

“EL DERECHO DE ACCESO AL AGUA PARA CONSUMO HUMANO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE ARGENTINA”

“HUMAN RIGHT ACCESS TO WATER FOR CONSUMPTION IN THE NEW NATIONAL CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF ARGENTINA”

Autora: Clara María Minaverry, Abogada e Investigadora de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) *

Autora: Adriana Norma Martínez, Abogada e Investigadora de la Universidad de Buenos Aires (Argentina) **

Resumen:

El objetivo fundamental de este artículo es realizar un análisis de los aspectos centrales vinculados con el acceso al derecho humano al agua potable (limitado al consumo humano), en el ámbito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina que tiene vigencia desde el 1° de agosto de 2015. En su desarrollo se analizarán los aportes del Derecho Internacional Público respecto del derecho humano al agua, la jurisprudencia, la normativa de Argentina, y los aspectos centrales aportados por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina. Preliminarmente podemos concluir que el derecho en estudio no puede de ninguna manera ser divorciado de nuestra Constitución, ni del Derecho Internacional, ni del nuevo Código. El derecho humano al agua en nuestro país es un derecho fundamental y, como tal, plenamente exigible.

* Abogada, Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Derecho Ambiental (Universidad Complutense de Madrid), Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Docente de grado y posgrado de Derecho Ambiental y de Responsabilidad Social (Universidad Nacional de Luján y Universidad Tecnológica Nacional)

** Abogada, Escribana, Posgraduada en Derecho del Turismo (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Ambiente Humano (Universidad Nac. de Lomas de Zamora), Investigadora y Profesora Asociada Ordinaria del Depto. de Ciencias Sociales y Jefa de la División Derecho de la Universidad Nacional de Luján. Profesora Adjunta Regular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de posgrado en diversas universidades nacionales en temáticas ambientales, de turismo y responsabilidad social. Profesora visitante de las Universidades Complutense de Madrid y Málaga (España)

Abstract:

The main purpose of this paper is to make an analysis of central issues regarding drinking water human right (restricted to human consumption), in the area of the new National Civil and Commercial Code of Argentina which is valid from the 1st August, 2015. In the development of this essay, we will analyse Public International Law contributions in connection with water human right, argentine case law and regulations, and main issues about the new Code. Preliminary we can conclude that the right which is being studied can't be torn apart from our Constitution, from International Law nor from the new Code. Water human right in our country is essential and is also fully demanded.

Palabras clave: Derecho humano al agua, Código Civil y Comercial, Argentina, Derecho Ambiental Internacional

Key words: Water human right, Civil and Commercial Code, Argentina, International Environmental Law

Sumario:

I. Introducción

II. Desarrollo

- 1. Conceptualizaciones: el derecho al ambiente sano, el desarrollo humano, y el derecho al acceso al agua**
- 2. Los aportes del Derecho Internacional Público respecto del derecho humano al agua**
- 3. La jurisprudencia y la normativa de Argentina**
- 4. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina**

III. Conclusiones

IV. Referencias bibliográficas

Summary:

I. Introduction

II. Development

- 1. Conceptualizations: healthy environment's right, human development and water access right**
- 2. Public International Law contribution in connection with water human rights**
- 3. Argentine case law and regulations**
- 4. New National Civil and Commercial Code of Argentina**

III. Conclusions

IV. Bibliographical references

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito legislativo nacional argentino no existe un reconocimiento expreso al derecho humano de acceso al agua.

Lo único que se ha reconocido en nuestra Carta Magna en el artículo 41 introducido por la reforma de 1994, es el derecho a “un ambiente sano, equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, como así también el deber de preservarlo, pues resulta impensable que en ausencia de tal prerrogativa se configure un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sustentable.

El mensaje del Poder Ejecutivo Nacional de Argentina N° 884/2012, establece que la iniciativa de sanción del nuevo Código Civil y Comercial se inspiró en la constitucionalización del derecho privado.

Se trata de un código que reconoce a los derechos individuales pero también a los colectivos, al regular los derechos de incidencia colectiva.

Coincidimos con Aida Kemelmajer en que a través del texto de este nuevo Código, se ha realizado un reconocimiento de la constitucionalización del Derecho Privado, y el ingreso de los tratados de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad.¹

Uno de los fundamentos del anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial, resulta ser relevante para la temática tratada en el presente artículo:

“Hay que considerar que la función no es solo social. Existe otro aspecto más nuevo que es la función “ambiental”, que ya no responde a la división entre contratos de consumo y discrecionales, ni tiene relación alguna con el principio protectorio. La función ambiental es transversal a todos los contratos: se aplica tanto a las empresas como a los consumidores. Esta función permite al Juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, como el ambiente.”

La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El proyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos

¹ KEMELMAJER, A. “El ambiente en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, consulta el 8.01.2016, disponible <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmajer.pdf>

reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Uno de los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, es el respeto por los otros microsistemas normativos autosuficientes. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario.

