

ACTUALIZACIONES EN MATERIA DE DERECHO AMBIENTAL DE AGUAS

Por MARÍA LETICIA KRANNCHFELDT*

*“El Agua es la fuerza motriz de
toda la Naturaleza”*
Leonardo da Vinci

Resumen:

Este trabajo tiene como objetivo comentar las novedades en materia de derecho ambiental de aguas en la República Argentina. En la última década, se ha dictado normativa y se han emitido fallos judiciales de trascendental importancia en lo que hace al reconocimiento del derecho humano al acceso al agua potable y al saneamiento. Pero no solo los avances han provenido del sector público, sino que se han verificado singulares resultados en aras de la preservación de este vital recurso, generados a través de los fenómenos de la participación ciudadana y el rol activo de las comunidades involucradas.

Realizando una breve reseña de las actualizaciones locales más relevantes y comparándolas con lo que ocurre en otras latitudes, trataremos de reflexionar sobre la dirección que ha tomado nuestro país en lo que respecta a la conservación y explotación sustentable de las cuencas hídricas.

Palabras clave:

Derecho ambiental de aguas, derecho humano al acceso al agua potable y al saneamiento, manejo de cuencas hídricas, participación ciudadana, desarrollo sustentable.

* Abogada especialista en Derecho de los Recursos Naturales (UBA). Notaria (Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires). Profesora de Derecho Ambiental y Derecho Ambiental Internacional (Facultad de Derecho, UBA).

RECENT DEVELOPMENTS IN THE FIELD OF ENVIRONMENTAL LAW PERTAINING TO WATER

Abstract:

This work has as its primary objective to comment on recent developments in the field of Environmental Law pertaining to Water in the Argentine Republic. Over the last decade, there has been implementation of environmental regulation and judicial decisions of transcendental importance regarding the recognition of a human right of access to drinking water for health and hygiene. These advances have not only originated in the public sector, as significant results have been obtained in the area of water conservation and preservation through the participation of the citizenry and the active role of the relevant communities.

By way of a brief review of the local outcomes that are most relevant and by comparing them with what is happening in other parts of the world, we shall attempt a reflection regarding the course that our Nation has taken in the fields of conservation and sustainable exploitation of our water resources.

Keywords:

Environmental Water Law, Human Right of Access to Potable Water for Health and Hygiene, Management of Water Resources, Citizen Participation, Sustainable Development.

INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental ha tenido un enorme desarrollo en los últimos tiempos a nivel mundial. La República Argentina no ha sido ajena a este fenómeno, participando activamente en las cumbres internacionales y regionales que se ocupan de la materia, suscribiendo y ratificando la mayoría de las convenciones, acuerdos y protocolos y desempeñando un rol activo en las reuniones y encuentros especializados. Paralelamente, se ha verificado una importante evolución en el ordenamiento jurídico interno del País. El reconocimiento expreso del derecho a gozar de un ambiente sano y apto para el desarrollo sustentable para todos sus habitantes ha sido expresamente reconocido en todos los órdenes normativos. Este proceso, que ha tenido un hito fundamental en la última reforma de la Constitución Nacional del año 1994 continúa ininterrumpidamente tanto a nivel federal como local.

En absoluta sintonía con lo verificado en el plano jurídico ambiental, el derecho de aguas ha evolucionado de forma tal que actualmente no sería correcto su estudio de manera escindida del derecho ambiental, por lo que se considera que la correcta denominación de la materia a la que nos abocaremos en el pre-

sente trabajo es “derecho ambiental de aguas”, siendo este el concepto que han abordado los maestros precursores de su estudio¹.

Pero no solamente el derecho de aguas, que en los siglos pasado estuvo muy vinculado al derecho civil en lo que respecta al dominio y como restricción al derecho de propiedad del suelo, como así también al derecho administrativo, en todo lo que respecta a los distintos usos del recurso y a las concesiones para su aprovechamiento, se ha fusionado en las últimas décadas del siglo XX con el derecho ambiental, sino que en los últimos tiempos ha sido también tratado y estudiado vinculándolo estrechamente con los derechos humanos, especialmente por el reconocimiento del derecho al acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho fundamental, que los jueces de todas las jurisdicciones e instancias vienen reflejando en sus fallos.

Partiendo de la normativa actualmente vigente en la materia, trataremos de realizar una reseña de la evolución jurídica verificada en la última década en el país, presentando al final una breve descripción de la problemática de los recursos hídricos en los Estados Unidos de Norteamérica a nivel federal, a fin de ofrecer un panorama comparativo.

1. REGULACIÓN JURÍDICA DEL RECURSO HÍDRICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

1.1. Consideraciones generales

En la República Argentina el agua se encuentra tutelada por un vasto y complejo conjunto de normas que, al solo efecto práctico, agruparemos de la siguiente manera:

a) Constitución Nacional (en adelante, CN) más tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; leyes ambientales de presupuestos mínimos; acuerdos federales; códigos de fondo y demás leyes nacionales que regulan la materia.

b) Convenciones y tratados internacionales y regionales.

c) Constituciones provinciales; leyes y códigos provinciales de aguas.

La dispersión normativa y la aparente superposición de regulaciones ha generado muchos inconvenientes a la hora de aplicar el derecho. No obstante, el principio general es el siguiente: el dominio de las aguas públicas corresponde a los Estados provinciales (conforme art. 124 CN), mientras que la jurisdicción sobre el recurso corresponde también por mandato constitucional a las provincias, quienes conservan todo el poder no delegado a la Nación (art. 121 CN),

¹ PIGRETTI, Eduardo A.; BELLORIO CLABOT, Dino y CAVALLI, Luis, *Derecho ambiental de aguas*, Buenos Aires, Lajouane, 2010, p. 29, definen al derecho ambiental de aguas como “el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento social que, conforme a la justicia, regulan la relación de las personas con el agua, considerada esta en las diversas maneras en que se manifiesta en el ciclo hidrológico e integrada al medio ambiente”.

y, por lo tanto, la ejercerán para todos los usos del agua, a excepción de todo lo concerniente a la navegación y al comercio interjurisdiccional que le compete a la Nación (art. 75 CN).

En los supuestos en los que el recurso es compartido, por ejemplo, un río que constituye el límite entre dos o más provincias, será necesario aplicar las reglas del “federalismo de concertación”², mediante acuerdos, tratados o la creación de entes interjurisdiccionales (comités, autoridades de cuenca), ya que, si esto no es así, se corre el riesgo de realizar un mal aprovechamiento del recurso o inclusive que se generen disputas.

El ejemplo tal vez más ilustrativo de una controversia interprovincial por el aprovechamiento de un curso de agua compartido es la existente entre las Provincias de La Pampa y Mendoza por el aprovechamiento del Río Atuel. Sobre el particular ya hubo en el año 1987 un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)³, pese al cual en tiempos más recientes (en el año 2014) la Provincia de La Pampa volvió a demandar a la Provincia de Mendoza ante el Supremo Tribunal de la Nación por considerar que esta última había incumplido la decisión judicial que fuera entonces emitida y fundamentalmente argumentando que una parte de su población ha sido privada del derecho humano al uso del agua y exigiendo, además, la reparación del daño ambiental colectivo. Si bien la provincia de Mendoza opuso la excepción de “cosa juzgada”, la CSJN en su fallo emitido en el año 2017 rechazó esta excepción, expresando en su voto mayoritario, que el actual juicio es diferente que el de 1987, que había declarado la interprovincialidad del río Atuel. En palabras de la Corte: “El conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporada en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994”, por lo que ordenó a la Provincia de Mendoza fijar, junto a la Provincia de La Pampa, un caudal de agua en el río Atuel que recomponga el ecosistema en el noroeste pampeano y, además, a las dos provincias, junto a la Nación, diseñar un plan de obras en un plazo de 120 días⁴.

1.2. La regulación del agua en la Constitución Nacional

Además de los artículos fundamentales que refieren a todos los recursos naturales y al ambiente, que fueron incorporados en la última reforma constitucional del año 1994: arts. 41, 43 y 124 *in fine*, la Carta Marga de la República Argentina contiene otros preceptos que regulan específicamente el recurso agua, a saber:

² Véase: SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, Buenos Aires, 2009, Errepar, p. 141.

³ CSJN, “La Pampa, Provincia de c. Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, sentencia del 3/12/1987.

⁴ Véase CSJN, “La Pampa Provincia de c. Mendoza Provincia de s/uso del agua”, sentencia del 1/12/2017 (Fallos 340:1695), disponible en www.saij.gov.ar, ID SAIJ: fa17000056.

Art. 12.— Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio.

Art. 14.— Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:... de navegar y comerciar (...)

Art. 26.— La navegación de los ríos interiores de la Nación es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional. (...)

Art. 75.— Corresponde al Congreso: (...)

inc. 10: reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas (...)

inc. 18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias... promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. (...)

Art. 125.— Las provincias pueden celebrar tratados parciales para... la exploración de sus ríos (...).

Todas estas normas específicas ya estaban consagradas en la Constitución Nacional antes de la última reforma, por lo que puede afirmarse que los recursos hídricos no fueron objeto especial de atención por parte de los constituyentes de 1994, tal vez por considerarse que era suficiente la regulación y protección que se introdujo entonces respecto al ambiente en su conjunto. No obstante, en virtud del tiempo transcurrido y los cambios verificados en la sociedad, en especial en lo que respecta a la producción, los hábitos de consumo, las condiciones sanitarias de la población y el acceso generalizado a herramientas tecnológicas, entendemos que es necesario y muy conveniente que el reconocimiento del derecho humano al acceso al agua segura y al saneamiento alcance jerarquía constitucional. En el mismo sentido creemos que seguramente serán también considerados en una futura reforma de la Constitución Nacional, la declaración de los recursos hídricos como patrimonio común, su preservación y aprovechamiento sustentable, en concordancia con lo que ya se está verificando en

las Convenciones internacionales que se ocupan de la materia y en las leyes fundamentales de otros países⁵.

