

EL DERECHO AL AGUA Y AL SANEAMIENTO BÁSICO: INTERLOCUCIONES CON EL GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Nestor Eduardo Araruna Santiago¹

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Patrícia Albuquerque Vieira²

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

RESUMEN

La importancia del derecho fundamental al agua potable y al saneamiento se aborda desde una perspectiva garantista. A pesar de su asociación preponderante al Derecho Penal, se parte de la base de que la Teoría del Garantismo de Luigi Ferrajoli es aplicable al tema objeto de estudio, iniciando con la comprensión del carácter fundamental del acceso al agua potable y al saneamiento para los seres humanos y la necesidad de su positivización. Las peculiaridades de la teoría ferrajoliana presentan tres significados importantes: modelo normativo de derecho; teoría de la validez y la eficacia; y percepción filosófica, relevante para su definición de los derechos fundamentales que deben ser normativizados y no mediatizados por el Estado. Para ello, se utilizará el método deductivo en la investigación y tratamiento de datos e informes, el análisis jurisprudencial, utilizando la técnica de la investigación bibliográfica. El resultado señala la pertinencia de la incorporación constitucional del derecho al agua potable y al saneamiento mediante una enmienda a la Constitución para dotar

1 Doctor, Máster y Especialista en Derecho por la Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), con prácticas posdoctorales en la Universidade de Minho. Profesor del Programa de Postgrado en Derecho Constitucional y del Curso de Postgrado en Derecho de la UNIFOR. Profesor del Curso de Posgrado en Derecho de la Universidade Federal de Ceará (UFC). Abogado penalista. Profesor y coordinador del Laboratorio de Ciencias Penales (LACRIM) da UNIFOR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937> / e-mail: nestorsantiago@unifor.br

2 Estudiante de maestría en Derecho Constitucional y Teoría Política, área de concentración Derecho Público, por UNIFOR. Especialista en Derecho Constitucional por la Faculdade Damásio. Especialista en Licitaciones y Contratos Administrativos por la Uni7. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7351-0541> / e-mail: patriciaalbuquerquevieira@hotmail.com

a los ejecutores del derecho con herramientas adecuadas para garantizar un acceso universal.

Palabras clave: agua potable; derechos fundamentales; enmienda a la Constitución; garantismo; saneamiento básico.

*THE RIGHT TO WATER AND SANITATION:
INTERLOCUTIONS WITH LUIGI FERRAJOLI'S
GUARANTEEISM*

ABSTRACT

The importance of the fundamental right to potable water and basic sanitation under a guaranteeist bias is addressed. Despite its preponderant association with Criminal Law, it is assumed that Luigi Ferrajoli's Theory of Guaranteeism applies to the subject under study, starting with the understanding of the fundamentality of access to potable water and basic sanitation for human beings and the need for its positivization. The peculiarities of Ferrajoli's theory have three important meanings: normative model of law; theory of validity and effectiveness; and philosophical perception, relevant to its definition of fundamental rights that should be standardized and not intermediated by the State. For this, the deductive method will be used in the investigation and treatment of data and reports, jurisprudential analysis, using the technique of bibliographic and documentary research. The result points to the relevance of the constitutional incorporation of the right to potable water and sanitation through constitutional amendment in order to provide the law enforcers with adequate tools to guarantee their universal access.

Keywords: *access to basic sanitation; access to potable water; Constitutional amendment; fundamental rights; guaranteeist theory.*

INTRODUCCIÓN

El agua potable en el Planeta Tierra, componente indispensable para la supervivencia de los seres humanos y otras especies, ha sido considerada durante mucho tiempo un recurso³ natural infinito. Actualmente, con el mal uso y el aumento de la demanda, se entiende que la escasez de agua es un hecho que puede comprometer a las generaciones actuales y futuras.

Según el último informe de UNICEF y la Organización Mundial de la Salud (OMS), miles de millones de personas siguen sufriendo la falta de acceso al agua, el saneamiento y la higiene. Alrededor de 2.200 millones de personas carecen de servicios de agua potable gestionados de forma segura (UNICEF, 2019). En Brasil, 35 millones de personas no tienen acceso al agua potable. Según datos del Sistema Nacional de Información de Saneamiento (SNIS, 2018) y del Instituto Trata Brasil (BATISTA, 2012), por cada 100 litros de agua tratada, el 37% no se consume.

