

El recurso agua y la Constitución Nacional⁽¹⁾

por **MARCOS REBASA⁽²⁾** y **MAGDALENA I. GARCÍA ROSSI⁽³⁾**

I | Los recursos naturales en la Constitución Nacional

La caracterización de los recursos naturales en nuestro derecho tuvo un giro fundamental a partir de la reforma constitucional de 1994. Por primera vez se les dio un tratamiento integral, del mayor nivel jerárquico en el sistema jurídico, que incluye disposiciones sobre el cuidado de los recursos y establece las jurisdicciones participantes en su regulación. Salvo en la Constitución de 1949, que preveía disposiciones relativas a esos recursos en su art. 40, no existían en nuestra historia constitucional alusiones de esta magnitud.

.....

(1) Este artículo expresa únicamente la opinión de su autor y no la de los directores de la presente revista ni la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogado (UBA). Exdirector Académico del CEARE y exdirector del ENRE. Asesor de entes reguladores, cooperativas y provincias en temas de servicios públicos. Consultor del BID y de la CEPAL en regulación eléctrica. Profesor de "Regulación de los Servicios Públicos" y "Régimen Jurídico de las Energías Renovables" (Facultad de Derecho, UBA). Ha participado en publicaciones jurídicas y de su especialidad: energía, servicios públicos y recursos naturales.

(3) Abogada (UCA), especializada en el derecho administrativo. Docente de "Responsabilidad del Estado" y "Principios de derecho constitucional y derechos humanos" (Facultad de Derecho, UBA). Ha dictado conferencias y ha escrito trabajos de doctrina y colaboraciones en revistas especializadas.

Podríamos afirmar que una de las notas principales de esta novedad ha sido crear la categoría o clase de los “recursos naturales”.⁽⁴⁾ Si bien este conjunto conceptual tiene vigencia universal tanto en el análisis académico como en la misma reflexión jurídica con anterioridad a la reforma, recién adquiere jerarquía constitucional en ese momento, originándose a partir de entonces una importante tarea de análisis para desentrañar su significado y consecuencias. Existe ya una interesante producción de doctrina al respecto, e incipiente jurisprudencia sobre los recursos naturales como clase. Esta “clase” o categoría de estudio y análisis, así como el alcance del concepto, han sido profusamente trabajados tanto a nivel local como en los estudios comparados. De lo que no existe duda es que “recursos naturales” se refiere al suelo, el agua, los recursos mineros (incluyendo los hidrocarburos), la flora y la fauna, la biodiversidad, entre otros que la academia ha considerado como tales.

El presente trabajo es un intento de persistir en esa indagación, principalmente desde la perspectiva constitucional y de los tratados, aunque también desde la legislación y la experiencia, con especial referencia al recurso agua y los conflictos derivados de sus usos.

Resistiendo intentos anteriores,⁽⁵⁾ creemos que el artículo central sobre los recursos naturales en la reforma del 1994 es el 41. Esta norma sintetiza la cuestión central que estos presuponen y significan: el cuidado en sus diferentes usos y su utilidad tanto para la sociedad actual como para la del futuro, para la protección del ambiente y de la naturaleza. Dicho artículo nos presenta dos perspectivas de acercamiento a su análisis: el de su “uso racional” por una parte, y el que señala “que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”. Este último constituye un precepto general que trasciende

(4) REBASA, MARCOS y CARBAJALES, JUAN JOSÉ, “Los recursos naturales en la Reforma del 94: aportes para una interpretación constitucional”, en *La Ley, Suplemento Administrativo*, 21/06/2011; y “La noción de suelo como recurso natural. Conceptualización constitucional y usos posibles”, en *Revista Derecho Público*, año 1, n° 1, Bs.As., Ediciones Infojus, 2012. En esos textos puede verse un desarrollo de esta cuestión, incorporándose en este trabajo una síntesis de la misma y algunas consideraciones nuevas como resultado de otros aportes.

(5) En los textos mencionados en la nota 3 se intentó analizar esta problemática a partir del artículo 124, *in fine*, CN, con eje el cuestionamiento a una interpretación superficial de su contenido. Aquí se pretende ubicar la temática de los recursos naturales en la CN a partir de los artículos que los configuran como tales en sus principales calidades.

el limitado campo de los recursos naturales, pero indudablemente los incluye en la medida que la mayor parte de ellos forman parte directa o indirectamente de actividades productivas.

La idea del uso racional, que no puede desvincularse del concepto anterior, induce a estudiar cada recurso en particular con el fin de discernir cuándo su aprovechamiento puede afectar su existencia, el deterioro de sus condiciones naturales, aquellas circunstancias vinculadas con su explotación, y las distintas formas de uso y conservación en cada momento de la región y del país.

La figura de su cuidado para las generaciones futuras plantea el necesario equilibrio entre sus usos o su explotación actual frente a las necesidades futuras de la población y del ámbito natural y su sustentabilidad. Este balance siempre está referido al uso racional, por lo cual estas dos ideas del art. 41 CN se vinculan y se potencian entre sí, en un círculo virtuoso de suma claridad.

Esta cláusula constitucional ordena a la nación sancionar las normas de presupuestos mínimos de protección y de uso racional, que las provincias pueden complementar —nunca podrán ser más permisivas—, sin que por ello se alteren las facultades de jurisdicción que por su naturaleza les corresponden.

Se ha discurrido ampliamente sobre el alcance de este aspecto de la norma, aunque entendemos que está clara la facultad federal de legislación general al respecto, y la provincial cuando entienda que debe proponer mayores exigencias en su territorio, así como su competencia para regular cada recurso según sus particularidades locales, estando vinculadas estas facultades de ambas jurisdicciones con otros preceptos constitucionales.

La importancia de esta norma estructural de la nueva CN sobre los recursos naturales reside en la explícita delegación de facultades provinciales en la nación para establecer las normas principales, generales, básicas o centrales sobre estos recursos, sin perjuicio de la jurisdicción local para aplicarlas y legislar en forma particular, y aún aumentar sus requisitos.

En efecto, la protección de los recursos, su uso racional y su cuidado para la utilización por las generaciones futuras, supone un amplísimo ámbito de

competencias que esta norma pone en cabeza de la nación, a través de las leyes que dicte el Congreso nacional. Se trata de normativa que supera la cuestión ambiental para establecer las condiciones de uso y explotación de los recursos de manera que esas actividades no limiten ni eliminen el potencial de los recursos para las generaciones futuras y para las actuales, en este último caso en forma concomitante con otras cláusulas constitucionales.

Las provincias no solo tendrán las facultades de aplicación de aquellas normas nacionales, y la jurisdicción cuando corresponda, sino que también tendrán el "dominio originario" sobre los recursos, con los alcances que más adelante daremos a ese concepto y que completa el juego de facultades y jurisdicción de ambas instancias.

Las otras normas de la reforma de 1994, referidas directamente a los recursos naturales, son las del art. 75, inc. 17, CN que garantiza la participación de los pueblos originarios (indígenas en el texto constitucional) en su uso y explotación, y el párrafo final del art. 124 CN, relacionado con el "dominio originario" de los recursos. De manera indirecta, están relacionados con el art. 75, incs. 18 y 19, complementario de aquel —ambos denominados "cláusulas de progreso"—, y que remite a las nuevas condiciones del progreso humano y económico. Asimismo, no pueden obviarse, en este aspecto, las normas vigentes surgidas de los tratados suscriptos por nuestro país o directamente referidos y constitucionalizados por la propia CN.

Luego, para cada recurso en particular, debemos remitirnos a disposiciones especiales en virtud de lo dispuesto en el art. 75, inc. 12, CN con relación a la minería y los hidrocarburos, a la concepción del suelo, y a las reglas jurídicas con respecto al agua, ya que la legislación respectiva ha sido delegada por esa cláusula en el Congreso nacional. Como vemos, también aquí se ha dado una delegación de facultades a la nación, esta vez particularizada y a través de la sanción de los códigos allí mencionados.

Es necesario realizar una interpretación armónica de todas estas normas constitucionales de conformidad con la hermenéutica jurídica, es decir, que tiendan a la validez de sus contenidos y a la armonía y coordinación entre ellas, a todas las cuales debe contener.⁽⁶⁾

(6) CSJN, "Compañía Gral. de Combustibles SA", 16/03/1993, Fallos: 316:1533, y "Antorcha Comp. Argentina de Seguros SA", 14/12/1993, Fallos: 316:3014.

Esta regla es obviada y desconocida por alguna doctrina administrativista, que reduce la interpretación del art. 124 CN, aislándolo del conjunto de la normativa constitucional o bloque de constitucionalidad federal, en especial de las normas sancionadas paralelamente a esa cláusula en la misma Reforma de 1994.

La primera conclusión de esa tarea interpretativa es considerar que la categoría de los recursos naturales debe ser analizada desde la perspectiva de los bienes públicos, de la comunidad, con la salvedad de lo que determine la legislación para cada recurso por sus especiales características, por lo que su tratamiento como conjunto jurídico-conceptual corresponde al derecho público (dándole a este ámbito del derecho su más amplio sentido, sin constreñirlo ni subsumirlo en el derecho administrativo local, una rama del derecho público). Esta conclusión surge, entre otros fundamentos, de la jerarquía que le ha otorgado la reforma; de las autoridades que deben legislar sobre su marco jurídico —la nación o las provincias, según sea el caso—; de los fines que propone la reforma para esta “clase”, vinculados con las más altas valoraciones sociales y económicas; y de la no pertenencia al derecho privado.⁽⁷⁾ Todo ello dentro de una concepción de cuidado de aquellos bienes imprescindibles para la sociedad, siendo considerados en la actualidad la base del desarrollo social y económico de los países.

Este amplio carácter público no implica de ninguna manera el “dominio público” de estos recursos, ya que esta figura apunta a otros objetivos y califica otro tipo de bienes.⁽⁸⁾ No obstante, puede darse esa calidad en algún recurso en particular, en determinadas condiciones del mismo y según su legislación especial. Sin perjuicio de lo dicho, tal carácter sí supone la intervención jurisdiccional del Estado para legislar y regular los recursos naturales, su uso, explotación y disfrute, según los casos.

Otra conclusión o característica de estos bienes es que su configuración jurídica particular de ninguna manera es homogénea, ya que esta “clase”

(7) CASSAGNE, JUAN C., “El artículo 124 de la Constitución Nacional y el dominio originario”, en *Academia Nacional de Derecho*, julio de 2007. Este autor hace una amplia fundamentación del carácter de derecho público del instituto, justificando con varios argumentos por qué no pertenece al derecho privado y, por tanto, no puede adjudicársele al mismo el atributo de la propiedad en tanto derecho real.