1.3. Leyes de Presupuestos Mínimos Ambientales

En virtud de lo establecido en el art. 41 de la Constitución Nacional, el Congreso de la Nación ha venido dictando las leyes de presupuestos mínimos ambientales, que configuran el basamento uniforme de protección y son imperativas en toda la Nación, pudiendo las Provincias complementarlas atendiendo a sus particularidades de índole geográfico, demográfico, social, cultural, entre otros.

Si bien todas las leyes de presupuestos mínimos tienen la misma jerarquía, la Ley General del Ambiente 25.675 (sancionada en 2002) es considerada una ley marco, ya que fija la política ambiental nacional y enuncia los principios rectores que deberán ser aplicados en la gestión de todos los recursos naturales, entre los que se encuentran los recursos hídricos.

Otra de las leyes de este tipo que también hace referencia al agua es la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos 26.331 sancionada en 2007, que en su art. 2º incluye a los recursos hídricos como uno de los componentes que se interrelacionan conformando los bosques nativos y, además, en su art. 5º enumera, en primer lugar, a la regulación hídrica entre los principales servicios ambientales que los bosques nativos brindan a la sociedad.

La ley 25.688: Régimen de gestión ambiental de aguas, sancionada en el año 2002, en su art. 1º, determina que es una Ley de Presupuestos Mínimos Ambientales para la Preservación de las Aguas, su aprovechamiento y uso racional. En su art. 2º define que “se entenderá: Por agua, aquélla que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas”. También ofrece una definición de cuenca hídrica; aclarando en su art. 3º que “las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”. Y establece en el art. 4º la creación para las cuencas interjurisdiccionales, de los comités de cuencas hídricas, estableciendo sus funciones y atribuciones, mientras que en el art. 5º aclara que se entiende por utilización de las aguas a los efectos de esta ley, brindando una enumeración de las distintas acciones: “a) La toma y desviación de aguas superficiales; b) El estancamiento, modificación en el flujo o la profundización de las aguas superficiales; c) La toma de sustancias sólidas o en disolución de aguas superficiales,

⁵ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce expresamente en su art. 4º: “... Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines”. Disponible en <http://sejn.gob.mx/constitución-política-de-los-estados-unidos-mexicanos> (consultado el 15/3/2020).

siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento; d) La colocación, introducción o vertido de sustancias en aguas superficiales, siempre que tal acción afecte el estado o calidad de las aguas o su escurrimiento; e) La colocación e introducción de sustancias en aguas costeras, siempre que tales sustancias sean colocadas o introducidas desde tierra firme, o hayan sido transportadas a aguas costeras para ser depositadas en ellas, o instalaciones que en las aguas costeras hayan sido erigidas o amarradas en forma permanente; f) La colocación e introducción de sustancias en aguas subterráneas; g) La toma de aguas subterráneas, su elevación y conducción sobre tierra, así como su desviación; h) El estancamiento, la profundización y la desviación de aguas subterráneas, mediante instalaciones destinadas a tales acciones o que se presten para ellas; i) Las acciones aptas para provocar permanentemente o en una medida significativa, alteraciones de las propiedades físicas, químicas o biológicas del agua; j) Modificar artificialmente la fase atmosférica del ciclo hidrológico”.

En el art. 6° se establece que “para utilizar las aguas objeto de esta ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen”.

En su art. 7° dispone que “la autoridad nacional de aplicación deberá: a) Determinar los límites máximos de contaminación aceptables para las aguas de acuerdo a los distintos usos; b) Definir las directrices para la recarga y protección de los acuíferos; c) Fijar los parámetros y estándares ambientales de calidad de las aguas; d) Elaborar y actualizar 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. Dicho plan contendrá como mínimo las medidas necesarias para la coordinación de las acciones de las diferentes cuencas hídricas”. Mientras que en el art. 8° dispone que “la autoridad nacional podrá, a pedido de la autoridad jurisdiccional competente, declarar zona crítica de protección especial a determinadas cuencas, acuíferas, áreas o masas de agua por sus características naturales o de interés ambiental”.

Finalmente, en el art. 9° se dispuso que el Poder Ejecutivo debía reglamentar esta ley dentro de los 180 días de su publicación y, además, dictar las resoluciones necesarias para su aplicación. El plazo previsto venció, pero la ley no fue reglamentada, lo que en la práctica significa que la norma está plenamente vigente, pero en algunos aspectos no está operativa.

Esta ley no fue en general bien acogida por los especialistas en la materia, siendo señalada por gran parte de la doctrina como una ley que “pese a su brevedad, su contenido es de presupuestos máximos de manejo de aguas, pero nada del ambiente”⁶. Asimismo, varias Provincias se opusieron a la ley e

⁶ PIGRETTI, Eduardo A., *Derecho ambiental profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 90.

incluso llegaron a amenazar con demandar ante la Corte Suprema por inconstitucionalidad, con el argumento de que la Nación avasallaba sus derechos sobre los recursos hídricos, cuyo dominio originario, al igual que todos los demás recursos naturales, les pertenecen según lo establecido en el art. 124 de la CN. Finalmente, esto no llegó a suceder, ya que como se mencionó antes, la ley no fue aún objeto de reglamentación.

Como contrapartida a la ley objetada, las provincias elaboraron una serie de principios rectores de política hídrica, que establecen para todas las provincias la constitución de Autoridades Únicas del Agua y el dictado de una ley de aguas y entre los que figuraba la creación de un Consejo Hídrico Federal, el cual finalmente fue creado en el año 2009, mediante la ley 26.438 que ratificó el Acta Constitutiva del Consejo Hídrico Federal (COHIFE)⁷.

Pese a las críticas referidas, la mayor virtud de esta norma es que recepta el concepto de “cuenca hídrica” como territorio base para la gestión integrada del agua, en concordancia con las recomendaciones que se hicieran en todas las conferencias internacionales sobre recursos hídricos. Como la mayoría de las cuencas en la República Argentina son geográficamente interprovinciales, se han constituido organismos interjurisdiccionales de cuenca, llamados comités o autoridades de cuenca, ejemplo de estos son el COIRCO (Comité Interjurisdiccional del Río Colorado), COREBE (Comisión Regional del Río Bermejo), AIC (Autoridad Interjurisdiccional de los Ríos Limay, Neuquén Y Negro) y ACUMAR (Autoridad de la Cuenca del Río Matanza Riachuelo)⁸, esta última fue creada en el año 2006 por la ley 26.168, luego del primer fallo de la CSJN en el “caso Mendoza” o “Causa Riachuelo”⁹. Este caso constituye el fallo ambiental más importante, novedoso y complejo de la República Argentina, habiendo la Corte en el año 2008 dictado en la misma megacausa un fallo histórico que continúa en curso¹⁰, por medio del cual determinó la responsabilidad concurrente que le corresponde al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires en materia de prevención y recomposición del daño ambiental existente en la cuenca más densamente poblada del país.

1.4. Ley 26.639: Régimen de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Glaciares y del Ambiente Periglacial

La República Argentina contiene aproximadamente el 15% del total de la superficie cubierta por glaciares en América del Sur. A pesar de la enorme importancia hidrológica, socio-económica, geo-política, ambiental y científico-

⁷ Véase: PIGRETTI, Eduardo A.; BELLORIO CLABOT, Dino y CAVALLI, Luis, *Derecho ambiental de aguas*, cit., p. 93.

⁸ Véase: www.acumar.gob.ar.

⁹ CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, Fallos 326:2316.

¹⁰ Disponible en <http://www.acumar.gob.ar/causa-mendoza/>.

académica de estos cuerpos de hielo, el conocimiento actual de los mismos en nuestro continente es aún limitado. Según el Inventario Nacional de Glaciares aportado por el Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA) en conjunto con el CONICET, UNCuyo y Gobierno Mendoza, en el mes de mayo de 2018, la Argentina cuenta con 8.484 km² cubiertos de hielo, de los cuales 5.769 se encuentran en la Cordillera de los Andes y 2.715 en las Islas del Atlántico Sur¹¹.

El 28 de octubre de 2010, y tras el antecedente fallido de la ley sancionada en 2008 que fuera vetada por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de sus facultades constitucionales¹², fue promulgada la ley 26.639 que contempla, entre otras medidas, la creación de un Inventario Nacional de Glaciares, requisito fundamental para un estudio de largo plazo de los cuerpos de hielo de Argentina, su dinámica, hidrología y relación con el ambiente, definiendo metodologías de mapeo y monitoreo sistemáticos aplicables a las diferentes regiones y condiciones ambientales de nuestro país. Fue reglamentada por el decreto 207/11 (BO del 1/3/2011).

Esta ley tiene por objeto la preservación de los glaciares y ambiente periglacial como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano, para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas, la protección de la biodiversidad, como fuente de información científica y como atractivo turístico. Asimismo, reconoce que los glaciares constituyen bienes de carácter público (art. 1º).

El art. 2º define como glaciar a toda masa de hielo perenne estable que fluye lentamente con o sin agua intersticial formado por la re cristalización de nieve ubicado en diferentes ecosistemas. Siendo parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua. Respecto al ambiente periglacial lo define en la alta montaña como el área con suelos congelados que actúa como regulador de recursos hídricos, mientras en la media y baja montaña el área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo.

¹¹ Véase: www.glaciaresargentinos.gob.ar.