Los conceptos de salud y la conservación de un ambiente sano están intrínsecamente relacionados con el derecho al agua y al saneamiento, que, a su vez, se revelan en la definición del derecho a la vida. Pretendemos abordar la importancia del acceso al agua potable y al saneamiento básico desde una perspectiva basada en la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli, abordando fundamentalmente la necesidad de una enmienda a la Constitución, con el fin de fundamentar el establecimiento de dichas garantías materializando la idea con análisis jurisprudenciales.

Es central en el presente trabajo discurrir sobre la necesidad de los servicios de agua potable y saneamiento desde el punto de vista de un derecho fundamental esencial para la dignidad humana; analizar las razones por las cuales la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli también podría ser utilizada para el tema que se analiza, aunque se asocie predominantemente a la materia penal. Por último, es importante el estudio de la legislación constitucional brasileña vigente para verificar, a través del análisis de las decisiones judiciales, qué cambios son necesarios para la correcta gestión del agua con el fin de lograr el acceso universal.

³ Se sabe que agua y recurso no son sinónimos, sin embargo, la Constitución Federal de 1988 empleó la expresión “recursos hídricos”, en este trabajo, el término se utilizará sin una cierta distinción.

La definición del problema de este trabajo gira en torno a tres matrices: una sociológica, que representa el trasfondo de todo el artículo, momento en el que asume y reconoce que una parte considerable de la sociedad contemporánea no tiene un acceso adecuado al líquido indispensable para su supervivencia; la otra es la constatación de que la teoría del garantismo de Luigi Ferrajoli es perfectamente aplicable a esta discusión; y la última es el intento de enumerar las posibilidades de enmienda a la constitución, ilustrando previamente con estudios de casos concretos, para fundamentar la determinación de las garantías con el objetivo de minimizar la precariedad del acceso al agua potable y al saneamiento básico. La hipótesis expresada a través de la pregunta-problema es si, a partir del análisis de los términos de las decisiones de casos concretos, el enfoque utilizado por los tribunales al tratar el derecho fundamental al agua y al saneamiento fue garantista.

La metodología utilizada se basa en estudios empíricos y teóricos, partiendo de la comprensión del carácter fundamental del acceso al agua potable y al saneamiento básico para la dignidad humana. También se optó por realizar un estudio exploratorio consistente en el relevamiento de informes de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), a nivel mundial, y del SNIS y del Instituto Trata Brasil sobre el acceso al agua potable y al saneamiento en Brasil, con el fin de demostrar que, a pesar de ser esencial para la supervivencia humana, gran parte de la población vive precariamente sin esos recursos.

Tales derechos fueron observados desde la perspectiva de la teoría garantista de Luigi Ferrajoli y los aspectos relacionados con la legislación constitucional vigente y sus deficiencias percibidas en un estudio de cuatro casos concretos extraídos de los tribunales brasileños. Las fuentes de recogida de datos utilizadas fueron la investigación bibliográfica y la jurisprudencia. Finalizando la investigación bibliográfica y los estudios de casos concretos, se clasificaron los datos de forma sistemática, permitiendo una mayor claridad en cuanto a la visualización de los resultados, para poder elaborar el texto del artículo con las conclusiones sobre lo que debería insertarse en el texto constitucional sobre el derecho fundamental

al acceso al agua potable y al saneamiento básico, demostrando la importancia de su positivización para legitimar la teoría garantista, última etapa de la investigación.

De acuerdo con esa línea de razonamiento, la sección inicial de este artículo pretende discutir la importancia de los servicios de agua potable y saneamiento básico para la supervivencia de la especie humana, ya que ese bien es un derecho fundamental vital para la dignidad humana, destacando que, a pesar de ser tan indispensable, su inaccesibilidad es evidente en Brasil. Tampoco existe una inclusión necesaria y coherente en el ordenamiento jurídico constitucional.

En el segundo apartado se defiende la posibilidad de abordar el acceso universal al agua potable y al saneamiento básico bajo la visión garantista de Luigi Ferrajoli, ya que, aunque la teoría fue concebida en el ámbito de la perspectiva del derecho penal, no puede decirse que en la actualidad se dirija únicamente a dicho ámbito. Para tal, el enfoque se centra en las tres acepciones de la Teoría del Garantismo, que son: modelo normativo del derecho, teoría jurídica de la validez y la eficacia y filosofía política. Se aborda la concepción de los bienes fundamentales de Ferrajoli. Al final, se argumenta a favor de una mejor positivización del derecho al agua y al saneamiento básico para consolidar las garantías.