(8) REBASA y CARBAJALES, “Los recursos naturales en la Reforma...”, *op. cit.*; y “La noción de suelo...”, *op. cit.*

está compuesta de recursos totalmente diferentes en su manifestación física en la naturaleza, y por lo tanto sus usos son distintos y los beneficios que aportan a la sociedad también lo son dado que dependen de distintas tradiciones de aprovechamiento.

Como consecuencia de ello, están regulados de manera especial, con fuentes legales también diferentes. La única característica jurídica común que los contiene emerge de la propia Constitución a partir de la reforma de 1994, lo cual crea una tensión particular entre esta calificación constitucional y las regulaciones legales dispersas existentes, que, en principio, deben adaptarse a la regla jerárquica de la norma superior. Así, por ejemplo, en el caso del suelo, su carácter público, es decir, de tutela estatal, legislación y regulación de su uso y goce, debe tener un correlato jurídico con la legislación existente respecto de la propiedad, uso y explotación del suelo en nuestro país.

También está claro que la reforma de 1994, al sancionar su discutida y polémica cláusula del artículo 124 *in fine*, no pretendió otorgar la propiedad de los recursos naturales, en tanto derecho real, a la nación o a las provincias. Viene esta afirmación a cuento de los antecedentes del antiguo concepto del "dominio originario", bien conocido por los constituyentes, que hicieron de esta cuestión uno de sus debates principales. En efecto, tanto en la reforma de 1949 como en la frustrada Convención Constituyente de 1957, se estipuló siempre la "propiedad" de dichos recursos —en cada caso con una descripción detallada diferente—, en forma inalienable e imprescriptible, de la nación en el primer caso, y de la nación y las provincias, según el territorio, en el segundo. Esos textos coinciden con los antecedentes históricos, que remiten a la "propiedad" privada de la nación o las provincias en relación a los recursos mineros, de los cuales los hidrocarburos forman parte y fueron la central preocupación de los constituyentes cuando discutieron esta cláusula.

Por lo tanto, si siempre se habló de "propiedad" en aquellos antecedentes, ¿por qué en la reforma de 1994 se instaló el concepto ambiguo, de difusa amplitud del "dominio originario"? ¿Qué sensación de prudencia o autolimitación impulsó a los constituyentes a apartarse de una idea clara en el derecho como la de la propiedad? ¿Por qué utilizaron el lenguaje de las obligaciones: "corresponde", en lugar del utilizado en los derechos reales, "pertenece"? Esta última acepción en el texto constitucional hubiera aclarado en parte el equívoco que convoca la cláusula.

Lo cierto es que se alejaron de la propiedad, que no podrá ya invocarse como atributo del “dominio originario” y, en cambio, la adornaron de las calidades de las obligaciones/facultades: todo aquello que remite a la capacidad, a la competencia, a la jurisdicción.⁽⁹⁾

Este cambio conceptual de los constituyentes tiene su explicación, y no podía ser de otra manera, ya que al dar un salto cualitativo respecto del objeto regulado, los “recursos naturales”, crearon una clase o categoría de mayor extensión que la especificada en aquellos antecedentes constitucionales. Esa clase merecía una calificación jurídica de cierta amplitud, ya que ahora comprende y abarca una serie de bienes mucho mayor que los definidos anteriormente.⁽¹⁰⁾ De ahí la opción por este conocido instituto del derecho minero como concepto integral —no puede separarse el vocablo “dominio” del de “originario” como pretende algún autor—,⁽¹¹⁾ y como referencia inequívoca a la tutela del Estado sobre ciertos bienes, que a su vez remite a facultades de legislación, cuidado y administración. Este concepto está vinculado al dominio eminente del Estado y de ninguna manera a la propiedad. Luego veremos que según la misma reforma esa facultad tutelar deberá ser compartida, permitiendo así que la caracterización legal de cada recurso siga el camino que vayan fijando las leyes por sus especiales condiciones, cuando no por la misma Constitución.

Con relación al art. 124 CN *in fine* no puede dejar de mencionarse la polémica existente en la academia respecto del llamado “caso Fayt”, por cuanto a esta cláusula constitucional del dominio originario le caben las

.....

(9) VALLS, MARIO F., *Recursos Naturales*, t. 1, Bs. As., AbeledoPerrot, 1994, p. 85 y ss, hace un exhaustivo análisis de la figura del dominio originario, sus orígenes en el derecho comparado, su vigencia en nuestro derecho a partir del derecho minero y sus relaciones con otras figuras, como la del dominio eminente. En el mismo sentido, DEL CASTILLO, LILIAN, *La gestión del agua en Argentina*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2006, p. 254, sostiene que el art. 124 CN no atribuye competencias ni establece un derecho real de dominio, sino que distribuye potestades derivadas del dominio eminente y su intención es interpretar los derechos provinciales a la administración de estos recursos.

(10) IRIBARREN, FEDERICO J. “Acerca del dominio originario de los recursos naturales”, en *Revista de Derecho Ambiental*, n° 5, LexisNexis, 2006. Aquí se plantea la imposibilidad de adjudicar la propiedad como característica del derecho originario, poniendo como ejemplo del absurdo el recurso suelo y los recursos genéticos derivados de la biodiversidad.

(11) ROSATTI, HORACIO, *Derecho ambiental constitucional*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2007 p. 109. Otros autores han pretendido lo mismo, ignorando el claro origen de este concepto del derecho minero que remite a la tutela estatal. Ver HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Bs.As. en la reforma del 1994*, Bs. As., Depalma, 1997, p. 114.

conclusiones del fallo emblemático de la CSJN. En efecto, esta decisión, central de la reforma, no estaba incluida como tema susceptible de análisis en la ley de convocatoria, por lo que podría suponerse que, en caso de plantearse la cuestión, le sería aplicable aquella jurisprudencia aún vigente y declararse su nulidad.⁽¹²⁾ Sin embargo, no es nuestra posición la que sustentaron entonces los jueces de la CSJN. Hacemos esta alusión para quitarle a dicho párrafo del art. 124 CN el protagonismo central en la descripción jurídica de las normas constitucionales referidas a los recursos naturales.

Asimismo, el entendimiento armónico de estas prescripciones nos remite a integrar las normas directas referidas a los recursos naturales con las indirectas, especialmente las sancionadas en oportunidad de la reforma. Ello así por cuanto es necesario relacionar las nuevas disposiciones constitucionales entre ellas, ya que los constituyentes dieron vida a nuevas ideas en un marco de coincidencias temporales y de adaptación a la realidad de esa época. Nos referimos a los incisos 18 y —especialmente—, 19 del artículo 75 CN.

Entendemos que la vocación de los constituyentes al sancionar el nuevo inciso 19 fue complementar la antigua “cláusula del progreso” del inciso 18 con los nuevos desafíos de la época. Entre ellos, y vinculado con nuestro tema, el relacionado con el “crecimiento armónico de la Nación (...) promoviendo (...) políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones”. Nada tan específicamente ligado con los recursos naturales como esta idea del desarrollo igualitario de las regiones, ya que la naturaleza ha bendecido con sus riquezas a cada una de manera muy dispar, a pesar de lo cual todas conforman un conjunto social. Es un llamado a la solidaridad dentro del federalismo, para lo cual el Senado puede promover las medidas apropiadas para ese equilibrio.⁽¹³⁾

.....

(12) HERNÁNDEZ, ANTONIO M., *El caso “Fayt”, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012*. Este autor rechaza la tesis de aquella composición de la CSJN, y, por lo tanto, la capacidad judicial de control constitucional de las decisiones de una convención constituyente (entre las cuales está el párrafo final del art. 124 CN). Estamos de acuerdo con esa posición, aunque son discutibles algunos de sus argumentos, pero el tema excede este trabajo. Allí se alude específicamente a la fragilidad legal de la disposición del artículo 124, *in fine*, CN.

(13) REBASA y CARBAJALES, “Los recursos naturales en la Reforma...”, *op. cit.*; y “La noción de suelo...”, *op. cit.* Allí se analizan la distribución desigual de los recursos naturales en el territorio nacional y la propuesta constitucional de una redistribución de sus beneficios, citando el pensamiento de Lorenzetti sobre la necesaria solidaridad entre el conjunto de nación y provincias con respecto a los recursos naturales.

En este sentido sostenemos que esa cláusula propone una redistribución de las riquezas naturales en beneficio del conjunto de la nación, un concepto integrador y de armonía nacional, sin perjuicio del beneficio particular que corresponde a cada provincia, según la legislación, para cada recurso. Esta prescripción de la reforma tiene una importancia fundamental en la explotación de los recursos naturales y en el reparto económico de sus beneficios.

En conclusión, la Reforma de 1994 ha introducido normas generales sobre los recursos naturales y normas especiales sobre las competencias y la jurisdicción de la nación y las provincias sobre ellos: son disposiciones claras que provienen del juego armónico entre las nuevas normas dictadas en esa oportunidad. De esa interpretación de los textos, siguiendo los principios de la hermenéutica constitucional que ya comentamos, surgen las siguientes conclusiones:

- La nación tiene la jurisdicción para sancionar las normas generales sobre el conjunto de los recursos naturales, y sobre cada uno en particular, en todo aquello que suponga su uso racional y su cuidado para beneficio del conjunto de la sociedad, tanto actual como futura, en especial teniendo presente la preservación de las condiciones naturales en que se hallan inmersos y del medio ambiente general.
- Dicha legislación general, a su vez, deberá tener presente el dominio originario de las provincias, o sea, su capacidad para legislar en su territorio sobre esos recursos, la que no podrá oponerse a aquella normativa nacional y, cuando se trate de temas ambientales, podrá requerir condiciones más exigentes de cuidado y protección.
- La legislación nacional también podrá extenderse en sus atribuciones federales en aquellos aspectos particulares delegados al Congreso Nacional —art. 75, inc.12, CN— sobre determinados recursos naturales contenidos en los códigos allí mencionados, normativa de carácter general y de fondo sobre la propiedad, el uso y explotación de los mismos.
- Por otra parte las provincias, en ejercicio del dominio originario, tienen la competencia para legislar en particular en sus territorios sobre los recursos naturales existentes, y son responsables en su jurisdicción del cumplimiento de las normas nacionales y locales.
- Finalmente, habiendo establecido limitaciones en el alcance del concepto de “dominio originario”, pautando que no se corresponde con la idea de propiedad o dominio en tanto derechos reales, podríamos preguntarnos a quién se adjudica su “propiedad” en nuestro régimen jurídico. Si bien el texto de la CN

no tiene una referencia expresa al respecto, podemos interpretar que los tratados internacionales con jerarquía constitucional nos dan una pista para contestar la inquietud. En efecto, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagran en su art. 1º, idéntico en los dos instrumentos, la titularidad de los pueblos sobre los recursos naturales. Estas disposiciones, de alguna manera, resuelven la problemática de esa titularidad, y coinciden con el sentido común: esos recursos suponen beneficios generales para las comunidades que habitan las naciones. El pueblo de cada nación, en esta idea, sería el titular de los recursos naturales en su territorio, lo cual también está en sintonía con el art. 75, inc. 19, CN.