El rol fundamental que tiene el Derecho Internacional referente a los Derechos Humanos en nuestro derecho interno a partir de su incorporación en la reforma constitucional argentina de 1994, ha cobrado un protagonismo esencial, sin perjuicio de su aplicación aún antes de esa fecha. Bajo estas circunstancias, la mencionada reforma, trajo aparejada la ampliación del escalafón supremo del orden jurídico argentino, dando lugar a lo que la doctrina llama el “*bloque de constitucionalidad*”, no solo reconociendo, como supremos, los ciento veintinueve artículos de nuestra *Carta Magna*, sino también una serie de pactos y tratados internacionales incorporados con jerarquía constitucional en el artículo 75 inciso 22° del mencionado cuerpo supremo nacional.

Estos tratados no integran la Constitución pero tienen igual jerarquía, mantienen su carácter de fuente de derecho internacional, permanecen afuera de la Constitución y comparten con esta su carácter de norma suprema.

Es decir que la Argentina, a través de una decisión interna adoptada por la Asamblea Constituyente de 1994, adecuó el principio de supremacía constitucional concediendo al derecho internacional de derechos humanos el mismo nivel de jerarquía que a la Constitución. El Estado Argentino asumió, de esta manera, una fuerte responsabilidad.

El artículo 1° del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece textualmente que las fuentes se regirán de la siguiente manera:

“Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.”

El objetivo fundamental es realizar un análisis de los aspectos centrales vinculados con el acceso al derecho humano al agua potable (limitado al consumo humano), en el ámbito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina que tiene vigencia desde el 1° de agosto de 2015.

II. DESARROLLO

1. Conceptualizaciones: el derecho al ambiente sano, el desarrollo humano, y el derecho al acceso al agua

A diferencia de lo ocurrido en algunos países de Latinoamérica, la República Argentina no tiene en su Constitución una cláusula expresa sobre el derecho al agua. Sin embargo, de ello no se deduce que aquel derecho no tenga acogida favorable en nuestra Carta Magna.

La reforma constitucional argentina de 1994 introdujo cambios trascendentes en el sistema de recepción constitucional del derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos. En otras palabras, trajo aires de cambio en la jerarquía de aquellas normas internacionales respecto de la Constitución y de las demás normas de derecho interno.

En efecto, aquel poder constituyente reformador tomó una decisión jurídica cuya primera consecuencia fue asumir la creación de un bloque de constitucionalidad integrado por la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, a los que se les reconoce jerarquía constitucional. Esa manda constitucional, luego de enumerar los instrumentos internacionales de derechos humanos, dispone sobre ellos que “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Por lo tanto, el primer peldaño del ordenamiento jurídico federal argentino se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema, pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo.

Así, esos instrumentos no han sido incorporados a la Constitución ni constitucionalizados, sino elevados a la jerarquía constitucional, manteniendo su carácter de fuente de derecho internacional, permaneciendo afuera de la Constitución y compartiendo con esta su carácter de norma suprema. Es decir, por un lado, tenemos la Constitución Nacional, desde el Preámbulo hasta la última Disposición Transitoria, y, por el otro, deben adicionarse los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional que, a pesar de esa jerarquía, no integran el texto constitucional.

En definitiva, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional elevó a la jerarquía constitucional once instrumentos internacionales de derechos humanos. Esos instrumentos, con la misión de llenar vacíos y puntos implícitos de nuestro sistema, no están incorporados a la Constitución ni

constitucionalizados, mantienen su carácter de fuente de derecho internacional, y permanecen afuera de la Constitución, compartiendo con esta su carácter de norma suprema.

Por tal motivo, desde de 1994, ya no es posible interpretar a la Constitución Nacional sin recurrir a aquellos tratados, o a los que se agreguen con tal jerarquía. Y ello es así, puesto que el Estado argentino asumió una fuerte responsabilidad en el orden interno, al elegir el camino de la consagración expresa. Es decir, Argentina, a través de una decisión interna proveniente del poder constituyente derivado de 1994, adecuó el principio de la supremacía constitucional concediendo al derecho internacional de los derechos humanos el mismo nivel de jerarquía que la Constitución.

Así las cosas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que alojó implícitamente el derecho al agua en los artículos 11 y 12, tiene rango constitucional, y es por esta razón que ha sido receptado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental.

El artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina, introducido por la reforma de 1994, consagra el derecho de todos los habitantes a gozar de “un ambiente sano, equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”, como así también el deber de preservarlo.

Así se recepta expresamente el mencionado derecho fundamental o derecho humano de tercera generación, sustentado en los principios elaborados a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano – Estocolmo 1972- y desarrollados ampliamente en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo –Río 1992-.