Finalmente, el tercer apartado desarrolla el núcleo del debate aportando casos concretos para materializar las deficiencias constitucionales pertinentes al tema, respondiendo a la pregunta fundamental de este artículo: a partir del estudio de las decisiones de casos concretos, ¿el enfoque utilizado por los tribunales es garantista? Se sugiere que se modifique la Constitución mediante una enmienda a la Constitución para que dichas garantías queden claras.

1 EL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU PROTECCIÓN UNIVERSAL

En la presente sección, se estudiará el acceso al agua potable y al saneamiento básico como un derecho fundamental y la necesidad de su protección universal para garantizar la salud y la consiguiente supervivencia de la población y de las generaciones futuras.

Estudiaremos cuestiones relacionadas con el acceso regular al agua y el tratamiento sanitario y el alcantarillado en Brasil, un país

en desarrollo que sufre una rápida expansión urbana, la densificación de la población y la ocupación de zonas urbanas y rurales con claras deficiencias en el suministro de esa necesidad vital y básica (SNIS, 2018). En ese sentido, la escasez de agua conduce a la inestabilidad social y económica, agravado por la pandemia.

A partir de la observación de ese escenario, nos encontraremos con la necesaria notabilidad que el gobierno debe otorgar a ese asunto, y debe buscar los medios para el acceso efectivo a dichos recursos. Para ello, es imprescindible la positivización constitucional de tales derechos.

1.1 Agua potable y saneamiento básico como derechos fundamentales

La Constitución Federal de 1988, en su art. 225, *caput*, estableció que “todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común de las personas y esencial para una sana calidad de vida, imponiendo a los poderes públicos y a la comunidad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras” (BRASIL, 1988).

Aunque fuera del Título II de la Constitución y confirmado por el propio texto, el acceso al agua potable y al saneamiento básico es un derecho fundamental, porque según la costumbre del constitucionalismo brasileño, se admiten otros derechos además de los que surgen del régimen y de los principios que señala o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte (MILARÉ, 2015, p. 259).

Cabe señalar que pueden existir derechos implícitos o derechos fundamentales en sentido material. La Constitución, al admitir como derechos fundamentales los que surgen de regímenes y principios, emplea la existencia de derechos fundamentales no escritos, que pueden deducirse a través del acto interpretativo, a partir de los derechos presentes en su texto normativo (SARLET, 2015). Así, se suele hacer con el art. 6 de la Constitución Federal, que reconoce el derecho a la salud como fundamental.

Es inequívoco que el agua es el medio en el que se desarrolla la vida humana y no humana y su uso debe proporcionar calidad para el mantenimiento de la vida y para el progreso del medio ambiente

(SILVA, 2001). Las necesidades humanas vitales relacionadas con el agua están compuestas por varios y relevantes componentes, destacando la bebida, la preparación de alimentos humanos y los medios de higiene personal (MACHADO, 2018).

En ese sentido y volviendo al análisis de la disposición legal, se advierte que el principal protagonista del adecuado mantenimiento del medio ambiente ecológicamente equilibrado para las generaciones presentes y futuras es el agua, componente exhaustivamente mencionado como indispensable y esencial para el mantenimiento de la vida humana y de todos los seres vivos.

El derecho a la vida, compatible con la dignidad humana, es el más básico de todos los derechos, ya que se manifiesta como un verdadero prerrequisito para la existencia de los demás derechos consagrados en la Constitución Federal. Sin embargo, no basta con que la población tenga acceso al agua dulce para que la continuidad de la vida sea viable. Es necesario que el agua sea potable y se suministre en cantidad suficiente para garantizar la dignidad humana (VIEGAS, 2005).

Del mismo modo, el derecho al agua también se deriva del derecho a la salud. La ausencia de saneamiento básico tiene un impacto directo en la proliferación de enfermedades, provocando un aumento de la mortalidad infantil, especialmente en las zonas periféricas (IRIGARAY, 2003). La falta de recogida y tratamiento del agua y de las aguas residuales es un factor determinante de la mala salud generalizada.

