candidatos. A la fecha, veintiún Estados Partes han reconocido la competencia contenciosa de la Corte: Costa Rica, Perú, Venezuela, Honduras, Ecuador, Argentina, Uruguay, Colombia, Guatemala, Suriname, Panamá, Chile, Nicaragua, Paraguay, Bolivia, El Salvador, Haití, Brasil, México, República Dominicana y Barbados”.

³⁷⁰CASTRO VILLALOBOS, J. H. y AGRAMÓN GURROLA, C. V., *Ob. cit.*, P. 118. La responsabilidad internacional se constituye como una “institución por la cual, cuando se produce una violación del derecho internacional, el Estado que ha causado esa violación debe reparar el daño material (reparación) o moral (satisfacción) causado a otro u otros Estados. Los elementos que deben estar presentes en la responsabilidad internacional son: 1) Violación del derecho internacional. 2) Imputabilidad de tal violación a un Estado. 3) Existencia de un daño material o moral”; sobre estos elementos de la responsabilidad internacional puede consultarse: *Vid.* SEARA VÁZQUEZ, M., *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, Decimo quinta ed., México, 1998, cit. por CASTRO VILLALOBOS, J. H. y AGRAMÓN GURROLA, C. V., *Ob. cit.*, P. 118. El jurista Modesto Seara Vázquez explica que dé el examen de estos elementos de la responsabilidad internacional es necesario que se produzca una violación del derecho internacional, y por tal violación debe entenderse por referencia a las obligaciones positivas y negativas del derecho internacional, que puede existir no solo por una acción del Estado (violación de un tratado, o de las inmunidades y privilegios de los agentes diplomáticos), sino también por una omisión, cuando el Estado permite que en su territorio se organicen fuerzas armadas destinadas a luchar contra el gobierno legal de otro país, cuando no toma las medidas adecuadas de protección a los súbditos extranjeros establecidos en su territorio.

³⁷¹ REGLAMENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009. *Artículo 31. Agotamiento de los recursos internos: 1. Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto la Comisión verificará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. 2. Las disposiciones del párrafo precedente no se aplicarán cuando: a. no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción*

en ese punto cabe aclarar que estos recursos internos no son vistos en el ámbito internacional como medios jurídicos procesales de impugnación, sino más bien, como los medios por los cuales se puede exigir un derecho fundamental en el ámbito nacional, siendo estos en la vía Administrativa, Civil, Penal y Constitucional –Amparo-.

24.5.2.1. Comunicación o Queja ante Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El procedimiento para la exigibilidad del derecho al agua en el plano internacional, ante la comisión IDH como mecanismo de exigibilidad en el plano internacional del sistema interamericano de derechos humanos debido a su función cuasi judicial, se inicia mediante la presentación de una petición ante la Comisión por medio de las personas particulares u organizaciones no gubernamentales en representación de estas³⁷², que se consideren agraviada o hayan sufrido violaciones a su DHA.

*interna, o haya sido impedido de agotarlos; o c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. 3. Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado en este artículo, corresponderá al Estado en cuestión demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente. en ese mismo sentido, ORDÓÑEZ SOLÍS, D. y Otros, *El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática*, Escuela Nacional de la Judicatura, 1ª ed., Santo Domingo, República Dominicana, 2007, P 104. Expresa que la Comisión y la Corte representan instancias subsidiarias de la actuación de los jueces nacionales y respecto de los derechos humanos reconocidos por la Convención americana. Por tanto, el agotamiento de los recursos internos constituye un requisito de la admisibilidad de cualquier petición individual.*

³⁷² *Ibidem*, P. 105. En el sistema americano, las denuncias pueden ser efectuadas por las víctimas, sus representantes, cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida legalmente en por lo menos uno de los Estados miembros de la OEA. Esta amplia legitimación permite distinguir entre la calidad de víctima (persona a quien se le han violado sus derechos) y de peticionario (quien presenta la denuncia). La legitimación activa ante la Comisión viene establecida en el artículo 44 de la Convención, ya que entiende por 'persona' a todo ser humano, y los grupos de personas que integran un litisconsorcio. En cuanto a las entidades no gubernamentales están sometidas a un solo requisito que consiste en el reconocimiento legal en uno o más Estados miembros de la OEA. La Comisión sólo puede conocer de las violaciones de derechos humanos atribuidas a

Esta petición ante la comisión puede llevarse a cabo a partir del día siguiente de habersele notificado al o los agraviados del derecho humano, es decir, a partir del último acto de notificación, del último recurso o instancia interna o nacional ante las que ha acudido para reclamar o exigir el derecho al agua; finalizando el plazo dentro de los seis meses siguientes contados a partir de dicha notificación, la comisión examina su admisibilidad teniendo en cuenta el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en el At. 46 de la CADH³⁷³.

En el supuesto que la petición reúna todos los requisitos formales de admisión se adjudica el caso, en ese sentido la Comisión habiendo ya examinado la petición transmite al Estado denunciado –en este caso a El Salvador- para que presente sus observaciones en un plazo de tres meses con posibilidades de prórroga, siempre y cuando sea debidamente justificado el incumplimiento.

Se inicia así un procedimiento ante la Comisión -regulado en el

los Estados sobre los cuales tiene competencia. La denuncia puede interponerse en ausencia de la autorización de la víctima o sus familiares.

³⁷³ LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, cit. *Artículo 46. 1, Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva; c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. 2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.*

artículo 48 de la CADH³⁷⁴-, en el cual se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de establecer una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la CADH. De no llegarse a una solución, la Comisión puede remitir el caso al conocimiento de la Corte mediante la presentación de la demanda -Artículo 32 del Reglamento de la Corte-

Mediante la presentación de una petición ante la Comisión IDH, las personas que han sufrido violaciones a sus derechos humanos pueden obtener ayuda. La Comisión investiga la situación y puede formular recomendaciones al Estado responsable para que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que hechos similares no vuelvan a ocurrir en el futuro y para que los hechos ocurridos se investiguen y se reparen.

³⁷⁴ Artículo 48. 1. La Comisión, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención, procederá en los siguientes términos: a) si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso; b) recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente; c) podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes; d) si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias; e) podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados; f) se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención. 2. Sin embargo, en casos graves y urgentes, puede realizarse una investigación previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad.

24.5.2.2. Sometimiento del caso por medio de la Comisión ante la Corte Interamericana mediante la presentación de la demanda

La Corte IDH como un órgano jurisdiccional de protección de los derechos humanos conformado por siete jueces, tiene dos funciones principales las cuales son: la función consultiva³⁷⁵, y la función contenciosa, siendo ésta última el mecanismo mediante el cual se puede exigir el cumplimiento del derecho al agua.

