

El derecho humano al agua y su recepción como derecho fundamental en Argentina

Documento
de Trabajo

Nº 06-2010

Norberto Carlos Darcy
Email: ndarcy@defensoria.org.ar



El derecho humano al agua y su recepción como derecho fundamental en Argentina

Norberto Carlos Darcy ¹

RESUMEN

El agua es un elemento esencial y de primera necesidad para la vida humana. El Comité para los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en el año 2002, mediante la Observación General N° 15 reconoció, con sólidos fundamentos, que el derecho humano al agua se halla implícito en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, agregando así un nuevo derecho humano al catálogo de derechos ya expresamente reconocidos en dicho Pacto. Pese a ello, no es posible afirmar aún que el derecho humano al agua se encuentra definitivamente consolidado, ni que tampoco se haya convertido en un derecho fundamental, plenamente aplicable y exigible al interior de cada uno de los Estados parte en el PIDESC. En la Argentina, el derecho humano al agua, como derecho fundamental, encuentra distintas vías que permiten su favorable recepción: por un lado, el PIDESC goza de jerárquica constitucional al igual que otros instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen expresamente el derecho al agua; por el otro, el derecho al agua (al menos, en alguna de sus facetas) puede deducirse de otras normas que integran el plexo de derechos de la parte dogmática de la Constitución argentina. Desde esta perspectiva, una de las formas de intervención más problemática (aunque, por cierto, no la única, y, tal vez, ni siquiera la más significativa) es el corte total del suministro por falta de pago que, a nuestro juicio, es arbitrario e inconstitucional, en tanto afecta el contenido mínimo del derecho del agua. El ordenamiento jurídico argentino prevé distintas garantías institucionales, principalmente judiciales (aunque también políticas), así como de tipo cuasi-jurisdiccional (como las Defensorías del pueblo), que sirven a la efectiva tutela del derecho al agua, no solo frente al corte total de suministro, sino también frente a otras afectaciones ilegítimas (falta de acceso, contaminación, calidad del agua, etc.).

PALABRAS CLAVE

Derecho humano al agua, Constitución argentina, jerarquía constitucional del PIDESC, corte total de suministro: inconstitucionalidad, garantías.

¹ Abogado y Procurador, títulos obtenidos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster en "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica", Universidad de Alcalá, España (2009). Jefe del Área de Derechos de Consumidores, Usuarios y Administrados de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Docente universitario de la materia "*Principios generales del derecho latinoamericano*", Ciclo Básico Común (CBC) de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

INDICE

- I **Introducción.**
 - 1.1 Planteo general del trabajo.
 - 1.2 Consideraciones contextuales de la cuestión del agua.

- II **El derecho humano al agua. La Observación General nº 15 del Comité DESC: alcances y precisiones de su contenido.**
 - 2.1 Derecho implícito en el PIDESC.
 - 2.2 Definición.
 - 2.3 Derecho de estructura compleja.
 - 2.4 Contenido mínimo.
 - 2.5 Obligaciones de los Estados.

- III **El derecho humano al agua en la Constitución Argentina.**
 - 3.1 La ausencia de una norma constitucional expresa no impide la recepción del derecho humano al agua.
 - 3.2 El *status* constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la Constitución Argentina: apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.
 - 3.3 Normas constitucionales que “prohíjan” el derecho al agua y que se complementan con los instrumentos internacionales de derechos humanos.
 - 3.4 El derecho al agua como derecho de los consumidores de servicios públicos.
 - 3.4.1 El derecho de acceso al consumo: puente de comunicación con los derechos humanos.
 - 3.5 La cláusula de protección medio ambiental y su conexión con el derecho humano al agua.

- IV **Las garantías judiciales para la tutela del derecho al agua en la Argentina**
 - 4.1 A todo derecho fundamental le corresponde una garantía.
 - 4.2 El amparo, la garantía procesal por excelencia.
 - 4.2.1 Hacia la plena exigibilidad del derecho al agua. Un fallo esperanzador.
 - 4.3 La acción sumarísima de defensa del consumidor.
 - 4.4 ¿Puede el *habeas corpus* ser una herramienta útil para proteger el derecho al agua?

V El corte de suministro de agua por falta de pago

- 5.1 Abordaje general del problema. Intervención que afecta el derecho de acceso al agua.
- 5.2 Distinción entre corte total y restricciones al suministro de agua. El corte total es inconstitucional.
- 5.3 El corte de suministro de agua por falta de pago en la Argentina.
 - 5.3.1 De la privatización a la re-estatización del servicio público de suministro de agua. Breve recorrido de la historia reciente.
 - 5.3.2 La jurisprudencia nacional y los cortes al servicio de agua. Paneo de la regulación infraconstitucional en esta materia.
 - 5.3.3 Reglamentos dispares y ausencia de una ley nacional marco sobre el derecho al agua. ¿Omisión legislativa (relativa) inconstitucional?

VI Otras garantías judiciales

- 6.1 Esquema del sistema de garantías.
- 6.2 Los organismos estatales para la defensa y protección administrativa del consumidor. Garantía institucional político-administrativa no jurisdiccional.
- 6.3 El Defensor del Pueblo, una institución de garantías
- 6.4 El rol de los Entes Reguladores de los servicios públicos domiciliarios
 - 6.4.1 Del ETTOS al actual ERAS
 - 6.4.2 El ERAS y la nueva figura de “El Defensor del Usuario”
 - 6.4.3 La ex Comisión de Usuarios (ETOSS) y la nueva Sindicatura de Usuarios (ERAS). Garantía de participación y control social

VII Conclusiones

I Introducción

1.1 Planteo general del trabajo

El agua es un elemento *vital* – en el sentido más literal del término - pues sin ella la vida humana resulta inviable. El ser humano depende del agua, primero, para su subsistencia, pero luego y además, para posibilitar el desarrollo de una vida digna.

En un primer plano, el agua se presenta como una necesidad básica del hombre en su vida cotidiana. En efecto, ella es indispensable tanto para evitar la muerte (por ejemplo por deshidratación) como para reducir el riesgo de ciertas enfermedades; también para satisfacer necesidades de consumo, de cocción de alimentos, y de higiene personal y doméstica. De modo tal que el agua (en condiciones aptas para el consumo humano) resulta un elemento insustituible para la vida humana, que guarda estrecha y directa relación con el cuidado de la salud y de la higiene, con la alimentación adecuada y también con la vivienda digna.

Pero además el agua es tanto recurso natural que, si bien indispensable, no es ilimitado, se proyecta hacia la esfera ambiental, adquiriendo una dimensión social y colectiva - a escala universal - que se engarza decididamente con la protección del medio ambiente (la "casa común de la humanidad"). La necesidad de evitar el derroche y la no contaminación de los cursos naturales de agua, circunstancias que, por otro lado, exigen optimizar el uso racional del recurso vital, son cuestiones que anidan en la noción de *desarrollo sustentable* como desafío actual de la humanidad, ello en miras a lograr (o al menos, aproximarse) al ideal de aquella fórmula que pregona que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

En base al principio de la dignidad humana, y considerando entonces que el agua es un bien público fundamental e indispensable para posibilitar la vida y garantizar niveles mínimos de salud y bienestar de las personas, el derecho internacional ha alumbrado un nuevo derecho humano: *el derecho al agua*.

El Comité para los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en el año 2002, mediante el dictado de la Observación General Nº 15 (en adelante OG 15), reconoció que el derecho humano al agua se halla implícitamente ubicado en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (PIDESC), y de esta manera agregó un nuevo derecho al catálogo de derechos económicos, sociales y culturales – o *derechos sociales* a secas - ya expresamente enumerados en dicho Pacto (trabajo, educación, salud, vivienda, etc).

Si bien ya existían diversos instrumentos internacionales que habían reconocido el derecho al agua – y que la misma OG 15 los recoge como antecedentes necesarios² de su elaboración –, el Comité DESC dio un paso decisivo al configurar, con muy sólidos fundamentos, que el derecho al agua es un “derecho humano”, abonando así al necesario replanteo del papel que deben jugar los Estados en la cuestión.

De todos modos, ello no nos permite afirmar (todavía) que el derecho humano al agua – en todas las dimensiones que plantea la OG 15- se encuentra definitivamente consolidado como tal, ni que tampoco se haya convertido, *ipso iure*, en un *derecho fundamental* y como tal plenamente exigible al interior de cada uno de los Estados parte en el PIDESC.

Por un lado, más allá de las disposiciones de la OG 15 y de un buen número de instrumentos internacionales que reconocen la existencia de un derecho al agua como derecho humano, lo cierto es que desde el discurso político y desde la acción de los gobiernos – tanto en el plano interno como en el concierto de las relaciones internacionales – se siguen oponiendo fuertes resistencias para aceptarlo como tal. Sin ir más lejos las dos últimas ediciones del Foro Mundial del Agua, que se llevaron adelante respectivamente en México (2006) y en Estambul (2009), han sido poco menos que decepcionantes en este sentido, toda vez que al final de las deliberaciones resultó imposible acordar una declaración política común que reconozca el acceso al agua

² La Observación General Nº 15 del Comité DESC, en su punto 4 cita en su nota al pie – identificada bajo la letra [v] – los siguientes antecedentes “Véanse el apartado h) del párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el apartado c) del párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; los artículos 20, 26, 29 y 46 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 1949; los artículos 85, 89 y 127 del Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949; los artículos 54 y 55 del Protocolo adicional I, de 1977; los artículos 5 y 14 del Protocolo adicional II, de 1977; y el preámbulo de la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua. Véanse también el párrafo 18.47 del Programa 21, en Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992 (A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I y Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III y Vol. III/Corr.1) (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: S.93.I.8), vol. I: resoluciones adoptadas por la Conferencia, resolución 1, anexo II; el Principio Nº 3 de la Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible, Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (A/CONF.151/PC/112); el Principio Nº 2 del Programa de Acción, en Informe de la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994 (publicación de las Naciones Unidas, Nº de venta: S.95.XIII.18), cap. I, resolución 1, anexo; los párrafos 5 y 19 de la recomendación [2001] 14 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Carta Europea de Recursos Hídricos; y la resolución 2002/6 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos acerca de la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable. Véase asimismo el informe sobre la relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento (E/CN.4/Sub.2/2002/10), presentado por el Relator Especial de la Subcomisión sobre la promoción del derecho al agua potable y a servicios de saneamiento, el Sr. El Hadji Guissé.