2 | El recurso agua en la CN y en los tratados internacionales

Nos queda entonces el desafío de analizar la configuración jurídica del agua como recurso natural, tomando para ello los antecedentes constitucionales, los provenientes de los tratados internacionales, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia. Tarea no exenta de dificultades por cuanto la existencia de profusa legislación nacional y local, así como normativa internacional, se contraponen con escasas disposiciones constitucionales con referencia directa al recurso agua. De manera que intentaremos estudiar cómo aquella amplia normativa de diversas fuentes debiera compatibilizarse con los principios constitucionales sobre los recursos naturales antes descriptos.

2.1 | El agua en la Constitución Nacional

En el ordenamiento jurídico argentino el agua es abordada, en primer lugar, como un recurso natural protegido por las disposiciones del art. 41 CN, con diversas características y efectos jurídicos que se han señalado en el comienzo de este trabajo. A ello deben agregarse las otras disposiciones constitucionales referidas a los recursos naturales que se entienden en armonía con aquel: el art. 75, incs. 12, 17, 18 y 19; y el art. 124 CN. Como veremos más adelante, esa caracterización debe analizarse frente a lo establecido en el Código Civil, además de otras normas, en el cual es considerado un bien del dominio público del Estado, un bien privado en ciertos casos, y, según los tratados vigentes y la jurisprudencia, bien de incidencia colectiva y derecho humano fundamental.

El texto constitucional no contiene otras referencias directas o indirectas sobre el agua, salvo las relacionadas con los ríos. El agua de los ríos, en cuanto a su uso para la navegación, ha sido considerada en los arts. 26 y 75, inc. 10, CN a partir de los cuales se estableció la jurisdicción nacional en lo concerniente a la reglamentación de ese uso. El empleo del agua como vía de navegación la trataremos más adelante junto con los demás usos del recurso.

2.2 | El agua en los tratados internacionales

Los tratados con estatus constitucional, según lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, CN, son los allí mencionados, o los que adquiere ese nivel por el procedimiento que se establece en dicha norma. Los demás tienen la jerarquía que se dispone en los arts. 31 y 75, inc. 22 *in limine*, CN.

Con referencia al primer grupo de acuerdos, se nos presenta la cuestión de la necesaria coordinación de normas, según la especial hermenéutica constitucional, entre la CN y aquellos tratados. En ese caso, se impone la validez, como criterio general, de ambos cuerpos jurídicos, interpretando en armonía sus previsiones. Si hubiera discrepancia respecto de la declaración de derechos y garantías de la CN, tendrá primacía esta última, por la disposición específica del art. 75, inc. 22.⁽¹⁴⁾

Con relación al segundo grupo de tratados con jerarquía supralegal, deben interpretarse con los mismos criterios que para las cláusulas constitucionales, intentando la armonía entre sus normas, su validez, y, en caso de discrepancia, la supremacía de la CN.

Lo dicho es importante por la interacción entre las disposiciones del art. 41 CN, que ya hemos analizado, y su potenciación con las normas internacionales, complementarias de lo que establece la CN.

De esta manera, la jerarquía de las disposiciones de aquellos tratados debe considerarse también cuando se analiza su relación con la normativa legal sobre el agua en nuestro país.

(14) Si bien los convencionales constituyentes ya han efectuado el juicio de compatibilidad entre los tratados de derechos humanos mencionados y la Constitución al momento de declarar la jerarquía constitucional de los primeros, la armonía entre ambos es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir. CSJN, "Chocobar, Sixto Celestino c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/ reajuste por movilidad", 27/12/1996, considerandos 11, 12 y 13 Fallos: 319:3241.

2.2.1. La protección del derecho humano al agua y al saneamiento en los tratados internacionales

El agua potable y el saneamiento pueden promover u obstaculizar el desarrollo humano. Son dos aspectos fundamentales que influyen en lo que las personas pueden hacer o pueden devenir, esto es, en sus capacidades. El acceso al agua no es solo un derecho humano fundamental, sino que también es esencial para el goce efectivo de otros derechos humanos y resulta una condición para alcanzar los grandes objetivos del desarrollo humano.⁽¹⁵⁾

La interdependencia de los derechos ha sido desde hace tiempo referida por la doctrina y, en este sentido, Bazán propugna "una visión sistémica de los derechos humanos".⁽¹⁶⁾ Ante ello, observamos que el derecho humano al agua resulta un prerequisite esencial para el goce efectivo de otros derechos humanos,⁽¹⁷⁾ tales como el derecho a una alimentación adecuada,⁽¹⁸⁾ el derecho a la salud,⁽¹⁹⁾ el derecho a un medio ambiente sano,⁽²⁰⁾ o el derecho a un nivel de vida adecuado, entre otros.

(15) PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO NACIONES UNIDAS, *Informe sobre el Desarrollo Humano 2006, Más allá de la escasez: Poder, pobreza y crisis mundial del agua*, Grupo Mundi-Prensa, 2006, Cap. 1.

(16) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 29; y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 228, quien, siguiendo a Pisarello, propugna la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos en términos axiológicos y estructurales.

(17) Courtis se refiere a la jurisprudencia vernácula sobre derecho al agua, destacando las diversas estrategias legales que han sido empleadas para su protección, y concluye que la contaminación del agua ha sido presentada como una violación del derecho a la salud, de derechos ambientales, y aún de derechos patrimoniales. COURTIS, CHRISTIAN, *La justiciabilidad de los Derechos Sociales en la Argentina: Algunas Tendencias*, en "El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos", México D. F., Fontamara, 2009, p. 127.

(18) ONU, Informe del Relator Especial de la Comisión sobre el Derecho a la Alimentación, el Sr. Jean Ziegler (E/CN.4/2002/58), presentado de conformidad con la resolución 2001/25 de la Comisión, 20/04/2001.

(19) ONU, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Observación general 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", 2000, párrs. 11, 12 a), b) y d), 15, 34, 36, 40, 43 y 51.

(20) Como afirmó el representante del Estado Plurinacional de Bolivia en la Asamblea General de la ONU, 28/07/2010, "... según el informe de 2009 de la Organización Mundial de la Salud y el UNICEF, titulado 'Diarrea: Por qué los niños siguen muriendo y qué se puede

Así, empezó siendo reconocido dentro del sistema universal de protección de los derechos humanos,⁽²¹⁾ en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,⁽²²⁾ y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:⁽²³⁾ ellos refieren explícitamente al acceso a los servicios de abastecimiento de agua en las disposiciones sobre un nivel de vida adecuado. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño⁽²⁴⁾ refiere al suministro de “agua potable salubre” como una de las medidas que los Estados adoptarán para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales enumera una serie de derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización (art. 11). El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, al interpretar este artículo ha sostenido que “el uso de la palabra ‘incluso’ indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”.⁽²⁵⁾

Así las cosas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, estableció que “el derecho humano al agua es el

.....

hacer’, cada día 24.000 niños mueren en los países en desarrollo por causas que se pueden prevenir, como la diarrea, producto de agua contaminada. Esto significa que muere un niño cada tres segundos y medio. Uno, dos, tres...” (“Acta de la sesión de la Asamblea General”, 28/07/2010, votación de la Resolución A/RES/64/292).

(21) BELLOTTI, MIRTA L., “El derecho al agua y al saneamiento, derechos humanos fundamentales”, en *La Ley, Suplemento Actualidad*, 26/05/2011.

(22) ONU, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 14, inc. 2 h). Aprobada por la República Argentina conforme ley 23.179 (1985).

(23) ONU, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 28, inc. 2 a). Aprobada por la República Argentina conforme ley 26.378 (2008).

(24) ONU, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24, inc. 2 c). Aprobada por la República Argentina conforme ley 23.849 (1990).

(25) ONU, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, Observación general 15, “El derecho al agua”, Ginebra, 2002.

derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico".⁽²⁶⁾

Pero fue recién en 2010 que la Asamblea General de las Naciones Unidas declaró el acceso seguro al agua potable salubre y al saneamiento como un derecho humano fundamental, para el completo disfrute de la vida y de todos los demás derechos humanos.⁽²⁷⁾

Esta histórica resolución, que reconoció el derecho humano al agua y saneamiento como un derecho humano autónomo, exhortó a los Estados y las organizaciones internacionales a que proporcionen recursos financieros y propiciaran el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y la cooperación internacionales, en particular a los países en desarrollo, a fin de intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y al saneamiento.

Dicha resolución fue dictada en armonía con el compromiso contraído por la comunidad internacional de cumplir plenamente los "Objetivos de Desarrollo del Milenio", especialmente de reducir a la mitad, para 2015, el porcentaje de personas que carecen de acceso a agua potable o no pueden costearlo y, según lo convenido en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible,⁽²⁸⁾ hacer lo propio, para el mismo año, con el porcentaje de personas que no tengan acceso a servicios básicos de saneamiento, de conformidad con dichos Objetivos.⁽²⁹⁾

.....

(26) *Ibid.*

(27) ONU, ASAMBLEA GENERAL, 108ª sesión plenaria, Resolución A/RES/64/292, "Derecho humano al agua y el saneamiento", 28/07/2010. La Resolución fue adoptada a iniciativa del Estado Plurinacional de Bolivia, tras quince años de debates, con el voto favorable de 122 países y 44 abstenciones.

(28) ONU, "Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible", Johannesburgo, 2002.