Para poder someter un caso de vulneración o transgresión de derechos humanos –en su caso del derecho al agua -, ante la jurisdicción de la Corte, se deben de observar tres condicionantes exclusivas, la primera que el caso sea sometido por medio de la Comisión IDH, y segundo que los Estados partes de la CADH hayan ratificado o reconocido la Competencia de la Corte y que se hayan agotado los recursos internos de cada Estado³⁷⁶; para el caso de El Salvador, al momento de declarar la aceptación de la Convención lo hace con reserva, pero al estar en tránsito de la búsqueda de un Estado constitucional y democrático de derecho, es que el año de 1995, acepta y reconoce la competencia jurisdiccional de la Corte³⁷⁷.

³⁷⁵ ORDÓÑEZ SOLÍS, D. y Otros, *Ob. cit.*, P. 109. Las opiniones consultivas o dictámenes implican la atribución a la Corte de la competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las normas de la Convención y de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La propia Corte Interamericana ha delimitado sus atribuciones en materia consultiva señalando: “en materia consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho para verificar su existencia sino a emitir su opinión sobre la interpretación de una norma jurídica. La Corte cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”.

³⁷⁶ CADH, *Ob. cit.*, Art. 61. “1. Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. 2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”. Estas disposiciones son referentes a la competencia y procedimiento de la Comisión.

³⁷⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Departamento de Derecho Internacional, Washington, D. C., disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#E1%20Salvador:

El procedimiento contencioso se inicia con la presentación de la demanda en la Secretaría de la Corte, recibida la demanda, se solicitará informe a la Comisión. La demanda debe notificarse a la Comisión y a los Estados involucrados mediante el envío de copias por el secretario, posterior a esto se inicia el examen del caso, el cual, es de naturaleza mixta, ya que comprende un estudio escrito y otro oral. Culminado el examen, la Corte resuelve mediante una sentencia sobre la base del derecho sometido a su competencia³⁷⁸.

(Declaración y reserva hechas al ratificar la Convención). (Consultado 20 de septiembre de 2012). El Estado de El Salvador, posterior a reserva a la competencia de la corte, realiza el Reconocimiento de Competencia, el 6 de junio de 1995: En el instrumento de reconocimiento el Gobierno de El Salvador declara: *"La Honorable Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, ratificó mediante Decreto Legislativo No. 319 de fecha 30 de marzo de 1995, el Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad al Artículo 62 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", la cual aparecerá publicada en el Diario Oficial No. 82, Tomo 327 correspondiente al 5 de mayo de 1995. I. El Gobierno de El Salvador reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin Convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 62 de la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José". II. El Gobierno de El Salvador, al reconocer tal competencia, deja constancia que su aceptación se hace por plazo indefinido, bajo condición de reciprocidad y con la reserva de que los casos en que se reconoce la competencia, comprende sola y exclusivamente hechos o actos jurídicos posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. III. El Gobierno de El Salvador, reconoce tal competencia de la Corte, en la medida en que este reconocimiento es compatible con las disposiciones de la Constitución de la República de El Salvador."*

³⁷⁸ ORDÓÑEZ SOLÍS, D. y Otros, *Ob. cit.*, pp.110-111. La demanda debe cumplir con los siguientes requisitos: todo Estado parte que quiera introducir un caso ante la Corte, conforme a lo dispuesto en el art. 61 de la Convención, entregará en la Secretaría la demanda con veinte copias, indicando el objeto de la misma, así como los derechos humanos involucrados y el nombre y dirección de su agente. Si la Comisión deseara introducir un caso ante la Corte, entregará conjuntamente con su informe en veinte ejemplares, una demanda debidamente firmada en la cual indicará su objeto, los derechos involucrados y el nombre de sus delegados. El examen del caso comprende dos etapas: una fase escrita y otra oral. La parte escrita consiste en la presentación de una memoria y una contra memoria, que pueden ser ampliadas si la Corte lo estima pertinente, con una réplica y una réplica. El procedimiento oral consiste en una audiencia con debates dirigidos por el presidente de la Corte.

CONCLUSIONES.

1° El Estado de derecho, conforme el denominado Estado pre moderno el cual, no reconoció el DFA, por concebir al agua, como un elemento que conforma un bien susceptible de apropiación del Estado, pero que constituye el punto de partida para que en el Estado moderno o constitucional de derecho le dé el rango de fundamental, debido a la contaminación que sufrió el agua, por la industrialización generalizada durante el siglo XIX.

2° El aparecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho, articulado por la carta de la ONU y la DUDH y su catálogo de derechos desarrollados por los diferentes instrumentos de derechos humanos, constituye el punto de partida que permite el concebir el DFA, esto resulta así debido a que diversidad de Estados han reconocido a los derechos humanos, como derechos fundamentales en el derecho interno, en la medida en que se han vinculado y obligado con la adopción de instrumentos internacionales como el PIDESC y su interpretación auténtica OG 15.

3° Los diversos cuerpos normativos de carácter internacional que reconocen el derecho al agua, con rango de derecho humano, implícitamente conlleva al reconocimiento del DFA, en la medida en que los Estados previo acogimiento y ratificación los instrumentos internacionales lo introduzcan o positivasen directa o indirectamente dentro del texto constitucional.

4° El desarrollo del estado constitucional de derecho conforma el paradigma posterior al estado de derecho, conformándose como Estado moderno, que se caracteriza fundamentalmente por el reconocimiento de

derechos fundamentales expresos o implícitos en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, que ha reconocido las bases normativas internacional desarrolladas en el ámbito universal por la ONU.

5° El DFA, constituye un derecho que conforma la columna vertebral que caracteriza y robustece al estado constitucional y democrático de derecho, cuyo reconocimiento en pocos Estados se ha hecho de forma expresa, pero, al ser un derecho que se vincula con derechos fundamentales como el derecho a la vida, la salud, la dignidad, y el medio ambiente, implícitamente permiten el reconocimiento como fundamental, ya que sin este derecho los otros no podrían efectivizarse.

6° El Estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales en general, y en específico el DFA, no pueden admitirse como una realidad separada, ya que, solo donde se reconocen y garantizan derechos fundamentales, como el derecho al agua, desde un punto de vista formal y material, se estará ante un Estado constitucional de derecho, debido a que con ello el Estado buscar nuevos medios de organización Estatal, que permitirá considerar que solo donde se encuentre un Estado constitucional de derecho, como manifestación posterior del Estado de Derecho, se podrá hablar de una auténtica efectividad del DFA.

7° Históricamente el reconocimiento del DFA, se ha realizado mediante la positivización formal del agua, mediante el reconocimiento de forma explícita en la Constitución, y la positivización derivada interpretativamente de otros derechos fundamentales que implícitamente vinculen el reconocimiento del DFA; ambos planteamientos tienen como fin asegurar la disponibilidad, calidad y accesibilidad, de tan preciado recurso o bien jurídico, dentro del marco jurídico interno y principal de cada Estado. El

primer planteamiento es el adoptado por las constituciones de Uganda, Sudáfrica, Ecuador, y Uruguay. El segundo planteamiento es deducido en las Constituciones de países como: Brasil, México, Argentina y España. Por lo tanto cualquiera de las formas de reconocimiento de cada Estado debe de orientarse a permitir que el acceso al agua se convierta en un presupuesto prioritario de la acción pública.