¹² En el año 2008 fue sancionada la primera ley sobre la materia en la República Argentina que llevó el número 26.418 y se tituló de Presupuestos Mínimos para la Protección de los Glaciares y Ambiente Periglacial, su objetivo era establecer los presupuestos mínimos de protección con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico. No obstante, la entonces presidenta Cristina Fernández vetó esta ley por el decreto PEN 1837/2008, argumentando que el Proyecto de Ley sancionado, al disponer sobre recursos provinciales, excedía el alcance de las facultades reservadas a la Nación en el art. 41 de la CN. Por su parte, las organizaciones ambientalistas y un sector de la sociedad entendieron que los verdaderos motivos del veto obedecieron a la presión de las empresas multinacionales que desarrollan la minería a gran escala, precisamente minería a cielo abierto. Sin embargo, los reclamos sociales por parte de las comunidades afectadas, las organizaciones de defensa ambiental y varios sectores políticos impulsaron la aprobación de una nueva ley que está actualmente vigente.

A fin de lograr la preservación establece la ley prohibiciones respecto a ciertas actividades que no podrán realizarse en los glaciares y ambientes periglaciales. Entre las actividades prohibidas se encuentran la liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen.

La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica y las prevenciones de riesgos; la exploración y explotación minera e hidrocarburífera como también la instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales. Mientras que para toda otra actividad que no esté prohibida será obligatoria la evaluación de impacto ambiental, garantizándose una instancia de participación ciudadana conforme a la Ley General del Ambiente 25.675, en forma previa a su autorización y ejecución, estableciendo, además, sanciones e infracciones específicas para casos de incumplimiento¹³.

La entrada en vigencia de esta ley fue muy celebrada por los científicos especialistas en la materia, así como por las ONG ambientalistas, ya que existe consenso en reconocer que uno de los recursos que más rápida y dramáticamente sufre las consecuencias del cambio climático y el calentamiento global son justamente los glaciares, por lo cual se tornaba imprescindible y urgente contar con la normativa proteccionista.

Por el contrario, varias empresas mineras desde que fuera sancionada la ley han intentado diversas acciones judiciales para impedir su aplicación, planteando como argumento la afectación a sus derechos de propiedad y a trabajar y ejercer toda industria lícita, de acuerdo con los arts. 17 y 14 de la CN, respectivamente.

Si bien no fueron las únicas¹⁴, las causas que tuvieron más repercusión fueron las que se iniciaron en la Provincia de San Juan por acciones que interpusieron ante el Juzgado Federal de esa provincia, las empresas Barrick Exploraciones Argentinas SA y Exploraciones Mineras Argentinas SA, concesionarias del emprendimiento minero binacional “Pascua Lama” (compartido por Argentina y Chile) solicitando que se declare la nulidad y en subsidio la inconstitucionalidad de la ley nacional 26.639 de Protección de los Glaciares. También y en igual sentido interpuso acción la empresa Minera Argentina Gold SA, concesionaria de la mina Veladero, emprendimiento de tipo mega minero que, si bien funciona como uno de los principales motores de la economía provincial, es tristemente célebre por los derrames de solución cianurada registrados entre los años 2015 y

¹³ Para un análisis completo de esta norma, véase: NONNA, Silvia y RADOVICH, Violeta, “Régimen jurídico ambiental de los glaciares y ambiente periglacial en la Argentina”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2016-I, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, p. 39.

¹⁴ Véase también causa: CSJN, “Cámara Minera de Jujuy y otra (provincia de Jujuy) c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 30/12/2014, disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-14708-La-Corte-rechaz-una-demanda-que-apuntaba-a-suspender-la-vigencia-de-la-ley-de-glaciares-en-Jujuy.html> (consultado el 10/3/2020).

2017 que contaminaron el río Potrerillos y otros cuatro cursos de agua e incluso causaron la suspensión temporal de actividades en la mina.

Por su parte, la Provincia de San Juan apoyó el reclamo de las empresas mineras argumentando que la ley menoscaba sus atribuciones para regular, complementar y desarrollar la materia ambiental sobre su jurisdicción, recursos y territorio, violando los arts. 41 y 124 de la CN, por lo que solicitó intervenir en el proceso como litisconsorte activo.

El juez federal de San Juan dictó en sendas causas una medida cautelar por la cual suspendió la aplicación de los arts. 2º, 3º, 5º, 6º, 7º y 15 de la Ley de Glaciares para el ámbito del emprendimiento “Pascua Lama” y “El Veladero” al suponer que la Ley de Glaciares creaba según sus palabras “un estado de intranquilidad e incertidumbre para los representantes de las empresas actoras que verían afectado el patrimonio y los derechos adquiridos”. Más tarde, el juez aceptó la intervención de la provincia y se declaró incompetente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar su competencia originaria, ordenó el traslado de las demandas al Estado Nacional y en una primera sentencia dictada en el año 2012 revocó la medida cautelar dictada por el juez federal y pospuso la decisión definitiva sobre la constitucionalidad de la ley cuestionada hasta que fuera realizado el inventario de glaciares previsto en la propia norma, puesto que recién entonces se podría conocer con exactitud si hay glaciares y ambiente periglacial, es decir, áreas protegidas por la ley en los lugares en los que se realiza el emprendimiento minero y solo a partir de ese momento podría la peticionante articular una acción para reclamar los derechos que considere pertinente.

Como se refirió más arriba, el Inventario de Glaciares fue realizado en el año 2018 y tenido en consideración por los ministros del Supremo Tribunal de la Nación que finalmente en su sentencia de fecha 4 de junio de 2019 en la causa “Barrick Exploraciones Argentinas SA y otro c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” decidieron en forma unánime que las empresas no pudieron demostrar que sufrían un daño concreto pues consideraron que las demandantes no habían demostrado que el sistema de preservación de los glaciares establecido por el Congreso Nacional les generase algún tipo de daño en su derecho de explotación minera, en palabras de la Corte: “La demanda iniciada por las empresas resulta inadmisibles porque no demuestra que la Ley de Glaciares les cause un agravio discernible respecto de una cuestión justiciable”. Y en cuanto a la Provincia de San Juan consideraron que “tampoco individualizó algún acto ‘en ciernes’ del Estado Nacional dictado al amparo de la Ley de Glaciares que hubiera afectado sus prerrogativas provinciales”.

En síntesis, la Corte desestimó las pretensiones de las empresas actoras puesto que las consideró abstractas y que no configuraban un caso justiciable. No obstante adelantó su criterio respecto a la ley cuestionada al decir: “La protección de los glaciares en un estado federal como el argentino implica una densa y compleja tarea política que deben cumplir conjuntamente el Estado

Nacional y las provincias para coordinar eficazmente sus diversos intereses” y agregó que “cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente —que involucran, en el caso de los glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua— se debe considerar de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad”.

Idéntica solución y en la misma fecha, adoptó el Máximo Tribunal respecto a la demanda iniciada por la otra empresa citada, en autos “Minera Argentina Gold SA c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”. Siendo los argumentos esgrimidos en el precedente comentado también remitidos por la CSJN en otras causas similares¹⁵.

Sin dudas la jurisprudencia comentada llevará a un replanteo de los proyectos mineros que están actualmente evaluados y que se encuentran cercanos o sobre cuerpos de hielo.

1.4. El agua en el Código Civil y Comercial de la Nación

La regulación de este vital recurso no fue un tema menor para el codificador del primer Código Civil de la República Argentina, Dalmacio Vélez Sarsfield, quien dedicó varios artículos a la materia. Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.), que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015 (ley 26.994), mantiene la mayoría de las regulaciones del Código Civil anterior (vigente desde el año 1871 a 2015), aunque introduce algunas modificaciones.

En primer lugar, caben mencionarse las normas del Cód. Civ. y Com. referidas a todos los recursos naturales y al ambiente en general, como el art. 14 sobre derechos individuales y de incidencia colectiva entre los que se encuentra el derecho al ambiente, dándole preeminencia a esto últimos. El art. 240: Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes y el art. 241 sobre jurisdicción¹⁶. Además, el art. 1970 dispone que “las limitaciones al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo”.

¹⁵ CSJN, “Pachón SA c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 11/6/2019, disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-34868-La-Corte-Suprema-volvi-a-convalidar-la-constitucionalidad-de-la-ley-de-preservacion-de-los-glaciares--rechazando-un-planteo-de-minera-Pach-n.html> (consultado el 11/3/2020).

¹⁶ “Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

“Artículo 241. Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

De conformidad con lo expuesto, corresponde destacar que también configuran un límite al ejercicio del dominio privado, las leyes de presupuestos mínimos dictadas conforme a lo previsto en el art. 41 de la CN, que no configuran normas administrativas, sino leyes nacionales de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional.

A continuación, se mencionan las normas específicas del Cód. Civ. y Com. que regulan el agua:

Art. 235.— Bienes pertenecientes al dominio público. Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

a) el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;

b) las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;

c) los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

d) las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares...”

Este artículo replica lo establecido en el art. 2340 del Cód. Civil anteriormente vigente, agregando como novedad los glaciares y el ambiente periglacial.

Es de destacar el concepto de “línea de ribera” referido en esta norma, pues es justamente el que fija el deslinde del dominio público y la propiedad privada. Su determinación es compleja debido a que la naturaleza por su propia acción

muchas veces es impredecible, piénsese como ejemplo en las grandes inundaciones de los últimos años en el litoral o inclusive en las Ciudades de Santa Fe y La Plata. Por tales razones la autoridad administrativa deberá proceder a su determinación precisa mediante una operación técnica fundada en la observación constante de las aguas¹⁷.

Art. 236.— Bienes del dominio privado del Estado. Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

(...) c) los lagos no navegables que carecen de dueño.

Este artículo introduce como novedad respecto a su antecedente (art. 2342 del Código de Vélez) dentro de los bienes que pertenecen al dominio privado del Estado, a los lagos no navegables que carecen de dueño. Este supuesto no se encontraba expresamente contemplado en el Código Civil, el cual tan solo se limitaba a señalar en su art. 2349 que “el uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenecen a los propietarios ribereños”.