(29) Los "Objetivos de Desarrollo del Milenio" (2000) pretenden reducir a la mitad el número de personas sin acceso a agua segura y a servicios de saneamiento antes del año 2015. No es la primera vez que la comunidad internacional ha establecido metas ambiciosas. A principios de los 80, los gobiernos fijaron con entusiasmo el objetivo de agua y saneamiento para todos antes de 1990. A comienzos de los 90, la "Tercera Década del Agua", se volvió a establecer el mismo objetivo. ¿Tendremos que admitir en el año 2015 que ha pasado otra década de

Por otra parte, en el análisis de la problemática del acceso al agua potable no debe pasarse por alto la repercusión del fenómeno del cambio climático para el goce efectivo de este derecho. En este sentido, el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, pone de relieve que “se prevé que la pérdida de glaciares y la reducción de la capa de nieve irán en aumento y afectarán negativamente a la disponibilidad de agua de deshielo procedente de las cadenas montañosas para más de la sexta parte de la población mundial. Las condiciones meteorológicas extremas, como la sequía y las inundaciones, afectarán también al abastecimiento de agua”. Así pues, el cambio climático agudizará las tensiones existentes sobre los recursos hídricos y agravará el problema del acceso a agua potable salubre, del que carece actualmente una cifra estimada de 1.100.000.000 de personas en todo el mundo, carencia que representa una de las principales causas de morbilidad y enfermedad.⁽³⁰⁾

2.2.2. La particularidad del sistema africano de protección de los derechos humanos

Dentro de las cartas fundantes y los instrumentos de protección de los derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y el sistema interamericano de la Organización de Estados Americanos, no encontramos una referencia explícita a los recursos naturales, con excepción de la mención general que señalamos anteriormente sobre la propiedad de los mismos. En este aspecto, se distingue el sistema africano de protección de derechos humanos, el cual —no obstante haber tomado al primero como modelo jurídico— contiene, en la “Carta Africana de Derechos Humanos”, una norma específica referida a los recursos naturales y una Convención sobre la naturaleza y los recursos naturales.⁽³¹⁾ Podríamos pensar

.....
 metas sin cumplir?, PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO NACIONES UNIDAS, *Informe sobre el Desarrollo Humano 2006*, op cit., p. 56.

(30) ONU, Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, A/HRC/10/61, 15/01/2009, con cita de IPCC AR4 Synthesis Report, pp. 48/52.

(31) “Convenio Africano sobre la Naturaleza y los Recursos Naturales”, donde entre otras medidas de protección de los recursos naturales, los Estados parte se obligan a formular orientaciones generales para la conservación, utilización y desarrollo de los recursos hídricos, la prevención de la contaminación y el control de la utilización del agua (artículo V).

que la razón estriba en la historia de apropiación extranjera de estos recursos en el continente africano. Ante ello, uno de los principales objetivos de la Carta de la Organización de Unidad Africana es “poner los recursos naturales y humanos del [...] continente al servicio del progreso de los pueblos” y “eliminar bajo todas sus formas el colonialismo de África”.⁽³²⁾

En efecto, el art. 21 de la “Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos” (Carta de Banjul)⁽³³⁾ establece que:

1. Todos los pueblos dispondrán libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en el exclusivo interés del pueblo. En ningún caso será pueblo alguno privado de él.
2. En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada.
3. El derecho a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales será ejercido sin perjuicio de la obligación de promover la cooperación económica internacional basada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios del derecho internacional.
4. Los Estados firmantes de la presente Carta ejercerán, individual y colectivamente, el derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales con vistas a reforzar la unidad y la solidaridad africanas.
5. Los Estados firmantes de la presente Carta se comprometerán a eliminar toda forma de explotación económica extranjera, especialmente la practicada por los monopolios internacionales, con el fin de posibilitar que sus pueblos se beneficien plenamente de las ventajas derivadas de sus recursos naturales.

Destacamos esta particularidad del sistema africano de protección de los derechos humanos como una valiosa conquista jurídica, inspirada en valores de unidad, solidaridad y propiedad popular de los recursos naturales.

(32) “Carta de la Organización de Unidad Africana”, Adís Abeba (Etiopía), 25/05/1963, en vigor desde el 13/09/1963.

(33) Aprobada el 27/07/1981, en vigor desde el 21/10/1986.

Creemos que debe fortalecerse en nuestro sistema jurídico el derecho de los pueblos a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales, en interés del desarrollo nacional en equilibrio con el cuidado del ambiente, del bienestar del pueblo —y las generaciones futuras— y la garantía de sus derechos humanos.⁽³⁴⁾

3 | La internacionalidad regulatoria en la gestión de los recursos hídricos

Por otra parte, en este nuevo “orden jurídico mundial” como se lo ha denominado,⁽³⁵⁾ si bien el fenómeno jurídico global más trascendente ha sido el reconocimiento y la protección de los derechos humanos, también se ha verificado una importante regulación internacional en materia comercial, agrícola, de energía, medio ambiente y ayuda al desarrollo, entre otros, la que se caracteriza por su dinámica expansión.⁽³⁶⁾ De este modo, los sistemas transnacionales de regulación han desplazado muchas decisiones, que hasta ahora se acotaban a los ámbitos nacionales, hacia el espacio global, incrementando su internacionalidad. Los tratados internacionales se integran al sistema policéntrico de producción normativa con múltiples organismos internacionales, regionales y binacionales, que a su vez reciben la influencia de redes mundiales de interdependencia y cooperación informales.⁽³⁷⁾

En este sentido, el Consejo Mundial del Agua (WWC, por sus siglas en inglés), creado en 1996 para responder a la creciente conciencia de la crisis global del agua, tiene como sus principales objetivos la conservación de los recursos hídricos y su gestión sostenible y eficiente para asegurar la vida en la tierra. Cada tres años, en estrecha colaboración con un país

(34) Si bien existen resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en este sentido (Resolución 1803 (XVII), 1962) aún no ha sido convenida una norma convencional como en el caso africano que destacamos.

(35) GORDILLO, AGUSTÍN, *Hacia la unidad del orden jurídico mundial*, 9ª ed., Bs. As., F.D.A., 2009.

(36) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME, *El derecho administrativo global: un derecho principal*, Revista Rap, n° 377, Bs. As., 2010.

(37) MERTEHIKIAN, EDUARDO y DROMI, ROBERTO, *Octavas Reflexiones desde el Derecho Administrativo al Proyecto de Código Civil y Comercial; “Armonizar el proyecto con las regulaciones internacionales delegadas”*, Ediciones RAP, 2012.

y una ciudad anfitriona, organiza el Foro Mundial del Agua.⁽³⁸⁾ Este Foro constituye la plataforma internacional más grande de intercambio en aras de crear conciencia sobre los problemas del agua, el desarrollo y el medio ambiente y promover compromisos políticos al respecto.⁽³⁹⁾

En nuestro continente, en noviembre del 2009 se creó el Foro del Agua de las Américas (WFA, por sus siglas en inglés) como un mecanismo para el análisis, debate y consolidación de la agenda regional del agua. Constituye una plataforma de colaboración multisectorial en la región, estructurada como un cuerpo abierto e inclusivo, con el propósito de promover cambios e implementar soluciones para superar los retos hídricos que enfrenta la región, como también coordinar el proceso preparatorio de los Foros Mundiales del Agua.

4 | El agua en el ordenamiento legal argentino

Como ha señalado Marienhoff, el estudio integral de las aguas, por su índole, es de enciclopedia jurídica,⁽⁴⁰⁾ dado que no pertenece con exclusividad a ninguna de las ramas del Derecho ni tampoco a las de la ciencia. Ante ello, Marienhoff propugnaba el estudio integral y profundo del Derecho de aguas como una disciplina autónoma.

En este capítulo, de cara al objeto del presente artículo, analizaremos el derecho del agua desde el punto de vista del derecho constitucional. Así las cosas, en el ordenamiento jurídico argentino, el agua es abordada, en

(38) 1^{er} Foro Mundial del Agua, Marruecos, 1997; 2^{do} Foro Mundial del Agua: "Visión Mundial del Agua", Holanda, 2000; 3^{er} Foro Mundial del Agua: "Acciones del Mundo para el Agua" Japón, 2003; 4^{to} Foro Mundial del Agua: "Acciones Locales para un Desafío Global", México, 2006; 5^{to} Foro Mundial del Agua: "Conciliar Divisiones por el Agua", Turquía, 2009.

(39) Al mismo tiempo, existe un Foro Alternativo Mundial del Agua (FAME) que, cuestionando la legitimidad del Foro Mundial del Agua y del Concejo Mundial del Agua, se constituyó como un espacio alternativo de diálogo. Incluyendo a numerosas organizaciones académicas, movimientos sociales y organizaciones de protección del medio ambiente, sostiene la consigna del agua como "un bien común y no como una mercancía". Declaración de los participantes en el Foro Alternativo Mundial del Agua, Marsella, 14-17/03/2012.

(40) MARIENHOFF, MIGUEL SANTIAGO, *Régimen y Legislación de las Aguas Pública y Privadas, Tratado de Derecho Administrativo*, t. VI, 3^o ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2011, p. 59.

primer lugar, como un recurso natural protegido por las disposiciones del art. 41 CN, con diversas características y efectos jurídicos que se han señalado en el comienzo de este trabajo.

La peculiaridad del derecho al agua está dada por su doble dimensión: como derecho personalísimo, esencial y humano, por un lado, y, por otro, como derecho predominantemente social.

Lorenzetti señala que si bien es tradicional que los códigos civiles regulen los bienes por su pertenencia al dominio público o privado, "... en los últimos años ha surgido una categoría de bienes que no pertenecen al Estado ni a los particulares en forma exclusiva, y que no son susceptibles de ser divididos en partes que permitan afirmar sobre ellas la titularidad individual de un derecho dominial".⁽⁴¹⁾

Como vemos, el agua está tutelada por un vasto y complejo conjunto de normas, desde la CN y constituciones provinciales, códigos de fondo, leyes ambientales de presupuestos mínimos, códigos provinciales de aguas, acuerdos federales y convenciones y tratados internacionales y regionales que trataremos más adelante.

Nuestro desafío, siguiendo los presupuestos antes enunciados, será discernir sobre cuándo la supremacía constitucional está en juego, dada la calidad de recurso natural del agua, en la medida que la legislación entre en discrepancia con aquellas normas.

4.1 | El Código Civil

Desde el punto de vista legal, el agua es una cosa en los términos del art. 2311 CC; y en sus distintas manifestaciones, está considerada como un bien público, al que los particulares acceder, para su uso y goce, en determinadas circunstancias (arts. 2340, 2341 y 2349 CC).