El desarrollo sustentable, tal como surge del párrafo transcrito, aparece íntimamente ligado al derecho al ambiente, bajo la clara referencia a la cláusula intergeneracional.

Pero conjuntamente con estos nuevos derechos, que fueron perfilándose como institutos que integran la nómina axiológica del constitucionalismo al incorporar el valor “solidaridad”, su proyecto ha sido completado con una visión cada vez más integral de la persona y la asunción de este nuevo paradigma ha sido constitucionalizado al incluir, en el mismo párrafo, con un criterio novedoso entre los sistemas comparados, el concepto de “desarrollo humano”.

La trilogía ambiente, desarrollo sustentable y desarrollo humano define el perfil ideológico de la constitución argentina reformada en materia de derechos humanos de la solidaridad.

Asimismo, la norma sub examen establece claros mandatos dirigidos a las autoridades nacionales, provinciales y municipales respecto a la protección a los bienes ambientales, sin distinguir entre ellas, y por tanto ha de entenderse que pesa sobre todas una responsabilidad solidaria en la tutela de los derechos consagrados, indicándoles la realización obligatoria de determinadas políticas públicas y habilita prerrogativas jurídicas de los habitantes, operativizando su actuación en juicio por la vía de la acción de amparo que se regula en el art. 43 de la Constitución.

La frase “apto para el desarrollo humano” que fue incorporada en el artículo 41 de la Constitución Nacional de Argentina constituye un antecedente único en el mundo y sigue la visión de Naciones Unidas en sus Programas para el Desarrollo.

Este organismo define al desarrollo humano como “el proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano” en donde se anotan las de disfrutar de una vida prolongada y saludable y tener acceso a los recursos necesarios para una vida decente, es decir que los beneficios sociales deben verse y juzgarse en la medida que promueva el bienestar humano. Por lo que el concepto de desarrollo humano es amplio e integral. No es simplemente un llamado a la protección ambiental, sino que implica un nuevo concepto de crecimiento económico, que provee justicia y oportunidades para toda la gente del mundo.²

2. Los aportes del Derecho Internacional Público respecto del derecho humano al agua

Un instrumento internacional fundamental vinculado con la temática del presente trabajo, es el “Protocolo sobre agua y salud” de la Convención de Helsinki de 1992 (que entró recién en vigor en el año 2005).

El mismo se refiere expresamente a la protección de los ecosistemas acuáticos (en su artículo 1), y establece que es necesario evitar o eliminar la contaminación del medio hídrico para mejorar la calidad del agua, para que sea más accesible técnica y económicamente para las autoridades poder garantizar dicho derecho y principalmente para evitar enfermedades.

² LÓPEZ ALFONSÍN, M.; TAMBUSSI, C. “El medio ambiente como derecho humano”, consulta el 11/04/2016, disponible <http://www.gordillo.com/DH6/capXI.pdf>, página X-4

Además, en dicho texto se le solicita a las Partes del mismo fijarse objetivos nacionales y locales para mejorar la calidad del agua, de los efluentes que se arrojan y de sus tratamientos, y de la gestión del servicio de provisión de agua potable.

Además, en este instrumento internacional estableció que debe existir cooperación, en tanto que la gestión de los recursos hídricos debe vincular en su desarrollo los aspectos sociales y económicos, para lograr la protección natural de los ecosistemas y mejorar la calidad del servicio de agua y saneamiento lo cual es fundamental para eliminar el círculo virtuoso de la pobreza.

El 28/7/2010 en el 64° período de sesiones, en el tema 48 del programa "Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas", la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó una resolución de notable relevancia.

El 30/9/2010, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas reconoció en forma explícita, y ratificó que el acceso al agua potable y al saneamiento por parte de cualquier persona constituye un derecho humano fundamental. Estos instrumentos internacionales históricos declaran el derecho al acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

En dichas resoluciones se le solicitó a todos los Estados y organizaciones internacionales que colaboren con el aporte de recursos financieros que aumenten la capacidad y la transferencia de la tecnología, mediante la asistencia y la cooperación internacionales -especialmente a los países en desarrollo-, con el objeto de proporcionar un acceso económico al agua potable y el saneamiento a toda la población.

En términos generales, del texto de la primera resolución se desprende un claro reconocimiento de un derecho humano que compromete a todos los Estados a garantizar a sus habitantes la provisión del servicio mínimo de agua potable y de saneamiento, lo que conlleva asumir los costos que los servicios irroguen. En la misma no se estableció la manera ni los medios que deben utilizarse para lograr esto, por lo que cada Estado posee libertad de acción en este sentido.

Asimismo y recientemente el 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado por consenso la Resolución N° 70/169, que presentada por España y Alemania, diferencia por primera vez los derechos humanos al agua y al saneamiento.

Se trata de un avance que ha contado con el apoyo de noventa y cinco Estados, más que en ocasiones anteriores para resoluciones sobre esta cuestión.

