

Los desafíos del Derecho Humano al agua en el los Estados federales: el caso argentino

Challenges of the Human Right to Water in federal States: the case of Argentina

Federico Sanna Baroli*

Resumen

Este trabajo abordará la problemática existente en los Estados organizados bajo un sistema federal, para dar efectivo cumplimiento a las obligaciones internacionales surgidas a partir del reconocimiento del Derecho Humano al agua (DHA), tomando como objeto de estudio el caso de la República Argentina. La distribución de competencias en estos Estados implica un equilibrio entre el Estado nacional (Soberano) y los Estados locales o provinciales (autónomos). La situación se torna especialmente compleja en aquellos Estados que han federalizado el aprovechamiento de sus recursos naturales, ejemplo de ello es el caso argentino, conforme lo establece el art. 124 de la Constitución Nacional de la República Argentina (CNA). El Estado nacional no puede ampararse en la distribución de competencias internas para evadir el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Se analizarán los posibles instrumentos con que cuenta el Estado nacional para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en torno al DHA, teniendo en cuenta que debe respetar el sistema federal que ha otorgado a las provincias el dominio de sus recursos naturales.

Palabras Clave: -Derecho Humano al agua-Sistema Federal-Obligaciones internacionales-Competencias

Abstract

This work will develop the current problems the States under a federal system are confronted with, in order to effectively comply with the international obligations arising from the acknowledgment of the Human Right to Water and Sanitation (HRWS), taking the case of the Argentine Republic as the subject of study. The distribution of faculties in these States implies a balance between the National State (Sovereign) and the local or provincial States (autonomous). The situation is considered especially complex for those States with a federal exploitation of their natural resources, such as the case of Argentina. The National State cannot rely on the internal distribution of faculties, in order to avoid the fulfillment of the international obligations. Therefore, the possible instruments of the National State to ensure the fulfillment of its international obligations in relation to the HRWS will be analyzed, taking into account the compliance of the federal system which has granted the provinces the ownership of their natural resources.

Keywords: Human Right to Water and Sanitation-Federal system- International obligations-Faculties

* Abogado. Especialista en Derecho y Gestión Ambiental y de Aguas. Doctorando en Derecho (UNCUYO). Docente de la asignatura Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Sociales, carrera de Abogacía (UNSJ). Coordinador del Seminario de Derecho Ambiental y Derecho de Aguas, Facultad de Ciencias Sociales y Facultad de Ciencias Exactas Físicas y Naturales (UNSJ). Correo: federicosannabaroli@gmail.com

Introducción

Este trabajo se propone indagar en torno a los desafíos existentes en los Estados organizados bajo un sistema federal, en relación al cumplimiento de sus obligaciones internacionales surgidas a partir del reconocimiento del Derecho Humano al agua (DHA). En particular se analizará el caso de la República Argentina. Se tomarán como marco teórico los análisis doctrinarios en torno al reparto de competencias en los sistemas federales, el DHA, y las obligaciones internacionales de los Estados.

La metodología que se empleará es la propia de las ciencias jurídicas, se hará un análisis de la legislación, la jurisprudencia y las posiciones de la doctrina, mediante una recopilación documental y el análisis contextual de las normas (Rosseti, 2016).

La Constitución Nacional de la República Argentina fue reformada en el año 1994, allí se reconoció el dominio originario de los Estados provinciales sobre sus recursos naturales. En simultáneo a ello, se jerarquizaron once instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos (DDHH), lo que implica dos efectos fundamentales¹. En el ámbito interno dichos instrumentos pasaron a ser parte del Bloque Federal de Constitucionalidad (BFC). En el plano internacional conlleva la asunción de obligaciones por parte del Estado argentino, por ende la posible responsabilidad internacional ante el incumplimiento de las mismas.

A partir del reconocimiento del DHA, garantizar el acceso a este bien común y el correspondiente saneamiento, se ha transformado en una obligación internacional para el Estado argentino, incorporada al BFC. El agua es administrada por cada provincia, los poderes legislativos locales han sancionado leyes que regulan todo lo referente a su uso y aprovechamiento². El conflicto se evidencia cuando dichas normas no receptan el contenido del DHA, y organizan la distribución del agua conforme a paradigmas que no garantizan acciones positivas para el cumplimiento de este derecho.

En el terreno fáctico, se asegura el abastecimiento de agua para las grandes ciudades pero no para los pobladores ubicados en la periferia de las mismas. Un ejemplo de ello son las comunidades de pueblos originarios ubicadas en tramos inferiores de las cuencas (Larsimont y Grosso, 2011). Otra problemática generalizada, es la falta de acceso a redes de saneamiento³.

¹ También se estableció la posibilidad que con una mayoría especial, el Congreso Nacional otorgue jerarquía constitucional a nuevos instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Hasta el momento se han sumado tres instrumentos a los once que fueron jerarquizados por el constituyente (Filippini, 2016).