Los bienes públicos pueden ser nacionales o provinciales, según estén situados en una u otra jurisdicción. En consecuencia, será nacional el poder de legislar sobre el uso y goce de los bienes públicos nacionales (art. 75, incs. 15 y 30, CN), y provincial el poder de policía sobre los bienes públicos

(41) LORENZETTI, RICARDO L., *Teoría del Derecho Ambiental*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 7.

locales. Algunos autores encuentran el fundamento jurídico de esta última atribución provincial en el art. 121 CN, en cuyo mérito las provincias conservan todo el poder no delegado. Pero ¿es “exclusiva” esta facultad de las provincias? ¿Cuáles son sus límites regulatorios? ¿Cómo incide, en este sentido, la reforma, al prever la delegación de facultades provinciales en la Nación por el art. 41 CN?

Como se observa, la distinción entre la jurisdicción nacional y provincial sobre los bienes públicos pertenece al derecho público. No obstante, el art. 2341 CC establece que “[l]as personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código y a las ordenanzas generales o locales”.

Esta disposición fue criticada por Marienhoff, quien sostiene que los bienes públicos situados en jurisdicción provincial no están sujetos “a las disposiciones de este Código”. Ello porque el CC no podría regular el uso y goce de estos bienes: es una ley de la nación y resulta una materia ajena a su competencia y propia de las leyes locales (art. 121 CN). Además, concluye que el Código Civil nada tiene que hacer respecto del uso y goce de los bienes públicos por ser una materia que pertenece al derecho público.⁽⁴²⁾ Más adelante haremos una crítica de esta afirmación.

Como veremos seguidamente, el Código Civil y Comercial de la Nación toma nota de la crítica hecha por Marienhoff, y elimina la referencia a la regulación del art. 2341 CC.

4.2 | El Código Civil y Comercial

En los “Fundamentos” del proyecto de CCyC aprobado recientemente podemos observar un nuevo enfoque que convoca a una visión más social y colectiva de los recursos naturales:

En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El anteproyecto que presentamos da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Argentina

(42) MARIENHOFF, *Tratado...*, op. cit., p. 91. El autor explica la “falla” de esta norma en la fuente que inspiró a Vélez Sarsfield. Marienhoff sostiene que el art. 2341 fue tomado del Código Civil de Chile, república unitaria.

y de modo coordinado con la brasileña. **Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales.** En materia de bienes, la mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. **Finalmente, los conflictos ambientales, se refieren a bienes que son mencionados en el código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado.** Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el proyecto (el resaltado nos pertenece).⁽⁴³⁾

Si bien la exposición de los fundamentos del Proyecto no brinda mayores precisiones en lo referente al dominio público, sí anticipa el propósito de sus redactores de superar el criterio patrimonialista imperante, para hacer hincapié en la funcionalidad (individual y/o social) que pueden alcanzar los bienes, más allá de su valor económico.⁽⁴⁴⁾

En este sentido, el proyecto reglamenta dos categorías que han sido introducidas a nuestro ordenamiento por el convencional constituyente en 1994 y que impactan en nuestro análisis: los derechos de incidencia colectiva y derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios.

Más adelante, trataremos el abordaje del agua como bien de incidencia colectiva y la gravitación de esta reglamentación en el tema.

Por otra parte, el CCyC, de manera análoga al actual art. 2340 CC, adopta una metodología enunciativa para delimitar los bienes que integran el

(43) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., ediciones Infojus, 2012, p. 523.

(44) DE LA RIVA, IGNACIO; GUIRIDIAN, JAVIER y COVIELLO, PEDRO, "Régimen del Dominio Público", en *Análisis del proyecto de nuevo Código civil y comercial 2012*, [en línea] <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>

dominio público. En efecto, el art. 235 CCyC enumera, en sus ocho, incisos los bienes que pertenecen al dominio público, estableciendo que no se trata de una enumeración taxativa al dejar exceptuado lo dispuesto por leyes especiales. En la reforma, se introduce un nuevo criterio sobre el agua, aceptando su propiedad privada en algunos casos específicos (arts. 236, inc. c,⁽⁴⁵⁾ y 239),⁽⁴⁶⁾ con especiales limitaciones en razón del interés público.

Observamos otra novedad en el art. 237 CCyC: su última parte establece que “las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”, eliminando así la referencia que hacía el actual art. 2341 a la sujeción del poder de policía a las disposiciones del propio Código.

No obstante, la norma no despeja el mentado debate acerca de cuándo el uso y goce de los bienes públicos debe ser regulado por el régimen “general” —entendemos que debió decir nacional— o por el local.

Es en este punto que entendemos entra a jugar la supremacía constitucional, la que ha dispuesto expresamente la legislación nacional básica para todos los recursos naturales, siendo el agua uno de los principales de esa categoría o clase.

Por otra parte, la comisión redactora había propuesto la inclusión de un artículo en el que se reconocía el derecho humano al agua potable, que fue eliminado del proyecto de ley que ingresara posteriormente al Congreso para su debate. El art. 241 del Anteproyecto de Juristas establecía: “Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”. Entre los aspectos valorativos que caracterizaron el Anteproyecto de Juristas surge la “constitucionalización del Derecho privado”. En este sentido, en los fundamentos del Anteproyecto se explica que

... la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el Derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconoci-

(45) Los lagos no navegables que pertenecen al dominio privado del Estado.

(46) Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural.

dos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor 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...” (el resaltado nos pertenece).⁽⁴⁷⁾

El proyecto de ley, al igual que el código finalmente sancionado, delineó un criterio distinto en este aspecto, reacio a aquella “comunidad de principios” entre el derecho público y privado, excluyendo de la ley toda regulación sobre materias que pudieran ser consideradas, por una parte de la doctrina, como derecho administrativo local.

En consecuencia, fue excluida del CCyC la declaración del derecho humano al agua. Los argumentos esgrimidos en este sentido se basaron en la defensa del federalismo, en virtud del dominio originario de los estados provinciales sobre los recursos naturales regulado en el art. 124 CN.

No obstante, el art. 240 CCyC guardó parcialmente su redacción original, contemplando los supuestos de límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos. En efecto, establece que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, debiendo conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, sin afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, los valores culturales, el paisaje y, entre otros, el agua “según el criterio previsto en la ley especial”.

Asimismo, el art. 241 CCyC establece que cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Es decir que el art. 241 CCyC consagra la protección de los derechos de incidencia colectiva como límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los recursos, estableciendo asimismo la prohibición de afectación del funcionamiento y sustentabilidad del recurso natural agua. Encontramos ello concordante con el art. 41 CN. Así las cosas, el mismo argumento

.....
(47) “Fundamentos ...”, en *Proyecto ...*, op. cit., p. 524.

que se utilizó para eliminar la expresa consagración del derecho humano al agua en el CCyC pudo haber sido empleado para impugnar la constitucionalidad del art 240 CCyC en el aspecto que comentamos, frente al art. 124 CN.

No obstante, con expresa remisión a las normas nacionales de presupuestos mínimos y con fundamento en el art. 41 CN, la nueva norma que comentamos razonablemente regula la protección del agua para toda la Nación Argentina.

En esta inteligencia, parece un exceso interpretativo del art. 124 CN —y una oportunidad perdida—, no contemplar el derecho humano al agua en el nuevo CCyC, como fuera propuesto por la Comisión de Juristas y como señalan los instrumentos internacionales anteriormente mencionados en este trabajo.

4.3 | Los códigos provinciales

La regulación a través de códigos locales del recurso agua se presenta como una característica de larga tradición en nuestro derecho. Su difusión también está relacionada con la inexistencia de una ley nacional sobre su uso, que tenga una visión abarcativa y general del recurso. La provincia de Mendoza ha sido pionera en el tema, en su desarrollo académico y jurisprudencial.

Desde la perspectiva de la tesis aquí desarrollada, esa legislación provincial está totalmente de acuerdo con la facultad local, proveniente del “dominio originario”, que no solamente es capacidad regulatoria, sino también jurisdiccional, de gestión y control. Solamente cede esa amplia competencia en el caso de existir legislación nacional que fije pautas generales sobre determinados usos del agua, y la legislación local se contraponga con aquella o sea más permisiva.

5 | La legislación sobre el agua y la CN

Ahora bien, si consideramos la primacía de la CN que hemos relatado, debemos preguntarnos en qué medida ella influye en la legislación vigente sobre el agua, dado su carácter de “recurso natural” y el especial tratamiento que le da la norma fundamental a esta clase, en primer lugar,

en la aparente discrepancia que plantea Marienhoff respecto de las competencias del Código Civil para legislar al respecto. El eminente administrativista estima que, tratándose de un bien público, debe ser legislado en la órbita del derecho provincial. Hace así una interpretación tradicional sobre la competencia respecto de los bienes públicos, según la cual corresponde al ámbito local por ser una facultad no delegada por las provincias (art. 121 CN) y, por lo tanto, regulada en el derecho administrativo. Si bien es cierto que la CN no ha previsto un Código Administrativo como facultad delegada, ninguna norma establece que todo lo público es derecho administrativo y, en consecuencia, local.

En efecto, existen numerosas normas en el CCyC que contienen principios de derecho público. En cambio, cuando la propia CN discierne y establece normas de derecho público, sí es la norma máxima a la que debe adecuarse la legislación. Y la CN fija un criterio: la normativa general sobre todos los recursos naturales corresponde al Congreso nacional por delegación expresa, según lo determina el art. 41 CN.

La legislación particular, vinculada a aquella, corresponde a las provincias, así como la gestión de ese recurso natural. Esta jerarquía está más allá del derecho administrativo o civil, en tanto ámbitos de análisis de algunos aspectos en materias específicas. La Constitución nacional es la norma suprema para fijar criterios sobre jurisdicción y competencias en torno a lo público en nuestro derecho, y es la norma fundamental para establecer los criterios sobre el derecho público en sí mismo.

En síntesis, lo público es local cuando no ha sido establecido de manera distinta por la Constitución Nacional o las leyes nacionales dictadas en su consecuencia.

Por lo tanto debemos analizar qué aspectos de la legislación vigente sobre aguas se halla en discrepancia con los principios constitucionales, y qué remedios existen para su adecuación.

Un ejemplo concreto de esta perspectiva es la interpretación del art. 237 CCyC, que hicimos anteriormente, por la cual "... las disposiciones generales..." allí mencionadas, corresponden a normas nacionales sobre el uso de las aguas, como son entre otras, las que regula la ley 25.688 de presupuestos mínimos de aguas.