El reconocimiento por separado de los derechos al agua y al saneamiento responde a la necesidad de destacar sus particularidades así como de potenciar el derecho al saneamiento, contribuyendo a su consecución de forma más efectiva.

La apuesta consistente en la separación de los dos derechos se ha realizado tomando en consideración el punto de vista del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Relatores Especiales sobre la materia y las organizaciones que trabajan en este campo. La realidad ha demostrado que el derecho al saneamiento ha sido eclipsado por el derecho al agua. Un ejemplo de esto aparece en la meta 7 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio – reducir a la mitad en 2015 la proporción de la población sin acceso sostenible al agua potable y al saneamiento básico – ha sido alcanzada con respecto al agua potable, pero no en cuanto al saneamiento.³

Es destacable agregar que consideramos que estas resoluciones se han dictado en un momento crítico de la situación mundial en relación con el acceso a dicho recurso.

Es importante destacar que los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (2015-2030) hacen referencia en su objetivo N° 6, a garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. A su vez, plantean una serie de metas cuantificables, en donde destacamos la primera que afirma que *“para 2030 se deberá lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos”*.

Este último aspecto en relación con los criterios para considerar qué significa ser asequible para algunos y para otros, resulta controversial y complejo para aplicar en la práctica, atento a que no se establecieron parámetros universales para evitar que queden sujetos a un análisis individual y subjetivo para cada caso.

A nivel jurisprudencial ya en la causa judicial caratulada “Kersich Juan Gabriel y otros contra Aguas Bonaerenses y otros sobre amparo”, la Corte Suprema

³ COMUNICARSEWEB. “Naciones Unidas decide separar y definir los derechos humanos al agua y al saneamiento”, Año 14 Newsletter N° 657, 4/012016, consulta el 8.01.2016, disponible en: <http://www.comunicarseweb.com.ar/tags/naciones-unidas>

de Justicia de la Nación resaltó inicialmente en su fallo que *“el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas”*.

En este sentido, una de las novedades incorporadas en este análisis jurisprudencial, fue el contenido de la Resolución A/HRC/RES/27/7, dictada por el Consejo de Derechos Humanos en el mes de septiembre de 2014.

En esta otra Resolución internacional existen diversos párrafos que resultan importantes reseñar debido a su gran relevancia, ya que en este instrumento se enumeran las fuentes respecto de las cuales surge el reconocimiento del derecho humano.

En este sentido menciona, en primer lugar, a la Resolución 64/292 de la Asamblea General, de 28 de julio de 2010, en la que la Asamblea reconoció que el derecho al agua potable y al saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos, así como la resolución 68/157, de 18 de diciembre de 2013, en la que la Asamblea reafirmó por consenso el derecho humano al agua potable y al saneamiento.

La Resolución analizada destacó que las cifras oficiales no reflejan plenamente las dimensiones de la salubridad del agua potable, la asequibilidad de los servicios y la seguridad de la gestión de los excrementos y las aguas residuales, y subestiman, por tanto, el número de personas sin acceso a agua potable salubre y a un saneamiento gestionado en condiciones de seguridad y asequible, y resalta en este contexto la necesidad de vigilar adecuadamente la salubridad del agua potable y la seguridad del saneamiento a fin de obtener datos que reflejen esas dimensiones como algo fundamental para garantizar el acceso a agua potable y la gestión segura del saneamiento.

La Corte Suprema con esta base expresamente estableció que *“estando en juego el derecho humano al agua potable deberá mantenerse la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio [...]”* (conf. considerando 13).

El Máximo Tribunal ya había reconocido a finales del año 2013 la importancia de brindar un servicio de agua con una calidad adecuada (cumpliendo con los parámetros de la Organización Mundial de la Salud), en el caso *“Conde Alberto José Luis y otro contra Aguas Bonaerenses S.A. sobre amparo”*. Allí también se cuestionaron los altos niveles de arsénico constatados en el agua

que consumían los habitantes de la ciudad de Lincoln, Provincia de Buenos Aires.⁴

A su vez, el artículo 2 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece lo siguiente: “*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.*”

En este caso, sin lugar a dudas, podría incorporarse el derecho de acceso al agua, reconocido dentro de la categoría establecida por el nuevo Código como de “derechos humanos”.

3. La jurisprudencia y la normativa de Argentina

Los fallos jurisprudenciales dictados por la primera y la segunda instancia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la causa caratulada “Asociación Civil por la Igualdad contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre amparo”, son la clara prueba de que el reconocimiento del derecho humano al agua ya había sido reconocido al menos desde el año 2006.