² La administración provincial de las aguas, es previa a la reforma de 1994, siendo una característica histórica de nuestro sistema federal, reafirmada por el art. 124 de la última reforma constitucional.

³ Según el plan nacional de agua potable y saneamiento que emitió el gobierno nacional en el año 2017 “Se estima que de los 43 millones de habitantes de la Argentina (2015), el 84,4% tienen acceso a agua por red pública y el 58,4% a cloacas. No hay estadísticas confiables respecto del nivel de tratamiento de aguas residuales, sin embargo, algunas fuentes calculan que se encuentra entre el 15 y el 20% de las aguas recolectadas”. (Ministerio del Interior, 2017).

El presente trabajo indagará sobre la forma de compatibilizar el federalismo, con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado argentino en materia de DHA. Cabe hacerse algunas preguntas: ¿Con qué instrumentos cuenta el Estado nacional⁴ para garantizar el cumplimiento del DHA? ¿Cuál es el límite de dichos instrumentos para no invadir las competencias de las provincias? ¿Existe una tensión interna en la CNA?

Como resultados preliminares, se puede mencionar que en el sistema de organización del poder de la República Argentina, existe un conflicto entre las autonomías provinciales y las posibles acciones del Estado nacional para cumplir con sus obligaciones internacionales en torno al DHA, por lo que resulta necesario crear mecanismos que fomenten un federalismo de concertación.

1.1. El Derecho Humano al agua en el Bloque Federal de Constitucionalidad de la República Argentina

En el año 1994 se llevó adelante la última reforma de la CNA, una de las modificaciones fue la jerarquización de 11 instrumentos internacionales sobre DDHH, a los cuales se han sumado otros tres que han sido jerarquizados por el Congreso, conforme el procedimiento establecido en el art. 75 inc. 22. Los mismos cuentan con idéntica supremacía que el texto de la CNA, quedando en la cúspide de la pirámide de nuestro derecho positivo⁵. El art. 75 inc. 22 estableció que deben ser implementados en “las condiciones de su vigencia”. Esto implica que deben ser interpretados teniendo en cuenta la aplicación que realiza el órgano transnacional o internacional encargado del mismo (Filippini, 2016).

Existen dos fuentes formales por las que el DHA ha sido incorporado al BFC. Entre los instrumentos de DDHH jerarquizados, se encuentra el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PDESC), cuyo art. 11 establece la obligación de los Estados de velar por un nivel de vida adecuado de todas las personas. A su vez el art. 12 establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En el año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de la aplicación del Pacto, formuló la observación general N°15. De este modo, reconoció al derecho al agua como un Derecho Humano, interpretando el art. 11 y 12 del citado instrumento. El DHA quedó

⁴ Cuando se habla del Estado nacional, se hace referencia al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo del mismo. En virtud de que el Poder Judicial en la República Argentina solo tiene competencias para aplicar el derecho en el caso concreto, más allá de si ello tiene efecto inter partes o erga omnes.

⁵ Se debe aclarar que la CNA establece que los instrumentos jerarquizados no derogan parte alguna de la primera parte del texto de la Constitución, sino que complementan, por lo que una modificación en la interpretación de un Tratado siempre encontraría como límite la complementariedad con la primera parte de la CNA.

comprendido dentro del estado actual de interpretación del PDESC, precisando también su alcance y contenido. El DHA puede ser definido como “aquel derecho que corresponde a toda persona, inherente a su personalidad, de acceder al agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible” (Pinto y Martín, 2014, p. 1).

La otra fuente formal es la incorporación del DHA en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un primer momento como derecho accesorio al derecho a la vida (Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, 2005). En este caso, su incorporación al BFC también surge de entender que los instrumentos Internacionales de DDHH se aplican en las condiciones de su vigencia, lo que implica tener en cuenta los fallos de la Corte Interamericana para la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En un fallo reciente, del año 2020, por primera vez, la Corte Interamericana consideró al DHA como un derecho autónomo, a partir del art. 26 de la CADH (Lhaka Honhat v. Argentina, 2020).

Previo al reconocimiento del DHA, en nuestro derecho interno el acceso al agua para consumo humano y satisfacción de las necesidades básicas fue protegido de diferentes formas. En primer término, existió (aún vigente) el instituto de los usos comunes, regulado en los códigos de aguas provinciales, por el cual una persona podía hacer uso del agua sin concesión ni permiso previo, solo para satisfacción de ciertas necesidades básicas, siempre que ello no implique una extracción artificial ni un perjuicio a terceros. Es decir, permitía el uso de caudales reducidos. En el caso de tener que abastecer a grupos poblacionales, para los que sí debiese hacerse una extracción significativa del agua, se reguló dentro de los usos especiales (que requieren título habilitante), el uso para abastecimiento poblacional al cual se le dio prioridad sobre los otros usos especiales. Posteriormente, durante el siglo XX se desarrolló el concepto de servicio público, brindando un alcance diferente al acceso al agua, con los caracteres propios de estos servicios.