La Ley Federal n. 6938/1981 establece que la Política Nacional de Medio Ambiente define el agua como un recurso medioambiental. Como tal, comulga con el bien de uso común de las personas y la esencialidad a una calidad de vida saludable y, en consecuencia, a una vida digna, garantía constitucional respaldada por el art. 5⁴. A su vez, la Ley Federal n. 11.445/2007, actualizada por el Marco Legal de Saneamiento Básico (Ley n. 14.026/2020), establece las directrices nacionales de saneamiento básico, reconociendo como principio fundamental el abastecimiento de agua, el alcantarillado sanitario, la limpieza urbana, la gestión de residuos sólidos, todo ello

4 Título II – Derechos y garantías fundamentales. Capítulo I – Derechos y deberes individuales y colectivos. Art. 5 Todos son iguales ante la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: [...] (BRASIL, 1981).

realizado de forma adecuada a la salud pública y a la protección del medio ambiente (BRASIL, 2007). La ausencia de esos recursos es incompatible con la dignidad humana⁵.

En el ámbito internacional, en 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas, principal órgano de deliberación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Resolución n. 64/292 de 28 de julio de 2010⁶, reconoció, por primera vez, el derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano “esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (ONU, 2010). La Resolución invita inmediatamente a los Estados a desarrollar estrategias, planes y disposiciones legales que puedan hacer realidad dichos derechos. También es relevante mencionar que, en 2015, los países tuvieron la oportunidad, a través de la ONU, de llegar a un acuerdo global sobre el desarrollo sostenible, titulado Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible⁷, que dio lugar a una lista con 17 (diecisiete) objetivos a alcanzar para 2030 y uno de ellos, concretamente el objetivo número 6, destaca la necesidad de una gestión sostenible del agua y el acceso al saneamiento.

Teniendo en cuenta que el derecho al agua y al saneamiento son esenciales para la supervivencia humana y que su escasez pone en peligro la salud de los seres humanos y de todos los seres vivos e incluso su supervivencia, no cabe duda de su carácter fundamental, aunque no esté expresado en la Constitución. Sucede que, aun siendo tan indispensable, su acceso amplio y satisfactorio no es una realidad en Brasil.

5 Como explica Ingo Sarlet, “la dignidad de la persona humana es la cualidad intrínseca y distintiva reconocida a cada ser humano que le hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en ese sentido, un conjunto de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona contra todo acto degradante e inhumano”, y garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida sana, así como fomentar y promover su participación activa y corresponsable en el destino de su propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que conforman la red de la vida” (SARLET, 2015, p. 70-71).

6 108ª sesión plenaria. Hubo 122 votos a favor y 41 abstenciones.

7 En la cumbre de las Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible (del 25 al 27 de septiembre de 2015, los líderes de 193 países adoptaron la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, que contiene un conjunto de 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Los ODS se construyeron sobre la base de los resultados de Río+20 y tener en cuenta el legado de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que eran ocho objetivos de lucha contra la pobreza que el mundo se comprometió a cumplir para 2015 (UN, 2017).

1.2 Acceso al agua potable y al saneamiento básico en Brasil

La escasez cuantitativa y cualitativa del agua genera consecuencias incalculables para las generaciones presentes y futuras, ya que altera la naturaleza en su conjunto, afectando directamente a la salud física y mental de los seres vivos y, por tanto, a su calidad de vida. Los factores naturales, la expansión de la población, la contaminación causada por las actividades humanas, el consumo excesivo y el alto grado de desperdicio de agua perjudican aún más la disponibilidad de agua para el consumo humano y la higiene (MACEDO, 2010).

Según el informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en 2017, cerca de 2.200 millones de personas en el mundo no disponen de servicios de agua potable gestionados y 4.200 millones de individuos no tienen acceso al alcantarillado sanitario. En Brasil, según el último informe del Sistema Nacional de Información de Saneamiento (SNIS), 2018, cerca de 35 millones de brasileños no cuentan con suministro de agua tratada. En 2016, según un informe del Instituto Trata Brasil (INSTITUTO TRATA BRASIL, [s.d.]), se constató que 1 de cada 7 mujeres y 1 de cada 6 hombres brasileños no tienen acceso al agua. Las siguientes tablas muestran el alcance del agua potable y la asistencia total con redes de alcantarillado por región del país⁸.

Tabla 1 – Datos sobre el acceso al agua potable por región

Región	Porcentaje de población con acceso al agua
Norte	57,05%
Nordeste	74,21%
Sudeste	91,03%
Sur	90,19%
Centro-Oeste	88,98%

Fuente: SNIS (2018).