Este caso tiene su fundamento en una garantía constitucional que involucra a los derechos no solo ambientales, sino de los usuarios y consumidores (artículo 43 de la Constitución Nacional).⁵

Dicha causa se vincula también con los artículos 41 y 42⁶ de la Constitución Nacional (ambos incluidos en la sección denominada: los Nuevos Derechos y

⁴ MINAVERRY, C., MARTÍNEZ, A. “El reconocimiento judicial del derecho humano de acceso al agua potable en Argentina”, *Erreius*, publicado el 23/01/2015.

⁵ La primera parte de este artículo establece lo siguiente: “*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización [...]*”

⁶ El artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina establece lo siguiente: “*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces*

Garantías), y ambos derechos humanos de tercera generación, estando relacionados no sólo con el derecho de los consumidores sino también con el derecho al ambiente.

Del análisis del procedimiento de la primera instancia judicial surge que la disparidad espacial era notable, especialmente, si se consideraba la cobertura superior de los servicios de agua existente en otras zonas de la Ciudad de Buenos Aires, a diferencia de lo que ocurría en algunas zonas del Gran Buenos Aires y/o de villas de emergencia. Los vecinos de la Villa 31 fueron representados y apoyados por la organización no gubernamental Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia –ACIJ- (cuyo objeto es defender los derechos de las minorías y grupos desaventajados por su posición o condición social o económica).

En el fallo se destaca que los problemas de cobertura ya habían sido identificados por organismos públicos en diversas oportunidades. La solución, implementada a través del Instituto de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, fue proveer a las cuatro manzanas afectadas con suministros de emergencia de agua (que consistían en camiones cisterna que descargaban varias veces al día en pequeños tanques contenedores ubicados en distintos puntos de la zona afectada). Esta medida de emergencia se extendió durante un año y medio y al tratarse de una solución precaria, al llegar a su fin motivó el reclamo judicial. En la demanda se solicitó una medida cautelar innovativa urgente debido a la necesidad de obtener una rápida solución de la problemática, lo cual fue objetado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Además la ciudad rebatió el pedido de ACIJ manifestando que la cuestión se había vuelto abstracta, porque ya había cumplido con la asistencia requerida (al brindar una solución de emergencia).

Sin embargo el Asesor Tutelar manifestó que la misma no había devenido abstracta, en tanto que la normal prestación del servicio obedeció a la medida cautelar ordenada, cuestión que en ese momento continuaba siendo irregular y defectuosa. Además destacó la vulnerabilidad de dichas personas, tanto en el ámbito social como económico, y que se estaba afectado el derecho a la salud. Uno de los aspectos fundamentales es que se está ante un derecho constitucional reconocido en el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al referirse al derecho a la salud integral. La sentencia de primera instancia de este caso fue dictada por un Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en defensa de los derechos a la salud y de acceso al agua potable de las familias afectadas por la decisión del Instituto de la Vivienda de interrumpir la provisión de agua.

para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.”

En la misma se ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires garantizar, en forma urgente y por los mecanismos que correspondan, el acceso al agua potable de las manzanas 11, 12, 13 y 14 de la Villa 31 bis en forma integral y continua. Se requirió que se devuelva el servicio a los vecinos de las manzanas más alejadas de la villa, que se amplíe el horario de distribución diaria hasta las 22 horas, incluso los días domingos, y que se asegure la presencia de camiones hidrantes las veces que sea necesario para suplir las carencias de distribución. Se ordena que las medidas dispuestas continúen realizándose hasta que se pueda ofrecer otra alternativa que asegure la normal prestación del servicio de agua.

Uno de los aspectos que no se consideró fue el seguimiento estatal del cumplimiento de la sentencia, ni de la imposición de las sanciones.

En la segunda instancia judicial, se rechazó el recurso de apelación presentado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y se confirmó la sentencia dictada por el Juez de primera instancia. A su vez, se habilitó la feria judicial para resolver esta causa, fundándose en que se trataba de un asunto que no admitía demora por existir un riesgo previsible e inminente de frustración de determinados derechos. Uno de los aspectos principales que surgen de este fallo es la mención del principio de igualdad (que también surge de los principios básicos de los servicios públicos).

Además se estableció que una persona con escaso o deficiente acceso al sistema de salud verá disminuido su derecho a la vida y su dignidad. También se incorporó el concepto de materializar el “plan de vida” que se encuentra vinculado con el principio de autonomía individual (artículo 19 de la Constitución Nacional), o sea el derecho de cada persona de elegir libremente. Para que la libre elección del plan de vida resulte posible, no es suficiente con la sola abstención, sino que ello requiere prestaciones positivas y activas por parte del Estado.

En este sentido el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene además, el deber inexcusable de realizar prestaciones positivas, de manera que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio. Asimismo, se estableció que el derecho al agua está indisolublemente ligado al derecho al más alto nivel posible de salud y de “alimentación” adecuada.

Recientemente, a finales del año 2015, pero en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se ha dictado una norma que resulta muy relevante para la temática analizada en el presente artículo

Se trata de la ley N° 14.782, que en su artículo 1° establece como objeto principal el reconocimiento del acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para la vida.