Art. 239.— Aguas de los particulares. 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. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.

Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.

El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno.

El art. 2350 del Código de Vélez rezaba: “Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad”. Mientras que el art. 2637 disponía “Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando cons-

¹⁷ Véase: PIGRETTI, Eduardo A., *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 104.

tituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados”.

Si comparamos la regulación actual, notaremos una mayor impronta socio ambiental en cuanto al dominio y a la utilización del recurso, esto en consonancia con lo previsto en los arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com. y a los preceptos del derecho ambiental de aguas referidos anteriormente.

Art. 1974.— Camino de sirga. El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad.

El concepto de “Camino de Sirga” es muy antiguo, su significado proviene de las cuerdas conocidas como “sirgas”, con las que antaño se remolcaban los barcos desde la orilla, contra la corriente, por lo cual se necesitaba un espacio en la orilla para efectuar esa tarea. En la actualidad podemos definirlo como un camino o calle que deben dejar los propietarios ribereños a ríos o canales para uso público, con fines de navegación, sin derecho a recibir a cambio ninguna indemnización.

Mientras que el Código velezano preveía que esta franja de tierra libre era de 35 metros (art. 2639) y solo si el río o canal atravesaba alguna ciudad o población se podía modificar por parte de la respectiva Municipalidad, el ancho de la calle pública, no pudiendo dejarla de menos de 15 metros (art. 2640), el Cód. Civ. y Com. reduce para todos los supuestos el camino de sirga a 15 metros.

Si bien esta restricción fue originariamente establecida en beneficio de la navegación, muchos doctrinarios entienden que el fundamento de este instituto es el de garantizar el acceso público al recurso para su uso y goce común, en el que quedaría incluido el transporte de personas o cosas. Asimismo, la prohibición de realizar construcciones que obstaculicen ese camino ha permitido y permite proteger los ecosistemas costeros¹⁸.

Por lo expuesto, señala la doctrina que la reforma introducida “privatiza” 20 metros de costas o riberas, reduciendo la restricción al dominio a favor de los particulares¹⁹.

Art. 1975.— Obstáculo al curso de las aguas. Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso

¹⁸ Una mención especial merece el tratamiento que se le ha dado a este instituto en los mencionados autos “Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” (expte. M-1569/04 ORI). Disponible en <http://www.acumar.gob.ar/causa-mendoza/> (consultado el 15/3/2020).

¹⁹ Véase: BELLORIO CLABOT, Dino L., *Derecho ambiental innovativo*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, p. 351.

natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños. Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

Art. 1976.— Recepción de agua, arena y piedras. Debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.

1.5. El agua en el Código Penal de la República Argentina

En el Código Penal de la República Argentina (reformado en el año 2009 por ley 26.524) dentro de los delitos contra la seguridad pública, se tipifican y reprimen las siguientes conductas:

Art. 200.— Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Art. 201.— Las penas del artículo precedente se aplicarán al que vendiere, pusiere en venta, suministrarre, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo.

Art. 201 bis.— Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión. En todos los casos se aplicará además multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000). (...)

Art. 203.— Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$ 5.000) a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años.

Según la opinión de reconocidos especialistas en derecho ambiental²⁰, del análisis de los artículos referidos, se desprende que el bien jurídico protegido es la protección de la salud pública. Remarcan también que estas normas no protegen la alteración del agua potable (es decir, apta para el consumo humano) cuando no se afecte a la salud pública, lo que constituye una grave deficiencia puesto que debería contemplarse la contaminación de las aguas en general. Por otra parte, califican a este delito (ya sea con dolo o culpa) como un “delito de peligro”, por cuanto el delito se consuma con la creación de un mero riesgo o peligro para la salud pública, es decir, en el momento de envenenar, adulterar o falsificar las aguas potables; agravándose considerablemente la pena si efectivamente hubiere como resultado alguna persona muerta o lesionada.

Cabe también mencionar que en este mismo cuerpo legal se tipifica y reprime la conducta de causar “inundación” (art. 186) o estrago por inundación (art. 187), graduándose las penas según si los daños consecuentes sean sobre los bienes o la vida de las personas.

Como señalan también los doctrinarios existen, asimismo, delitos ambientales “fuera del Código Penal”²¹, tipificados en otras leyes nacionales como la ley 24.051 de residuos peligrosos (sancionada en 1991) que en sus arts. 55 a 58 contempla el régimen penal, reprimiendo la conducta de quien utilizando residuos peligrosos envenenare o contaminare, entre otros, el agua.

También aquí entendemos que será necesaria una reforma que contemple un concepto integrado de “daño al ambiente” y no solo reprima el accionar humano que perjudique a otras personas, a bienes o ciertos bienes, ya que por más valiosos que estos pudieren resultar, no alcanzan a contemplar el daño que puede provocarse a los ecosistemas en su conjunto. Es decir que deberá buscarse una protección al ambiente en sí mismo y, eventualmente, agrava el hecho si ello lleva potencialmente como riesgo la afectación a la salud humana y, aún más, si ese riesgo se concreta en el resultado (lesión).

Esta última visión que comentamos ya ha empezado a consolidarse a través de diferentes fallos judiciales²², pero aún no ha sido receptada normativa-

²⁰ PIGRETTI, Eduardo A.; BELLORIO CLABOT, Dino y CAVALLI, Luis, *Derecho ambiental de aguas*, cit., p. 221.

²¹ Véase BELLORIO CLABOT, Dino, *Derecho ambiental innovativo*, cit., cap. XXI, pp. 441 y ss.

²² Ejemplos de jurisprudencia en materia penal que aplica esta concepción son los fallos de la Cámara Federal de Casación Penal, sala I, en las causas: “Luis Alberto Drube y otro

mente. No obstante en esta línea de ideas se encuentra la incipiente rama del derecho penal, denominada “derecho penal ambiental”, que presenta también una estrecha vinculación con los derechos humanos y cuya visión ecocéntrica es considerada actualmente por reconocidos líderes mundiales como el Papa Francisco²³.

1.6. Códigos y leyes de aguas locales

Como ya ha sido señalado al comienzo de este trabajo: en virtud de los preceptos constitucionales, son las provincias quienes detentan el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio y por consiguiente ejercen jurisdicción sobre los mismos. También ya se ha remarcado que la propia Constitución Nacional establece, además, excepciones a ese principio, como son el dictado de las leyes de presupuestos mínimos ambientales y las prescripciones en lo que respecta a todo lo referente a la navegación y al comercio interjurisdiccional.

Las provincias desde el siglo XIX han dictado sus leyes y códigos de agua con el fin de regular su aprovechamiento para todos los usos que no sean la navegación, es decir, el uso doméstico, municipal, agropecuario, industrial, minero, piscícola, recreativo y hasta excepcional por parte del propio estado en los casos de necesidades sociales o fuerza mayor ante, por ejemplo, sequías o inundaciones.

También les compete a las provincias el poder de policía a fin de controlar la contaminación y procurar la preservación de los recursos hídricos, como así también otorgar permisos y concesiones a favor de particulares disponiendo, además, el gravamen que percibirán por la utilización del recurso (tasas; contribuciones especiales). Es decir que cada Provincia tiene su propio régimen de aguas y cuenta con su estructura de autoridades, con mayor o menor descentralización del gobierno provincial.

s/expedientes penales gob. de Sgo. del Estero - La Trinidad s/su denuncia”, fecha resolución: 22/11/2016. Disponible en <https://www.cij.gov.ar/nota-24097-Casaci-n-Federal-anul--absoluciones-por-delitos-ambientales-en-Santiago-del-Estero.html> (consultado el 11/3/2020).

Y también: “Asociación de Pescadores Artesanales, De La Ría de Bahía Blanca imputado: Meninato, Rolando (PBB POLISUR SA) y otros s/legajo de apelación imputado: Meninato, Rolando (PBB POLISUR SA) y otros. s/envenenamiento o adult. aguas, medic., o alim. y infracción ley 24.051 denunciante: Prefectura Naval Argentina (Bahía Blanca) y otro”, fecha resolución: 22/9/2016. Disponible en <https://dooplayer.es/29426103-Camara-federal-de-casacion-penal.html> (consultado el 11/3/2020).

²³ Papa Francisco, “Carta Encíclica *Laudato Si*-Sobre el cuidado de la casa común”, 2015, disponible en http://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (consultado el 3/3/2020).

2. EL DERECHO HUMANO AL ACCESO AL AGUA POTABLE Y AL SANEAMIENTO

2.1. Convenciones y pactos internacionales

La República Argentina ha ratificado números instrumentos internacionales que reconocen el derecho humano al agua potable, entre los que se destacan:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: en virtud del cual y en especial de acuerdo con lo establecido en sus arts. 11 y 12, en noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General nro. 15 sobre el derecho al agua. “El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna” y también define el derecho al agua como “el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico”.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), art. 14, párr. 2º y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador» del 17/11/1988 predicen que toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano y a contar con los servicios básicos. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 24, párr. 2º (1989), exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades mediante el suministro de agua potable salubre.

Considerando que todos los instrumentos antes mencionados gozan del máximo nivel de jerarquía normativa que se configura de acuerdo con el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, nuestro País tiene un alto grado de tutela del derecho en cuestión a nivel normativo.