como un derecho humano. Aniza García describe con meridiana claridad los ejes de esta discusión - no saldada - que ya se había instalado desde las primeras ediciones del Foro Mundial del Agua:

“Es en el marco de estas consideraciones en el que adquiere un triste protagonismo el hecho de que, tanto el Banco Mundial (BM) como incluso un sector de las Naciones Unidas (UN), consideren que el acceso al agua constituye una mera “necesidad humana” – que como tal puede ser satisfecha de diferentes formas, especialmente con dinero -, y no un verdadero “derecho humano” que de ningún modo puede ponerse en venta u ofrecerse al mejor postor. Precisamente esta cuestión fue objeto de un intenso debate durante el II Foro Mundial del Agua celebrado en La Haya en marzo de 2000. Y es que, por extraño que parezca, a quien no está familiarizado con los caprichosas lógicas del Derecho y la Economía, esta importante reunión no tenía como objeto principal el desarrollo de nuevas alternativas de distribución y conservación de los recursos hídricos, sino que fue convocada por el Banco Mundial – a través de la Asociación Mundial del Agua – y las empresas líderes en la trama económica del agua, para plantear las perspectivas económicas de la *venta* del agua en el mercado. En efecto, hasta fechas recientes, el agua se mantenía como uno de los pocos servicios que no había sido afectado por la ola de privatizaciones que está arrasando con casi todos los sectores públicos. Por eso, el hecho de que al final el agua fuera oficialmente calificada como “necesidad” y no como “derecho”, representó para los capitales mundiales un logro importantísimo, en tanto supuso el desplazamiento del control público de los recursos hídricos al sector privado, convirtiéndolos en una mercancía capaz de generar cuantiosos rendimientos económicos. Desgraciadamente, pues, aunque los diversos grupos ecologistas y movimientos sociales asistentes al Foro dieron una dura batalla, no consiguieron el reconocimiento del acceso al agua como derecho humano universal. Y este hecho marcaría una diferencia radical en la futura gestión del agua, porque implicó la renuncia a la responsabilidad estatal de garantizar a individuos y comunidades el acceso básico a este recurso con independencia de que ello reporte o no un beneficio económico...”³.

De otro lado, desde un punto de vista jurídico, no habrá que olvidar que la concepción de reconocer el derecho al agua con *status* de derecho humano, es relativamente reciente. Podría afirmarse que se trata de un *derecho novel* o en *avanzada gestión* que pugna por lograr su consolidación definitiva en el orden positivo. En este sentido, siguiendo a Guillermo Escobar, es útil recordar que los derechos humanos se presentan, centralmente, como demandas morales:

³ A. GARCIA, *El derecho humano al Agua*, Trotta, Madrid, ed. 2008, p. 20 y ss.

“Los derechos humanos son demandas, esto es exigencias de abstención o actuación, derechos morales, en el sentido de no siempre reconocidos por el Derecho positivo... Los derechos humanos son demandas derivadas de la dignidad humana. Como derechos morales, amparan exigencias importantes, no demandas circunstanciales, referidas a cuestiones de escasa entidad, que no afectan ni comprometen la posibilidad de una vida digna... Los derechos humanos son demandas reconocidas por la comunidad internacional. De esta forma, se ponen en conexión las dos formas más habituales de utilización del término “derechos humanos”: la Ética y el Derecho Internacional. Los derechos humanos son demandas que han logrado o que aspiran a lograr la protección del ordenamiento jurídico...”

Los derechos humanos, entendidos básicamente como demandas derivadas de la dignidad de la persona, pertenecen al campo de la Ética, no del Derecho positivo. Por mucho que expliquen el origen de los derechos fundamentales y puedan servir de fundamento de los mismos, los derechos humanos se encuentran extramuros de la Constitución.

Hasta que los derechos humanos no sean reconocidos por una constitución vigente y concreta, no se transforman en derechos fundamentales, permaneciendo por tanto como demandas, no como exigencias jurídicamente tuteladas. Sin embargo, examinando de cerca la realidad, la existencia de derechos humanos no fundamentales es más la excepción que la regla, pues por lo general las Constituciones actuales contienen un catálogo de derechos más amplio que el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos o el normalmente reconocido por los filósofos que han tratado de explicitar cuáles son los derechos humanos...”⁴

Desde esta perspectiva, el presente trabajo de investigación tendrá por objeto concentrar la atención en el derecho argentino y analizar, desde un punto de vista predominantemente jurídico, una primera cuestión central: ¿es posible sostener que el derecho humano al agua es hoy un derecho fundamental en la Argentina y, como tal, jurídicamente exigible en los términos y con los alcances explicitados en la OG 15 del Comité DESC?

A partir de las conclusiones (o más bien, de las aproximaciones) que se hagan respecto de éste planteo central, examinaremos – muy rápidamente – las garantías judiciales que el ordenamiento constitucional argentino ofrece para canalizar la exigibilidad jurídica del derecho al agua, oportunidad en la cual comentaremos un fallo de reciente data que, por sus consideraciones y fundamentos, nos genera ciertas ilusiones en lo que hace a la plena aplicabilidad y exigibilidad jurídica del derecho humano al agua como derecho fundamental en la Argentina, en los términos en que ha sido concebido por la OG 15 del Comité DESC.

⁴ G. ESCOBAR ROCA, *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*, CICODE + Trama editorial, 2005, pp. 16 -35.

Luego, hemos escogido analizar una situación que, a nuestro modo de ver, se presenta como particularmente problemática, y que implica una forma de intervención o afectación del acceso al agua en nuestro país (sin que ello signifique, en modo alguno, desconocer la variada cantidad de *otros problemas* que afectan el derecho al agua y que se derivan tanto de la falta de acceso al agua de importantes núcleos poblacionales, como de la gestión y uso racional del agua, de su calidad, de su adecuada preservación, y de su no contaminación): así, poniendo el foco en aquellas personas que tienen acceso a la red domiciliaría del servicio de agua potable y saneamiento, y pasando una somera mirada a la abigarrada normativa infraconstitucional que regula la prestación del servicio de agua en Argentina, trataremos de ofrecer algunas respuestas al siguiente interrogante: ¿es jurídicamente admisible el *corte total* de suministro de agua basado en la falta de pago del servicio?.

Finalmente, repasaremos (sin ninguna pretensión de exhaustividad) algunas otras herramientas no judiciales previstas en el orden positivo argentino, que operan como garantías institucionales de tipo político-administrativo (como por ej. el sistema de protección administrativa al consumidor o la figura del Defensor del Usuario que está en vías de implementación) o cuasi-jurisdiccional (vgr. las Defensorías del pueblo), o como garantías de participación social (tal es el caso de la Sindicatura de Usuarios, de reciente creación), todas las cuales pueden resultar mecanismos útiles, según los casos, para la protección del derecho al agua, particularmente, frente al corte total del servicio.

En lo que sigue, procuraremos abordar los planteos arriba esbozados desde un análisis, básicamente, jurídico-normativo, no sin antes hacer algunas otras apreciaciones contextuales respecto de la cuestión actual del agua.

1.2 Consideraciones contextuales de la cuestión del agua

En efecto, no queremos pecar de ingenuos ni mucho menos pretendemos afirmar que la normatividad que implica el “derecho” sea la única herramienta capaz de alcanzar soluciones eficaces a lo que se divisa hoy como una verdadera *“crisis mundial del agua”*, que no es ni propia ni exclusiva de Argentina, ni de América Latina, sino que se manifiesta como un problema de gravedad a escala mundial.

Bien se ha dicho que la efectiva realización del derecho al agua no es un problema jurídico o, mejor dicho, no es solamente jurídico, sino – y fundamentalmente- un problema político, económico y social, donde lo jurídico se presenta como un aspecto más, de índole instrumental, condicionado y limitado en su eficacia por esas otras perspectivas. Si bien el reconocimiento de tal derecho es una cuestión propia del análisis jurídico, su efectivización rebasa dicho ámbito en cuanto no puede ser separada de aspectos más amplios como, entre otras cosas, la pobreza: cual círculo vicioso, la

falta de agua contribuye de manera sustancial a ésta, y su conformación tiene marcado efecto sobre la falta de agua.⁵

Es que detrás del debate acerca de si el acceso al agua debe ser considerado, definitivamente, como un verdadero derecho humano y fundamental, se esconde una compleja trama de intereses económicos (que, no siempre se llevan del todo bien con las necesidades de los seres humanos y con el reconocimiento concreto de sus derechos) que obstruyen, y cuando no limitan, el margen de acción de los Estados, y que además impacta con mayor virulencia sobre los países subdesarrollados y en vías de desarrollo, con consecuencias que, en algunos casos, se vislumbran como alarmantes. En este contexto político, económico e internacional, la crisis del agua no es más que una de las expresiones en las que se manifiesta la lucha por un orden internacional más justo.

Por ello, y aunque no forme parte central de la presente investigación, no quisiéramos omitir algunos datos que grafican el estado actual de problemática del agua.

El informe sobre desarrollo humano del Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2006, - citado expresamente por la OG Nº 15 - señala que alrededor de unos mil millones de habitantes de países subdesarrollados carecen aún de acceso al agua potable o apta para el consumo humano, e incluso países enteros presentan poblaciones que reciben una dotación diaria de agua insuficiente para la satisfacción de las necesidades vitales mínimas a pesar de que generalmente la disponibilidad física no escasea

Mario Peña Chacón, apoyado en diversos estudios y estadísticas, describe una visión panorámica de la cuestión del agua que no resulta para nada alentadora:

“Según el II Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el mundo, el planeta Tierra cuenta con mil cuatrocientos millones de kilómetros cúbicos de agua, de los cuales el 97.5% corresponde a agua salada. Del 2.5% restante de agua dulce, el 68.7% corresponde a agua inaccesible congelada en los polos, el 30.1% se encuentra en el subsuelo, y únicamente el 0.4% proviene de ríos, lagos y de la atmósfera. Entre el 25% y 40% del agua potable que consume el mundo proviene del subsuelo. El agua, un bien abundante y venerado por su capacidad de dar vida, se ha convertido en un recurso escaso.