8° La distinción entre derechos humano en general y en específico al DHA y derechos fundamentales en general y en específico del DFA no deben concebirse como categorías separadas e incomunicadas. Por el contrario los derechos fundamentales y el DFA son derechos humanos constitucionalizados, los cuales entrañan un conjunto de valores que emanan de los derechos humanos que rigen en todos los ámbitos sociales.

9° El DFA, constituye un derecho emergente explícito, interpretativamente adscrito o implícito, de carácter universal indisponible e inalienable, cuya amplitud abarca el plano o ámbito constitucional interno de cada Estado, así como el ámbito internacional, el cual, protege los recursos hídricos, desde una perspectiva antropocéntrica y ambiente céntrica que legitima y garantiza el acceso al agua potable y saneamiento para todos los seres humanos que satisfaga las necesidades básicas en la vida cotidiana: agua para beber, para cocinar y para los usos domésticos básicos. Esta definición abarca la noción de los derechos fundamentales desde el punto de vista objetivo -reconocimiento-, subjetivo –derecho intrínseco del ser humano en naturaleza-, y funcional –reconocer el acceso y su protección-.

10° La positivización del DFA, no solo debe entenderse como el reconocimiento material de un precepto, ya que, la Constitución se estatuye como ley primaria y suprema en un Estado moderno, esto es un todo o la

summa de todo, que asegura, respeta, garantiza y promueve, los derechos fundamentales que derivan y se relacionan con la dignidad humana, el cual, constituye el presupuesto jurídico material y sustancial que orienta, determina y delimita un derecho como fundamental cuando este no se encuentre preceptuado en la Constitución, cuyo reconocimiento está orientado a exponer este derecho fuera del alcance de la lógica neo absolutista del mercado que todo lo traduce en términos de productividad y ganancia.

11° aunque el DFA aún no se encuentre expresamente preceptuado en la Cn., es una figura puede ser sometida a un control procesal constitucional, ya que, este derecho en El Salvador, si encuentra un reconocimiento de manera implícita por estar ligado a la dignidad humana y reconocido en el plano internacional, mediante tratados de derechos humanos ratificados por El Salvador, situación que permite su reclamo mediante la construcción de un Bloque de Constitucionalidad, debido a que el Art. 144 de la Cn., constituye una cláusula abierta que internaliza y positiviza dicho derecho en el Estado. Por tanto el DFA, como derecho social, desde el momento mismo en que se ratificó el PIDESC, se adhiere a la Cn. de 1983, formando parte del ordenamiento jurídico de El Salvador de manera implícita -de acuerdo al Artículo 144 de la Cn.-; hoy en día, -en este momento-, El Salvador transita por el reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico constitucional, mediante la ratificación de la aprobada modificación constitucional elaborada por la legislatura 2009-2012.

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

AA. VV., *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII*, Ed. Dykinson, S.T. Madrid, 1998.

AA. VV. *Historia de los derechos fundamentales, tomo I: tránsito a la modernidad siglos XVI y XVIII*, Ed. Dykinson, Madrid, España, 2003.

AA.VV. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta, edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, España, 2001.

AA. VV., *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, Ed. UNAM, 1998.

AA. VV, *Ensayos para la Capacitación Penal*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Primera ed., 2003.

AA. VV. *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, ediciones del Serbal, Barcelona, 1984.

ABRAMOVICH, Víctor; y COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2002.

ADRIANO SANT'ANA, Pedra, *La elasticidad del texto de la Constitución como límite para las mutaciones constitucionales. Proyecto: "Límites y posibilidades de los cambios informales de la Constitución"*, Facultad de

Derecho de Vitória (FDV), 2011. Disponible en: <http://www.revistaidea.usach.cl/ojs/index.php/ideas/article/viewFile/519/4>.

ADRIANO SANT'ANA, Pedra, *Mutación constitucional de los derechos fundamentales y prohibición de retroceso*, en: Memoria del X Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Tomo I. Lima, Perú, Ed. Idemsa, 2009.

AFONSO DA SILVA, José. *Mutaciones Constitucionales*, Revista electrónica Cuestiones Constitucionales, N° 1, Traducida del Portugués por María del Pilar Hernández, Brasil, Julio-Diciembre, 1999. Disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/90753.pdf>.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos sociales*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 13, enero-junio 2010. Disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/13/pdf/19_76.pdf.

ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, León, España, 1996.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de Derecho Civil de las Obligaciones*, Tomo III, Redactado y puesto al día por: Antonio Vodanovic H., Editorial Nacimiento. S. Ed., S. F. Imp.,

ALEXY, Robert. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y La Teoría de los Principios*. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría

jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003.

ALEXY, Robert, *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático*, *Derechos y Libertades*, número 8, Madrid, enero-junio de 2000.

ALEXY, Robert, "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat", en S. Gosefan y G. Lohmann (ed.), *Philosophie der Menschenrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993

ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Los Derechos Humanos y su protección*, EDDILI, Lima, Perú, 1977.

ANAYA, Salvador Enrique, *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, Proyecto para el fortalecimiento de la justicia y de la cultura constitucional en la Republica de El Salvador, Unión Europea-Corte Suprema de Justicia, Primera Ed., El Salvador, 2000.

ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier, *La conexión conceptual entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales, modelos y evolución*, Ed. Grijley, Lima, Perú, 2007.

ARANGO OLAYA, Mónica, El Bloque de Constitucionalidad en La Jurisprudencia de La Corte Constitucional Colombiana. Artículo disponible en: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.

ARAÚJO CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar, *Agua: Derecho Humano Fundamental*, Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, MS., V. 11., N°. 22, Brasil, Julio-Diciembre 2009.

ARBAIZA, Gerardo, "Acceso al Agua y Alimentación, Contenido de Constitución", en DIARIO DIGITAL CONTRA PUNTO. El Salvador, C.A. Disponible en: <http://www.contrapunto.com.sv/cparchivo/politica-nacionales/acceso-al-agua-y-alimentación-contenido-de-constitución>.

AREITIO RODRIGO, Ramón, *Derecho Natural. Lecciones elementales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

ARMIJO, Gilbert, *Derecho Humano al agua: La justicia como ética alternativa, a propósito del Tribunal Latinoamericano del Agua*, Artículo publicado en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericana, Fundación Honrad Adenauer, Montevideo, disponible en: [http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20\(Barcelona\)](http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/ARTICULOS%20Y%20CONFERENCIAS/Derechos%20Emergentes%20en%20la/20(Barcelona)).