2.2. Evolución del planteo frente al Foro Mundial del Agua

La problemática del acceso al agua potable y al saneamiento constituye una prioridad en la agenda de los países y de las organizaciones internacionales y regionales por lo que ha sido y continúa siendo tema obligado de reuniones, encuentros y congresos mundiales. El Foro Mundial del Agua es el evento global más importante en la esfera del agua, organizado por el Consejo Mundial del Agua (WWC según sus siglas en inglés), cuya misión es “promover la concientización, crear un compromiso político y detonar la acción sobre los temas críticos del agua a todos los niveles, a fin de facilitar la conservación, protección, desarrollo, planificación, gestión y uso eficiente del agua en todas sus dimensiones sobre una base ambientalmente sostenible en beneficio de toda la vida en la Tierra”. En su última reunión (VIII Foro) celebrado en la Ciudad de Brasilia durante el mes de marzo de 2018, bajo el lema “Compartiendo el Agua” y con la

participación de delegaciones oficiales y empresas de 150 países, concluyó con un llamamiento urgente a velar por la preservación de este recurso²⁴.

Desde el año 2010 se ha reconocido mundialmente el derecho humano al agua a través de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) mediante la resolución 64/292 de la Asamblea General, derecho que incluye el derecho al agua potable y al saneamiento, reafirmando que “el agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos”. La resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos²⁵.

En el año 2015, la ONU aprobó la “Agenda 2030” sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino para mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), entre los cuales el Objetivo 6 se ocupa de la problemática “Agua Limpia y Saneamiento”: procurando garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos.

2.3. Reconocimiento del derecho a nivel nacional

La comisión redactora del Código Civil y Comercial actualmente vigente en nuestro país propuso la inclusión de un artículo en el que se reconocía expresamente el derecho humano al agua potable²⁶, pero finalmente el reconocimiento de este derecho en el Código de fondo fue suprimido por el Poder Ejecutivo previo a su presentación, argumentando que se avanzaría sobre el federalismo, en virtud del dominio de los estados provinciales sobre los recursos naturales regulado en el art. 124 de la CN.

Consideramos que los argumentos esgrimidos por el Poder Ejecutivo, para descartar este derecho, desconocen la jerarquía de los derechos e incumplen la obligación indelegable del Estado Nacional de regular sobre derechos fundamentales que hacen a la vida de las personas.

No obstante, la falta de inclusión del derecho humano al agua en el Código Civil y Comercial de la Nación no implica que deje de ser reconocido por otras normas y no sea tenido en cuenta por los Jueces en sus sentencias, por el contrario, ya algunas normas han avanzado refiriéndose al agua como un bien social y cultural, por ejemplo, la ley que establece el Marco Regulatorio para

²⁴ www.worldwatercouncil.org (consultado el 13/3/2020).

²⁵ Resolución A/RES/64/292. Asamblea General de las Naciones Unidas. Julio de 2010.

²⁶ El artículo del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. de la Nación, cuyo número se correspondía al 241, rezaba: “Derecho fundamental de acceso al agua potable. “Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”.

la Concesión de los Servicios de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales (ley 26.221). Y también numerosa jurisprudencia ha venido reconociendo en nuestro suelo el derecho humano al agua²⁷. En los últimos años incluso la normativa internacional que mencionamos anteriormente está siendo aplicada por los Tribunales de todas las instancias y jurisdicciones, generando así una jurisprudencia acorde.

El caso jurisprudencial más emblemático, en este sentido, lo constituye la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2014 del Máximo Tribunal en el caso “Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses y otros s/amparo”²⁸. Este caso se inició por una acción de amparo promovida por vecinos del Partido de 9 de Julio, Provincia de Buenos Aires contra la empresa prestadora del servicio Aguas Bonaerenses SA (ABSA) a fin de que adecuara la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud en coincidencia con el art. 982 del Código Alimentario Argentino, ya que según alegaban los amparistas, se detectaron en el agua que suministraba esa empresa, niveles de arsénico que ponían en riesgo la salud de la población. El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ordenando a la empresa que suministrara —a cada uno de los actores— agua potable en bidones en cantidades necesarias para satisfacer las necesidades básicas de consumo e higiene personal, en una cantidad no menor a 200 litros por mes. Con posterioridad, el magistrado aceptó la adhesión más personas en condición de nuevos actores en el proceso, respecto de quienes hizo extensiva la medida cautelar y ordenó a la demandada a acompañar con relación a todos los accionantes (que ya sumaban 2641) un informe circunstanciado. La empresa ABSA apeló por considerar que lo resuelto vulneraba su derecho de defensa, sin embargo, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Plata confirmó el pronunciamiento apelado. En consecuencia, la demandada interpuso recurso de inaplicabilidad de la ley, que fue declarado inadmisibles, lo que dio lugar a un recurso de queja, que fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Agotadas todas las instancias anteriores, la empresa ABSA interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El máximo Tribunal revocó lo decidido en las instancias anteriores. Sin embargo, por encontrarse en juego el derecho humano al agua potable, ordenó que se mantenga la medida cautelar hasta tanto se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. En síntesis, los ministros de la CSJN entendieron que los jueces que intervinieron en las instancias inferiores no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el art. 43 de la CN, cuyas características fueron enunciadas

²⁷ Véase causa: CACAYT CABA, sala I, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) c. Ciudad de Buenos Aires” (18/7/2007), disponible en https://acij.org.ar/wp-content/uploads/Sentencia_por_Agua_en_la_Villa_31_bis.pdf (consultado el 7/3/2020).

²⁸ CSJN, “Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses y otros s/ amparo” (Fallos 337:1361), cita online: AR/JUR/58241/2014 (consultado el 2/3/2020).

en el precedente “Halabi” (Fallos 332:111) y recordaron que “los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales”. Asimismo, sostuvieron que “los jueces provinciales no pudieron integrar, de manera intempestiva y sorpresiva, a un número exorbitante de coactores al amparo colectivo ambiental, sino que debieron arbitrar los medios procesales necesarios que, garantizando adecuadamente la defensa en juicio del demandado, permitieran que las decisiones adoptadas en el marco del presente proceso alcancen a la totalidad del colectivo involucrado, sin necesidad de que sus integrantes deban presentarse individualmente en la causa, medida que claramente desvirtúa la esencia misma de este tipo de acciones”. Por otro lado, con invocación del derecho internacional, el Máximo Tribunal sostuvo que “el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces [...] En el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia” y concluyó que “en el caso resulta de fundamental importancia el derecho de acceso al agua potable y la aplicación del principio de prevención y, aun en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho”.

El caso antes comentado llamó mucho la atención, no solo por haberse expedido la Corte Suprema acerca de la importancia del acceso al agua potable sino porque aplicó institutos propios del derecho ambiental, como son los principios de prevención y precaución. Sin lugar a dudas es considerado un precedente en la materia y sigue siendo citado en muchos otros decisorios.

2.4. Reconocimiento del derecho a nivel local

2.4.1. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley 3295

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), Capital de la República Argentina, no es una provincia como las demás que conforman la Nación, pero tiene un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción, según lo establecido en el art. 129 de la CN. Sin detenernos a analizar el status jurídico de la Ciudad, cabe mencionar que en cumplimiento de lo previsto en la disposición transitoria 15º introducida en la última reforma constitucional de 1994, fue dictado en octubre de 1996 el Estatuto Organizativo de la Ciudad bajo la forma de una Constitución semejante a la de las Provincias.

La Constitución de la CABA dedica un capítulo completo al Ambiente (Capítulo IV del Título Segundo): en sus arts. 26 a 30 ratifica los postulados establecido en la CN en cuanto al derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de preservarlo en provecho de las generaciones presentes y futuras, la obligación del generador de recomponer el daño ambiental, la preservación del patrimonio natural y cultural así como la diversidad biológica y la promoción de la información y educación ambiental. Además, la Ciudad reivindica

el dominio de sus recursos naturales y profundiza y amplía las disposiciones de la Carta Magna nacional, enunciando sus propios principios rectores para el planeamiento y gestión del ambiente urbano, declara su territorio no nuclear, prohíbe el ingreso de residuos peligrosos, propicia mecanismos de acuerdo con la Provincia de Buenos Aires y otras jurisdicciones con el objeto de utilizar o crear plantas de tratamiento y disposición final de residuos y establece la obligatoriedad de realizar estudios de impacto ambiental previos a todo emprendimiento público o privado susceptible de causar efectos al ambiente así como su discusión en audiencia pública. En lo que respecta a los recursos hídricos el art. 27 establece que promueve: inc. 6º “La protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos”.

Además de la problemática singular que representa su conformación exclusivamente urbana y su posición troncal dentro del AMBA²⁹, la Ciudad de Buenos Aires presenta una especial situación jurídico-institucional, que obedece a dos razones principales: 1) al ser la Capital de la República, el Congreso de la Nación está facultado para dictar las leyes que considere necesarias en su territorio (conforme art. 75 inc. 30 CN) encontrándose en consecuencia vigente numerosa normativa en la materia, entre la que se destaca la ley 26.221³⁰ que regula la provisión del servicio de agua potable y colección de desagües cloacales en el área metropolitana conformada por la CABA y los partidos de la Provincia de Buenos Aires circundantes. 2) Su calidad de corribereña del Río de la Plata y del Riachuelo, que ha determinado una regulación interjurisdiccional de los recursos compartidos, encontrándose respectivamente vigentes las disposiciones del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo (ley nacional 20.645) y de la ACUMAR a la que ya se hizo antes referencia.

Sin perjuicio de los condicionantes señalados anteriormente, la CABA en ejercicio de las facultades constitucionales que le fueron concedidas y en cumplimiento de lo dispuesto por su propia Constitución de la Ciudad ha venido dictando diversas normas de contenido ambiental. En materia específica de aguas, fue sancionada con fecha 26 de noviembre de 2009 la ley 3295 titulada

²⁹ AMBA (Área Metropolitana Buenos Aires) es definida la zona urbana común que conforman la CABA y los siguientes 40 municipios de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Brandsen, Campana, Cañuelas, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Exaltación de la Cruz, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero, Vicente López, y Zárate.