⁵ M. PINTO, N. TORCHIA, L. MARTÍN, *El Derecho al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Introducción, p. XXII con cita al Informe sobre Desarrollo Humano 2006. “Más allá de la escasez: Pobreza, poder y crisis mundial del agua” del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

El agua dulce del planeta está distribuida de forma irregular. Actualmente el continente asiático alberga el 60% de la población mundial y dispone sólo del 30% de los recursos hídricos del planeta, mientras que América del Sur alberga el 6% de la población mundial y disfruta del 26% de los recursos hídricos del mundo.

En el mundo, mil millones de personas (20%) no tienen acceso al agua potable y dos mil seiscientos millones (40%) carecen de instalaciones de saneamiento básicas. Se calcula que para el año 2025, cerca de cinco mil quinientos millones de personas tendrán escasez de agua, siendo que anualmente mueren entre cinco y diez millones de personas en el mundo por uso de agua no tratada. Sólo en el año 2002, murieron más de tres millones de personas por causa de diarreas y el paludismo, de ellos el 90% eran menores de cinco años. De acuerdo con la Organización Meteorológica Internacional, alrededor de 34 países van a experimentar serias dificultades de aprovisionamiento para el año 2025. En la actualidad cerca de 29 países ya sufren de escasez de aguas moderada o severa. El número de personas que viven en países que sufren escasez va a aumentar de unos 132 millones (datos de 1990) a unos 653 millones en el año 2025, lo que representará entre un 13% y un 20% de la población mundial.

Se estima que el 40% de la población mundial vive en zonas vulnerables a inundaciones y a la elevación del nivel del mar. El cambio climático ha conducido a una alteración en los niveles de lluvia, agudizando la escasez en aquellas regiones que ya experimentaban ese problema. Por si fuera poco, el deshielo de los glaciales es acelerado y muchos de ellos ubicados en el Asia Central podrían desaparecer para el año 2100, lo que afectaría negativamente la vida en la región.

Mientras la tasa de crecimiento demográfico se ha duplicado durante el último siglo, el consumo de agua se ha multiplicado por seis. Para el año 2030, se estima que la demanda por el preciado líquido aumentará en un 60%. Actualmente, un africano consume en promedio 30 litros por día, un palestino 70, un israelí 260 litros, un estadounidense 700, y un europeo 200. Se estima que el agua necesaria para hacer crecer la comida para las necesidades diarias de un individuo es de 2700 litros.

Latinoamérica no escapa de tan triste realidad, según el informe realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA-2003, América Latina pierde mil millones de dólares anuales por la degradación de suelos, ha perdido más de cincuenta millones de hectáreas de bosques en los últimos treinta años, y más de setenta millones de sus habitantes no tienen acceso a agua potable. En la región centroamericana la disponibilidad de agua potable per cápita bajó un 62% en los últimos cincuenta años, dos de

cada cinco personas no cuentan con acceso a líquido potable, y sólo un tercio posee conexión a sistemas de saneamiento”⁶

En suma, sin dejar de tener en cuenta este complicado marco de situación actual, analizaremos las cuestiones planteadas a sabiendas que el pleno reconocimiento del derecho humano al agua, tanto a nivel internacional como hacia adentro de los Estados, no es entonces una decisión jurídica neutra o meramente teórica, sino que dependerá en buena medida de decisiones políticas que, por encima de los intereses económicos en juego, se animen a proyectar un futuro más prometedor para la humanidad toda.

II El derecho humano al agua. La Observación General nº 15 del Comité DESC: alcances y precisiones de su contenido

2.1 Derecho implícito en el PIDESC

Corresponde primeramente hacer un examen – si quiera somero y sin pretensión de exhaustividad – de la OG 15 en cuanto a los perfiles, alcance y contenidos del derecho humano al agua.

Como se dijera, el Comité DESC mediante una muy fundada y razonada interpretación de los artículos 11⁷ y 12⁸ del PIDESC, construyó la figura del derecho humano al agua.

⁶ M. PEÑA CHACON, ‘Derecho humano al agua’ [versión electrónica], *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Grupo de investigación de Medio Ambiente y Derecho, Universidad de Sevilla, España, N° 16, septiembre 2007, http://www.cica.es/aliens/gimadus/16/08_dere_human_agua.htm

⁷ Artículo 11:

1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesiten para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de los principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logre la explotación y utilización más eficaces de las riquezas naturales:

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

⁸ Artículo 12:

A tal efecto el Comité consideró que el derecho al agua se deriva del derecho que se le reconoce a toda persona a *gozar de un nivel de vida adecuado para sí y su familia*, que incluye – y por ende, no excluye – a otros derechos como a *la alimentación, vestimenta y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia*, y que por ello se enlaza con el *derecho integral a la salud* – cuya elaboración se apoya en la ya clásica definición de salud aportada por la OMS⁹ – toda vez que el agua resulta un elemento indispensable para asegurar condiciones humanas mínimas de existencia.¹⁰

Aún cuando de las consideraciones que surgen a lo largo de toda la OG 15 podría deducirse que el Comité DESC expone razones de peso para sostener que el derecho al agua adquiere perfiles propios como para ser considerado un derecho autónomo, habremos de coincidir con la opinión de diversos autores, en cuanto señalan que debatir si el derecho al agua es un derecho humano autónomo, o es un presupuesto para el ejercicio de otros derechos humanos, resulta una discusión estéril e innecesaria, que carece de sentido práctico, pues en ambos casos será susceptible de la protección que corresponde a los derechos humanos, aún contra la voluntad de los Estados.¹¹

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que adoptarán los Estados Partes en el Pacto, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

⁹ “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”, Constitución de la Organización Mundial de la Salud

¹⁰ Dice, puntualmente, la OG 15 “En el párrafo 1º del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanarían del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados” y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”; por lo demás “[...] El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud [párrafo 1 del artículo 12] y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas [párrafo 1 del artículo 11]. Este derecho debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana.”

¹¹ Así se manifiestan entre otros, M. PINTO, N. TORCHIA, L. MARTÍN, *El Derecho al Agua. Particularidades...*, cit., p. 57; y también M. PEÑA CHACON, “Derecho humano al...” cit.

2.2 Definición

El Comité DESC definió – en el punto 2. de la OG 15 - que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable y asequible para el uso personal y doméstico - definición que se corresponde con la adoptada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) ¹²-; agregándose luego que “El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”.

En el “*todos*” de la definición aparece el elemento de la *universalidad* que caracteriza a los sujetos titulares de cualquier derecho humano, es decir, todos (y cada uno de los seres humanos) tienen derecho al agua. Sin perjuicio de lo cual, la OG 15 no olvida acentuar en sus distintas disposiciones que el derecho al agua – desde su consideración como derecho económico y social- es particularmente más relevante para las personas en situación desventajada y para los grupos considerados como más vulnerables. Así, por ejemplo, al punto 16 de la OG 15 se afirma que: “Aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos”; detallándose luego distintas medidas específicas para que los Estados se dirijan al cumplimiento de ese objetivo.

2.3 Derecho de estructura compleja

El derecho al agua ha quedado encuadrado, *prima facie*, como un nuevo derecho humano que vino a engrosar la lista de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el PIDESC.

Originalmente, los derechos económicos, sociales y culturales fueron categorizados como derechos prestacionales (en una suerte de contraposición -no demasiado bien justificada - a los derechos civiles y políticos emanados del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), que al exigir obligaciones positivas por parte del Estado (de dar o de hacer) dependen, para su operatividad, de las condiciones económicas y presupuestarias de cada Estado. De ahí que muchos hayan pretendido calificar a los derechos del PIDESC como meramente programáticos o, dicho de otro modo, no plenamente operativos y por ende, no (siempre) exigibles jurídicamente.

¹² “Derecho a un acceso al agua de suficiente limpieza y en suficiente cantidad para satisfacer las necesidades humanas, incluyendo entre ellas, como mínimo, las relativas a bebida, baño, limpieza, cocina y saneamiento.”

Empero, las más modernas interpretaciones acerca del contenido y estructura de los derechos humanos han venido marcando una tendencia - que se avizora como definitiva - en orden a superar la otrora tajante clasificación de los derechos humanos que hurgaba en pretendidas "diferencias sustanciales" entre los derechos individuales, civiles y políticos (basados en la libertad y en la autonomía individual y que imponen abstenciones al Estado que resultan siempre plenamente operativas y exigibles) y los derechos económicos sociales y culturales (apoyados en la igualdad y que exigen del Estado obligaciones prestacionales, cuya operatividad y, por ende, su exigibilidad, quedaban relativizadas).

Sobre la base de los principios de *indivisibilidad e interdependencia*, que informan todo el derecho internacional de los derechos humanos, éstos son concebidos como un cuerpo único, en tanto no difieren básicamente entre sí, ni en la ley, ni en la práctica. Todos los tratados de derechos humanos cuentan con disposiciones de importancia directa para los derechos económicos, sociales y culturales. Incluso en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - así como en otros tratados que en principio tratan exclusivamente de los derechos civiles y políticos -, al considerar derechos tales como el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley y a la libertad de asociación, se reconocen - indirectamente - componentes de derechos económicos sociales y culturales. Los tribunales de muchas jurisdicciones han reconocido este carácter, en tanto muchos de ellos han sostenido que el derecho a la vida debe incluir otros derechos que son esenciales para disfrutar de una calidad de vida básica, como la educación y la atención a la salud. Así, la clasificación de los derechos en estos dos grupos tradicionales ha quedado cada vez más desprovista de significado, pues es producto de un enfoque erróneo en la interpretación de la normativa de derechos humanos y de las violaciones a los derechos humanos. Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos sociales y culturales deben fundirse no separarse.¹³

"Puede reconocerse - enseñan Abramovich y Courtis - que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina "derechos-prestación". Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación estatal de no empeorar la educación.... En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en

¹³ "Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones de derechos humanos", Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, Serie de Capacitación Profesional nº 12, pp. 4 -5.

este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos”¹⁴

En un sentido similar, el constitucionalista argentino Germán Bidart Campos ha señalado que:

“Cuando se dice que los *derechos sociales* de la segunda generación aúnan obligaciones de dar y de hacer se entiende que los sujetos pasivos tienen que cumplir obligaciones positivas de dar y de hacer; por ej., pagar el salario justo; prestar un servicio de salud; otorgar descanso diario, semanal y anual al trabajador, etc. Por eso, tales derechos se llaman también “derechos de *crédito*” o “derechos de *prestación*”.... A veces, derechos civiles de la primera generación, como el derecho a la vida, a la salud, a la educación, etc., exhiben en primer plano la correspondencia de una obligación de omisión a cargo del sujeto pasivo; así, no matar, no lesionar, no impedir la opción por el tipo de enseñanza que el titular del derecho escoge, etc. Pero cuando el visor se amplía, es fácil que actualmente se añadan obligaciones de dar y de hacer, como en el caso de la vida y de la salud que además de abstenciones para no padecer violación, requieren que no se contamine el ambiente, o las aguas, que se provea de atención sanitaria preventiva, curativa y rehabilitante;.. etc.”¹⁵ (las *bastardillas* son del original).