ATIENZA, Manuel. *Derechos naturales o derechos humanos: un problema semántico. Política y Derechos Humanos*, Editado por Fernando Torres, Valencia, España, 1976.

AZUELA RIVERA, Mariano, GONZÁLEZ BLANCO, Carlos y ÁLVAREZ MORENO, José Ismael (Coordinadores), *Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Universidad Autónoma de Puebla, Facultad de Derecho y Ciencias sociales, primera ed. México, 2006.

BAZÁN, Víctor, *Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, en Anuario de Derecho Constitucional

Latinoamericano, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2007.

BECERRA RAMIREZ, José de Jesús, *Los Instrumentos Internacionales de Derechos Fundamentales y su Aplicación en el Ámbito Constitucional Mexicano*, Tesis Doctoral. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, mayo de 2009.

BECHARA LLANOS, Abraham Zamir, *La Ponderación y los Derechos Fundamentales, El Modelo Ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción en la Corte Constitucional Colombiana*, Ed. Universidad Libre, Sede Cartagena, primera ed., Colombia, 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, CEPS, Madrid, España, 2003.

BERTRAND GALINDO, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo I. Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA, 2ª ed., San Salvador, El Salvador, 1996.

BERTRAND GALINDO, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA, Segunda ed., San Salvador, El Salvador, 1996.

BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo, *Constitución y Derechos Fundamentales*, Ministerio de la Presidencia-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2004.

BIAGGINI, Giovanni, “La idea de constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003.

BIDART CAMPOS, Germán, *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna*, en *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Ed. UNAM, México, S. F.

BIDART CAMPOS, Germán, *La Interpretación de los derechos humanos, Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, núm. 3.

BOROWSKI, Martin, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, Primera ed., Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 25, Bogotá, Colombia, 2003.

BURGOA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, Décimo Novena ed., México, 2007.

BUSTOS RAMIREZ Juan, HORMAZABAL MALARÉE Hernán *Lesiones de Derecho Penal, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*, Volumen I. Ed. Trotta, Madrid, España, 1998.

CALAMANDREI, Piero., *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. S. E., S. Ed. Buenos Aires, Argentina.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios básicos de derechos humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Derechos de solidaridad, Estudios básicos de derechos humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1994.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Los derechos fundamentales en América Latina: una perspectiva neo constitucionalista*, *Derecho y Humanidades*, N° 18, 2011.

CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera ed., México, D.F., 2004.

CARBONELL, Miguel, *La Constitución Pendiente, Agenda Mínima de Reformas Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Universidad Autónoma de México, segunda ed., México, 2004. Disponible en bibliojuridicas.unam.mx/libros/3/1181/1.pdf.

CARBONELL, Miguel, *Derechos Fundamentales y el Estado Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México UNAM, primera ed., México, 2002.

CARBONELL, Miguel, *Reforma del Estado y Derechos Fundamentales: Algunas Propuestas*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: www.juridicas.unam.mx.

CARBONELL, Miguel y otros, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Edición de Miguel Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Ed. Trotta, México. S. F.

CARPIZO, Jorge, *La Reforma Constitucional en México. Procedimiento y realidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, número 131, Mayo- Agosto de 2011.

CARPIZO, Jorge, *Estudios Constitucionales*, Ed. Porrúa- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Octava ed., México, 2003.

CASTAÑEDA ORSU, Susana, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Ed. Juristas, EIRL, Primera Ed., Lima, Perú.

CASTRO VILLALOBOS, José Humberto y AGRAMÓN GURROLA, Claudia Verence, *Derecho Internacional Público*, Volumen 7, Oxford University Press México S. A. DE C. V. México, 2002.

CENICACELAYA, María de las Nieves, *El Derecho al Agua y los Derechos Humanos, Ciclo de Cursos de postgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional, Tercer curso: El agua*, Ed. La Plata: UNLP, 2008.

CHINCHILLA, Tulio, *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?* Ed. Temis, Segunda ed., Bogotá, Colombia, 2009.

CHIPOCO, Carlos, *En Defensa de la Vida*, CEP, Lima, Perú, 1992.

COMISION INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Sistema de Peticiones y Casos, folleto Informativo de los cincuenta años de la CIDH*, Comisión Interamericana de los Derecho Humanos, Organización de los Estado Americanos, 2010.

COORDINACIÓN FIAN ESPAÑA, *Desarrollo y Cumplimiento del Derecho al Agua por parte del Estado Español*, Informe Paralelo Presentado ante la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del ECOSOC, Naciones Unidas, Ginebra, abril- Mayo, 2004.

CORONAS GONZÁLEZ, Santos, *Estudios de Historia del Derecho Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1998.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La Curiosidad del Jurista Persa, y otros escritos sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, España, 1999.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Revisado y puesto al día por: Cesar Camargo Hernández, Ed. Boch S. A., Décimo sexta Edición, Barcelona.

DE ALBUQUERQUE, Catarina y ROAF, Virginia, *Derechos hacia el final: Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y al saneamiento*, Traducción, edición e impresión de la versión en español por ONGAWA,

Ingeniería para el Desarrollo Humano con el apoyo financiero de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, Lisboa, Abril 2012. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf

DE DOMINGO PEREZ, Tomas, *El Problema de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales desde una Perspectiva Histórica*, en Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. I, N° 1, Universidad Miguel Hernández, Julio de 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, España, 2005.

DEL CASTILLO, Lilian, *Los Foros del Agua: de Mar de Plata a Estambul 1977-2009*, Documentos de Trabajo N° 86, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Segunda Reimpresión Corregida, Buenos Aires, Argentina, Agosto, 2009.

DEL SOLAR ROJAS, Francisco José, *Los Derechos Humanos y su Protección*, Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, Perú, 2000.

DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro, *Los Derechos Humanos*, en Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 5, España, 2001-2002. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero5/15-5.pdf>.

DUEÑAS RUIZ, Óscar José, *Acción y procedimiento en la Tutela*, Librería ediciones del Profesional, LTDA., Quinta ed., Bogotá D.C, Colombia, 2006.

CHANDIA, Davis., *Teoría General del Proceso*, Universidad de Buenos Aires, S. Ed., Argentina, S.F. Imp.

ERCILIO MOURA, Francisco y otros, *Desafíos del Derecho Humano al Agua en el Perú*, Centro de Asesoría Laboral del Perú, CEDAL, Segunda Ed., Lima, Perú, 2005.

FARRANDO, Ismael y MARTÍNEZ, Patricia R (Directores) y Otros, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2000.

FAÚNDEZ, Héctor, *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, Venezuela, 1992.