⁸ El mapa de la muestra de municipios cuyos datos de abastecimiento de agua se recogen para la elaboración del informe del Sistema Nacional de Información de Saneamiento (SNIS) de 2018 no presenta datos de considerables municipios de la Región Norte, especialmente en el Estado de Amazonas. Aun así, es el informe más completo sobre el tema en el país.

Tabla 2 – Datos sobre el acceso al saneamiento básico por región

Región	Porcentaje de población del servicio total con sistemas de alcantarillado
Norte	10,5%
Nordeste	28,0%
Sudeste	79,2%
Sur	45,2%
Centro-Oeste	52,9%

Fuente: SNIS (2018).

Gran parte de la falta de acceso al agua potable y al saneamiento básico se debe a la expansión urbana que, en un principio, siguió el patrón periférico, es decir, no siguió patrones articulados ni proyectos destinados a la extensión de la ciudad. Las zonas centrales dotadas de infraestructura de servicios urbanos estaban destinadas a la población de altos ingresos, mientras que las zonas periféricas estaban ocupadas por las capas más pobres de la población, que comenzaron a construir sus viviendas por su cuenta, a menudo ubicadas en lotes ilegales y clandestinos (ROLNIK; KOWARICK; SOMEKH, 1990). En ese sentido, se entiende que la evolución del proceso de urbanización ha evidenciado la ausencia o el escaso alcance de las políticas de vivienda, la especulación inmobiliaria, la deficiente acción del Estado y las desigualdades sociales. Así, el resultado de ese proceso que se ha construido se considera un desastre social, no natural.

Aunque los cambios medioambientales pueden ser un componente de diferentes catástrofes, la crisis del agua está muy relacionada con su gestión. El dominio público del agua, afirmado en la Ley n. 9.433/1997 no convierte a los gobiernos federal y estatal en propietarios del agua, sino en gestores con el fin de satisfacer el interés de todos (MACHADO, 2018).

Así, sabiendo que una parte importante de la población no tiene acceso a ese derecho fundamental para el mantenimiento de la dignidad humana, se entiende que el Estado, al ser el gestor del uso colectivo, es responsable de una mayor intervención hacia la ampliación del alcance de esos servicios esenciales, incluyendo la posibilidad de positivización constitucional.

1.3 El reconocimiento y la positivización del agua en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988

De acuerdo con lo anterior, la Constitución no incluye el agua y el saneamiento básico como un derecho fundamental expreso, sino sólo como un bien de la Unión y de los Estados (art. 20, III). Se entiende que, teniendo en cuenta la escasez de recursos hídricos, así como su esencialidad para la supervivencia de los seres humanos, los seres vivos y el desarrollo sostenible, es imprescindible modificar la Constitución mediante una propuesta de enmienda.

La positivización de los derechos fundamentales significa la inclusión en el ordenamiento jurídico positivo de los derechos considerados naturales y esenciales para el mantenimiento de la dignidad humana. El derecho no debe ser meramente positivizado, sino que debe tener la dimensión de un derecho fundamental, situado en el nivel más alto de las fuentes del derecho: las normas constitucionales. Sin esa positivización, los derechos fundamentales no son más que esperanzas, aspiraciones, ideas, impulsos, pero no derechos garantizados bajo el escudo de las normas (CANOTILHO, 2000).

La propuesta de enmienda a la Constitución n. 04, de 2018, de la que es autor el senador Jorge Viana, pretende incluir una nueva cláusula en el art. 5 de la Constitución, a saber, el acceso al agua potable con la siguiente redacción: “LXXIX – se garantiza a todos el acceso al agua potable en cantidades adecuadas para permitir la subsistencia, el bienestar y el desarrollo socioeconómico” (BRASIL, 2018).

Es importante señalar que la justificación de la propuesta de modificación de la Constitución reconoce el agua como un bien esencial e insustituible del que no se puede privar ni reducir el acceso. También sostiene que el establecimiento de esos derechos proporcionará a los responsables de la aplicación de la ley las herramientas adecuadas para garantizar el acceso al agua y equilibrar los intereses sociales, económicos y comerciales. Para que la propuesta sea más completa, se sugiere que el saneamiento básico también se incluya expresamente en la lista de derechos fundamentales, dada su relación intrínseca con la salud, la calidad de vida y el desarrollo de la sociedad en su conjunto. Desde esa

perspectiva, reconocer el agua y el saneamiento como un derecho fundamental significa que el Estado debe responsabilizarse de su suministro y acceso para toda la población, que no puede estar sujeto a las estrictas reglas del mercado, sino a la lógica del derecho a la vida (BARBOSA, 2011).