Conforme lo dicho, nos parece por demás evidente que el derecho al agua - sin dejar de ser un derecho social de tipo prestacional- se acomoda bien en la categoría de los *derechos de estructura compleja*, dado la innegable multifuncionalidad actual de los derechos.¹⁶

La estructura compleja del derecho al agua se pone de manifiesto en el punto 10 de la OG 15, en cuanto allí se establece que “El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos”, para luego precisar que “Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos (las cuales responden a las *facetitas defensivas* del derecho agua que, por ende, exigen deberes negativos u abstenciones por parte del Estado y también de los particulares); y por otro lado, se

¹⁴ V. ABRAMOVICH, C. COURTIS, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales” en M. Abregú y C. Courtis (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997, p. 287.

¹⁵ G. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, t. I, 1º reimpr., Ediar, Buenos Aires, p. 502

¹⁶ G. ESCOBAR ROCA, *Introducción...*, cit., p. 62 y ss.

aclara que “los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua” (las que constituyen las *facetas prestacionales* del derecho al agua, en tanto comprometen al Estado a ejecutar acciones positivas de dar o de hacer).

En esta línea, Aniza García explica que la individualización del derecho al agua se ha producido a partir del derecho a un nivel adecuado o del derecho a la alimentación y que, por ello, el acceso básico al agua se ha entendido más bien como un derecho de marcado carácter prestacional y, por ende, como un derecho económico y social. Sin embargo, precisamente respecto del derecho al agua resulta irrefutable su naturaleza compleja, no solo porque es absolutamente indispensable para la vigencia de otros derechos como el propio derecho a la vida, sino porque también presenta tanto una dimensión de libertad – referida a la ausencia de obstáculos para acceder de manera autónoma al recurso-, como una dimensión prestacional – referida a las acciones estatales necesarias para garantizar su disponibilidad -. ¹⁷

2.4 Contenido mínimo

En el capítulo II referido al “Contenido normativo del derecho al agua”, la OG 15 dispone, en términos generales que “los elementos del derecho al agua deben ser aquellos que resulten adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas” ello, en estricta correspondencia con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 del PIDESC. Se esclarece luego que, “lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías” y agrega que “El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras” (ver punto 11 de la OG 15).

A partir de trazar estos elementos generales que hacen al contenido del derecho al agua, y aún reconociendo que “lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho al agua puede variar en función de distintas condiciones” la OG 15 concretiza ciertos factores que vienen a constituir el “contenido mínimo” del derecho humano al agua, esto es, aquellos aspectos que no pueden desatenderse y que se *aplican en cualquier circunstancia* (por utilizar las palabras de la OG) sin los cuales el derecho humano al agua se desnaturaliza a riesgo de tornarse ilusorio o irreconocible.

“Las condiciones mínimas necesarias para hacer efectivo el derecho al agua, coinciden en gran medida con el carácter de “adecuado” del acceso a este recurso. Ello no es más que el reflejo de carácter relacional de los derechos, conforme al cual a las facultades en las que consiste, se encuentran especularmente obligaciones correlativas por parte de algún sujeto. Como el

¹⁷ A. GARCÍA, *El derecho humano...*, cit., p. 182.

obligado primero es el Estado, a él corresponderá en buena medida asegurar esas condiciones mínimas, salvo que las normas especifiquen otros obligados y salvo los casos de autotutela de los derechos. Y como difícilmente los Estados están en condiciones de satisfacer todas las demandas de sus ciudadanos, se han ido estableciendo estándares internacionales que obligan a que los Estados adopten todas las medidas a su alcance para cubrir, por lo menos, el contenido mínimo de las necesidades más elementales. Esta situación derivada de las obligaciones contraídas internacionalmente por los Estados, presenta un perfil similar en el orden interno. Y es que por el solo hecho de estar constitucionalizados, los derechos gozan de un contenido esencial indisponible para los poderes públicos; es decir, un contenido mínimo que supone ciertos límites a la actuación estatal. Se trataría de un ámbito de *indisponibilidad negativa* cuando determina lo que no se puede hacer y, por tanto, comporta un límite a la libertad de configuración del legislador respecto de los derechos – «límite a los límites»-; o *indisponibilidad positiva*, si determina lo que no se puede dejar de hacer y, en esa medida, comporta una afirmación de la sustancia del derecho constitucionalmente reconocido. Pues bien, como el resto de los derechos, los derechos de contenido económico y social exigen el pleno respeto de su contenido esencial. «La idea de fondo, es que sin el respeto de ese contenido mínimo el derecho en cuestión quedaría desnaturalizado, desfigurado, y resultaría, en último término, irreconocible e impracticable» (Pisarello, 2003 a:106)”¹⁸

Los factores que la OG 15 señala expresamente, al punto 12, como elementos indispensables (contenido mínimo) para que el ejercicio del derecho al agua resulte adecuado a la dignidad, la vida y la salud humanas, son: a) la disponibilidad del agua; b) la calidad del agua; y c) la accesibilidad del agua;

a) La *disponibilidad* implica que el abastecimiento de agua de cada persona debe ser *continuo y suficiente* para los usos personales y domésticos, aclarándose, por nota al pie, que por “continuo” debe entenderse que la periodicidad del suministro de agua sea suficiente para los usos personales y domésticos. Los usos señalados comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. Se especifica a este respecto que el “consumo” alude al agua destinada a bebidas y alimentos; que el “saneamiento” hace referencia a la evacuación de las excretas humanas, resaltándose que el agua es necesaria para el saneamiento dondequiera que se adopten medios de evacuación por el agua; la noción de “preparación de alimentos” incluye la higiene alimentaria y la preparación de comestibles, ya sea que el agua se incorpore a los alimentos o entre en contacto con éstos; y, finalmente, por “higiene personal y doméstica” se refiere al aseo personal y a la higiene del hogar.

¹⁸ *Ibid.* pp. 194 -195.

Se destaca que el parámetro estimativo a tener en cuenta para establecer la cantidad de agua disponible para cada persona, debería corresponderse con las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS), aunque se admite que algunos individuos y grupos puedan necesitar recursos de agua adicionales, sea por razones de salud, del clima o de condiciones de trabajo.

b) En cuanto a *la calidad* del agua que es necesaria para cada uso personal o doméstico se estipula que ésta debe ser *salubre*, ello es que no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; siendo que además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

c) El factor de la accesibilidad, implica que el agua y las instalaciones y servicios de agua *deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna*, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta así cuatro dimensiones superpuestas:

i) Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

ii) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

iii) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

iv) El acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

2.5 Obligaciones de los Estados

Toda vez que el derecho al agua se añade a los derechos sociales consagrados en el PIDESC, resulta claro que los sujetos principalmente obligados son los Estados, a quienes se les fija distintas obligaciones legales, de carácter general (Cap. III, puntos 17, 18 y 19) y específicas, de respetar (puntos 21 a 22), de proteger (puntos 23 y 24) y cumplir (puntos 25 a 29). Dichas obligaciones subsisten independientemente que, según la legislación de cada Estado, el servicio de agua sea prestado en forma directa a través de organismos o empresas estatales, o se lo brinde por intermedio de empresas privadas (concesionarias o licenciatarias del servicio) sobre las que el Estado debe ejercer tareas de su supervisión y control (gestión privada).

Finalmente como obligaciones básicas de los Estados respecto al derecho humano al agua – las que en buena medida se corresponden con la garantía de contenido mínimo de éste derecho – la OG 15 estableció las siguientes:

- a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de aguas para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
- d) Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- f) Adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán prever métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia que permitan seguir de cerca los progresos realizados: el proceso mediante el cual se conciben la estrategia y el plan de acción, así como el

contenido de ambos, deberán prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;

g) Vigilar el grado de realización, o no realización, del derecho al agua;

h) Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;

i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a uno servicios de saneamiento adecuados.

Además, los Estados deben proveer a los usuarios de recursos judiciales y administrativos efectivos para la correcta defensa del derecho. De igual forma, y en el plano internacional, el Comité se refiere a la prohibición por parte de los Estados de tomar medidas que obstaculicen, directa o indirectamente, el ejercicio del derecho al agua potable en otros países, debiendo abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas semejantes que impidan el suministro de agua, así como de aquellos bienes y servicios esenciales para garantizar el derecho al agua, y expresamente afirma “el agua no debe utilizarse jamás como instrumento de presión político y económica.”

III El derecho humano al agua en la Constitución Argentina

3.1 La ausencia de una norma constitucional expresa no impide la recepción del derecho humano al agua

La Constitución Nacional argentina no tiene en su parte dogmática una cláusula que establezca, en forma expresa, el derecho al agua, al modo de como, por ejemplo, si lo prevé la Constitución de Uruguay en su artículo 47 que reza “El acceso al agua potable y el acceso al saneamiento constituyen derechos fundamentales”, o como profusamente lo ha incorporado - en diversas normas- la reciente Constitución de Ecuador (2008) que en el primer párrafo de su artículo 12 dice: “El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable...” y en donde además se destaca que entre los deberes primordiales del Estado ecuatoriano, está el de “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes” (art. 3º, punto 1)

Tampoco existe en el cuerpo dogmático de la Constitución Argentina una norma que estipule el derecho integral a la salud, más allá de la expresa mención “a la protección

de la salud” que hace el artículo 42 como derecho reconocido a los usuarios y consumidores de bienes y servicios en sus relaciones de consumo.

Empero, de ello no se sigue que el derecho al agua -en los términos y con los alcances desarrollados por la OG 15 del Comité DESC- no tenga favorable acogida constitucional. Por el contrario, en las líneas subsiguientes se esbozarán diversos argumentos que permiten sostener que la Constitución Argentina ofrece canales de apertura para receptar el derecho humano al agua y darle un lugar entre sus derechos fundamentales.