Se lo ha definido como el derecho de todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y el uso personal y doméstico.

Esta norma es inédita en el ámbito normativo de Argentina, ya que es la única que reconoce de forma explícita este derecho básico, más allá del relevante desarrollo jurisprudencial existente.

4. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina

El texto del nuevo Código Civil y Comercial, en sección 3° titulada “bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”, establece en su artículo 240 que *“el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones 1° y 2° debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”*.

En estos casos se observa la “tragedia de los bienes comunes” ya que, los incentivos regulatorios para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.

Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego. En sí tal principio se materializa en la obligación de suspender o cancelar actividades que amenacen el ambiente pese a que no existan pruebas científicas suficientes que vinculen tales actividades con el deterioro de aquél; se tiende a evitar un daño futuro. Finalmente, de forma general el Código Civil y Comercial de la Nación, al tratar la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1710 y ss.), se está refiriendo a este principio que vimos y dispone una forma más para priorizar la conservación.

La unificación remite a la cuestión ambiental en los arts. 14 (derechos colectivos), 235 y 236 (bienes de dominio público y privados del Estado) y art. 240 (limitaciones del ejercicio de derechos). En particular el art. 14 al señalar que *“...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en*

general.” particulariza la noción de abuso de derecho, limitando –como lo hará también en el art. 240- la libertad y autonomía de los sujetos individuales en pos de lo común, lo que es gozado por todos.

En el artículo 240 cuando dice⁷ “... Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.”, deja librado a una gestión legislativa posterior el cómo⁸.

Cabe destacar que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial en el art. 241, expresaba que “*Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua para fines vitales*”.

Sin embargo luego cuando el proyecto ingresó al Congreso de la Nación para ser tratado ya se había eliminado este reconocimiento del texto.

Uno de los argumentos que se esgrimieron desde el gobierno fue que si el Estado no podía cumplir con esta responsabilidad, entonces, un gobernador o un intendente se convertían prácticamente en un incumplidor de los derechos humanos. Lo cierto es que la obligación está impuesta por los instrumentos internacionales, aunque lo positivo de haberlo regulado expresamente en el código es que constituiría un estímulo para que el Estado llegue con agua potable adonde todavía no ha llegado.

Además, el artículo 241 hace referencia a la jurisdicción que se ejerce respecto de esos derechos, en donde específicamente se establece que “*debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable*”.

⁷ Se refiere al modo en que puede ejercerse derechos individuales sobre los bienes que sean comunes o de incidencia común.

⁸ Así las cosas, se reedita la crítica de Mosset Iturraspe al proyecto de unificación de 1998 cuando decía “...el daño ambiental debió merecer una referencia específica...por su jerarquía y trascendencia. No nos parece suficiente aludir a él con la denominación de daño a intereses de incidencia colectiva, puesto que el causado al medio no es el único que compromete tales intereses y, además el ataque al ambiente puede perjudicar a intereses particulares, a personas que lo padecen con menoscabo de su derecho a un ambiente sano o sufriendo daños personales o patrimoniales.”(citado en Heredia, José Raúl, “La Constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños. Algunos supuestos especiales” (<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-constitucion-como-fuente-de-la-pretension-de-reparacion-de-danos.-algunos-supuestos-especiales> consultado 10/07/2015). Circunstancias estas últimas que se compadecen con la realidad transitada en fallo Mendoza o causa Riachuelo del 20.06.2006.

Y aquí inevitablemente debemos mencionar las diez leyes nacionales de presupuestos mínimos ambientales que se encuentran vigentes en la actualidad, que según el nuevo Código Civil y Comercial deberían ser siempre tenidas en cuenta al momento de su aplicación, y que crean un vínculo entre el ámbito del Derecho Ambiental y del Derecho Civil.

N° de ley	Materia	Fecha de sanción	Fecha de publicación
25.612	Gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios	3 de julio de 2002	29 de julio de 2002
25.670	Presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBs	23 de octubre de 2002	19 de noviembre de 2002
25.675	Ley general del ambiente	6 de noviembre de 2002	28 de noviembre de 2002
25.688	Régimen de gestión ambiental de aguas	28 de noviembre 2002	3 de enero 2003
25.831	Régimen de libre acceso a la información pública ambiental	26 de noviembre de 2003	7 de enero de 2004
25.916	Gestión integral de residuos domiciliarios	4 de agosto de 2004	7 de setiembre de 2004
26.331	Presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos	28 de noviembre de 2007	26 de diciembre de 2007
26.562	Presupuestos mínimos para control de actividades de	18 de noviembre de 2009	16 de diciembre de 2009

	quema		
26.639	Régimen de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del ambiente periglaciario	13 de setiembre de 2010	28 de octubre de 2010
26.815	Presupuestos mínimos de protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales en el ámbito del territorio nacional	28 de Noviembre de 2012	16 de enero de 2013

III. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial de la Nación constituye un importante aporte para la defensa del ambiente en general y del derecho humano al agua en particular, porque regula derechos de incidencia colectiva, integra el derecho privado con la Constitución Nacional y tratados internacionales, introduce los conceptos de ambiente y sustentabilidad, reconoce las leyes de presupuestos mínimos, reconoce la doble función del derecho de daños (preventiva y de reparación), y otorga amplias facultades a los jueces, circunstancia especialmente importante para casos ambientales.