Se ha sostenido que durante el siglo XX el uso común no era interpretado como un derecho subjetivo en titularidad de la persona que lo invocaba, si bien actualmente existen sectores de la doctrina que consideran lo contrario (Pinto y Martín, 2014). Los usos comunes no son ni fueron registrados, es decir que en términos fácticos pasaban desapercibidos para los organismos encargados de la administración del agua. Paralelamente a esto, se otorgaron concesiones para diferentes usos del agua, que incluso llegaron hasta ser motivo de la declaración de agotamiento de los caudales⁶. Si bien las concesiones para abastecimiento poblacional tienen prioridad, las comunidades de población reducida no hacían uso del agua mediante dicha solicitud, sino que realizaban un aprovechamiento dentro del instituto de los

⁶ El código de aguas de la provincia de San Juan en su art. 123 declara agotados de los caudales del río San Juan y río Jáchal a los fines de otorgar para nuevas concesiones de uso agrícola.

usos comunes, sin registro alguno por parte de la autoridad de aplicación. De esta forma, al otorgarse concesiones para otros usos, se produjo un agotamiento de los caudales y por ende la imposibilidad de acceso al agua para ciertos grupos. Esta problemática se da principalmente en las zonas áridas, en la región de Cuyo se produjo la pérdida de uno de sus principales humedales. El modelo productivo adoptado, privó del agua a los pobladores del tramo inferior de las cuencas (Sosa, 2012).

Existen códigos de aguas provinciales que establecen la prioridad de los usos comunes sobre los usos especiales, ejemplo de ello es el código de aguas de la provincia de San Juan (Ley 190-L, art. 14) y la ley de aguas de la provincia de Mendoza (art. 106). Sin embargo, al haberse discutido durante buena parte del siglo XX, la posibilidad de accionar por parte de quien realizaba un uso común, esa preferencia no se ha visto reflejada en la práctica, ya que careció de una acción para exigir su cumplimiento. Es decir, si los usos comunes no otorgaban un derecho subjetivo no había posibilidad de accionar en su defensa. En cambio, nunca fue discutido el derecho subjetivo de los titulares de usos especiales. Si bien los usos comunes tienen carácter prioritario sobre todos los usos especiales, estos últimos, cuando son adquiridos mediante el instituto de la concesión, una vez incorporados al patrimonio del usuario, entran en la esfera de protección de los derechos adquiridos. Por ende son protegidos por el art. 14 de la CNA dentro del derecho de propiedad, el mismo ha sido definido por la jurisprudencia como “todo interés que un hombre pueda tener por fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad” (Bourdieu C/ Municipalidad de la Capital, 1925).

Además de las dificultades expuestas en relación a los usos comunes, debemos sumar la imposibilidad de acceso a la justicia, lo cual suele tornar aún más difícil que las personas puedan proteger su derecho al acceso al agua. Es decir, correr con los riesgos de asumir los gastos y tiempos de un proceso judicial, invocando un uso que, a su vez, ha sido discutido si puede o no constituir algo tan básico como un derecho subjetivo. Por otro lado, los usos especiales para abastecimiento poblacional no implicaron una respuesta a esta problemática, ya que muchas comunidades, en especial aquellas que se encontraban en las zonas periféricas de los grandes centros urbanos no contaban con la posibilidad económica de desarrollar la infraestructura para tal uso.

Se ha sostenido que es posible que la distinción entre usos comunes y usos especiales no sea adecuada en relación al paradigma del DHA (Pinto y Martín, 2014). El concepto de servicio público vino a remediar parcialmente esta situación, sin embargo no alcanzó a la totalidad de la población, dejando desprotegidos a quienes se encuentran alejados de las redes de provisión

de agua y saneamiento. Todo esto es parte de lo que ha significado en América Latina una inequidad histórica en el acceso al agua (Blanco Vizarreta, 2017).

El DHA debe garantizar agua suficiente y salubre, características que no estaban comprendidas dentro de los usos comunes, y que tampoco llegaron a la totalidad de la población con la creación de los servicios públicos; en razón de que no se atendió, mediante acciones positivas, aquellos grupos especialmente vulnerados. El DHA implica asegurar el saneamiento de las aguas utilizadas, otra ampliación respecto a las regulaciones de aguas locales. Además, la observación general número 15 del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, ha establecido que el DHA también implica el acceso a agua suficiente para desarrollar la agricultura de subsistencia (Observación General N° 15, 2002). Sin embargo, este paradigma convencional no ha sido receptado por los códigos de agua provinciales⁷. Es aquí donde surge un claro conflicto para lograr determinar si el Estado nacional cuenta con instrumentos y en su caso cuáles, para cumplir sus obligaciones internacionales de protección del DHA, sin invadir el reparto de competencias establecido en la CNA.