3.2 El *status* constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la Constitución Argentina: apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

En primer lugar, cabe señalar que el elenco de derechos fundamentales se ha visto notablemente robustecido y ensanchado a partir de la reforma constitucional operada en el año 1994, en donde los constituyentes nacionales le otorgaron *jerarquía constitucional* a once instrumentos internacionales de derechos humanos (entre ellos, oportuno es destacarlo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), previéndose incluso un mecanismo especial para que el Congreso Nacional, con una mayoría agravada, pueda decidir conferirle igual *rango constitucional* a otros (o a nuevos) instrumentos internacionales sobre derechos humanos, sin que para ello sea necesario impulsar un nuevo proceso de reforma de la Carta Magna.

En efecto, el artículo 75 inciso 22 del texto surgido de la Reforma Constitucional de 1994, dispuso que los instrumentos internacionales de derechos humanos allí enumerados tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”; dejando sentado más adelante que “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”.

La alocución “*en las condiciones de su vigencia*” ha sido interpretada no sólo como el modo en que dichos tratados han sido aprobados y ratificados por la República Argentina (vgr. si se aprobaron o no con reservas)¹⁹ sino que además ello implica que

¹⁹ “Naturalmente, es el derecho internacional el que determina las condiciones de vigencia de los tratados internacionales, cuyas reglas rigen tratados sobre derechos humanos. No ha de prescindirse, entonces, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que nuestro país es parte. Con arreglo a ella, los tratados multilaterales entran en vigor de la manera y en la fecha que en ellos se disponga o que acuerden los Estados negociadores... Pues bien, cuando el art. 75, inc. 22 de la Constitución habla de las convenciones que tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, ha de entenderse que la norma internacional

los derechos contenidos en tales instrumentos internacionales deben ser interpretados (y en su caso aplicados), teniendo en cuenta el alcance y el sentido que la jurisprudencia internacional – entendida en términos amplios²⁰ – les ha dado. Así, las Observaciones Generales dictadas por el Comité de DESC equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del PIDESC, del cual es el único órgano de aplicación.

Como ha puesto de manifiesto Craven, la voluntad del Comité de ejercer una función interpretativa en abstracto al dictar Observaciones Generales – incluso definiendo la sustancia de determinados derechos (por ejemplo, el derecho a la vivienda adecuada) –, su facultad de efectuar comentarios y recomendaciones específicas sobre hechos concretos que implican violaciones del Pacto por los Estados, y la aceptación de informes alternativos de ONG, han contribuido a otorgarle al Comité DESC un papel “cuasi-judicial”.²¹

En sucesivos pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) fue perfilando éste criterio – incluso antes de la reforma constitucional de 1994- por el cual, la jurisprudencia emanada de los organismos internacionales son *fuentes necesarias* a la que el juzgador nacional debe acudir al momento de aplicar los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

Haciendo una apretadísima reseña cronológica de fallos emanados de nuestro cimero tribunal de justicia, debemos mencionar:

- El fallo “Ekmekdjian c/Sofovich del año 1992 – es decir, antes de la reforma de 1994 – en donde la CSJN dijo: “La interpretación del Pacto [refiriéndose a la Convención Americana sobre Derechos Humanos] debe ... guiarse por la

adquiere jerarquía constitucional con las reservas que nuestro país ha hecho y también con las reservas que los terceros Estados parte hayan hecho y que vinculan a la Argentina.”, G. MONCAYO, “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino” en *La aplicación de los tratados...* (CELS), *cit.*, pp. 96-97.

²⁰ “[...] la jurisprudencia internacional puede emanar de diferentes organismos internacionales, la Comisión Americana, la Corte Interamericana, y los Comités creados para la vigilancia y cumplimiento de los Tratados de derechos humanos. Algunos de los pronunciamientos – según se emitan de modo más o menos concreto – darán oportunidad a los órganos de poder de los Estados parte para que apliquen los tratados según las condiciones de su vigencia en el orden internacional con alguna flexibilidad. Ello dependerá de los términos en que se formulen las observaciones, las recomendaciones o las opiniones consultivas...”. A. M. GELLI, *Constitución Argentina. comentada y concordada*, La Ley, 4ta ed. ampliada y actualizada, t. II, Buenos Aires, 2008, p. 224.

²¹ Ver CRAVEN, M., *Towards an Unofficial petition Procedure: A review on the Role of the UN Comitee Economic, Social and Cultural Rights*, en DRZEWICKI, K.; KRAUSE, C., y ROSAS, A (eds.), *Social Rights*, *cit.*, pp. 91-113, citado por V. ABRAMOVICH y C. COURTIS en “*Hacia la exigibilidad de ..*”

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José”²²

- Poco tiempo después de la reforma constitucional, en el fallo “Giroldi, Horacio s/Recurso de casación”, la CSJN sostuvo lo siguiente: “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.... La aludida jurisprudencia [en referencia a la O.C. 11/90 de la CIDH]... debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”²³
- Ya, mucho más acá en el tiempo, debemos citar obligadamente - en cuanto resulta ilustrativo para el presente trabajo- el fallo Isacio Aquino (2004), en donde la CSJN tuvo que entender en un caso relativo a la protección de las leyes del trabajo. Aquí, la CSJN no eludió la consideración del derecho al trabajo como *derecho social* expresamente contemplado en el PIDESC, en cuyo caso, no solo destacó la tarea que realiza el Comité DESC sino que además admitió que sus pronunciamientos son una guía necesaria para la interpretación de los derechos reconocidos en dicho Pacto: “... cuadra poner de relieve la actividad del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por cuanto constituye el intérprete autorizado del PIDESC en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de éste, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Desde otro punto de vista, el ya mencionado principio protectorio del art. 14 bis guarda singular concierto con una de las tres obligaciones que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, impone el PIDESC al Estado ante todo derecho humano: la de “proteger”, por cuanto requiere que este último “adopte medidas para velar que las empresas o los particulares” no priven a las personas de los mentados derechos (v. Observación General Nº 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 1999; Nº 13. El derecho a la educación (art. 13), 1999; Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), 2000, y Nº 15. El derecho al agua (arts. 11 y 12), 2002, HRI/GEN/1/Rev.6, págs. 73 -párr. 15-, 89 -párr. 50-, 104 -párr. 35- y 123 -párrs. 23/24-, respectivamente)...”²⁴

²² CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492, considerando 21.

²³ CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, sentencia del 07/04/95, LA LEY 1995-D, 462.

²⁴ A. 2652. XXXVIII - “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” - CSJN - 21/09/2004

En suma, de las razones hasta aquí señaladas, se deduce que:

- 1) si el PIDESC tiene rango constitucional – conf. art. 75 inc 22 CNA -;
- 2) si, a su vez, el Comité DESC ha engrosado la lista de derechos sociales establecidas en el PIDESC al reconocer que el derecho al agua se encuentra alojado implícitamente en el art. 11 y art. 12 de dicho Pacto;
- 3) si, por otra parte, el máximo Tribunal del país – interprete último de la Constitución- ha sentado como criterio rector que la jurisprudencia internacional – entre las que cabe incluir a los pronunciamientos del Comité DESC - es fuente y guía ineludible para la efectiva aplicación en el derecho interno de los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional;
- 4) Ergo, es dable concluir que el derecho al agua debe ser recibido como un derecho fundamental en la Argentina y que, como tal, puede ser jurídicamente exigido.

Por lo demás, y a mayor abundamiento, no debe soslayarse que dentro de los tratados y convenciones internacionales que gozan de jerarquía constitucional - enumerados en art. 75 inc. 22 CNA - se encuentran la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer²⁶. Ambos instrumentos contienen normas expresas que obligan a los Estados a adoptar medidas para asegurar el suministro y abastecimiento, suficiente y adecuado, de agua potable y salubre a los niños y a las mujeres, en tanto que los niños y las mujeres son considerados como grupos vulnerables que, como tales, son merecedores de especial tutela. Queda claro entonces que, en los términos dispuestos por ambas Convenciones, frente a dicha obligación estatal, les asiste a los menores tanto como a las mujeres el correlativo derecho a ser abastecidos de agua potable suficiente para gozar de un nivel de vida adecuado.

Finalmente, la generosa apertura de nuestra Constitución hacia el derecho internacional de los derechos humanos – conf. art. 75 inc. 22 - exige tomar bien en cuenta el principio *pro homine*, criterio rector que ilumina la interpretación que debe dársele al contenido de los derechos humanos establecidos en los textos internacionales, para la adecuada y correcta aplicación de los Estados en su derecho interno. Señala Mónica Pinto a este respecto:

²⁵ El Art. 24 dice: “1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. ... Los Estados Partes aseguraran la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptaran las medidas apropiadas para: ... c) combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas,... el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente. ...”

²⁶ Art. 14: párrafo 2, apartado h): Los Estados partes aseguraran a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de ... *el abastecimiento al agua*”

“El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”²⁷.

Por cierto, no habrá que soslayar que éste principio ha sido expresamente recogido en el art. 5 del PIDESC.²⁸

Conforme todo lo hasta aquí expresado, en nuestra opinión, existen sobrados argumentos para sustentar que el derecho humano al agua tenga ingreso y encuentre alojamiento constitucional en el derecho argentino, de la mano del PIDESC (que goza de jerarquía constitucional) y en los términos en que el Comité DESC lo ha configurado.

3.3 Normas constitucionales que “prohíjan” el derecho al agua y que se complementan con los instrumentos internacionales de derechos humanos

Adicionalmente a lo que ya hemos expresado, es dable agregar que ciertas normas de la parte dogmática de la Constitución Argentina, brindan refuerzos adicionales para propiciar el reconocimiento del derecho al agua dentro del elenco de derechos fundamentales por ella establecidos.

La doctrina nacional es unánime al considerar que nuestra Constitución – tanto la constitución histórica como, mucho más aún, la constitución reformada – propugna una mirada elástica, extensiva y aperturista del plexo de derechos fundamentales que ella consagra, y que invita a darle la bienvenida a aquellos “*derechos nuevos o a contenidos nuevos de derechos viejos*” según la feliz expresión de Bidart Campos. El

²⁷ M. PINTO, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre...*, *cit.*, pp. 96-97.

²⁸ Artículo 5.-

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

histórico artículo 33 CNA²⁹ ha sido, y sigue siendo, una buena base de sustentación para ello.