FEDDERSEN MARTÍNEZ, Mayra, “Responsabilidad civil y actividad periodística en Chile”, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, IV, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Principios del Derecho, Teoría del derecho y de la democracia*, Ed. Roma: Bari-Laterza, 2007, Vol. II: *Teoría de la Democracia*,

FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos Fundamentales*, Revista jurídica Cuestiones Constitucionales N° 15, Traducción de Miguel Carbonell, Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Julio-Diciembre de 2006. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, México D.F., 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. Cuarta ed. Madrid, España, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. La Rigidez de la Constitución y sus garantías*, en www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/3_FERRAJOLiespanol.pdf.

FERRERO COSTA, Raúl, *El Nuevo Orden Económico Internacional y la Promoción de los Derechos Humanos*, Ed. Ausonia, Lima, Perú, 1983.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia Constitucional Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, primera ed., México, 1997.

GARCIA MANRIQUE, Ricardo, *Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores, Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II, volumen III, Ed. Dykinson, Universidad Carlos III, Madrid, España, 2001

GARDUÑO, Héctor y otros, *Administración de derechos de agua Experiencias, asuntos relevantes y lineamientos*, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *FAO, Estudio*

Legislativo 81, Roma, 2003. Disponible en:
<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/006/y5062s/y5062s00.pdf>.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994.

GLEICK, P. H, y otros. *The World's Water 2004-2005*, Washington, D. C. Island Press. 2004.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La Dignidad de la persona*, Ed. Civitas, Madrid, 1986

GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Editada por Miguel Carbonell, primera Ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D. F. 2001.

GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, *El Derecho Fundamental al Agua en México; Un Instrumento de Protección Para las Personas y los Ecosistemas*, Artículo publicado en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en:
www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/investigador.htm?p=rotgut.

GUTIÉRREZ, Rodrigo, *et al.* , *El agua y el desarrollo rural*. CEDRSSA. México, 2007

HASSEMER, Winfried, *viejo y Nuevo Derecho Penal en Persona, Mundo y Responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*,

Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

HEINRICH BOLL, *La Gota de la Vida: Hacia una Gestión Sustentable y Democrática del Agua*, edición Boll, México, 2006.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

HOFSTÄTTER, H. y PIXA, H, *Historia Universal Comparada*, Tomo I, Plaza y Janes, S.A, Editores, Primera edición, Barcelona, España, 1971.

HORMAZABAL MALARÉE Hernán *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*. PPU. Primera ed. Barcelona. España. 1991.

HUERTA OCHOA, Karla, *Teoría del Derecho Cuestiones Relevantes*, Universidad Autónoma de México, México, 2008. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2611/11.pdf>.

J. BASTIDA, Francisco y Otros, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Ed. Tecno, Madrid, España, 2004.

JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Ed Marcial Pons, segunda ed. corregida, Madrid, España. 1997.

JELLINEK., *Reforma y Mutación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1991

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Ed. Trotta. Madrid.1999.

KELSEN, Hans, *Teoría General de Derecho y del Estado*, UNAM, Segunda edición, México, 1988.

LEGAL RESOURCES FOR THE RIGHT TO WATER: *Internacional and National Standards, Sources 8*, COHRE, Ginebra, 2004.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Tomo II, Ed. Alfa, Buenos Aires, Argentina, 1953.

LLANOS MANSILLA, Hugo, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESCs*.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Hacia un concepto europeo de derechos fundamentales*, Revista Vasca de Administración Pública, número 65, 2003.

LÓPEZ GUERRA, Luís, *Introducción al Derecho Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Primera ed., Valencia, España, 1994.

LÓPEZ GUERRA, Luis y Otros, *Derecho Constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1991.

LORCA NAVARRETE, José E., *Introducción al Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid, España, 1987.

MADRID-MALO GARIZÁBAL, Mario, *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*, Defensoría del Pueblo, Serie Textos de Divulgación N° 11, Santa Fe de Bogotá, D. C.

MAGAÑA, Álvaro, *Derechos Fundamentales y Constitución*, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1997.

MATEOS, Cristóbal (Dir.), y CABEZAS CALVO-RUBIO, Francisco, *El Agua en España, El Agua como recurso y su Marco Jurídico Administrativo*, Segunda Conferencia, Instituto Euro mediterráneo del Agua, Universidad de Murcia, s. Ed., S. F. S. L. Imp.

MATHEW WEINBERG, *The Bahá'í World*. Bahá'í Publishing Committee. New York City, U.S.A. 1996 –1997.

MONTESQUIEU, C., *Del Espíritu de las Leyes*, Ed. Albatros, Buenos aires, Argentina, 1969.

MUJICA, Rosa María, *Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz*, IPEDEHP, Lima, Perú, 1999.

MUÑOZ CONDE Francisco, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, s. e. Valencia, España, 1989.

MORENO CARRASCO, Francisco y RUEDA GARCÍA, Luis, *Código Penal de*

El Salvador Comentado, Tomo 2, Arts., 165 al 409, Consejo Nacional de la Judicatura.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2006.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Primera ed., México, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en *Revista Ius et Praxis*, año 9 N° 1, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El bloque constitucional de derechos: La confluencia del derecho internacional y del derecho constitucional en el aseguramiento y garantía de los derechos fundamentales en América Latina*, homenaje a la memoria del querido amigo y destacado constitucionalista argentino Germán Bidart Campos. Disponible en: www.jornadasdederechopublico.ucv.cl/ponencias/EI%bloque%constitucional%dederechos.pdf.

O'DONNELL, Daniel, *Protección Universal de los derechos Humano*, Comisión Andina de Juristas, Primera edición, Lima, Perú, 1988.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, *El bloque de constitucionalidad en*

Colombia, en *Estudios Constitucionales*, Año 03, volumen 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David y Otros, *El Amparo Judicial de los Derechos Fundamentales en una Sociedad Democrática*, Escuela Nacional de la Judicatura , Primera ed., Santo Domingo, República Dominicana, 2007.

OYARTE MARTINEZ, Rafael, *El Reconocimiento de los Derechos Fundamentales*, Asesor del Tribunal Constitucional Profesor de la Puce y de la Usfq. Ecuador. 2005. <http://www.derechoecuador.com/index>.

PACHECO, Máximo. *Los Derechos Humanos. Documentos Básicos*, Ed. Jurídica de Chile, s. e., Santiago de Chile, 1991.

PASCUAL LÓPEZ, Silvia, *Génesis de los Derechos Fundamentales y Garantías de la Inviolabilidad del Domicilio (Siglos XVI Y XVII)*, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, España, 2007-2008. Disponible en: <http://www.rtfed.es/numero11/16-11.pdf>.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio; y FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio, (Directores), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Transito a la Modernidad, Siglos XVI y XVII*, Ed. Dykinson, S.T., s. Ed., Madrid, España, 1998.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio, con la colaboración de Rafael DE ASIS, Carlos FERNANDEZ LIESA y Ángel LLAMAS, *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio, *Sobre el Puesto de la historia en el Concepto de los Derechos Fundamentales* en *Anuario de Derecho Humano*, n° 4, Madrid, España, y en *Escrito sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Eudema, Madrid, España, 1988.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, España, 1983.