6 | El Acuerdo Federal del Agua

A instancias de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación, con el objeto de definir una base jurídica sólida que garantizase una gestión eficiente y sustentable de los recursos hídricos para todo el país, las provincias argentinas convocaron a los sectores vinculados con el uso, gestión y protección de sus recursos hídricos para establecer lineamientos que armonicen los valores sociales, económicos y ambientales que la sociedad le adjudica al agua.

El "Acuerdo Federal del Agua" se firmó en la Ciudad de Buenos Aires el 17 de septiembre de 2003 entre el Gobierno nacional, las provincias y la CABA. Se acordaron los llamados "Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina", comprometiéndose a compatibilizar e instrumentar dichos principios en las políticas, legislaciones y gestión de las aguas de sus respectivas jurisdicciones.

La ley 26.438 ratifica el acuerdo y crea el Consejo Hídrico Federal (COHIFE) como instancia federal para el tratamiento de los aspectos de carácter global, estratégico, interjurisdiccional e internacional de los recursos hídricos.

Entre los principios rectores de política hídrica se establece el "principio de gestión descentralizada y participativa", que consiste en la responsabilidad de cada provincia en la gestión de sus propios recursos hídricos, y en la gestión coordinada con otras jurisdicciones cuando se trate de un recurso hídrico compartido. Asimismo, dicho principio expresa que la descentralización de funciones debe alcanzar el nivel local más próximo al usuario del agua que resulte apropiado, promoviendo la participación de organizaciones comunitarias en la gestión del agua y fomentando la cooperación efectiva de toda la sociedad.

También queremos resaltar que, en contraposición con lo dispuesto por el Código Civil, otro principio que se desprende del "Acuerdo Federal del Agua" afirma que el agua es un bien del dominio público por lo que los particulares sólo pueden acceder al derecho de uso de las aguas públicas y no a su propiedad.⁽⁴⁸⁾

.....

(48) COHIFE, "Principios rectores de política hídrica", Principio 31, [en línea] <http://www.cohife.org.ar/PrincipiosRPH.html>

Por otra parte, un principio criticable es el referido a los “usos múltiples” del agua, que determina que, excepto el agua para consumo humano básico, el resto de las demandas serán satisfechas conforme a las “prioridades establecidas por cada jurisdicción”.⁽⁴⁹⁾

7 | Leyes ambientales. El agua como bien de incidencia colectiva

Como mencionamos, la CSJN ha considerado al agua como parte del ambiente, así como un bien colectivo situado en la esfera social.

En primer lugar debemos señalar que el agua integra al concepto ambiente, entendido como bien de incidencia colectiva, que “por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”,⁽⁵⁰⁾ donde rige el principio de sustentabilidad vinculado con el de equidad intergeneracional en el uso de los recursos naturales.

Por ello, propugnamos el abordaje jurídico del agua dentro de un enfoque ecosistémico,⁽⁵¹⁾ teniendo en cuenta el paradigma de complejidad en el funcionamiento ambiental,⁽⁵²⁾ en aras de lograr la gestión integrada de los recursos naturales.

Es preciso aclarar la distinción entre el derecho al medio ambiente adecuado, que es un derecho subjetivo que tienen las personas, y la tutela del ambiente como bien colectivo. Lorenzetti destaca que la primera es una idea antropocéntrica, y previa al paradigma ambiental, y la segunda es una visión geocéntrica, concentrada en el bien colectivo y típica del ambientalismo.⁽⁵³⁾

(49) COHIFE, “Principios...”, Principio 18, op. cit.

(50) CSJN, “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios” (daños derivados de la contaminación ambiental - Río Matanza – Riachuelo), 08/07/2008.

(51) La “Convención sobre Diversidad Biológica” (2000) adopta el enfoque ecosistémico como una estrategia integrada para el manejo de la tierra, el agua y los recursos naturales por la que se promueve la conservación y utilización sostenible de modo equitativo.

(52) “El paradigma ambiental se basa en una idea de interacción compleja que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana” LORENZETTI, *Teoría... op. cit.*, pp. 2 y 15.

(53) *Ibid.*

Al ser parte del ambiente, el recurso natural “agua” se encuentra protegido por las disposiciones de la Ley 25.675 General del Ambiente. Esta ley, de presupuestos mínimos para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, significó un gran avance en la cristalización de la distribución de competencias ambientales que realiza el art. 41 CN. Por otra parte, la Ley 25.688 de Gestión Ambiental de Aguas considera “agua” al conjunto de los cuerpos de aguas naturales y artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas. Al propio tiempo, considera “indivisibles” las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso. Se ha considerado que el Sistema Federal Ambiental, creado por la ley 25.675, es el ámbito institucional de coordinación de las políticas hídricas de la ley 25.688, si bien esta última no lo establece expresamente.⁽⁵⁴⁾

De acuerdo con la Ley de Gestión Ambiental de Aguas, deben crearse Comités de Cuencas Hídricas para las cuencas interjurisdiccionales, cuya misión es asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar con la gestión sustentable de dichas cuencas. Los Comités de Cuencas no son nuevos en nuestro derecho, ya en 1971 fueron creados los Comités de Cuenca del río Salí Dulce y del río Juramento-Salado, mientras que los antecedentes de la formación de la Autoridad de Cuenca del río Azul se remontan al año 1969. Por otra parte, la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca de la laguna La Picasa fue creada en 1999, y el Comité del río Senguer en el año 2006.

A su vez, los Organismos de Cuenca son los responsables de la ejecución de los acuerdos interjurisdiccionales alcanzados por los Comités de Cuenca, cuando su complejidad requiere la coordinación de los organismos provinciales y nacionales. En este sentido, podemos mencionar al Comité Interjurisdiccional del río Colorado creado en 1976, a la Comisión Regional del río Bermejo de 1981, a la Autoridad Interjurisdiccional de las Cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro de 1988, y al Comité Ejecutor del Plan de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo de 1998.⁽⁵⁵⁾

(54) DI PAOLA, M. EUGENIA, *Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental II, Recomendaciones para su implementación y reglamentación*, Bs. As., Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2006.

(55) ZULOAGA, JOSEFINA, “La protección ambiental de las aguas en Argentina”, en *La Ley* 17/02/2009.

Por otra parte, la Ley 25.688 de Gestión Ambiental de Aguas resulta demasiado escueta y no establece con claridad los presupuestos mínimos ambientales. La reglamentación del art. 9º, hasta el momento, no fue dictada,⁽⁵⁶⁾ como tampoco el Plan Nacional “para la preservación, aprovechamiento y uso racional de las aguas, que deberá, como sus actualizaciones ser aprobado por ley del Congreso de la Nación” (art. 7º, inc. d). Dicho plan debería contener, como mínimo, las medidas necesarias para la coordinación de las acciones que se desarrollen en las diferentes cuencas hídricas. Esta necesaria intervención regulatoria de la autoridad nacional en la determinación de presupuestos mínimos y en la coordinación de acciones resulta, hasta hoy, una importante tarea pendiente.

8 | Los usos del agua

El universo temático del agua es amplísimo, casi inabarcable. De manera que intentando un tratamiento del tema bajo el prisma de lo constitucional y del recurso natural, analizaremos los distintos usos del agua y las cuestiones o conflictos que se disparan a partir de esas dos vertientes.

8.1 | El uso para el consumo humano

En este punto, la principal cuestión está relacionada con la prestación del servicio público en las distintas jurisdicciones. Esa prestación es esencialmente de jurisdicción local, salvo en la región metropolitana de Buenos Aires, en cuyo caso es interjurisdiccional. Esta última característica obedece, también, a razones técnicas del suministro de agua y de saneamiento. Tanto en la provisión de agua potable como en el saneamiento, las amplias y largas redes de transmisión o vías de transporte que caracterizan a los diferentes servicios públicos no se dan en el caso del agua. De manera tal que la competencia para regular estos servicios depende de normativas provinciales, cuyas constituciones disponen el grado de autonomía de sus municipios en cada caso. La mayoría de esas jurisdicciones ha constituido entes reguladores provinciales de servicios públicos de amplia competencia, uno de cuyos objetivos es el servicio de agua y saneamiento. En

.....

(56) El Defensor del Pueblo de la Nación, por Resolución 39/2007, reclamó, entre otras, la reglamentación de esta ley, en atención a la palmaria necesidad de reglamentación de normas tan necesarias para dar seguridad jurídica-ambiental.

algunos casos el servicio es provincial o municipal y prestado por el Estado y en otros es concesionado a privados o cooperativas. Los conflictos, en este uso esencial para las personas, están basados en la calidad de las prestaciones, en la tarifa que se fija a los usuarios y en la extensión del servicio a los que todavía no lo tienen.

Una cuestión a destacar sobre este servicio reside en la diferencia entre el suministro de agua potable y el de saneamiento o alcantarillado. A menudo, las empresas a cargo brindan solamente el primer rubro, con lo cual queda resentido el nivel de vida de las poblaciones.

Los convenios nacionales e internacionales antes mencionados tienden a exigir el mismo nivel de prestación de los dos servicios con el fin de equilibrar la calidad de vida de la sociedad y garantizar niveles de salud, los que se ven afectados cuando se carece de saneamiento.

La calidad del agua suministrada, aparte de ser controlada por las condiciones contractuales, tanto en pureza como en cantidad y presión, es un tema de constante conflicto entre los prestadores y sus usuarios, ya que en muchas localidades de nuestro interior, la escasez del fluido o su contaminación por material orgánico e inorgánico es un desafío permanente a vencer.⁽⁵⁷⁾

Las tarifas del servicio también han sido un permanente tema de controversia, a menudo exacerbado por contratistas irresponsables que no han cumplido sus obligaciones, abandonando la concesión —en algunos casos— y planteando litigios en tribunales internacionales. El carácter local de estos servicios ha dificultado también el trazado de reglas claras a nivel nacional. Debe saberse también que la tarifa refleja los costos de la prestación del servicio, no el del agua, que en general se considera gratuita.