Por supuesto que el dominio de las provincias sobre sus recursos naturales no debe desconocer derechos fundamentales, sin embargo en el sistema de competencias del derecho interno argentino no resulta tan claro que el Estado nacional pueda intervenir directamente para garantizar el DHA. Esto puede llevar al Estado nacional a incurrir en responsabilidad internacional, producto de falta de acciones suficientes para tutelar el DHA, situación que ya ocurrió en un precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana (*Lhaka Honhat v. Argentina*, 2020).

1.2. Los compromisos asumidos y las obligaciones internacionales del Estado nacional en relación al DHA.

“Los Estados nacionales siguen siendo los sujetos más importantes en el plano internacional, es decir con capacidad plena” (Barboza, 2008, p. 77). El ámbito de la responsabilidad internacional de los Estados no está aún lo suficientemente desarrollado, sin embargo existen procedimientos específicos previstos en los distintos Instrumentos internacionales. En el caso de estudio, compete analizar el sistema previsto por el PDESC y el sistema interamericano regulado en la CADH.

⁷ El DHA no figura en la ley de aguas de Mendoza, San Luis (VI-0159-2004), La Rioja (8.871), Buenos Aires (12.257 y San Juan. El DHA solo había sido reconocido en Argentina mediante jurisprudencia y vinculada exclusivamente al acceso a agua y no al saneamiento (Blanco Vizarreta, 2017)

Lo primero que debemos considerar, es que se está analizando las obligaciones asumidas por el Estado en materia de DDHH frente a la comunidad internacional, fundamentalmente respecto a las personas sujetas a su jurisdicción. Por ende, cabe precisar qué posibilidades tiene un individuo bajo la jurisdicción del Estado argentino, de invocar el posible incumplimiento de obligaciones asumidas en Instrumentos internacionales de DDHH. El PDESC incorpora un protocolo facultativo que fue ratificado por el Estado argentino, en el cual cualquier individuo puede denunciar la violación a los derechos contenidos en el pacto, una vez agotados los recursos internos ante el Estado.

Entrando al análisis particular de las obligaciones del Estado en materia de DHA, la observación general número 15 del PDESC, ha establecido lo siguiente: los Estados Parte tienen el deber constante y continuo, en virtud del Pacto, de avanzar con la mayor rapidez y efectividad posibles hacia la plena realización del derecho al agua. La realización de ese derecho debe ser viable y practicable, ya que todos los Estados Partes ejercen control sobre una amplia gama de recursos, incluidos el agua (Observación General Número 15, 2002). ¿Ejerce el Estado nacional argentino el control sobre sus recursos, incluido el agua? La respuesta es que no cuenta con dicho control en forma directa. Los recursos naturales están en manos de los Estados provinciales, sin embargo, conforme el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, no puede invocarse una norma de derecho interno para justificar el incumplimiento de un Tratado, como ha sostenido la doctrina: “la distribución interna de competencias es indiferente al Derecho Internacional” (Barboza, 2008, p. 174).

En el caso del sistema interamericano, los individuos solo pueden hacer planteos ante la comisión, una vez agotados los recursos internos dentro del Estado. En caso de que la comisión agote sus posibilidades de acción, puede elevar el planteo a la Corte Interamericana, en caso que exista una posible responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional. El control de convencionalidad, en el marco del sistema interamericano, debe ser aplicado por todos los órganos del Estado (Gelman Vs Uruguay, 2011). Si el Estado nacional se obligó al cumplimiento de la CADH en las condiciones de su vigencia, ¿Qué instrumentos reales tiene el Estado nacional para cumplir con ello mediante su Poder Ejecutivo y/o Legislativo? La división interna de competencias no le permite tener un control efectivo sobre sus recursos naturales para dar pleno cumplimiento a los compromisos asumidos en materia internacional sobre el DHA.

Existen antecedentes ante la Corte Interamericana, de la invocación por parte del Estado argentino de la cláusula federal de la CADH (art. 28), buscando evitar su responsabilidad

internacional. El Estado argentino sostuvo que producto de la división interna de competencias, la responsabilidad no era del Estado nacional, sino de la provincia de Mendoza (Garrido y Baigorria Vs. Argentina, 1998). Sin embargo, la Corte no hizo lugar al planteo, finalmente el Estado reconoció su responsabilidad. “La responsabilidad internacional le corresponde única y exclusivamente al Estado nacional, que es el sujeto de derecho internacional ya que las provincias, entidades federativas, etc., no lo son” (Bazán, 2019, p. 1154).