Enseña el maestro Bidart Campos que es menester alejarse de la creencia de que todo tiene que estar escrito en las normas de la Constitución, porque hay muchas cosas que, sin formularse en esas normas, se hallan alojadas en los *silencios* de la constitución o en sus *implicitudes*:

“... tomemos muy en cuenta que el tradicional art. 33 de la constitución, habitualmente llamado *cláusula de los derechos implícitos*, nos está dando la pauta y la razón, porque es el propio autor de la constitución quien nos advierte que los derechos y garantías no se agotan en la lista de los que el articulado constitucional enumera en el texto, y que hay otros además de éstos, lo cual significa dejar abierto un espacio en la textura de la constitución para reconocer y proteger todos los “*plus*” de derechos, libertades y garantías que haga falta y sea necesario, a medida que en el transcurso del tiempo histórico van apareciendo nuevas necesidades humanas y sociales, nuevas pretensiones colectivas, nuevas valoraciones, y transformaciones de toda índole en lo social, cultural, económico y político”³⁰ (las *bastardillas* son del original)

A ello habrá que sumarle la exigencia de *complementariedad* entre los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Constitución – según lo prevé el ya citado art. 75 inc. 22 CN –, cuyo bagaje de derechos, en su conjunto, conforman el llamado bloque de constitucionalidad federal.

Bajo tales premisas, el derecho al agua – o al menos, algunas de sus facetas - puede descubrirse en el contenido del artículo 42 CN, que consagra los derechos del consumidor, así como también del artículo 41 CN, que es aquel que prevé los derechos de protección medio ambiental.

²⁹ Artículo 33 “Las declaraciones derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas, pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

³⁰ G. BIDART CAMPOS, *Manual de...*, cit., tomo I, p. 325.

3.4 El derecho al agua como derecho de los consumidores de servicios públicos

El artículo 42 CN, en sus dos primeros párrafos, establece:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información veraz y adecuada; a la libertad de elección, y a condiciones de trato digno y equitativo.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia, contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios...”

A la luz del precepto constitucional arriba transcrito, si se tiene en cuenta que la provisión y suministro de agua potable y salubre constituye un servicio público *esencial*, cuya obligación prestacional pesa en cabeza del Estado (con independencia que éste lo preste *per se* o por intermedio de algún gestor privado), deviene claro que dicho servicio queda comprendido dentro del marco de las relaciones de consumo, constitucionalmente tuteladas.

Si bien no hay un concepto único y definitorio acerca de lo que debe entenderse por servicio público – cuestión que ha consumido litros de tinta entre los administrativistas- podría decirse que hay una cierta coincidencia en señalar que algunos de los rasgos que lo caracterizan son los siguientes: a) se trata de un servicio que está destinado a atender *necesidades sociales esenciales* que, por lo general, son declaradas por los representantes del pueblo, fundadas en razones de *interés público o social*; b) dichos servicios deben ser satisfechos por el Estado, quien puede hacerlo a través de sus propias estructuras o por intermedio de otro (particular o privado) que actúa bajo la forma de concesionario o licenciataria del servicio; c) debe ser prestado en condiciones de *universalidad y generalidad* - es decir, que llegue a todos o con la *aspiración* de llegar *progresivamente* a todos - y bajo un régimen que asegure, en términos generales, *regularidad y continuidad* en la prestación.

Lorenzetti destaca que la relación entre los prestadores de los servicios públicos y los usuarios es un aspecto importantísimo del derecho del consumidor, que se ubica en la intersección del Derecho Público con el Privado, afirmando que se trata de una relación de consumo, que tiene las siguientes características:

- 1) Los sujetos son el prestador del servicio y el usuario, sea este último contratante o simplemente usuario.
- 2) El objeto es la prestación de un servicio, es decir, una obligación de hacer que puede ser indeterminada o bien resolverse en la entrega de un resultado.

- 3) Las obligaciones de las partes pueden ser anteriores, contemporáneas y posteriores a la efectiva prestación del servicio
- 4) La finalidad del servicio es pública, entendido este término en el sentido de que tiene por finalidad satisfacer una necesidad de un grupo social o de la sociedad en su conjunto. No se puede identificar el interés público con el interés de la administración pública.
- 5) La finalidad pública admite una regulación intervencionista por parte del Estado, la que debe estar guiada por principios constitucionales
- 6) Los principios que deben guiar el orden público en esta materia son:
 - a) el incremento de la competencia en el mercado;
 - b) la eficacia del servicio;
 - c) la interpretación restrictiva de los privilegios concedidos al oferente;
 - d) el reparto de riesgos limitado por los derechos constitucionales de acceso al servicio esencial;
- 7) El sistema regulatorio no es ni privado ni público. La base es la Constitución Nacional, y luego la ley que regula el servicio específico la que es limitada por los derechos constitucionales del usuario y complementada por la Ley 24.240 [*Ley de Defensa al Consumidor*]"³¹

Por consiguiente, si la provisión de agua es un servicio público esencial (que tiene al Estado como principal sujeto obligado) y las personas que reciben el servicio son, en rigor, usuarios del mismo, estos últimos quedan amparados por el marco de derechos de neto corte protectorio que enumera el dispositivo constitucional argentino.

De este modo, se pueden establecer una serie de conexiones entre los derechos que la Constitución argentina reconoce a los usuarios de servicios en general (en donde quedan comprendidos los usuarios del servicio de agua y saneamiento en particular) y las especificaciones que hace la OG 15 sobre el contenido y alcance del derecho humano al agua y las obligaciones que a este respecto se prevén para los Estados:

- el derecho que tienen los consumidores y usuarios a la protección de su salud (art. 42 CN) se conecta – derechamente - con los fundamentos jurídicos del “derecho humano al agua” que el Comité DESC extrajo – como implícito- del art. 12 del Pacto, en tanto el agua es indispensable para asegurar un nivel de vida adecuado y por ello está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud ;
- la protección de los intereses económicos – prevista en el art. 42 CN- se entrelaza con la asequibilidad y accesibilidad que la OG 15 prevé como contenido mínimo del derecho al agua, en cuanto allí se señala, entre otras cosas que, el agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el

³¹ R. LORENZETTI, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, 2da. ed. actualizada, Santa Fe, 2009, pp. 567-571.

- abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto;
- el derecho que tienen los usuarios a la protección de su seguridad (art. 42) absorbe, entre otras cosas, el concepto de calidad de agua, que prevé la OG 15 en cuanto a que “el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas”;
 - asimismo, el derecho a que los usuarios reciban, de parte de los proveedores (sea el Estado o un particular controlado por éste) un trato equitativo y digno (art. 42 CN) encuentra su correlato de apoyatura en lo que dispone la OG 15 en su punto 11 “Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12”, sin perjuicio que la garantía de acceso al agua queda comprendida, como luego veremos, dentro de la noción de acceso al consumo.
 - Por otra parte, el art. 42 CNA impone un mandato dirigido a las autoridades públicas (termino amplísimo que abarca a todos los poderes públicos – ejecutivo, legislativo y judicial, en sus distintos niveles estatales – nacional, provincial y municipal) para que éstas provean medidas que aseguren la calidad y eficiencia de los servicios públicos, lo cual se corresponde con la obligaciones generales y con las específicas, de respetar, proteger y cumplir, así como con las obligaciones básicas, que la OG 15 establece para los Estados Parte y que se detallan a lo largo del acápite III de la misma.
 - Asimismo, y por último, la manda constitucional que le impone a las autoridades públicas proveer medidas de educación para el consumo (art. 42 CN) incorpora, en su amplitud, la obligación de promover que la OG 15 impone a los Estados Partes en cuanto a la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua (tercer párrafo del punto 25)

En resumen, más allá de que el derecho humano al agua encuentra su “puerta de entrada” al ordenamiento constitucional argentino en el PIDESC – tal como se explicara en el punto anterior- es factible sostener que, además, el derecho al agua (tanto en su faceta prestacional como también defensiva) encuentra – complementariamente- sólido sustento en el contenido del artículo 42 de la CN.

3.4.1 El derecho de acceso al consumo: puente de comunicación con los derechos humanos

Hay una última cuestión que quisiéramos, cuanto menos, dejar planteada, que tiene que ver con lo que, a nuestro juicio, constituye el “puente” que comunica al derecho de los consumidores con los derechos humanos: esto es, el *derecho de acceso al consumo*.

Las actuales sociedades modernas de consumo – nos gusten más o nos gusten menos – se caracterizan por un incesante intercambio de bienes y servicios, alguno de los cuales resultan hoy indispensables para el desenvolvimiento de la vida cotidiana. Así, aquellos que tengan medios económicos para su subsistencia – por mínimo que éstos fueran – se encuentran en una situación primaria de *poder acceder*, en mas o en menos, al consumo y a la adquisición de esos bienes y servicios elementales, siendo que además el marco constitucional argentino (y la ley de desarrollo) le brindan una cierta cobertura jurídica previa a la adquisición de los mismos (derecho a estar adecuadamente informado, libertad de elección, protección de sus intereses económicos, etc.). Ahora, ¿qué hay para aquellos que por estar en un estado de extrema pobreza o de indigencia no logran satisfacer sus necesidades más elementales?; ¿es que acaso el marco protectorio que propone el derecho de los consumidores no los cobija?

De ahí entonces que muchos autores, en aras de sortear lo que *a priori* se presenta como una desigualdad reñida con la finalidad protectoria que guía al derecho de los consumidores (entre aquellos que pueden consumir – al menos lo básico – y aquellos que no lo alcanzan), no dudan en señalar que el *acceso al consumo* es un *derecho* que integra el concepto constitucional del derecho de los consumidores.

La noción de acceso al consumo implica tener en cuenta que (todas) las personas necesitan alcanzar, al menos, ciertos bienes y servicios mínimos y esenciales, que le posibiliten una existencia digna. “El derecho de acceso al consumo – en opinión de Stiglitz – es una prerrogativa primaria de los consumidores, frente a empresarios y al propio Estado, pues es menester, previo a todo, que los gobiernos garanticen a todos los sectores de la población, su participación en el mercado”³². En consecuencia, el acceso al consumo se estaciona en una etapa previa a que se entable –efectivamente– una determinada relación de consumo o de que se ejecute algún acto de consumo.