Entre otros problemas creados por este servicio público, está el originado por la obligación de extenderlo a la población no atendida. En estos casos es común que los contratistas centren sus inversiones y esfuerzos en las áreas servidas, retaceando su obligación de ampliar el suministro

(57) SCJ BUENOS AIRES, "Boragina, Juan Carlos y otros c/ Municipalidad de Junín", 15/07/2009. La Suprema Corte sostuvo que habían quedado probados en la causa los efectos altamente nocivos del arsénico en el agua, condenando a la demandada a ajustar la prestación del servicio de agua a los parámetros de calidad establecidos en el Anexo A del marco regulatorio aprobado por la ley 11.820 y el art. 982 del Código Alimentario Argentino (ley 18.284, ley provincial 13.230), en particular con respecto al contenido de arsénico en el agua, que no deberá superar los 0,05 ml/l.

al resto de la población en su área de concesión. Esto también ha sido motivo de rescisión de contratos. En virtud del sistema de la CN sobre los recursos naturales, está fuera de discusión la administración del recurso agua para el uso de consumo humano en cabeza de las provincias, lo que no obsta para que, en casos de concesiones interjurisdiccionales, como en la región metropolitana, se acuerde un sistema de prestación con participación nacional.

La ley 25.688 no prevé normas o condiciones especiales para este uso, refiriéndose preferentemente a otras utilidades que veremos, por lo que las jurisdicciones locales asumen la mayor responsabilidad en su ejecución y desarrollo, y por lo tanto en el control de su funcionamiento.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo que hemos desarrollado sobre las responsabilidades nacionales sobre este recurso natural, se advierte una importante laguna en la legislación de presupuestos mínimos para este uso esencial del agua, relacionado con la calidad de vida de la población, el que debiera ser complementado con normativa general al respecto que amplíe los presupuestos de la ley 25.688, pues, si bien las características físicas, químicas y microbiológicas del agua para consumo humano están establecidas en el Código Alimentario Argentino, el modo de prestación del servicio público de agua queda sujeto al control del ente regulador local. Como ejemplo de las deficiencias en el control, pueden citarse los graves casos de contaminación por arsénico en el agua suministrada a toda una localidad, casos "Kersich"⁽⁵⁸⁾ y Boragina,⁽⁵⁹⁾ entre otros.

8.2 | El agua como recurso hidroeléctrico

El agua ha sido históricamente una fuente de energía, desde las ruedas de agua de los antiguos molinos harineros hasta las modernas centrales hidroeléctricas. En este trabajo abordaremos el uso de agua en estas centrales como fuente de energía, a través de su represamiento y posterior vertido en centrales de generación, así como las competencias para autorizar esa finalidad, controlar los efectos ambientales de un complejo de esas características, y para reclamar sus beneficios económicos.

(58) CSJN, "Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo", 02/12/2014.

(59) SCJ BUENOS AIRES, "Boragina...", fallo cit.

Se presentan aquí algunos de los elementos ya analizados anteriormente. En primer lugar, la competencia para autorizar el uso del agua para generar energía eléctrica. El agua, en estos casos, proviene del curso de los ríos, la mayoría de los cuales transcurre por más de un territorio provincial o son limítrofes con otros países.

Como hemos señalado, el agua en territorio provincial es de su jurisdicción siempre que no haya una norma nacional específica para este uso que la limite o la acote de alguna manera. Una primera autorización para represar el agua en un embalse corresponderá a la provincia donde se asiente, o a más de una en caso de estar sobre un límite interprovincial. Luego, si el represamiento afecta a otra jurisdicción aguas arriba o debajo de la instalación, deberá contar con el permiso de esas provincias. En caso que afecte a más de dos o cuando esté organizada esa institución, deberá intervenir el Comité Interjurisdiccional de Cuencas Hídricas, que estipula la ley 25.688. Este Comité autoriza el uso hidroeléctrico, quedando supuesto que ese permiso implica también fijar las condiciones del uso del agua para ese fin. En caso de no existir organizado el Comité respectivo, la nación es competente para establecer esas condiciones y otorgar el permiso correspondiente a través de sus autoridades sectoriales.

En el caso de represas sobre ríos internacionales, si bien en estos casos estamos ante los “establecimientos de utilidad nacional” del art. 75 inc. 30 CN, las provincias mantienen su regulación sobre el recurso agua, pero no sobre la represa en sí misma, el uso eléctrico, y las cuestiones limítrofes y de acuerdos internacionales sobre el aprovechamiento. Estos permisos o autorizaciones provinciales o interjurisdiccionales no obstan a los que corresponden, en forma conjunta o concomitante, a las autoridades correspondientes del sector eléctrico en lo referido a ese uso. Pero, en cambio, aquella autorización provincial debe contener, al mismo tiempo y en el mismo acto administrativo, todos los elementos exigidos por las normas ambientales nacionales y locales.

Las cuestiones ambientales de mayor peso que deben ser tenidas en cuenta en estas autorizaciones están referidas a:

- a. el mantenimiento del curso del río aguas arriba y aguas abajo en lo relacionado con la navegación, en su caso;
- b. el cuidado de la fauna ictícola en todo el curso fluvial;

- c. la vigilancia sobre las condiciones del fluido para el uso humano con normas mínimas de calidad;
- d. el uso para riego en caso de estar establecido en el permiso;
- e. el mantenimiento de caudales aguas abajo que permitan un escurrimiento natural de los ríos en su cauce natural con los beneficios que ello supone en los territorios por los que transcurre;
- f. lo anterior supone el control del uso del agua en los embalses para que su descarga permita ese escurrimiento y la optimización del uso eléctrico.

Otra cuestión jurisdiccional en el uso eléctrico está referida a la facultad provincial de percibir regalías. A partir de la experiencia de la central de Salto Grande, se discute sobre las regalías que le corresponde a la provincia donde se asienta la central, como a las demás provincias aguas arriba, porque se entiende que “prestan” el cauce del río en sus territorios y contribuyen, por lo tanto, en el caudal final que se escurre en la central. Existen diversas teorías sobre el cálculo proporcional que debiera corresponder a cada una por ese motivo, pero no se discute el derecho de las provincias aguas arriba a obtener una proporción de las regalías.

8.3 | El agua para riego

La agricultura bajo riego es el mayor uso consuntivo del agua tanto a escala internacional como nacional. En la Argentina, el sector riego representa el 73% de todas las extracciones de agua para uso consuntivo y abarca aproximadamente una superficie de 1.700.000 hectáreas. Asimismo, se estima que el volumen de extracción para la agricultura es de 24 km³/año. El país posee aproximadamente 125 zonas de riego, en las que se practica el riego integral o complementario, tanto público como privado.⁽⁶⁰⁾

Un tema a tratar resulta de las nuevas tecnologías utilizadas en el riego por aspersión dado que entrañan una inmensa extracción del recurso de aguas subterráneas, sin que exista regulación actualizada que establezca limitaciones en este sentido. Los conflictos que surgen por el aprovechamiento de agua para riego son variados. Resulta tan conocido como antiguo el caso sobre el río Atuel entre las provincias de Mendoza y La Pampa.

.....
(60) DEL CASTILLO, LILIAN, *La Gestión del Agua en Argentina*, Bs. As., Ciudad Argentina, 2007, p. 74.

La CSJN, al analizar la regulación de los usos de las aguas del río Atuel, exhortó a las provincias de La Pampa y de Mendoza a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos consuntivos futuros de las aguas del río, e impuso a la provincia de Mendoza que no debía exceder en su consumo los límites de 75.671 has.⁽⁶¹⁾

Luego, en 1989, los gobernadores de dichas provincias suscribieron el Protocolo de Entendimiento Interprovincial mediante el cual se creó la "Comisión interprovincial del Atuel Inferior" (CIAI) con el objeto de ejecutar acciones tendientes a lograr una oferta hídrica más abundante que permitiera ampliar el área de riego y el restablecimiento del sistema fluvial ecológico del curso inferior del río Atuel.

En 1992, las partes celebraron un nuevo convenio, en el que se estableció que la provincia de Mendoza se comprometía a entregar el caudal necesario de agua potable, pero dichos objetivos nunca fueron cumplidos.

En 1994, en el ámbito de la CIAI, ambas provincias acordaron la inclusión de fondos en los respectivos presupuestos provinciales para 1995 a fin de desarrollar un "Estudio sistemático de la cuenca hidrológica del Atuel Inferior", como una contribución esencial a la determinación de un caudal mínimo ecológico fluvial, pero esta tarea nunca se concretó.

En 2008 ambas provincias acordaron con el Estado Nacional la realización de obras para incrementar la disponibilidad de agua del río y distribuir los volúmenes por partes iguales entre ambas jurisdicciones, pero la legislatura mendocina aún no ha ratificado ese convenio. En consecuencia, recientemente, la provincia de La Pampa ha promovido un proceso judicial solicitando se declare el incumplimiento de Mendoza del fallo de la CSJN, de 1987, que la obligaba a negociar y celebrar convenios de buena fe para regular el uso del agua del río Atuel. Asimismo requiere que se ordene el cese del daño ambiental en el oeste pampeano, se fije un caudal flu-

(61) CSJN "La Pampa c/ Mendoza s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos", 03/12/1987, Fallos: 310:2478. La CSJN declaró que el río Atuel es interprovincial, rechazó la acción posesoria y la pretensión de que se regule la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus afluentes (siempre que la provincia de Mendoza mantenga los usos consuntivos aplicados sobre la superficie afectada al riego de 75.761 ha.), y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y pautas fijadas en los considerandos de la referida sentencia.

vioecológico en forma inmediata para uso de La Pampa y se realicen obras para optimizar los recursos de agua en el sistema de riego mendocino. Asimismo, en autos “Palazzani”, el afectado promueve demanda por daño ambiental colectivo con el fin de tutelar, en representación de todos los habitantes de la provincia de La Pampa, su derecho al agua respecto del recurso ambiental interjurisdiccional e indivisible del río Atuel Inferior.⁽⁶²⁾

En este conflicto, que lleva tantos años, observamos la dificultad de alcanzar consensos en el escenario de un federalismo mal entendido, y la insuficiente intervención de organismos administrativos federales. Las dificultades en la gestión exclusivamente descentralizada del recurso hídrico terminan judicializando el imperativo constitucional de participación razonable y equitativa en los usos consuntivos del agua.

8.4 | Uso industrial

En la agroindustria, el aumento en la utilización de sustancias químicas resulta un problema ambiental. En consecuencia, deviene de suma importancia el estudio agroquímico en suelo y plantas por el aumento de las sustancias químicas, desconociéndose el impacto de esa contaminación en la salud y en los cuerpos de agua.