Tomando un ejemplo del derecho comparado, se puede citar el caso en que el Tribunal Europeo sancionó a España por no cumplir con la Directiva Marco del agua 2000/60. El Estado Español conserva el dominio sobre los cursos de agua, en determinados casos, conforme su reparto de competencias, corresponde la gestión de las aguas a las comunidades autónomas. Los incumplimientos de las comunidades autónomas no han sido motivo para excusar de responsabilidad al Estado nacional, que ha sido condenado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por incumplir con normativa comunitaria sobre aguas. Si bien este ejemplo se da en el marco del derecho comunitario europeo, es útil a los fines de constatar que el Estado nacional puede incurrir en responsabilidad en materia de aguas por defectos que son propios de las gestiones de las comunidades autónomas (Comisión Europea C/ Reino de España, 2013)⁸.

Cabe reiterar que existe un precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana en que se determinó la responsabilidad internacional de la Argentina por la violación del DHA a comunidades de pueblos originarios en la provincia de Salta. El Caso Lhaka Honhat puede tomarse como ejemplo de lo que se ha enunciado en el presente trabajo. La falta de medios efectivos para garantizar la propiedad comunitaria y el acceso a agua suficiente, salubre, accesible y asequible, producto de la inacción del Gobierno de la provincia de Salta, conllevó la responsabilidad internacional del Estado argentino. La Corte sostuvo que, en el cumplimiento de sus obligaciones relativas al derecho al agua, los Estados deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho (Lhaka Honhat v. Argentina, 2020). Este precedente puede repetirse si no se toman medidas efectivas en torno al cumplimiento del DHA en todo el territorio nacional.

⁸ Comisión Europea C/ Reino de España. Incumplimiento de Estado – Medio ambiente – Directiva 2000/60/CE – Marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas – Transposición de los artículos 4, apartado 8, 7, apartado 2, y 10, apartados 1 y 2, y de las secciones 1.3 y 1.4 del anexo V de la Directiva 2000/60 – Cuencas hidrográficas intracomunitarias e intercomunitarias – Artículo 149, apartado 3, in fine, de la Constitución española – Cláusula de supletoriedad. Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sala Quinta.

Toda acción tendiente a cumplir las obligaciones internacionales, debería ser tomada respetando el límite de la división de competencias en materia interna. A su vez, el derecho interno no puede invocarse para justificar el incumplimiento de un Tratado internacional. Si bien los Estados provinciales deberían modificar sus leyes de aguas locales, conforme al DHA, ello no ha ocurrido en la práctica, y no puede el Estado nacional tomar control directo e inmediato sobre el recurso. No existen antecedentes en nuestro país que hayan aplicado el instituto de la intervención federal por los motivos aquí expuestos⁹. La posibilidad restante sería que el Estado nacional demande a las provincias por la inconstitucional de sus leyes de aguas, en caso de que se entendiesen contrarias a la supremacía constitucional que surge del art. 31 y 75 inc. 22 de la CNA. Esta última opción solo podría darse si se dan los requisitos necesarios para el control de constitucionalidad, entre ellos la existencia de un caso concreto, en la que el Estado nacional debiese demostrar algún tipo de legitimación. Lo cual solo parecería viable si tuviera el aval para representar a comunidades que sufren esta problemática, no obstante, parece una opción bastante compleja, que dejaría exclusivamente en el Poder Judicial la responsabilidad de velar por el cumplimiento de este derecho.

El estado actual del reparto interno de competencias en el federalismo argentino no le brinda herramientas claras al Estado nacional para poder cumplir con las obligaciones internacionales asumidas en materia de DHA. A su vez, conforme la convención de Viena sobre derecho de los Tratados, el Estado nacional no puede ampararse en el derecho interno para desconocer sus obligaciones internacionales. Esto deja a la Argentina en una situación delicada: debe cumplir con los instrumentos internacionales, jerarquizadas por el constituyente de 1994, sin afectar la federalización de los recursos naturales también reconocida por el constituyente de 1994.

1.3. Las opciones dentro de sistema federal argentino para garantizar el DHA

Podemos definir al federalismo como “una organización política en que las actividades del gobierno están divididas entre los gobiernos regionales y el gobierno central de modo que cada tipo de gobierno tiene ciertas actividades en las que toma decisiones finales” (Bazán, 2019, p. 1115).

⁹ Este punto merecería un trabajo propio en el cual se aborde la vinculación entre la garantía federal del art. 5 de la CN, con el art. 6, relacionando ello con el art. 75 inc. 22 y el principio de lealtad federal. No obstante, como se ha señalado no hay registros históricos de una intervención por esta causa.