Señala Lorenzetti que “El *“paradigma del acceso”* es trascendente en la reformulación del Derecho Privado” y agrega que:

“El funcionamiento del mercado actual presenta una falla estructural, puesto que es incapaz para satisfacer a un grupo de gente que queda excluido, cuya magnitud es variable. Esta falla produce uno de los problemas centrales del orden económico nacional y global: se producen riqueza y bienes, pero una gran parte de la población no puede gozar de ellos... Por esta razón existe una serie de normas de carácter protectorio, que no se basan en la posición de acreedor, ni deudor, ni de contratante en un vínculo típico, ni en el acto de consumo, porque hay sujetos que no llegan a consumir. La protección se basa

³² G. STIGLITZ, R. STIGLITZ, *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 41

en el derecho a bienes fundamentales que el individuo necesita para desempeñarse mínimamente en sociedad: libertad, trabajo, vivienda, educación, salud. Estos derechos son pre democráticos, en el sentido de que son un presupuesto para el contrato social; son un mínimo social y, desde el punto de vista jurídico, una garantía estatal mínima”³³

Desde tal perspectiva, no son pocos los autores nacionales que interpretan que el acceso al consumo, como derecho, está presente – aunque de manera implícita – en el contenido del artículo 42 de la Constitución, pues él se deduce por un lado, de la regla constitucional que exige que los consumidores reciban un *trato digno y equitativo* y por el otro, del enlace que todo el art. 42 tiene con las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (1985 y sus mod.), en tanto ellas han sido fuente inspiradora de los constituyentes de 1994 para la redacción del citado artículo 42 CN. A este respecto dice Stiglitz:

“Siempre en materia de acceso al consumo, más precisamente contra la discriminación para acceder al mercado, las Naciones Unidas (directrices de 1985) imponen el deber de formular políticas enérgicas de protección y establecer infraestructuras adecuadas para aplicarlas en favor de todos los sectores de la población (arts. 2 y 4)³⁴. Además, específicamente, al regular el sistema de reparación de daños, las directrices establecen que los gobiernos deben establecer medidas para que los consumidores obtengan compensación mediante procedimientos rápidos y poco costosos, teniéndose especialmente en cuenta los consumidores de bajos ingresos (art. 28). Y en particular en lo atinente a la educación e información a los consumidores las Naciones Unidas disponen, que al formularse los programas pertinentes, debe prestarse especial atención a las necesidades de los consumidores que se encuentren en situación desventajosa, tanto en las zonas rurales como urbanas, incluidos los consumidores de bajo ingresos y aquellos que sean casi o totalmente analfabetos”.³⁵

³³ R. LORENZETTI, *Consumidores*, cit., pp. 19 -21.

³⁴ A ello, consideramos importante agregar los puntos 5 y 6 desarrollados dentro de los II. Principios Generales de las Directrices, que señalan lo siguiente:

“5. Las políticas de fomento del consumo sostenible deben tener en cuenta como objetivos la erradicación de la pobreza, la satisfacción de las necesidades básicas de todos los miembros de la sociedad y la reducción de la desigualdad, tanto en el plano nacional como en las relaciones entre los países.

“6. Los gobiernos deben establecer o mantener una infraestructura adecuada que permita formular, aplicar y vigilar el funcionamiento de las políticas de protección del consumidor. Debe prestarse especial atención a la necesidad de garantizar que las medidas de protección al consumidor se apliquen en beneficio de todos los sectores de la población, y en particular de la población rural y los pobres.

³⁵ G. STIGLITZ en “El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR”, *La Ley*, t. 1995-B, p. 1361.

Por su parte Carlos Tambussi, en un libro editado recientemente bajo el sugerente título de “El consumo como derecho humano”, expresa que el acceso al consumo significa que la posibilidad de consumir *debe extenderse a todos los sectores de la población*. En esta etapa, no se analiza la capacidad económica para hacerlo, sino que vista desde su faceta de derecho humano involucra: 1) El trato digno y equitativo (art.42 CN), sin distinciones y sin discriminación alguna, pues “dignidad significa trato justo en la relación de consumo, con respeto a la vida, salud e integridad física de las personas”; 2) Acceso al consumo para todos se vincula indisolublemente con el principio de no discriminación y significa existencia de infraestructura, medios e información para colocar el consumo al alcance y comprensión de todos los sectores de la población, e introduce la problemática de los sectores con necesidades especiales o características diferentes (ancianos, niños, discapacitados, personas de bajo nivel socio económico, etc.). El nuevo modelo de Estado diseñado por la Constitución de 1994, al basarse en el desarrollo económico y social y en los principios del desarrollo sustentable, está determinando un piso por debajo del cual se entienden violados los derechos del art. 42; si un habitante no tiene acceso al consumo en lo que hace a sus necesidades básicas, se está incumpliendo con uno de los requisitos del desarrollo sustentable. En suma, remata Tambussi:

“se trata de acceder a un nivel de consumo compatible con el desarrollo sustentable que los poderes públicos tienen la obligación de hacer efectivo, y que es operativo y exigible judicialmente dado que la consecuente postura de la no judiciabilidad de las cuestiones relativas a la distribución de recursos estatales –presupuesto- pierde su justificación con el nuevo orden constitucional y el sistema de desarrollo en él previsto. Es pues un deber del Estado promover la inclusión social, con especial preocupación por los sectores más vulnerables, al menos para el logro de condiciones mínimas que permitan el ejercicio de la autonomía individual, la toma de decisiones de vida”.³⁶

En atención a lo expuesto, resulta útil señalar a los fines de este trabajo, que las ya mencionadas directrices de la ONU, contienen un capítulo dedicado a los “Sistemas de distribución de servicios y bienes esenciales” en donde se dispone que “los gobiernos deberán examinar la posibilidad de: ... Adoptar o mantener políticas para asegurar la distribución eficiente de bienes y servicios a los consumidores; cuando proceda, deberán estudiarse políticas especiales para asegurar la distribución de bienes y servicios absolutamente esenciales cuando dicha distribución se vea amenazada, como podría ocurrir, sobre todo, en el caso de las zonas rurales” (punto 31. a).

³⁶ C. TAMBUSI, *El Consumo como Derecho Humano*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, pp. 79-80, con citas a L. Pérez Bustamante “Derecho social de consumo”, en La Ley, Bs. As., 2004, p. 100.

Pero además, dentro de las “Medidas relativas a esferas concretas” que las directrices proponen, se destacan expresas referencias al acceso al agua y a su relación directa con la salud y la alimentación, a saber:

“56. Al promover los intereses del consumidor, particularmente en los países en desarrollo, los gobiernos deberán, cuando proceda, dar prioridad a las esferas de interés esencial para la salud de consumidor, como los alimentos, el agua y los productos farmacéuticos....”

Agua.

59. En el marco de los objetivos y propósitos enunciados para el Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, los gobiernos deben formular, mantener, o fortalecer políticas nacionales para mejorar el abastecimiento, la distribución y la calidad del agua potable. Debe prestarse la debida atención a la elección de los niveles apropiados de servicios, calidad y tecnología, la necesidad de contar con programas de educación y la importancia de la participación de la comunidad.

60. Los gobiernos deben atribuir un alto grado de prioridad a la formulación y aplicación de políticas y programas relacionados con los usos o múltiples del agua, teniendo en cuenta que el agua es muy importante para el desarrollo sostenible en general y que es un recurso finito.”

3.5 La cláusula de protección medio ambiental y su conexión con el derecho humano al agua

Por último, cabe hacer notar que la cláusula de “derechos ambientales y protección al medio ambiente” consagrada en el art. 41 de nuestra Constitución, también proporciona buenos argumentos – que se añaden a los ya señalados – en aras de integrar el derecho al agua como derecho fundamental. El citado artículo 41, en sus dos primeros párrafos, reza:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales...”.

Dicha norma - incorporada en la reforma de 1994 - recoge, en buena medida, las preocupaciones ambientales actuales respecto de la necesidad de preservar el medio ambiente y de fijar límites a la actividad transformadora del hombre en su entorno.

El ambiente – del cual *todos* tienen derecho a gozar – es calificado con diversas adjetivaciones: éste debe ser *sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano* y apto también *para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras*.

Es decir, que el ambiente constitucionalmente protegido (sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano) se configura como una condición de posibilidad para la vida de las personas, pues en definitiva la protección del medio ambiente tiene como destinatario final al ser humano. En este sentido, el medio ambiente apto para el desarrollo humano se concatena con el postulado del desarrollo sostenible, receptado por nuestra Constitución bajo la fórmula que propicia que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Ello implica la adopción de un modelo constitucional de desarrollo duradero, que haga posible la vida de los seres humanos, su bienestar, una vida digna, que cubra necesidades actuales sin descuidar el porvenir, y al mismo tiempo que fije límites racionales a la actividad productiva y expansiva de la industria.

De este modo el derecho al agua, como bien fundamental y recurso natural indispensable para la vida y para el desarrollo humano, queda inserto en la concepción constitucional de protección al medio ambiental. Obsérvese en este sentido que la OG 15 destaca que “Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12...El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras”.

En su segundo párrafo la norma constitucional impone ciertos mandatos dirigidos a las *autoridades* (en su concepción amplísima), estipulando el deber de éstas en cuanto a proveer lo que resulte conducente a la protección del derecho a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano; extendiendo esa protección a otros ámbitos o elementos que integran la configuración jurídica del ambiente, y que se enumeran – de manera no taxativa – refiriéndose, entre otros, a la utilización racional de los recursos naturales. De manera que los recursos naturales – entre ellos el agua – quedan pues computados dentro del concepto de ambiente protegido. La norma no prohíbe el uso de esos recursos naturales sino que exige que su utilización sea *racional*, es decir, lo que resulte apropiado para cubrir las necesidades humanas y el bienestar de las personas, pero procurando evitar su derroche, su contaminación, o su explotación desmedida, pues la *irracionalidad o el mal uso* de los recursos naturales deteriora al ambiente y perjudica el desarrollo humano, tanto actual como futuro.

Todo lo dicho, encuentra correlato directo con las obligaciones de cumplir que desarrolla la OG 15, en particular, la establecida al punto 28:

“Los Estados Partes deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan

de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias químicas nocivas y excrementos humanos; c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que los proyectos de desarrollo no obstaculicen el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución; h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia; e i) creación de instituciones competentes y establecimiento de disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas.”