³⁰ Sancionada el 13/2/2007: “Apruébase el Convenio Tripartito suscripto el 12 de octubre de 2006 entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Prestación del Servicio de provisión de agua potable y colección de desagües cloacales. Sociedad Agua y Saneamientos Argentinos SA Disolución del ETOSS Creación del Ente Regulador de Agua y Saneamiento y de la Agencia de Planificación. Marco Regulatorio”.

Ley de Gestión Ambiental del Agua de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³¹, que se encuentra vigente con la modificación introducida por la ley 3579 en septiembre del año 2010 (que únicamente modificó su art. 24). Esta ley tiene por objeto regular la gestión ambiental del agua de dominio público de la Ciudad (art. 1º) y sus objetivos están definidos en el art. 2º: “a. La protección ambiental, la remediación y la gestión ambiental integrada del agua. b. Asegurar una calidad ambientalmente adecuada del agua; c. Proveer al uso y aprovechamiento, racionales, eficientes, equitativos y sostenibles del agua. d. Promover las innovaciones tecnológicas y la gestión de procesos ambientalmente adecuados”. *Expresamente reconoce en su art. 3º el derecho humano al agua, al establecer que “la ciudad garantiza a todos sus habitantes el acceso al agua potable en cantidad y calidad suficientes para usos personales y doméstico como derecho humano fundamental”*. En los artículos siguientes recoge los principios del COHIFE para la implementación de su política hídrica y reconoce la conveniencia de concertar con las demás jurisdicciones el manejo de las cuencas compartidas. Establece medidas para la preservación del recurso tales como el monitoreo, la fijación de estándares de calidad y límites de vertidos asegurando los procesos de participación ciudadana. Establece las generalidades para la utilización del recurso, diferenciando el “uso común” del agua pública que es aquel que no necesita autorización y se realiza sin la utilización de máquinas, del “uso especial” que por el contrario es el que se realiza a través de medios mecánicos y requiere el otorgamiento de un permiso. Establece en el art. 15 que el principal uso del agua y el que tiene prioridad es el abastecimiento de la población. Por último, establece el procedimiento para el otorgamiento de permisos de utilización y de vuelco de aguas residuales, estableciendo un registro, así como un régimen de infracciones y sanciones. Conforme el art. 46 la Autoridad de Aplicación de la presente ley es la Agencia de Protección Ambiental del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o el organismo con competencia ambiental que en el futuro la reemplace.

Una consecuencia lógica del reconocimiento y efectiva vigencia del derecho humano al acceso al agua potable y al saneamiento es que el suministro para consumo y uso domiciliario no pueda ser cortado ni suspendido por falta de pago de la tarifa a la empresa concesionaria que presta el servicio. Así lo ha venido reiterando la jurisprudencia en números fallos. Es ilustrativo lo dicho al respecto por los jueces de la Ciudad de Buenos Aires en un reciente fallo³² en el que se confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a una acción de amparo interpuesta por una familia, rechazando, por lo tanto, el recurso de apelación que contra la misma presentó la empresa concesionaria demanda-

³¹ Publicada en BOCBA nro. 3358 del 9/2/2010. Disponible en <https://documentosboletinooficial.buenosaires.gob.ar/publico/20100209.pdf> (consultado el 23/3/2020).

³² CNCiv., sala E, autos “Aleman, Daniel Andrés y otro c. Agua y Saneamientos Argentinos SA s/amparo”, sentencia del 27/6/2018, cita online: AR/JUR/78642/2018.

da: “No puede obviarse, en esos términos, que el corte del suministro de agua potable implica la privación de un bien invaluable, irremplazable y vital para la subsistencia, que —sin lugar a dudas— su carencia implica un menoscabo y pronunciado detrimento de un digno y mínimo estándar de calidad de vida, perjudicando notoriamente las condiciones de higiene y salubridad de los peticionantes... Es que, el derecho al agua en Argentina es un derecho fundamental y, como tal, plenamente operativo y exigible”.

2.4.2. Provincia de Buenos Aires. Ley 14.782

La Provincia de Buenos Aires, como todas las demás provincias que integran la Nación argentina, ha establecido su régimen jurídico de aguas, encontrándose vigente actualmente una vasta normativa³³ entre la que se destaca el Código de Aguas: ley 12.257 del año 1999 (decreto reglamentario 3511/2007), siendo la ADA (Autoridad del Agua) el organismo encargado de la aplicación y ejecución de la ley.

En concordancia con lo establecido en el art. 28 de la Constitución provincial³⁴, se ha dictado una norma a destacar: la ley 14.782 sancionada en el año 2016 que tiene por objeto reconocer “el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano esencial para la vida” (art. 1º). En sus breves ocho artículos, además de reconocer expresamente el derecho humano al agua, lo define en el art. 2º: “se entiende el derecho de todas las personas a disponer oportunamente de agua suficiente, salubre, aceptable y accesible para el consumo y el uso personal y doméstico”. Y también en el mismo artículo define saneamiento: “se entiende el conjunto de acciones técnicas, socioeconómicas y políticas de salud pública, que tienen por objetivo el manejo sanitario del agua potable, las aguas residuales y excretas, los residuos sólidos y los hábitos higiénicos que reducen los riesgos para la salud y previenen los impactos sobre el medio am-

³³ Véase: www.ada.gba.gob.ar.

³⁴ Art. 28.— “Los habitantes de la provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada. En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales. Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna. Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo”.

biente, cuya finalidad última es la promoción y el mejoramiento de condiciones de vida de la población urbana y rural”.

Esta ley no contiene solo definiciones, sino que en su artículo tercero establece de manera detallada que debe garantizar este derecho: “a) *El acceso oportuno a la cantidad de agua que sea necesaria y apta para el consumo y el uso personal y doméstico, y para promover la salud pública.* b) *El acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen el suministro necesario y regular de agua salubre.* c) *La distribución equitativa y no discriminatoria de todas las instalaciones y servicios de agua potable disponibles.* d) *La adopción de estrategias y planes de acción provincial sobre el agua para toda la población, que deberán ser elaborados y revisados periódicamente con base en un proceso participativo y transparente.* e) *La vigilancia sobre el grado de realización del derecho al agua y al saneamiento.* f) *La puesta en marcha de programas de acceso al agua y al saneamiento destinados a los grupos vulnerables.* g) *La adopción de medidas adecuadas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua.* h) *Establecer un nivel mínimo esencial de disponibilidad diaria de agua potable por persona, que permita cubrir las necesidades básicas de consumo y para el uso personal y doméstico, y garantizarán su pleno acceso”.*

Como puede observarse, no solo comprende el derecho a acceder al agua potable para beber sino para el desarrollo de una vida digna en la que las personas cuenten con suficiente cantidad de agua segura para higienizarse, lavar los alimentos, cocinar, lavar la vestimenta y limpiar el hogar, así como también contar con la infraestructura que permita verter el agua residual sin contaminar el ambiente.

En los siguientes artículos dispone las medidas y planes que deberá implementar la autoridad de aplicación, que conforme el art. 7º debe ser “la máxima autoridad en materia de protección y regulación de los recursos hídricos de la provincia” para garantizar el acceso de manera justa y equitativa de todos los bonaerenses, con especial atención a los sectores más vulnerables de la sociedad, para los cuales deberá establecerse programas específicos de apoyo y subsidios; evitándose que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua.

Por último, contempla la norma su difusión e información para el público en general con especial atención a la comunidad educativa en todos sus niveles y modalidades.

Es de esperarse que esta ley sea aplicada en las causas que se sustancien en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, en procura de la defensa de este derecho esencial para la vida y la dignidad de las personas. Por lo pronto ya ha sido considerada por el procurador general Dr. Julio Conte-Grand, en una causa que se encuentra actualmente a la espera de dictar sentencia por parte de

la Suprema Corte de Justicia de esta Provincia de Buenos Aires³⁵. En el caso que comentamos el procurador general consideró en su dictamen que debe rechazarse el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la empresa Aguas Bonaerenses SA (ABSA), concesionaria del servicio público de provisión de agua potable, contra la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, con sede en la Ciudad de Mar del Plata. El decisorio de segunda instancia confirmó la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo promovida por usuarios domiciliados en la Ciudad de Dolores, afectados por el deficiente servicio de agua potable, brindado por ABSA. En el pronunciamiento de primera instancia, la magistrada interviniente dispuso que el Estado Provincial y ABSA debían presentar en un plazo no mayor de 180 días, un plan integral de obras y gestión que deberá ser debidamente publicitado e informado a la comunidad local, bajo el apercibimiento de imponer astreintes. Además, mandó que la concesionaria ABSA procediera a la refacturación del servicio, descontando el consumo de agua potable en los casos en que la Gerencia de Control Técnico y de Calidad del Servicio del Organismo de control constatará o se acreditara la falta de suministro y/o presión en los domicilios de los usuarios.

3. LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN DEFENSA DE LA PRESERVACIÓN DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

3.1. Acción judicial en defensa de los humedales. Principios in dubio pro Natura e in dubio pro Agua

Frente a los problemas mundiales que vienen registrando los recursos hídricos en los últimos decenios tales como degradación, contaminación, escasez, entre otros, en los últimos tiempos los especialistas han remarcado la importancia que tienen los humedales como reservorios de agua dulce y como hábitat de especies en especial de aves acuáticas.

Con el fin de la conservación y el uso racional de estos frágiles ecosistemas en los que el agua es el elemento clave que define sus características físicas, vegetales, animales y sus relaciones, en el año 1971 se suscribió la “Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas”, conocida como “Convenio de Ramsar” en alusión a la ciudad iraní donde se firmó este acuerdo internacional. La República Argentina ratificó esta Convención en el año 1991 mediante la ley 23.919, encontrándose actualmente vigente conforme texto ordenado ley 25.335 del año 2000 que aprueba las enmiendas que fueran realizadas al convenio originario.