El federalismo argentino se caracteriza por el reconocimiento a la preexistencia de los Estados provinciales en relación al Estado nacional. La regla general es que las provincias conservan todas las competencias que no han sido delegadas al gobierno federal, conforme establece el art. 121 de la CNA. El reparto de competencias se clasifica en tres categorías: competencias delegadas al Estado nacional, competencias reservadas por las provincias, competencias concurrentes entre Nación y provincias.

El reconocimiento del dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales no es sinónimo de un dominio absoluto e incondicionado, el punto más álgido en esta cuestión suele darse por la dificultad de establecer los límites razonables que el Estado nacional puede imponer para regular el aprovechamiento que cada provincia hace de sus recursos. La explotación de los mismos por una provincia puede implicar efectos negativos para otra, un ejemplo de ello es el caso del río Atuel, conflicto que llegó hasta la CSJN (La Pampa C/Mendoza, 2017)¹⁰.

El constituyente también incorporó en la reforma de 1994 al art. 41, el cual estableció un particular sistema de competencias en materia ambiental. Según el art. 124 de la CNA, las provincias conservan el dominio originario sobre sus recursos naturales, pero el Estado nacional, mediante el Congreso Nacional puede dictar normas de presupuestos mínimos para la protección ambiental (PMPA). Han existido distintas interpretaciones sobre el significado y alcance de los PMPA. La mayor dificultad se da en poder establecer la línea exacta para que estas normas sean de protección, pero no invadan la gestión provincial de los recursos (Nonna, Dentone, Waitzman, 2011).

La ley 25.675 (2002) ha definido en su art. 6 a los presupuestos mínimos como “toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”. Esto significa un umbral mínimo de protección que debe ser respetado por las provincias, pudiendo ser complementado por la legislación local. Han existido cuestionamientos a normas de PMPA, un caso es el de la ley N° 25.688 en materia de aguas, ya que se ha considerado que dicha norma no es precisamente una ley de PMPA, siendo invasiva de la competencia provincial en materia de gestión de aguas (Rodríguez Salas, 2004). Sin embargo, dicha normativa hasta el momento mantiene su vigencia formal, e incluso no ha sido declarada su inconstitucionalidad en ningún caso concreto. De igual manera, es necesario expresar que toda

¹⁰En el fallo de la CSJN, el objeto de la litis está dado por el conflicto en el aprovechamiento del río Atuel. Cuenca que se origina en la provincia de Mendoza pero que se considera Interjurisdiccional, el aprovechamiento histórico que ha hecho Mendoza impacta directamente aguas abajo, en la provincia de La Pampa.

norma de PMPA no puede invadir la competencia en materia de gestión de los recursos naturales que conserva cada provincia.

Las normas de PMPA, como su nombre lo indica son para proteger el derecho al ambiente sano reconocido en el art. 41 de la CNA. El derecho al ambiente sano preserva la vida humana y la salud del ambiente en sí mismo. Esto último significa “un ambiente que permita el crecimiento de plantas y animales, sustenta el desarrollo de una variedad de formas de vida y sus interacciones, y tiene la capacidad de recuperarse por sí mismo de las perturbaciones que lo afecten” (Saulino, 2014, p. 801). Cabe preguntarse si podría acudirse a una norma de PMPA para regular cuestiones relacionadas al DHA, en razón de que acceder al saneamiento y a agua suficiente, salubre, accesible y asequible es fundamental para garantizar el ambiente sano en pos del desarrollo humano. La falta de agua salubre puede provocar afectaciones en el derecho a la salud (Comunidad indígena Yakyé Axa v. Paraguay 2005).

En la actualidad, es aceptado que el DHA es un derecho autónomo, pero también se lo puede entender como un medio necesario para garantizar un ambiente sano, lo que permitiría incorporar regulaciones específicas mediante una ley de PMPA. El Poder Ejecutivo Nacional podría reglamentar la ley 25.688, estableciendo los estándares de calidad para todo el territorio nacional, sin embargo resulta bastante más complejo considerar que mediante esa normativa pudiese intervenir en cuestiones específicas de gestión de aguas. En este último caso, la ley y su decreto reglamentario podrían ser objetados por hacerse una interpretación extensiva de la regla de competencia establecida en la CNA, sobre todo si se tiene en cuenta que toda competencia no reglada específicamente es conservada por las provincias. El peligro del exceso en las normas de PMPA es que se vulneren los límites definidos por las esferas de competencia atribuidas por la Constitución Nacional (Rodríguez Salas, 2004). Si bien esto no cierra totalmente la puerta a la posibilidad que el Ejecutivo reglamente la ley 25.688, para regular un umbral mínimo de protección del DHA accesorio al ambiente sano, sí evidencia las posibles dificultades y objeciones que la misma podría recibir por parte de los Estados provinciales. De todas formas, la posibilidad queda, al menos, abierta al debate.