La inserción constitucional expresa del derecho fundamental al agua potable y al saneamiento es significativa para que tal derecho sea reconocido bajo el punto de vista garantista de Luigi Ferrajoli, tema que será explorado en el siguiente apartado.

2 LA TEORÍA GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI

Inicialmente, es importante aclarar que la lectura errónea e inexacta que se ha hecho de Ferrajoli en los países latinoamericanos, especialmente en Brasil, debido al libro *titulado Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, ha hecho que la teoría del garantismo se asocie muchas veces con teorías vinculadas al derecho penal cuando, en realidad, es un modelo normativo extensible a todas las garantías y derechos fundamentales (TRINDADE, 2012), y por tanto, aplicable, incluyendo el derecho fundamental al acceso al agua y al saneamiento.

El término *garantismo*, en primer lugar, es una característica de las constituciones liberal-democráticas más evolucionadas, lo que significa que deben establecer instrumentos jurídicos más seguros y eficaces para los ciudadanos. En segundo lugar, es la doctrina político-constitucional la que sugiere una elaboración e introducción cada vez más amplia de dichos medios jurídicos (IPPOLITO, 2011).

En el prólogo de “Derecho y Razón”, Norberto Bobbio explica que el garantismo es una teoría del sistema de garantías de los derechos fundamentales resultante del cambio de paradigma impulsado por el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho, que pretende proteger las libertades del individuo frente a las diversas formas de ejercicio arbitrario del poder (FERRAJOLI, 1997).

En ese apartado se analizaron los aspectos esenciales de la teoría del garantismo, abordando sus tres significados distintos y conectados, que son la percepción del garantismo como modelo normativo del derecho; la teoría de la validez y la eficacia y la concepción filosófica que trae como premisa la separación entre derecho y moral. Por último, se abordarán los conceptos básicos de

los bienes fundamentales para el autor objeto de estudio. Desde esa perspectiva, se ratifica el argumento a favor de la positivización del derecho al agua y al saneamiento como medio para solidificar tales derechos fundamentales.

2.1 Las tres acepciones de la Teoría del Garantismo de Luigi Ferrajoli

“Garantismo” designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” SG, propio del Estado de derecho, que bajo el plan epistemológico se caracteriza como un sistema cognitivo o de poder mínimo, bajo el plan político se caracteriza como una técnica de tutela adecuada para minimizar la violencia y maximizar la libertad y, bajo el plan jurídico, como un sistema de vínculos impuesto a la función punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, todo sistema penal que se ajuste normativamente a tal modelo y que lo ejecute efectivamente es “garantista” (FERRAJOLI, 2010, p. 786).

En ese sentido, el garantismo asegura a los ciudadanos que, en un Estado Democrático de Derecho en el que el poder deriva obligatoriamente del ordenamiento jurídico y, principalmente, de la Constitución, actúa como mecanismo para reducir el poder punitivo y garantizar, en la medida de lo posible, la libertad de los individuos.

Muchas garantías constitucionales, aunque se perciban como parámetros de racionalidad y legitimidad, pasan desapercibidas en la práctica, provocando la divergencia entre la normatividad y el modelo a nivel constitucional. Así, la falta de eficacia en los niveles inferiores transforma el modelo en una fachada con una función meramente ideológica (SILVA, 2015).

Ferrajoli considera que una legislación central de reducida maleabilidad debería asegurar la subsistencia del garantismo y, en consecuencia, reducir el margen de discrecionalidad judicial, ya que las relaciones entre los derechos estarían reguladas por normas jurídicas, demostrando así la importancia y el mantenimiento del protagonismo del Poder Legislativo, correspondiendo al poder judicial únicamente la anulación de las normas inconstitucionales (CADERMATORI; STRAPAZZON, 2012).

La segunda acepción se da bajo el enfoque de la teoría del derecho y la crítica jurídica, que

Designa una teoría jurídica de la “validad” y de la “efectividad” como categorías distintas no sólo entre sí, sino, también por la “existencia” o “fuerza” de las normas”. Se trata de “un enfoque teórico que mantiene separados el “ser” y el “deber ser” en el derecho. [...] la divergencia que existe en los sistemas jurídicos complejos entre los modelos normativos (que tienden a ser garantistas) y las prácticas operativas (que tienden a ser antigarantistas), interpretándola con la antinomia – dentro de ciertos límites fisiológicos, y fuera de ellos, patológica – que subsiste entre la validez (y la ineficacia) de los primeros y la eficacia (y la invalidez) de los segundos (FERRAJOLI, 2010, p. 785-786).