³⁵ “Pereyra Germán y otros c. Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima —ABSA— s/amparo colectivo”. Dictamen del procurador general de la SCBA del 13/2/2019, expte. A 74951. Disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/novedad/923> (consultado el 11/3/2020).

Un reciente fallo judicial emitido por el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación recoge los preceptos del mencionado Convenio de Ramsar y se constituye, además, en un valioso precedente puesto que enuncia principios ambientales tales como *in dubio pro Natura e in dubio pro Agua*³⁶.

El caso se inició por la presentación de una acción de amparo ambiental colectivo que interpuso un vecino de la Ciudad de Gualeguaychú, Provincia de Entre Ríos a la que posteriormente adhirieron otros vecinos, con el objeto de que cesen las obras y se reparen los perjuicios ambientales producidos por la construcción de un proyecto inmobiliario que estaba realizando una empresa privada en la ribera del Río Gualeguaychú. La demanda fue interpuesta contra la Municipalidad de Pueblo General Belgrano (Municipio donde se encontraba emplazada la obra en curso), la empresa “Altos de Unzué” (la ejecutora del proyecto) y la provincia de Entre Ríos.

El juez de primera instancia, en síntesis, hizo lugar a la acción colectiva de amparo ambiental y ordenó el cese de obras, por lo que los demandados apelaron y el caso llegó al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos que hizo lugar a los recursos de apelación interpuestos por la Municipalidad de Pueblo General Belgrano, la empresa y la Provincia de Entre Ríos y revocó la sentencia del juez de primera instancia y, en consecuencia, rechazó la acción de amparo. Cabe señalar que, a los efectos del rechazo del amparo ambiental, dio primacía a la vía administrativa iniciada por la Ciudad de Gualeguaychú que había solicitado la suspensión de los efectos del acto administrativo mediante el cual se otorgó aptitud ambiental al barrio. Los jueces del Tribunal sostuvieron que “al ser lo planteado por el actor un reclamo reflejo al deducido por el tercero citado en autos —Municipalidad de Gualeguaychú— en el ámbito administrativo, resulta clara e inequívocamente inadmisibles la vía del amparo, debiendo continuar en sede administrativa el conflicto que aquí se genera”.

Contra esa sentencia del Superior Tribunal Provincial, el actor interpuso recurso extraordinario federal que, denegado, motivó el recurso de queja. En su fallo, la CSJN dejó de lado el ritualismo formal que consideró debe ceder en el caso frente a la urgencia de la situación pues se llevaron a cabo acciones para la construcción del barrio que dañaron al ambiente, que por su magnitud podrían ser de difícil o imposible reparación ulterior, es decir que aplica el principio precautorio del derecho ambiental. Además, tomando los conceptos de la Convención de Ramsar, resalta la importancia hidrológica y, por ende, ambiental de estos frágiles ecosistemas y también aplicando otros principios rectores del derecho ambiental, dice:

³⁶ CSJN, “Majul, Julio Jesús c. Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, sentencia del 11/7/2019. Disponible en <http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-recurso-hecho-deducido-actora-causa-majul-julio-jesus-municipalidad-pueblo-general-belgrano-otros-accion-amparo-ambiental-fa19000084-2019-07-11/123456789-480-0009-1ots-eupmocsollaf> (consultado el 2/3/2020).

El fallo del superior tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 —que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie— y los principios *In Dubio Pro Natura* e *In Dubio Pro Agua*.

En efecto, al tratarse de la protección de una cuenca hídrica y, en especial, de un humedal, se debe valorar la aplicación del principio precautorio (art. 40 de la ley 25.675). Asimismo, los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza —UICN—, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016).

Especialmente el principio *In Dubio Pro Agua*, consistente con el principio *In Dubio Pro Natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua ‘deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018.

3.2. *Experiencia en la Provincia de Mendoza: La ley 7722*

La Provincia de Mendoza, ubicada en la región de Cuyo, tiene una larga tradición en materia de regulación, aprovechamiento y optimización de los recursos hídricos. Debido a su clima semidesértico con escasez de precipitaciones (con un promedio anual de solo 250 mm), los mendocinos han prestado siempre especial interés en todo lo que respecta a la materia que aquí nos ocupa. Fue una de las primeras Provincias argentinas en dictar su Ley General de Aguas en el año 1884 e inclusive la constitución provincial (sancionada en 1916) contempla un capítulo dedicado a los recursos hídricos (Capítulo VI, Departamento de Irrigación; arts. 186 a 196).

Entre las leyes reguladoras de recursos naturales dictadas en esta provincia cuyana, dada la repercusión jurídica y social que ha tenido, merece una especial mención la ley 7722 (sancionada el 20/6/2007) que regula la actividad minera prohibiendo el uso de determinadas sustancias químicas en la minería metalífera en el territorio de la Provincia. Esta norma, cuyo proyecto fue presentado por

iniciativa del poder ejecutivo y recogió la preocupación de amplios sectores de la sociedad que se movilizaron en defensa del agua, consta de seis artículos. En el artículo uno se detalla que, a los efectos de garantizar los recursos naturales con especial énfasis en la tutela del recurso hídrico, se prohíbe en la provincia de Mendoza el uso de sustancias químicas como cianuro, mercurio y ácido sulfúrico, entre otras, en todas las etapas de los procesos mineros. Además, la norma genera nuevas instancias para aprobar una iniciativa, ya que el artículo tres prevé que la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) debe tener ratificación legislativa. También detalla la necesidad de contar con informes sectoriales municipales, del Departamento General de Irrigación (DGI), de otros organismos autárquicos, así como una manifestación específica de impacto ambiental sobre el recurso hídrico.

La repercusión inmediata que tuvo la ley fue que las empresas mineras presentaron doce acciones de inconstitucional ante la sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Una fue desestimada (“El Portal de Oro SA y otros”) y otra caducó (“Vector Argentina SA”) mientras que las otras diez siguieron en marcha. Finalmente, la sala II de la Corte toma dos decisiones: acumular las causas en estado de dictar sentencia y convocar al tribunal en pleno a los fines de resolver sobre la validez constitucional de la ley 7722. Las causas se acumularon con la carátula “Minera Del Oeste SRL y ots. c. Gobierno de la Provincia p/acción de inconstitucionalidad” en la que los jueces del máximo tribunal provincial por unanimidad en el año 2015, deciden a favor de la constitucionalidad de la ley sancionada ocho años atrás, lo cual fue recibido con gran euforia por los movimientos ambientalistas y la sociedad mendocina en su conjunto, considerándolo un gran triunfo a favor de la conservación de los recursos hídricos y del ambiente en general.

Pero la tranquilidad que les trajo a los mendocinos el fallo antes comentado se vio turbada cuando el 21 de diciembre de 2019 se aprobó un proyecto de modificación para flexibilizar el uso de las sustancias químicas en la actividad minera, el cual fue sancionado con fuerza de ley el 23 de diciembre de 2019 (ley 9209). El debate en torno a los cambios derivó en un conflicto socio-ambiental, y generó una protesta popular masiva en toda la Provincia que tuvo expresión en la “Marcha más grande de la historia de Mendoza” como se la denominó por los propios manifestantes los días 22 y 23 del mes de diciembre del año 2019 que luego prosiguió en vísperas de Nochebuena y sucesivas marchas en toda la Provincia los días posteriores. La amplia movilización popular logró enseguida el resultado buscado: el 26 de diciembre de ese mismo año, el gobernador de la provincia (Rodolfo Suárez) anunció la suspensión de la reglamentación y derogación de la misma tras el rechazo de la sociedad a las modificaciones en todo el proceso de la reforma. Finalmente, el 30 de diciembre de 2019 se derogó la ley modificatoria.

En virtud de los hechos relatados, se advierte claramente que la megaminería no cuenta actualmente con licencia social en la Provincia de Mendoza.

Sin analizar las perspectivas y la problemática de la explotación minera a gran escala, ya que excedería el objetivo de este trabajo, no podemos dejar de destacar que, así como ocurrió anteriormente en otros lugares de la República Argentina como Esquel (en la Provincia del Chubut) y Famatina (en la Provincia de La Rioja), la población participó activamente en procura de lo que consideró necesario defender: los preciados recursos hídricos y con ellos (y por ellos) su historia de generaciones de emprendedores campesinos, artesanos y profesionales, que han logrado producir vinos y productos gastronómicos de renombre internacional, han cuidado sus paisajes naturales que hacen la delicia y disfrute de turistas y aventureros locales y extranjeros que durante todas las épocas del año quedan subyugados por la belleza de sus valles y montañas, consiguiendo posicionarse como un importante destino turístico.

Apreciando todos esos logros y ante la posibilidad de que se vea afectado el ambiente y en especial la disponibilidad de los recursos hídricos, los mendocinos y las mendocinas se hicieron oír: por medios pacíficos, lograron que sus representantes los escucharan y el pedido de todos los sectores sociales fue atendido de manera democrática.

4. ACTUALIDAD EN MATERIA DE REGULACIÓN FEDERAL DE AGUAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

A principios de la década del 70 del siglo pasado, cuando a nivel mundial se celebraba la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo 1972), el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica promulgó novedosas leyes para proteger la vida silvestre, el aire y el agua de ese país del Norte. Así la Ley del Agua Limpia (Clean Water Act) de 1972 surgió como una respuesta ante el problema creciente de la contaminación del agua en los Estados Unidos de Norteamérica. Esta ley federal autorizó a la Agencia de Protección del Ambiente (EPA) a establecer límites del nivel de contaminantes en los cursos de agua de ese país; expedir normas para la industria, así como autorizar poderes para vigilar el cumplimiento de estas normas. La EPA ha delegado muchas de estas facultades a los Estados locales; sin embargo, retiene la autoridad de vigilar sus políticas. Adicionalmente, la Ley del Agua fue reformada a través de los años (entre las principales reformas se encuentra la Ley de Agua Limpia de 1977 y la Ley de Calidad del Agua de 1987) para prever las demandas de privados y para permitir a la EPA otorgar fondos para plantas de tratamiento de aguas residuales.