Cabe pasar a considerar las competencias que tiene el Estado nacional, mediante el Congreso Nacional, de tomar todas las medidas conducentes a la efectiva protección del DHA como derecho autónomo. Previamente se dijo que el DHA es parte de nuestro BFC, si bien un reconocimiento normativo, mediante una ley en sentido formal por el Congreso Nacional, sumaría para el cumplimiento del mismo, no es estrictamente necesaria para su efectiva aplicación, sí es necesario contar con herramientas de gestión concretas. Ello complica aún más el panorama, ya que como se ha expuesto, la gestión de los recursos naturales es realizada

por las provincias ¿Podría el Congreso Nacional dictar una ley que ordene a las provincias suspender el otorgamiento de nuevas concesiones de agua hasta que informen un plan progresivo de satisfacción del DHA? Sin dudas eso afecta directamente la gestión en el manejo de los recursos, no obstante también podría ser entendida como una reglamentación al dominio de las provincias, no siendo dicho dominio absoluto y fundada en el art. 75 inc. 19 de la CNA que otorga competencia al Congreso Nacional para dictar normas tendientes a “Proveer lo conducente al desarrollo humano”. Sin embargo, el contenido de esta ley debiese ser acotado y no avanzar en demasía en temas de gestión de aguas, ya que ello podría ser considerado contrario a la interpretación estricta en materia de reparto de competencias. Las posibilidades que tiene el Congreso Nacional para sancionar una ley que busque garantizar efectivamente el DHA son escasas, sobre todo si tenemos en cuenta la eficacia real de dicha normativa.

Existe la posibilidad de fortalecer el Consejo Hídrico Federal (COHIFE), el cual ya se encuentra conformado y ratificado mediante la ley 26.438, para lograr el tratamiento y consenso de medidas uniformes en todo el territorio de la Nación en pos de garantizar el DHA. Esto último se enmarcaría dentro de lo que ha sido denominado por la CSJN como federalismo de concertación (La Pampa c/Mendoza, 2017). Entre los principios rectores que el propio COHIFE menciona, se encuentra el DHA, sin embargo en su carta orgánica no hay mayor desarrollo sobre el mismo ni posibles acciones positivas¹¹. Esta propuesta también debe enfrentar dificultades en el terreno práctico: la posibilidad de que las provincias no participen activamente, de que no existan consensos, de que no haya mecanismos de decisión por mayorías y minorías, de que dichas minorías no acaten lo resuelto, etc. Es decir que sería positivo avanzar en el fortalecimiento del paradigma del Derecho Humano al Agua en el COHIFE, aunque debe aclararse que ello no asegura totalmente la eficacia en el cumplimiento de las obligaciones emanadas del DHA, pero sí es un paso adelante.

Por último, cabe mencionar que, en razón del principio de lealtad federal, los Estados provinciales no deberían hacer abuso de sus competencias, y por supuesto deberían respetar la supremacía constitucional y el interés general de la nación, sin embargo, ello no siempre se traduce en el terreno práctico¹².

Conclusión

¹¹ Incluso, no se menciona el contenido del derecho humano al agua relacionado a los usos agrícolas de subsistencia.

¹² “El principio de lealtad federal supone que debe evitarse que tanto el Gobierno federal como las provincias abusen del ejercicio de las competencias” (Bazán, 2019, p.1144).

Se puede afirmar que el Estado nacional no cuenta con medios claros y directos para lograr el cumplimiento del DHA, ello, además del problema interno que genera, puede significar un incumplimiento a sus obligaciones internacionales. En el trabajo se ha analizado el caso del Estado argentino, pero esta situación podría repetirse en aquellos Estados que han federalizado sus recursos naturales.

En este contexto, de opciones acotadas, queda abierto el debate a la posibilidad de regular el DHA mediante una ley de PMPA, en particular reglamentar la ley 25.688, o de hacerlo tomando la competencia del art. 75 inc. 19 que la CNA le otorga al Congreso Nacional. Sin embargo, ambas medidas pueden entrar en fuerte colisión con el sistema federal y por ende con los gobiernos de las provincias. Por otro lado, la inacción del Estado nacional en esta materia tampoco debería proseguir. Surge como alternativa posible, el fortalecimiento del contenido del Derecho Humano al Agua en la carta orgánica del COHIFE. Ello tampoco es un camino exento de complicaciones, pero en razón de las obligaciones contraídas por el Estado argentino en el plano internacional, debiese al menos, comenzar a transitar el mismo. Para finalizar, cabe recalcar que el sistema de reparto de competencias se ha transformado en un problema para la efectiva aplicación del DHA. Si bien no debería ser así, ya que la normativa provincial debiese ajustarse al BFC, esta situación pone de manifiesto las profundas desconexiones en el sistema federal argentino; urge que se activen los mecanismos de un federalismo de concertación que sin desconocer las competencias provinciales, alcancen acuerdos para cumplir progresivamente con todo el contenido del DHA.