Así, se entiende que, según la Teoría del Garantismo, una ley es válida si se ajusta a la Constitución y sólo debe cumplirse y prevalecer en el mundo jurídico si está en vigor. Las convicciones sobre la validez se construyen a partir de hechos empíricos (actos normativos), mientras que, en lo que respecta a la validez, dichas convicciones surgen exclusivamente del significado de las normas producidas (TRINDADE, 2012).

La correspondencia entre validez y vigencia en el núcleo de cada sistema jurídico puede verificarse como justicia interna, mientras que la aquiescencia del sistema jurídico, en su totalidad, a los valores políticos externos, es decir, la correspondencia entre validez y justicia, se denominará justicia externa. Esa segunda acepción deja claro que la teoría ferrajoliana se ocupa de los aspectos formales y sustanciales que deben existir para que la ley sea válida.

La tercera comprensión del significado del “garantismo”, a diferencia de las dos primeras, aporta una visión obligatoriamente externa de la teoría. Se trata de un freno ideológico a la acción indiscriminada del Estado, posibilitando la ampliación de las posibilidades de garantía efectiva de los derechos. En otras palabras, funcionaría como bases metajurídicas. Para Ferrajoli (200, p. 787), “el garantismo presupone la doctrina secular de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valorización del ordenamiento, o incluso entre el ‘ser’ y el ‘deber ser’ del Derecho”.

En las tres acepciones, el constitucionalismo equivale a un proyecto normativo que exige ser realizado a través de la construcción – mediante políticas y leyes de actuación – de garantías integrales e instituciones de garantía. Por ello, el garantismo es otra cara del constitucionalismo⁹.

9 La teoría de Luigi Ferrajoli difiere del constitucionalismo principalista que, según el autor, equivale

2.2 El concepto de bienes fundamentales para Luigi Ferrajoli

Los derechos fundamentales pueden definirse como normas jurídicas, intrínsecamente relacionadas con la idea de la dignidad de la persona humana y la limitación del poder estatal en un determinado Estado democrático de derecho, que por su importancia axiológica sustentan y legitiman todo el ordenamiento jurídico (MARMELSTEIN, 2011). Ferrajoli sostiene que esas normas no dependen de la circunstancia de que esos derechos estén positivamente recogidos en la Constitución o en las leyes fundamentales (KURTZ, 2015).

Desde ese punto de vista, Ferrajoli enseña que la norma vigente garantiza la subsistencia de los derechos considerados fundamentales, ya que ello permite suprimir la disponibilidad política y la disponibilidad de mercado, al estar formulados en forma de norma general y, por tanto, conferirlos a todos por igual. El mero señalamiento de la necesidad de su obediencia por parte del legislador ordinario no garantiza el cumplimiento universal del derecho, pero funciona como condición fundante de la igualdad jurídica y su universalidad aparece como una característica estructural, que comprende el carácter irrenunciable e indisponible de los intereses sustanciales en qué consisten (FERRAJOLI, 2011).

Según Ferrajoli, las garantías son técnicas normativas con la finalidad de proteger derechos subjetivos y sólidos a través de deberes positivos o negativos (comisiones y encargos) que corresponden respectivamente a expectativas jurídicas positivas o negativas, las cuales, si no se cumplen o se violan, legitiman la viabilidad de la reparación¹⁰ (IPPOLITO, 2011). Por ello, su positivización apoya la posibilidad de imputar el cumplimiento de los deberes estatales para garantizar el acceso a un derecho fundamental de forma inequívoca y libre de interpretaciones del Poder Judicial.

a la superación del positivismo jurídico, ya no apto para dar cuenta de la nueva naturaleza de las actuales democracias constitucionales. Se caracteriza por la configuración de gran parte de las normas constitucionales ya no expresadas mediante reglas, susceptibles o no de ser observadas, sino mediante principios a merced de la ponderación (y no de la subsunción), porque entran en conflicto entre sí. Además, desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son “valores” ético-políticos con una conexión inevitable con la moral. Además, la práctica jurídica, sobre todo, se concentra en las actividades de los jueces (FERRAJOLI, 2012).

10 Garantía de segundo grado.