Esta Ley del Agua Limpia le dio a la EPA la autoridad para regular los “cursos de agua navegables”. El principal problema radicó en que el concepto “navegable” no incluye los arroyos y humedales pequeños, y el agua en esas zonas suele fluir hacia otros cuerpos de agua de mayor tamaño. Nunca estuvo claro si la EPA podía regular toda esa agua antes de que alcanzara un curso navegable. Por eso, en el año 2015, el gobierno del ex presidente Barak Obama fi-

nalizó la Reglamentación Sobre Agua Limpia, llamada “Reglamentación Sobre las Aguas de los Estados Unidos” (WOTUS según sus siglas en inglés)³⁷, con el objetivo de crear una definición útil para orientar el trabajo de la EPA. Según la misma Agencia, el limbo jurídico que había antes de esta norma afectaba al 60 por ciento de los arroyos y humedales del país. En síntesis, esta reglamentación no creaba ninguna norma nueva, sino que aclaraba a qué clases de cursos de agua corresponden las normas de la Ley de Agua Limpia, con base en un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 2006 (caso “Rapanos v. Estados Unidos”³⁸) y mucho trabajo científico.

Sectores opositores a las reglas de la administración del ex presidente Obama argumentaban que las regulaciones creaban confusión y que representaban una apropiación federal de la propiedad privada. Empresas de agricultura y del sector de hidrocarburos, así como desarrolladores inmobiliarios, se quejaban de que la ley también se aplicaba a pequeños estanques que no fluyen a ningún lado, sin saber si podrían trabajar su tierra sin violar la ley federal. En el año 2017 el presidente Donald Trump atendiendo a los sectores que cuestionaban la reglamentación y argumentando que esta era excesiva, dictó un decreto con el fin de reformar las protecciones garantizadas por la Ley de Agua Limpia³⁹.

Se espera que la medida elimine protecciones garantizadas por la Ley de Agua Limpia a un gran número de aguas en todo el país del Norte, la nueva reglamentación busca declarar que una proporción significativa de arroyos, lagos, bahías, lagunas, humedales en todo el país ya no cuenten como “Aguas de los Estados Unidos”. Las protecciones federales bajo la Ley de Agua Limpia ya no se aplicarán a más de la mitad de los humedales de la nación y quedarán pocas protecciones para evitar que los contaminadores arrojen efluentes tóxicos a esas aguas, eliminando la necesidad de que estos cuenten con permisos otorgados por la EPA.

Grupos ambientalista denominaron la “Regla del agua sucia” a este decreto del presidente Trump, denunciando que pone los intereses de las industrias contaminantes por encima de las familias estadounidenses y ya anunciaron que iniciarán acciones tendientes a la protección de los recursos hídricos y el ambiente⁴⁰.

Escudado en la protección de puestos de trabajos y el crecimiento económico de los Estados Unidos, las luces y sombras en materia ambiental y, por

³⁷ <https://www.epa.gov/nwpr/about-waters-united-states>.

³⁸ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, “Rapanos et ux., et al. v. United States”, sentencia del 19/6/2006. Puede verse la sentencia en <https://www.epa.gov/nwpr/rapanos-v-united-states>.

³⁹ Orden ejecutiva presidencial sobre la restauración del estado de derecho, el federalismo y el crecimiento económico mediante la revisión de la regla de “Aguas de los Estados Unidos” emitida el 28/2/2017. Disponible en <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-executive-order-restoring-rule-law-federalism-economic-growth-reviewing-waters-united-states-rule/> (consultado el 23/3/2020).

⁴⁰ www.southernenvironment.org/cases-and-projects/protecting-our-clean-water.

ende, en materia hídrica, ha hecho que la presidencia de Donald Trump sea vista con preocupación por los grupos ambientalistas del mundo entero. Recordemos que la acción más tristemente destacada de la administración Trump en materia ambiental fue sacar a Estados Unidos del Acuerdo de París contra el cambio climático, decisión que, para la ONU, fue calificada como una “gran decepción”. Junto con la autorización para seguir adelante con la construcción de los polémicos oleoductos Keystone XL y Dakota Access, tras años de protestas de ecologistas e incluso nativos americanos, la orden presidencial emitida a la Agencia de Protección Ambiental para que modifique las “Reglas del Agua Limpia” sobre las regulaciones que protegen los recursos hídricos del país, es considerada por muchos como una acción que pone en riesgo la calidad del agua de millones de estadounidenses⁴¹.

CONCLUSIÓN

En la última década se ha avanzado enormemente en cuanto al reconocimiento normativo y jurisprudencial del acceso al agua segura y al saneamiento como un derecho humano fundamental. No obstante y pese a los esfuerzos de organismos internacionales y gobiernos locales, en muchos países del mundo, este derecho aún no ha sido suficientemente garantizado para todos los sectores de la sociedad o inclusive corre riesgo de retrocederse en las medidas de protección utilizando el controvertido argumento de la necesidad de avanzar económicamente sin considerar las consecuencias ambientales.

Sin lugar a dudas, uno de los grandes desafíos para la década que recién comienza es lograr la eficacia y puesta en marcha definitiva e irreversible de los mecanismos y planes que aseguren la disponibilidad de este vital recurso que constituye la base imprescindible y el punto de partida para lograr otros derechos también fundamentales como son el derecho a la salud, a la alimentación, a gozar de un ambiente sano y equilibrado, tanto para las generaciones presentes como para las que nos sucederán.

En tiempos en los que el mundo entero se encuentra conmocionado debido a una nueva pandemia y se vislumbran cambios económicos y sociales trascendentales, se hace imprescindible seguir reflexionando sobre la importancia de los recursos hídricos, pues a pesar de los enormes avances científicos y tecnológicos verificados en nuestro planeta en los últimos años, sigue siendo el agua segura la mejor herramienta para mantenernos sanos, evitar la propagación de enfermedades y desarrollar una vida digna.

⁴¹ Artículo publicado en DAVENPORT, Coral, “Trump Removes Pollution Controls on Streams and Wetlands”, *The New York Times* del 22/1/2020. Disponible en <https://www.nytimes.com/2020/01/22/climate/trump-environment-water.html> (consultado el 18/3/2020).

BIBLIOGRAFÍA

- BELLORIO CLABOT, Dino, *Tratado de derecho ambiental, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997 y 2014, ts. I, II y III*.
— *Derecho ambiental innovativo, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017*.
- DEVIA, Leila, *Avances del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los Aspectos Ambientales, Buenos Aires, Albremática, 2015*.
- DEVIA, Leila (comp.), *Rumbo Ambiental + 20, Buenos Aires, Eudeba, 2016*.
- HOFER, María Isabel, *La contaminación de las aguas desde la óptica del derecho, Buenos Aires, del País, 2006*.
- PIGRETTE, Eduardo A., *Derecho ambiental, Buenos Aires, Depalma, 1997*.
— *Derecho ambiental profundizado, Buenos Aires, La Ley, 2003*.
- PIGRETTE, Eduardo A.; BELLORIO CLABOT, Dino y CAVALLI, Luis, *Derecho ambiental de aguas, Buenos Aires, Lajouane, 2010*.
- SABSAY, Daniel y ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos, 2ª ed., Buenos Aires, Errepar, 1995*.
- VALLS, Mario F., *Derecho ambiental, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016*.
- ARTÍCULOS DE REVISTA*
- ALGOZINO, Adriana y KRANNICHFELDT, Leticia, “El ambiente y los recursos naturales en el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho Digital* (82735), año 2015.
- BAUMANN, Marcos Fabricio, “El derecho humano al agua potable”, *RDamb*, nro. 61, 2/3/2020, p. 270, cita online: AR/DOC/107/2020.
- CACERES, Verónica L., “La regulación ambiental de los servicios de agua y saneamiento en Argentina”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, nro. 18, 2017, Buenos Aires, pp. 71-100, ISSN 1851-3069.
- ESAÍN, José Alberto, “Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas”, *LL* del 21/3/2018; *LL* 2018-B-113; cita online: AR/DOC/519/2018.
- MINAVERRY, Clara M. y MARTÍNEZ, Adriana Norma, “El derecho de acceso al agua para consumo humano en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nro. 57 del 2/5/2016, ISSN: 1989-5666 NIPO: 721-15-001-4.
- NONNA, Silvia y RADOVICH, Violeta, “Régimen jurídico ambiental de los glaciares y ambiente periglacial en la Argentina”, *Revista Jurídica de Buenos Aires, 2016-I, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*.
- OLIVETTO, Daniela M., “El sistema de fiscalidad de las aguas en la Argentina. Apuntes sobre los tributos relacionados a la preservación y saneamiento del recurso hídrico”, *RDamb*, nro. 56, 28/12/2018, p. 123, cita online: AR/DOC/3594/2018.

Sitios web consultados

www.acumar.gob.ar.

www.ada.gba.gob.ar.

www.glaciaresargentinos.gob.ar.

www.southernenvironment.org.

www.worldwatercouncil.org.

<https://www.epa.gov/nwpr/about-waters-united-states>.

<https://www.epa.gov/nwpr/rapanos-v-united-states>.

<https://www.nytimes.com/2020/01/22/climate/trump-environment-water.html>.

<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-executive-order-restoring-rule-law-federalism-economic-growth-reviewing-waters-united-states-rule/>.

Recepción: 16/6/2020

Aceptación: 8/8/2020