PEÑAS, Víctor, *El agua como derecho humano*, Editorial Alboan, s.edi., 2008.

PEÑAS, Víctor y MASIP, Inés, *Agua, derecho y desarrollo, El reto de la conservación del medio hídrico*, Cuaderno N° 17, Bakeaz, Políticas de Cooperación de Bilbao, España, 2004

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecno, Madrid, 1991,

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los Derechos Fundamentales*, Ed. Tecno, Cuarta ed., Madrid, España, 1991.

PÉREZ TREMP, Pablo, *Revista Justicia de Paz, Año II, Vol. II*, Corte Suprema de Justicia-Proyecto de Asistencia Técnica a los Juzgados de Paz, El Salvador, mayo-agosto, 1999.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008.

RAMÍREZ, Gloria, *De la Declaración Universal de los Derechos Humanos del siglo XX a la Carta de los Derechos Humanos Emergentes del siglo XXI*, Institut de Drets Humans de Catalunya, Disponible en http://www.idhc.org/esp/documents/CDHE/CDHE_Ramirez.pdf.

ROLLA, Ricardo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia fundamental*, Editado por Instituto Mexicano de Derecho Procesal y Ed. Porrúa, 2006.

ROMANO, S, *Principii di diritto Costituzionale Generale*, Reimpresión de la II ed., Milán, 1947.

ROSATTI, Horacio Daniel, *Derecho ambiental Constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Primera ed., Santa Fe, Argentina, 2007.

ROSENFELD, Michel y RUIZ-FABRI, Hélène, “Rethinking Constitutionalism in an era of Globalization and Privatization”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, num. 3 y 4, 2008.

ROVIRA VIÑAS, Antonio. Adjunto Primero del Defensor del Pueblo de España. *Internacionalización de los Derechos Fundamentales*. Artículo disponible en http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_426718980/II%20CONGRESO/Comunicaciones%20Antonio%20Rovira1.html

RUIZ-HUERTA, Alejandro, *Ante una Reforma del bloque de Constitucionalidad*, S/E. S/fecha.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El Derecho Constitucional al Medio Ambiente, Dimensión Jurisdiccional*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000.

SANDOVAL TERÁN, Areli, *Los derechos económicos, sociales y culturales: Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*, Deca, México, 2001.

SANT'ANA PEDRA, Adriano, *La Elasticidad del Texto de la Constitución como Límite para las Mutaciones Constitucionales*, Revista de Estudios Avanzados, versión electrónica, editada por el Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de Santiago de Chile, Santiago, Chile. Junio de 2012. Disponible en www.usach.cl/revistaidea.

SARLET, Ingo, Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, Sexta ed., Porto Alegre, Brasil, 2006.

SAUCA CANO, José María, *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*, Ed. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 1994.

SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución*, Ed. Tecnos S. A., Primera Ed., Madrid, España, 1983.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*. Ed. Alianza, Madrid, España, 1982.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho Internacional Público*, Ed. Porrúa, décimo quinta ed., México, 1998.

SEGOVIA, Luís Nelson y Otros, *La Constitución de El Salvador: Conferencias*, ed. FESPAD, Primera Ed., El Salvador, 1998.

SERNA MESA, Javier Andrés *El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo*, Revista Electrónica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, Numero 4, año 2, Colombia, Mayo-Agosto de 2010.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo, *La Protección Penal del Medio Ambiente*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Murcia, 2002. Disponible en: http://crimenet.ugr.es/recpc/recpc_04-11.pdf.

SIERRA SOROCKINAS, David, y GÓMEZ CABANA, María Claudia., *Ideas Básicas del Concepto: Derechos Subjetivos, Derechos Fundamentales y Derechos Sociales, en el Constitucionalismo Colombiano*, artículo resultado de la investigación *Estudio de la fundamentación del acceso al agua potable en Colombia, a partir los criterios de la teoría de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales*. Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia-Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz, de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad.

SMETS, Henri, *El Derecho al Agua en las Legislaciones Nacionales*, Ed. Universidad del Rosario. Primera ed., Bogotá, D.C., 2006.

SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional*, traducción de José

María Beneyto Pérez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

SORIANO RODRÍGUEZ, Salvador Héctor, *Reconstrucción Constitucional de los Derechos Fundamentales Constitucionales*, Doctrina Publicada en la Revista elaborada por el Centro de Documentación Judicial. CSJ. El Salvador. 1997. Disponible en: www.csj.gob.sv.

SPOTA, A., *Tratado de Derecho de Agua*, Tomo I, Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, Buenos Aires, Argentina, 1941.

STRATENWERTH Gunter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho Punible*. Traducción de la segunda ed. alemana (1976) por Gladys Romero. EDERSA. Madrid. España. 1982.

TREJO SÁNCHEZ, Karina; y SANABRIA VALDÉS, Carlos Adolfo, *Hacia una Garantía Constitucional del Derecho al Agua en México*, Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Redalyc, *El Cotidiano*, versión electrónica, núm., 166, Universidad Autónoma Metropolitana–Azcapotzalco, Distrito Federal, México, marzo-abril, 2011, Disponible en: <http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=32518423010>.

URIBE ARZATE, Enrique, *La Defensa Constitucional de los Derechos Fundamentales en la Reforma del Estado Mexicano*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie año XLII, N° 125, Mayo-Agosto de 2009. Disponible en: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex125/BMD000012513.pdf>.

URIBE VARGAS, Diego, *Fundamentos del Derecho Humano a la Paz*. Colombia.

VAN BOVEN, Theo. “Reseña del Sistema Internacional de Derechos Humanos” en *Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos*. Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Ginebra 1992.

VÁSQUEZ LÓPEZ, José Miguel, *El Reconocimiento del Derecho Humano al Agua en el Orden Internacional y en El Salvador*, Tesis de Grado para Optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Autónoma de Barcelona, Agencia Española de Cooperación Internacional, El Salvador, Noviembre, 2009.

VENTURA MARTÍNEZ, Jaime (compilador), *Justicia para Todos*, Ediciones: FESPAD, Primera Edición, San Salvador, El Salvador, 1997.

VERDÚ, Lucas., *Curso de Derecho Político*. Ed. Tecnos, S. Ed., Madrid, España, 1986.

VÉSCOVI, Enrique., *Teoría General del Proceso*, Ed. Temis, S.A., s.e., Bogotá, Colombia, 1984.

VILLACORTA MANCEBO, Luis, *La Construcción de la Dogmática Europea Sobre los Derechos Fundamentales*, Cuadernos electrónicos N° 4, Derechos Humanos y Democracia.

VILLALTA VIZCARRA, Ana Elizabeth, *El Salvador*, Cuadernos Electrónicos, Derechos Humanos y Democracia, Disponible en: www.portalfio.org/cuadernos.