Esto es independiente de que el constituyente omita el reconocimiento expreso del derecho al agua, tomando una posición diferente a otros estados que si lo receptan en la actualidad⁹.

Aun cuando pueda pensarse que tal omisión indique “... que considera a los códigos de fondo, en especial el Código Civil suficiente marco jurídico para el agua a nivel nacional...”¹⁰, como se ha visto no puede desconocerse la recepción indirecta¹¹

⁹ Por ejemplo Uruguay, Ecuador y Colombia.

¹⁰ VALLS, C. “Del Agua” en Krom, Beatriz Silvia (directora) p. 276, op. cit. nota nro. 20.

¹¹ Ya en el Preámbulo al sostener la promoción del bienestar general y la invocación a Dios –ver Encíclica “Laudato Si” Francisco I; y también en el art. 33 C.N.

en algún caso y genérica¹² en otro del derecho al agua potable. Y no sólo ello, sino que como consecuencia de la dirección que ha tomado la norma fundamental tras la reforma de 1994, aquel resultaría plenamente operativo y exigible.

En otras palabras, si bien el derecho al agua como tal no goza de un reconocimiento expreso en nuestra Carta Magna, es preciso señalar que el artículo 41 representa un reconocimiento implícito de aquel, pues resulta impensable que en ausencia de tal prerrogativa se configure un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano sustentable.

El derecho humano al agua se encuentra estrechamente vinculado a la satisfacción de otros derechos, entre los que destacamos el derecho al ambiente sano y el desarrollo humano sustentable, expresamente reconocidos por la Constitución Nacional en el artículo 41, en un todo acorde con el perfil ideológico de la constitución argentina reformada en materia de derechos humanos de la solidaridad.

Debe mencionarse por su importancia en la temática el plexo constituido por la ley 25.675 General del Ambiente; el Código Alimentario Argentino que, entre otras cosas, determina el máximo tolerable de arsénico y de aluminio en el agua potable y sus Resoluciones Conjuntas; la ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas y la ley 26.639 para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, atendiendo a que la primera y las dos últimas son leyes de presupuestos mínimos dictadas por el Estado Nacional y que contienen normas que se aplican en forma uniforme y común en el territorio de la Nación, entendida como normativa de base que se integra con el ejercicio de la competencia maximizadora complementaria provincial.¹³

En suma, el derecho en análisis no puede de ninguna manera ser divorciado de nuestra Constitución, ni del Derecho Internacional, ni de nuestro CCC. El derecho humano al agua en nuestro país es un derecho fundamental y, como tal, plenamente exigible.¹⁴

Cuando analizamos el texto y la tendencia registrada por la ley nacional N° 25.688 de presupuestos mínimos para la protección de los recursos hídricos, podríamos considerar que es el único punto débil en relación con la falta de inclusión del derecho humano al agua en el nuevo Código (si lo analizamos

¹² Art. 41 C.N.

¹³ CAFFERATTA, N. *Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014*, 2014, p. 273.

¹⁴ MARTÍNEZ A., DEFELIPPE, O. “Derecho Humano al Agua y control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 70, 2013.

únicamente desde la esfera de la normativa ambiental local). En este sentido consideramos que podría menoscabarse el pleno goce de este derecho, aspecto que debería analizarse profundamente si debería ser o no resuelto por un Código de fondo perteneciente a las ramas del Derecho Civil y del Derecho Comercial.

Los argumentos en contra que podrían haber sido esgrimidos por parte de la Provincias argentinas (al igual que ocurrió anteriormente con la sanción de la ley N° 26.331 de presupuestos mínimos ambientales para la protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y con la mencionada ley N° 25.688 para la protección de los recursos hídricos), es que en las mismas la Nación avanzó indiscriminadamente sobre el federalismo, en virtud del dominio de los estados provinciales sobre los recursos naturales que se encuentra regulado en el artículo 124 de la Constitución Nacional.

En ese sentido se alegó que esas normas desconocían la jerarquía de los derechos, y rehúyen de la obligación indelegable del Estado Nacional de regular sobre derechos fundamentales que hacen a la vida de las personas.