Referencias Bibliográficas

- Barboza, J. (2008). *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Ed. Zavalia
- Bazán, V. (2019). El federalismo argentino en foco: un recorrido crítico. En Gargarella, R. y Guidi, S. (Directores), *Constitución de la Nación Argentina comentada Tomo II*. Buenos Aires: La Ley.
- Blanco Vizarreta, C. (2017). El derecho humano al agua: apuntes sobre avances recientes en mecanismos internacionales de derechos humanos. En Guevara Gil, A. Urteaga, P. y Segura, F. (Ed.), *El derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo*. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bourdieu C/ Municipalidad de la Capital. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (16 de diciembre de 1925).

Comisión Europea C/ Reino de España. Incumplimiento de Estado – Medio ambiente – Directiva 2000/60/CE – Marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas – Transposición de los artículos 4, apartado 8, 7, apartado 2, y 10, apartados 1 y 2, y de las secciones 1.3 y 1.4 del anexo V de la Directiva 2000/60 – Cuencas hidrográficas intracomunitarias e intercomunitarias – Artículo 149, apartado 3, in fine, de la Constitución española – Cláusula de supletoriedad. Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sala Quinta. (24 de octubre de 2013). Recuperado de <http://curia.europa.eu/>

Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de junio de 2005). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/>

Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas (2002). *Observación general número 15*. Ginebra, Suiza, noviembre de 2002. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>

Consejo Hídrico Federal.(2013). *Principios rectores de la política hídrica de la Argentina*. Recuperado de <https://www.cohife.org/advf/documentos/2015/10/561b1c0da79ae.pdf>

Filippini L. (2016). Las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional. En Gargarella, R y Guidi, S. (Coord.) *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley.

Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de agosto de 1998). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/>

Gelman vs Uruguay. Fondo y reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de febrero de 2011). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/>

Nonna, S., Dentone J. y Waitzman, N (2011). *Ambiente y Residuos Peligrosos*. Buenos Aires: Editorial Estudio.

Pinto M. y Martín L. (2014) Origen, evolución y estado actual del derecho al agua en América Latina, *Revista Bioderecho.es*, 1(1), p. 1-54.

Pinto M. y Martín L. (2017). *Agua y Energía, Aportes Jurídicos para su vinculación*. Buenos Aires: Lajouane.

Pinto, M. (2017). El derecho internacional de aguas y su complementariedad con el derecho de los derechos humanos y el derecho de las inversiones. En A. Guevara Gil, P. Urteaga y F. Segura (Ed.), *El derecho humano al agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo*. Lima: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

La Pampa, Provincia de e/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas. Corte Suprema de Justicia de la Nación. (1 de diciembre de 2017).

Larsimont y Grosso. (2014). Aproximación a los nuevos conceptos híbridos para abordar las problemáticas hídricas. *Revista Cardinalis*, 2,(2), 27-48.

Rodríguez Salas, A. (2004) Vigencia y operatividad de la normativa ambiental. El sistema federal ambiental. *Revista La Ley*. AR/DOC/2756/2004.

Rossetti, A. (2016). Interpretación constitucional: aspectos teóricos, metodológicos y prácticos. En: G. Lariguet (comp.), *Metodología de la Investigación Jurídica. Propuestas contemporáneas* (pp. 403-413). Córdoba: Brujas

Saulino F. (2014), El derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo. En Rivera, J. C. et. al, *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Sosa H. (2012). *Restauración y conservación del Sitio Ramsar Lagunas de Guanacache, Desaguadero y del Bebedero*. Buenos Aires: Fundación Humedales / Wetlands International.

Ministerio del Interior. Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación (2017). *Plan Nacional de Agua Potable y Saneamiento*. Recuperado de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/interior_agua_plan_agua_saneamiento.pdf

Referencias Legislativas

Ley N° 25.675. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 22 de noviembre de 2002.

Ley N° 25.688. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 30 de diciembre de 2002.

Ley N° 24.683. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, Argentina, 5 de enero de 2009.

Ley N° 190-L. Provincia de San Juan, Argentina. Recuperada de <https://digestosanjuan.gob.ar/digesto/buscador/legislativo>

Ley 8871. Provincia de La Rioja, Argentina. Recuperada de <https://legislaturalarioja.gob.ar/consulta-de-leyes.html>

Ley N° VI-0159-2004. Provincia de San Luis, Argentina. Recuperada de <http://www.diputados.sanluis.gov.ar/diputadosasp/paginas/normas.asp>

Ley 12257. Provincia de Buenos Aires, Argentina. Recuperada de <http://www.saij.gob.ar/>