VILLÁN DURAN, Carlos, *Curso Internacional de los derechos Humanos*. Strausburg, julio 1993.

WELZEL Hans, *Derecho Penal Alemán Parte General*, Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed Jurídica de Chile, ed. castellana. Santiago, Chile. 1993.

WESSEL, Hans, Dic Rechtsprechung der BVerfG zur Verfassungsbeschwerde. en: Deutsches Verwaltungsblatt, cuaderno 6, 1952.

YAMIN, Alicia Ely (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en América Latina: Del invento a la herramienta*, Ed. Plaza y Valdés, México, 2006.

ZAFFARONI Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Primera Reimpresión. Cárdenas Editor. México D. F. 1991.

ZOVATTO, Daniel, *Educación y Derechos Humanos, Contenido de los Derechos Humanos Tipología*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986.

ÍNDICE LEGISLATIVO

CONSTITUCIONES Y LEYES

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Emitida por Decreto Constituyente N° 38, de fecha 15 de Diciembre de 1983, Publicada en el Diario Oficial N° 234, Tomo N° 281, de fecha 16 de Diciembre de 1983.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE SUDÁFRICA, Ley 108 de 1996, Sancionada el 16 Diciembre 1996, Puesta En Vigencia el 4 de Febrero 1997

Disponible en: <http://www.southafrica.org.ar/pdf/Constituci%F3n.pdf>

CONSTITUCIÓN DE ECUADOR, Disponible en:
http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/ecu/sp_ecu-int-text-const.pdf. Consultado

CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF UGANDA, AS AT 15TH FEBRUARY 2006, Art., 176. Disponible en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=170004.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Febrero de 1917. Disponible en: www.diputados.gob.mx/leyesBiblio/pdf/1.pdf.

CÓDIGO MUNICIPAL, D. L. N° 274 del 31 de Enero de 1986, publicado en el D. O. N° 105, Tomo 335, del 10 de Junio de 1997, y entro en vigencia el 20 de Abril de 1998.

CÓDIGO DE SALUD, D. L. N° 955 del 28 de Abril de 1988, publicado en el D. O. N° 86, Tomo 299, del 11 de Mayo de 1988;

CODIGO PENAL DE EL SALVADOR, D. L. N° 1030, Publicado en el D. O. N° 105, del 10 de junio de 1997, Tomo N° 335.

LEY DE LA ADMINISTRACION NACIONAL DE ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADOS, Ratificada por Decreto Legislativo N° 341 del 17 de octubre de 1961, y Publicada en el Diario Oficial N° 191 del 19 de octubre de 1961.

LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Ratificada por Decreto

Legislativo N° 776 del 18 de agosto de 2005, y Publicada en el Diario Oficial N° 166 del 08 de Septiembre de 2005.

LEY DE RIEGO Y AVENAMIENTO, DECRETO LEGISLATIVO N° 153, publicado en el D. O. N° 213, Tomo 229 del 23 de noviembre de 1970.

LEY SOBRE GESTIÓN INTEGRADA DE LOS RECURSOS HÍDRICOS, D. L. N° 886, del 2 de diciembre de 1981, publicada en el D. O. N° 221, Tomo 273, de la misma fecha.

LEY DE MINERIA, D. L. N° 544 del 14 de Diciembre de 1995, publicado en el D. O. N° 16, Tomo 330, del 24 de Enero de 1996.

LEY DE MEDIO AMBIENTE, D. L. N° 233 del 02 de Marzo de 1998, publicado en el D. O. N° 79, Tomo 339, del 04 de Mayo de 1998.

REGLAMENTO SOBRE LA CALIDAD DE AGUA, EL CONTROL DE VERTIDOS Y LAS ZONAS DE PROTECCION, D. L. N° 50 de 1987, publicado en el D. O. N° 191, Tomo 292, del 16 de Octubre de 1987.

REGLAMETO ESPECIAL DE AGUAS RESIDUALES, D. E. N° 39 del 31 de Mayo de 2000, publicado en el D. O. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000.

REGLAMENTO ESPECIAL DE NORMAS TECNICAS DE CALIDAD AMBIENTAL, D. E. N° 40 del 31 de Mayo del 2000, publicado en el D. O. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000.

REGLAMENTO ESPECIAL EN MATERIA DE SUSTANCIA, RESUDUOS Y DESECHOS PELIGROSOS, D. E. N° 41 del 31 de Mayo del 2000, publicado

en el Diario Oficial. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000.

REGLAMENTO ESPECIAL SOBRE EL MANEJO INTEGRAL DE LOS DESECHOS SOLIDOS Y SUS ANEXOS, D. E. N° 42 del 31 de Mayo del 2000, publicado en el D. O. N° 101, Tomo 347, del 1 de Junio del 2000

TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, O “PACTO DE SAN JOSÉ”, Ratificada por D. L N° 5 del 15 de junio de 1978, y publicada en el D. O. N° 113 del 19 de junio de 1978.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, suscrito el 26 de Enero de 1990, y ratificado el 27 de abril de 1990, publicado en el D.O. n° 108, Tomo 307, del 9 de octubre de 1990.

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, suscrita el 14 de noviembre de 1980, ratificada el 2 de julio de 1981, y publicada en D.O. 105, Tomo 271, del 9 de junio de 1981.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA (1985), Decreto Legislativo N° 798 de 2 de febrero de 1994, D.O. N° 127 de 8 de julio de 1994.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Decreto Legislativo N° 430 de 23 de agosto de 1995, D.O. N° 154 de 23 de agosto de 1995.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONCESIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS A LA MUJER (1948), Decreto Legislativo N° 123 de 17 de enero de 1951, D.O. N° 45 de 6 de marzo de 1951.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE CONCESIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES A LA MUJER (1948), Decreto Legislativo N° 124 de 17 de enero de 1951, D.O. N° 45 de 6 de marzo de 1951.

CONVENCIÓN SOBRE EL ASILO TERRITORIAL (1954), Decreto N° 1567 de 12 de agosto de 1954, D.O. N° 159 de 30 de agosto de 1954; CONVENCIÓN SOBRE EL ASILO DIPLOMÁTICO (1954), Decreto Legislativo N° 1567 de 12 de agosto de 1954, D.O. N° de 30 de agosto de 1954.

DECLARACIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Decreto Legislativo N° 319 de 30 de marzo de 1995, D.O. N° 82 de 5 de mayo de 1995.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS EMERGENTES, EN *INSTITUTE DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA*. en: <http://www.idhc.org/esp/documents>

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS de 10 de diciembre de 1948.

DECLARACIÓN DE DUBLÍN SOBRE EL AGUA Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE.

OBSERVACIÓN GENERAL Nº 9, ADOPTADA POR EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES EN EL DECIMO NOVENO PERÍODO DE SESIONES DE 1998.