Todavía no se realizado en el país un mapa de los suelos en el ámbito nacional que estime los niveles de concentración de agroquímicos susceptibles de provocar riesgos en la salud a través de los alimentos y del agua. Entre las actividades agroindustriales que producen significativos efectos contaminantes en el agua, podemos mencionar el acabado del cuero y curtiembre, la fabricación de fertilizantes y pesticidas, los aceites complejos y los compuestos alcalinos o ácidos.⁽⁶³⁾

Por otra parte, el uso industrial del agua es parte de la industria manufacturera, especialmente en el procesamiento y envasado de productos alimenticios, seguido por el sector textil. Otras importantes industrias que la utilizan son la de artículos de goma, cemento, productos químicos, papel,

(62) CSJN, “Palazzani, Miguel Ángel c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 04/02/2014.

(63) DEL CASTILLO, LILIAN, *La Gestión del Agua...*, op. cit., p. 91 ss.

plásticos y derivados del petróleo. Especial relevancia en el tema tiene la industria siderúrgica, donde el agua no es solo un insumo, sino que los cursos de agua son además el medio de transporte de las materias primas y de los productos manufacturados.⁽⁶⁴⁾

En consecuencia, la demanda de recursos hídricos actualmente ha aumentado de manera considerable para los usos industriales, requiriéndose una regulación nacional que dé una respuesta común como política de Estado frente a los problemas que su uso ilimitado suscita tanto para la protección del ambiente —y, en consecuencia, de la salud— como para equilibrar su disposición frente a los demás usos esenciales de este recurso natural.

8.5 | El uso minero del agua

La minería ha sido una de las actividades más criticada por el ambientalismo en los últimos tiempos. Sin entrar en ese terreno, el uso minero del agua es también un tema sensible en lo que respecta al tratamiento de estos recursos naturales. Lo decimos en plural porque, en este caso, están en pugna los dos recursos naturales: el minero y el agua. Y están en conflicto porque es habitual que la gran minería a cielo abierto utilice grandes cantidades de agua. El uso en sí mismo no sería la controversia principal, si se tomara el recaudo para mantener siempre atendido el consumo humano o de riego. Lo que se cuestiona en esos casos es que se usa a menudo agua de glaciares y que los desechos de la explotación minera suponen también, con demasiada habitualidad, agua contaminada con residuos tóxicos.

El agua de glaciares para esos usos está limitada por la Ley de Glaciares, cuyo cumplimiento es motivo de preocupación ya que no se han dado las condiciones para que se hagan efectivos los presupuestos de esa norma. Los desechos tóxicos en el agua de vertido de la minería es también una constatación alarmante, ya que no solamente se dan en la cercanía de los yacimientos, sino también por las roturas de las largas cañerías de transporte del recurso minero trasladado con los líquidos a estaciones de captación para su exportación. Este uso del agua ha sido motivo de grandes movilizaciones de población en defensa del agua y del ambiente, y no existe todavía, a nivel nacional, una regulación detallada de este uso del agua,

(64) *Ibid.*, p. 90.

que satisfaga razonablemente el principio constitucional del cuidado del recurso y su uso racional para las generaciones futuras, atendiendo además a las crecientes condenas de diversas organizaciones de la comunidad.

8.6 | El uso en la navegación

El agua de los ríos es una de las manifestaciones más importantes de este recurso para todos los usos antes analizados. Los grandes cursos de agua son también la vía regia de la navegación interior. Como dijimos anteriormente, ese uso está íntimamente vinculado con nuestra historia y ha sido parte de sus conflictos. Es más, su utilización ha sido motivo de batallas con potencias extranjeras. Pero la navegación no es tema de este estudio.

Sí lo es el empleo del agua de los ríos que, además de la navegación, sirve para los demás usos antes aludidos y entonces es motivo de conflictos. Así, por ejemplo, el uso hidroeléctrico es a menudo una barrera para la navegación, en la medida que los canales de navegación que suelen diseñarse para ese fin no se terminan de construir. También el uso para riego es fuente de disputas y desacuerdos, en este caso por el desvío de los cauces que suelen hacer empresarios interesados en desarrollar determinadas actividades agrícolas. Estos casos abundan en la Mesopotamia, pero también en otras provincias argentinas.

Este tipo de conflictos es habitual en cauces circunstanciales que unen lagunas y que, en épocas de inundaciones, provocan luchas interprovinciales o regionales de magnitud, por un exceso del recurso, que evidencia el amplio y complejo conjunto de temas que abarca.

8.7 | Las fuentes de agua

Los ríos, los lagos y lagunas, así como los glaciares y las nieves, son fuentes del agua que hemos considerado como recurso natural en estas páginas. Los que deben ser regulados y protegidos para el cumplimiento de los fines esenciales que hemos descripto.

Pero una de las fuentes que más regulación requiere es el agua existente en los acuíferos, que a menudo es alimentada por otras fuentes y a la vez fluye y se interconecta con aquellas. Su utilización por las actividades agrícolas, industriales, mineras y energéticas exige un cuidado y regulación

especial, por la importancia que tiene en el mantenimiento del ecosistema nacional, especialmente el referido al equilibrio entre las distintas fuentes de agua. Ello evitaría ciertos abusos que se aprecian al respecto por ausencia en la legislación y, sobre todo, en el control de esa fuente.

9 | Reflexiones finales

Hemos querido analizar en este artículo el recurso natural “agua” desde la perspectiva constitucional, especialmente a partir de la lectura armónica del texto constitucional reformado en 1994.

Nos ha motivado a ello la especial consideración que ha hecho la Convención Constituyente con relación a los recursos naturales, uno de los cuales, quizás el más importante, es el agua. La reforma ha dado un paso fundamental al crear la “categoría” o “clase” de recurso natural y, al mismo tiempo, ha legislado su cuidado, protección y sustentabilidad.

Ha delegado en la nación la legislación básica al respecto, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales provinciales en su aplicación, a través de la norma central en este punto, el art. 41 CN.

Otras normas aprobadas en la reforma, junto con las preexistentes, completan un cuadro complejo pero armónico, que permite interpretar ese conjunto para discernir facultades y jurisdicciones. A su vez, en el entendimiento que las normas que regulan el agua no pueden pensarse sino dentro del nuevo “orden jurídico mundial”, describimos las normas internacionales que impactan en la materia.

A este respecto, mencionamos la evolución de esa normativa en los diferentes tratados internacionales hasta la consagración del derecho humano al agua, de manera expresa en el año 2010, por la Asamblea de las Naciones Unidas, considerado un hito fundamental. También se reseñan los avances posteriores en la normativa internacional, y el ejemplo paradigmático de la Unidad Africana en el tema de los recursos naturales.

Aquí destacamos que una mala gestión de los recursos naturales puede generar responsabilidad internacional del Estado argentino, por incumplimiento de normas internacionales. En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 28, inc. 2) establece que el gobierno

nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes a fin de que las autoridades provinciales adopten las disposiciones del caso para el cumplimiento de la Convención. Precisamente, en un caso contra nuestro país, la Corte IDH, interpretando esta norma, expresó, con diáfana claridad, que “según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”.⁽⁶⁵⁾

Creemos que resulta imprescindible la intervención y control de las autoridades nacionales en la gestión del recurso del agua, habida cuenta de las obligaciones internacionales del Estado argentino en materia de medio ambiente, utilización racional y sostenible de los recursos naturales, protección de la propiedad comunitaria de los pueblos originarios con los recursos naturales para su subsistencia, y el derecho humano al agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

Por otra parte, hemos querido analizar la legislación del agua de cara al concepto constitucional del recurso. En este sentido, nos referimos a su tratamiento en el Código Civil vigente y celebramos la visión del Código Civil y Comercial en relación al bien colectivo agua. Destacamos la protección efectuada de los derechos de incidencia colectiva como límite al ejercicio de los derechos individuales sobre los recursos naturales. Sin embargo, encontramos cuestionable la exclusión de la consagración del derecho humano al agua.

Hacia el final de ese capítulo referido a la legislación vernácula, mencionamos la tarea persistente que han tenido los códigos provinciales en este tema, y los acuerdos federales del agua con sus organismos federales de aplicación, como el COHIFE. Subrayamos, en este aspecto, algunos principios del Acuerdo Federal del Agua conflictivos frente al art. 41 CN, que también se contraponen a los arts. 240 y 241 CCyC, y a la ley 25.688.

Con relación a esta última norma de presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, celebramos su sanción como corolario del art. 41 CN. No obstante, destacamos la necesidad de su reglamentación y del dictado del Plan Nacional, que debe ser aprobado por

(65) CORTE IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina” (Reparaciones y Costas), 27/08/1998, Serie C N° 39, párr. 46.

el Congreso de la Nación. Frente a la dispersión normativa en la materia, ponemos énfasis en la necesaria intervención regulatoria de la autoridad nacional en la determinación de presupuestos mínimos, y en la coordinación de acciones de gestión que resulta hasta hoy una importante tarea pendiente que potencia conflictos.

Finalmente, detallamos un conjunto de los principales usos del agua y sus características con relación al objeto de este artículo (uso para consumo humano, como recurso hidroeléctrico, riego, uso industrial, minero, navegación, agua como fuente). La visualización de los conflictos concretos en los diferentes usos del agua evidencian las deficiencias del control disperso y una gestión exclusivamente descentralizada del recurso hídrico.

Queda la sensación que el agua requiere todavía una mayor legislación y control administrativo para hacer efectiva la protección constitucional y convencional, pero principalmente una mejor gestión del recurso tanto a nivel nacional como provincial.

En el reciente fallo "Kersich", la CSJN caracterizó al agua como "uno de los componentes del bien colectivo ambiente".⁽⁶⁶⁾ Si bien el objeto del litigio se tendía a proteger el acceso al agua potable para consumo humano como derecho humano, que pone en juego la salud y la vida de los afectados, la CSJN lo trata como un caso ambiental.

Creemos que ello refuerza la opinión que sustentamos en cuanto a la primacía del art. 41 CN, y la necesidad de una mirada integral frente a la regulación sobre los bienes colectivos que componen el ambiente, como el agua. En efecto, consideramos que a esta norma debe guiar la interpretación armónica de los arts. 124 y 75, incs.18, 19 y 22, CN.

Las dificultades en la gestión y el control exclusivamente descentralizados del recurso hídrico terminan judicializando el imperativo constitucional tuitivo del agua, cuando el daño ya se ha consumado o resulta inminente. Que sea el Poder Judicial quien deba intervenir en la solución de estos conflictos evidencia las deficiencias del sistema descentralizado de gestión y control del agua. Ante ello, creemos que se debe seguir trabajando en los objetivos de la ley 25.688 y de los arts. 240 y 241 CCyC. Proponemos una mirada más profunda de la problemática **integral** del agua desde el art. 41 CN.

.....
(66) CSJN, "Kersich...", fallo cit.