A su vez, la tendencia esgrimida por el Derecho Ambiental y por la incipiente jurisprudencia del área, nos muestra que existe una protección concreta respecto de dichos aspectos, y que por ende la exclusión del “derecho humano al agua” del texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no resultaría ser tan grave en relación con el menoscabo de la preservación del ambiente como una integralidad, y menos aún del acceso al agua para consumo humano.

Ahora, la pregunta que uno debe hacerse es ¿para qué sirve consagrar al derecho al agua como un derecho humano?. Y la respuesta para ello radica en que los derechos humanos son, antes que nada, un intento de respuesta frente a las grandes tragedias humanas, a las fallas en la organización social que se vuelven intolerables. A medida que aumentan sus niveles de bienestar global, las comunidades van estableciendo ciertos pisos mínimos de convivencia — pautas básicas de lo que cabe exigir del prójimo y viceversa— y en la época actual esos pisos mínimos están constituidos por los derechos humanos. Al reconocerlos, se asume que cada persona, sin importar raza, sexo, nacionalidad o condición social, puede demandar el acceso a determinadas condiciones materiales e inmateriales de vida y la protección de ciertos intereses.¹⁵.

¹⁵ JUSTO, J. B., “El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)”, consulta el 8.01.2016, disponible

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTOSSI, R, “El derecho de acceso al agua potable”, *El Derecho*, 213-584.

BIDART CAMPOS, G.J., *Manual de la Constitución Reformadas*, 1º reimpresión, Tomo I, EDIAR, Bs. As., 1998.

CAFFERATTA, N. *Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014*, 2014.

CENICACELAYA, M., “El derecho al agua en Latinoamérica”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad Nacional de La Plata, Año 8, N° 41, La Ley, Bs. As., 2011, p. 87

COMUNICARSEWEB. “Naciones Unidas decide separar y definir los derechos humanos al agua y al saneamiento”, Año 14, *Newsletter N° 657*, consulta el 8.01.2016, disponible en: <http://www.comunicarseweb.com.ar/tags/naciones-unidas>

DARCY, N.C., “El derecho humano al agua y su recepción como derecho fundamental en Argentina”, Documento de Trabajo N° 06-2010, Programa de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica, Universidad de Alcalá, disponible en: www.portal-fio.org/inicio/publicaciones/documentos-de-trabajo.html Acceso: 08/04/2016.

GONZALEZ BALLAR, R., *El derecho al agua o algunos derechos para el agua*, 1º ed.; instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2006.

JUSTO, J. B., “El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)”, consulta el 8.01.2016, disponible <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/ContributionsSustainability/ECLAC7.pdf>

KEMELMAJER, A. “El ambiente en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, consulta el 8.01.2016, disponible <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmajer.pdf>

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/ContributionsSustainability/ECLAC7.pdf>

LÓPEZ ALFONSÍN, M.; TAMBUSI, C. “El medio ambiente como derecho humano”, consulta el 11/04/2016, disponible <http://www.gordillo.com/DH6/capXI.pdf> , página X-4

MARTÍNEZ A., DEFELIPPE, O. “Derecho Humano al Agua y control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 70, 2013.

MARTINEZ, A., LOPEZ ALFONSIN, M.A., “El ambiente desde los paradigmas de la sustentabilidad y el desarrollo humano”, en *Desarrollo Territorial Sostenible, Instrumentos Participativos para la Acción*, Iglesias, A.N. –Martínez, A –compilación. EDUCO, Universidad Nacional del Comahue, Neuquen, Argentina, 2008.

MINAVERRY, C., MARTÍNEZ, A. “El reconocimiento judicial del derecho humano de acceso al agua potable en Argentina”, *Erreius*, publicado el 23/01/2015.

MORELLO, A. M., CAFERATTA, N. A. “El agua, las Naciones Unidas y nosotros”, *Microjuris*, MJ-DOC-2908-AR | ED, 213-581, publicado el 22-05-06.

OLMOS, M.B., PAZ, M. C., “El acceso al agua como derecho humano: protección internacional y jurisdicción constitucional, Suplemento del 9 y 10/05/2012, ED 2012-247.

PINTO, M.E. et alt., *El derecho humano al agua: particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, 1° ed, Abeledo Perrot, Bs. As., 2008.

ROCKSTROM, J., “A people without water is a people without a home”, *Stockholm Water Front* N° 1, Stockholm International Water Institute (SIWI), Febrero de 2000

SABSAY, D.A., “Constitución y ambiente en el marco del desarrollo sustentable, en *Ambiente, Derecho y Sustentabilidad*, Wallsh, J.R. et. alt. *La Ley*, Bs. As., 2000, ps. 67-82

SCANLON, J.; CASSAR, A.; NEMES, N., “Water as a Human Right?”, *IUCN Environmental Policy and Law Paper* N° 51, IUCN, 2004

VALLS, C. “Del Agua”, en *Ambiente y Recursos Naturales*, Krom, Beatriz Silvia (directora), Editorial Estudio, Buenos Aires, 2008.