OBSERVACIÓN GENERAL Nº 15, ADOPTADA POR EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

OBSERVACIÓN GENERAL 4 (VIVIENDA ADECUADA), ADOPTADA POR EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

OBSERVACIÓN GENERAL 14, (DERECHO A LA SALUD), ADOPTADA POR EL COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

(1966), Decreto Legislativo Nº 27 de 23 de Noviembre de 1979, D.O. Nº 218 de Noviembre de 1979.

PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO, INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966), Decreto Legislativo Nº 321 de 30 de Marzo de 1995, D.O. Nº 82 de 5 de Mayo de 1995.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966), Derechos Legislativo Nº 27 de 23 de Noviembre de 1979, D.O. Nº 218 de 23 de Noviembre de 1979.

PROTOCOLO SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS (1966),

Decreto Legislativo N° 167 de Febrero de 1983, D.O. N° 46 de 7 de Marzo de 1983.

PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, PROTOCOLO I, suscrito el 12 de agosto de 1977, ratificado de 4 de julio de 1978, y publicado en el D.O. N°. 158, Tomo 260 del 28 de agosto de 1978.

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR", del 17 de noviembre de 1988, ratificado por A.E en marzo de 1995, vigente desde el 16 de noviembre de 1999.

REGLAMENTO DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Aprobado por la Comisión en su 137° período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

JURISPRUDENCIA NACIONAL

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, referencia 33-C-96, del 27/08/1996.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 150-97, del 13/10/98

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Interlocutoria de improcedencia de Amparo, referencia 107-2000, del 28/02/2000.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia Definitiva de Amparo, Referencia 366-99, del 3/04/2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 8-97Ac, del 23/03/2001.

DE LO CONSTITUCIONAL, Interlocutoria de Inadmisibilidad de Amparo, referencia 114-2001, del 18/04/2001.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ANTI MARAS, SENTENCIA 52-2003/56-2003/57-2003, DE FECHA 1° DE ABRIL DE 2004, CONSIDERANDO 3°

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 1263-2002, del 7/1/2004,

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, Referencia 550-2004, del 22/09/04.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, referencia 620-2004 de las 12:56 del día 16/2/2005.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL. Sentencia de Amparo, con Referencia 545-2003 de las nueve horas, de fecha 12 de Abril de 2005, en *Líneas y*

Criterios Jurisprudenciales. Sala de lo Constitucional. Coordinador Julio Enrique Acosta Baires, Compiladora María Teresa Cordero. 2005.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, referencia 301-2005, de las 10:16 del día 30/8/2005.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, Sala de lo Civil, referencia 23-Ap-2004 de las 11: 20 a.m. del día 23/2/2005.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, con referencia. 27-Ap-2004 de las 12:00 m. del día 1/9/2005.

SALA DE LO CIVIL, Sentencia Definitiva, referencia 134-C-2005, de las 8:50 a.m., del día 22/11/2005.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

REPORTE DEL CENTRO DE DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES DE LA 30ª SESIÓN DEL COMITÉ DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES, NUEVA YORK. 2003. Disponible en: <http://www.cesr.org>.

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, REFERENCIAS: 1987/5, Párrafo 9, y 1990/45, párrafo 6 y 10.

RESOLUCION DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, ONU, REFERENCIA: A/RES/54/175 (15/2/2000).

RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS,

ONU, REFERENCIA A/RES/46/91 DEL 16 DE DICIEMBRE DE 1991 Y (RES 41/128 DEL 4/12/86)

RESOLUCIÓN DEL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, REFERENCIAS: 1987/5, Párrafo 9, y 1990/45, párrafo 6 y 10.

RESOLUCIÓN DEL ECOSOC, REFERENCIA: 1985/17 DE 28 DE MAYO DE 1985.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA EN SENTENCIA C-191-98 MP, emitida por el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

FUENTES HISTORICAS

ACUERDO DE REFORMA CONSTITUCIONALES N° 3, ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. San Salvador, a los diecinueve días del mes de Abril del dos mil doce.

COMISION DE LEGISLACION Y PUNTOS CONSTITUCIONALES, DICTAMEN N° 134, FAVORABLE, SAN SALVADOR 19 DE ABRIL 2012, La Comisión que suscribe se refiere a los expedientes Nos. 1910-12-2008-1, 1910-10-2008-2, 1910-12-2008-3, 1910-12-2008-4, 1910-12-2008-5, 1910-12-2008-6, 1910-12-2008-7, 1910-12-2008-8 y 1823-10-2008-1.

OTRAS FUENTES

CARE Y Otros, Diagnostico del sub sector de agua potable y Saneamiento

Rural, Consultoría para el diagnóstico del Sub Sector de Agua Potable y Saneamiento Rural y diseñar el componente de agua potable para el sector rural del programa de la red solidaria, Diciembre, 2005.

ESPÍN, Sofía, *La Constitución de Ecuador reconoce el derecho humano al agua*. Artículo en audio de la Asambleísta constituyente de la Constitución de Ecuador en Agencia Informativa Púlsar, Asociación Mundial de Radios Comunitarias - América Latina y Caribe AMARC ALC. publicado el 28/11/2011. Disponible en: <http://www.agenciapulsar.org/nota.php?id=14085>

FORO NACIONAL POR LA DEFENSA DE LA SUSTENTABILIDAD Y DERECHO AL AGUA. *Espacio de intercambio y coordinación conformado por los organismos e instituciones.*

INSTITUCIONAL

CENTRO PARA LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR, *Negociando con la Sed. El Mercado del Agua Envasada en El Salvador*, CDC, Diciembre, 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=2>.

NACIONES UNIDAS, DERECHOS HUMANOS, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El derecho internacional de los derechos humanos*. DISPONIBLE EN: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>

NACIONES UNIDAS, MEXICO, *Propuesta de Reforma Constitucional en*

Materia de Derechos Humanos, Elaborada por las Organizaciones de la Sociedad Civil y por Académicas y Académicos especialistas en derechos

humanos, Documento elaborado con la ayuda financiera de la Embajada de Canadá, del Programa Global Acción 2 y el Grupo Inter-Agencial de Derechos Humanos del Equipo de País del Sistema de Naciones Unidas en México y The Ford Foundation.

ONUSAL-PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Aplicación de la Normas Internacionales de Derechos Humanos*, ONUSAL-PDDH, primera ed., San Salvador, El Salvador, 1994.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Departamento de Derecho Internacional, Washington, D. C., disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_De_rechos_Humanos_firmas.htm#EI%20Salvador

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *El Agua: Una valoración económica de los recursos hídricos en El Salvador*, Cuaderno Sobre desarrollo humano N° 5, San Salvador, 2006.

UNESCO ETXEA-CENTRO UNESCO, *Manual de educación para la sostenibilidad*, Bilbao, UNESCO Etxea, País Vasco, 2009.