Cabe por lo demás agregar que la norma constitucional entre los mandatos que impone a las autoridades también enuncia el de proveer a la información y educación ambientales. Por cierto, ambas constituyen herramientas fundamentales para el objetivo de mantener y/o procurar un ambiente sano y equilibrado. La información ambiental incluye, por un lado, la obligación del Estado de recabarla y procesarla (lo que supone, entre otras cosas, el ejercicio estatal de contralor y vigilancia de las actividades o de situaciones que puedan ser potencialmente nocivas para el ambiente) y, por otro lado, exige que dicha información sea debidamente suministrada a la población y que ella se encuentre accesible a cualquier habitante. Por su parte la educación ambiental supone, sobre la base de que la información sea libre y accesible, la organización de planes educativos (en educación formal y no formal) y de campañas públicas, tendientes a la concientización ciudadana y a la promoción de conductas – individuales y sociales- que se dirijan a cuidar y preservar el entorno, sobre todo y más aún, cuando la norma constitucional proyecta la necesidad de preservar el ambiente pensando en la posteridad.

De ello se deducen vinculaciones directas entre la manda constitucional y algunos dispositivos de la OG 15 que recogen, respecto del derecho al agua en particular, el acceso a la información: “La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua”.

Ello se relaciona además con la Obligación de cumplir expresada al punto 25 de la OG 15, en cuanto allí se dice que “... La obligación de promover impone al Estado Parte la adopción de medidas para que se difunda información adecuada acerca del uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua”; sumándose a ello que dentro de las medidas de ‘Legislación, estrategias y políticas’ que se proponen para la aplicación nacional de la OG 15 -al punto 48 - se dice: “Al formular y ejecutar las estrategias y planes nacionales de acción con respecto al agua deberán respetarse, entre otros, los principios de no

discriminación y de participación popular. El derecho de los particulares y grupos a participar en los procesos de decisión que puedan afectar a su ejercicio del derecho al agua debe ser parte integrante de toda política, programa o estrategia con respecto al agua. Deberá proporcionarse a los particulares y grupos un acceso pleno e igual a la información sobre el agua, los servicios de agua y el medio ambiente que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros.

IV Las garantías judiciales para la tutela del derecho al agua en la Argentina

4.1 A todo derecho fundamental le corresponde una garantía

Se han desarrollado hasta aquí una serie de argumentos que, a nuestro juicio, permiten afirmar, con un mínimo de certeza, que el derecho humano al agua – tal como fuera configurado por el Comité DESC – tiene diversas puertas (constitucionales) de ingreso para ser reconocido como un derecho fundamental en la Argentina, y como tal, operativo y exigible.

La OG 15, en el punto 55, expresamente dispone que: “Toda persona o grupo que haya sido víctima de una violación del derecho al agua deberá contar con recursos judiciales o de otro tipo efectivos tanto en el plano nacional como en el internacional. El Comité observa que este derecho ha sido incluido en la Constitución de varios Estados y ha sido objeto de litigio ante tribunales nacionales. Todas las víctimas de las violaciones del derecho al agua deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá consistir en restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos. Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos y las instituciones análogas de cada país deberán poder ocuparse de las violaciones del derecho”

De modo que corresponde señalar –aunque someramente- cuáles son los mecanismos de garantías que nuestro orden jurídico constitucional provee para la efectiva protección y realización del derecho al agua. Por razones de brevedad expositiva, seguidamente sólo se analizarán las garantías subjetivas de tipo judicial, aún cuando más adelante y luego del tema que abordaremos –corte de suministro del servicio– se mencionarán algunas otras garantías institucionales (no jurisdiccionales) de tipo político-administrativo y cuasi-jurisdiccional, y garantías de participación social, que también resultan aptas para poder ejercer, en ciertos casos, la defensa y protección del derecho al agua.

4.2 El amparo, la garantía procesal por excelencia

En materia de garantías judiciales, resulta innegable que la acción de amparo se erige, en la Argentina, como la herramienta más apta para lograr la efectiva protección de los derechos fundamentales (entre ellos, claro está, los DESC y por añadidura el derecho

al agua). Recuérdese que el sistema de control de constitucionalidad argentino es, centralmente, de tipo difuso, y que el amparo es, técnicamente, una acción y no un recurso.

El constituyente del 94 decidió, con generosa amplitud, incorporar ésta herramienta tutelar al texto constitucional, en donde por un lado estableció el clásico amparo individual (art. 43, primer párrafo), pero además incluyó - como novedad - el llamado amparo colectivo (art. 43, párrafo segundo), perfilándolo como una vía útil para oponerse contra cualquier forma de discriminación, así como para tutelar *los derechos de incidencia colectiva* en general (según la terminología utilizada en nuestra Constitución), quedando comprendidos en ellos - de manera no taxativa - los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, y a los usuarios y consumidores. La norma constitucional dejó establecido que, en el caso del amparo colectivo, la legitimación procesal activa puede ser titularizada no solo por el afectado sino también por el Defensor del Pueblo y por las asociaciones civiles (ONGs) que, debidamente registradas, tengan en su objeto asociacional la defensa y promoción del derecho de incidencia colectiva que se invoca.

Al especificar los contornos de la acción de amparo (a la que califica de *expedita* y *rápida*) la constitución instruye que ésta será procedente:

- a) contra todo acto u omisión emanado tanto de autoridad pública como de particulares,
- b) que, en forma actual o inminente, sea susceptible de lesionar, restringir, alterar o amenazar, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cualquier derecho o garantía reconocido en la Constitución, en un tratado o en una ley.
- c) por conducto de la acción de amparo se podrá impugnar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Resulta claro entonces que el amparo se presenta como la vía judicial más adecuada para vehicular la exigibilidad jurídica del derecho al agua, contra cualquiera de las afectaciones, injerencias y/o vulneraciones que pudieran afectarlo, sea en el plano individual (vgr. inadecuada provisión de suministro, corte arbitrario de suministro, falta de calidad del mismo, etc.) o sea en una dimensión colectiva en tanto la afectación alcance a un conjunto o grupo de personas que constituya, o bien un acto discriminatorio (vgr. falta de acceso al agua a sectores sociales desfavorecidos), o bien, una amenaza o peligro al medio ambiente (por ej. contaminación de cursos de aguas) o, en su caso, una lesión generalizada a los derechos de los consumidores (aumento ilegal, arbitrario o desmesurado de los precios de las tarifas, por citar un ejemplo), en cuyos casos, como vimos, la legitimación activa puede ser ejercida por el Defensor del Pueblo (como institución estatal, extra poderes, protectora de derechos fundamentales y que la OG 15 reconoce expresamente en su punto 55) o por asociaciones de la sociedad civil que se encuentren debidamente registradas y que propendan a esos fines.

Debe señalarse además que conjuntamente a la interposición de una acción de amparo, pueden peticionarse medidas cautelares (innovativas o de no innovar), tendientes a asegurar una pronta, aunque provisional, tutela del derecho que se invoca como afectado, siempre que puedan fundarse los dos requisitos básicos para su admisibilidad: la verosimilitud del derecho (*fumus bonus iuris*) y la existencia de peligro en la demora (*periculum in mora*).

4.2.1 Hacia la plena exigibilidad del derecho al agua. Un fallo esperanzador

A mediados de 2007, la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos dictó un fallo sin precedentes que, tanto por su fundamentación como por su proyección merece ser considerado como un *leading case* en materia de reconocimiento del derecho al agua. En lo sustancial, se resolvió condenar al Gobierno de la Ciudad a garantizar el suministro de agua potable a varias manzanas de un asentamiento precario – conocido como “Villa 31 bis” – para lo cual se dispuso que, hasta tanto el Gobierno porteño se encuentre en condiciones de ofrecer otra alternativa que asegure la normal prestación del servicio de agua, se deberá proveer de agua potable a los habitantes de dicho asentamiento, mediante tres camiones cisterna que concurrirán la cantidad de veces que resulte necesario hacerlo, en el horario de 8 a 22 horas, inclusive los días domingos, sin soslayar el llenado de los tanques de reserva.³⁷

Hasta ese entonces, si bien la justicia argentina ya había reconocido – como luego veremos – la existencia del derecho humano al agua y la admisibilidad del amparo como garantía judicial para su protección, ninguno de esos pronunciamientos se había fundado –normativamente– en la plena aplicabilidad de las disposiciones de la Observación General Nº 15 del Comité DESC.

La acción que señalamos fue promovida por una organización no gubernamental dedicada a la defensa y promoción de derechos humanos. Mediante la interposición de un amparo colectivo, esa entidad civil invocó la representación de los derechos de incidencia colectiva del núcleo poblacional afectado por la falta de suministro de agua, dado que si bien en el citado barrio existía un precario sistema troncal de provisión de agua, éste no llegaba a abastecer a ciertas manzanas, las que no contaban con ningún tipo de acceso a la red de agua potable.

El caso en comentario resulta por demás relevante, toda vez que involucra uno de los aspectos de mayor complejidad en cuanto a la plena efectividad del derecho al agua en su faceta prestacional: el que tiene que ver con los alcances de las obligaciones de garantizar por parte del Estado a fin de asegurar el acceso y provisión de agua, y a su vez, con los límites jurisdiccionales para imponer tales obligaciones.

³⁷ Causa Nº 20898/0 - “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/ GCBA s/ amparo” - Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires - SALA I - 18/07/2007.

Por cierto, uno de los problemas más significativos que se presentan en nuestro país está dado por la existencia de diversos núcleos poblacionales (rurales o urbanos) que, o bien adolecen de un servicio de red de agua potable insuficiente, o bien carecen directamente de acceso al servicio domiciliario de agua potable.

El problema es aún mayor cuando se trata de asentamientos precarios que se conforman espontáneamente y, en general, en forma antirreglamentaria, por ocupación o usurpación de terrenos públicos o privados. Normalmente, una vez instalados los primeros grupos, la densidad poblacional de estos asentamientos tiende a crecer muy rápidamente, congregándose allí numerosas familias (niños, mujeres y adultos) socialmente desventajadas que no tienen otras posibilidades habitacionales. Va de suyo que la conformación de este tipo de asentamientos obedece a razones de tipo socio económicas y, en su enorme mayoría, son manifestaciones de marginalidad, exclusión social y pobreza.

Las actitudes que el Estado puede adoptar frente a este tipo de fenómenos – señalan Pinto, Torchia y Martín – son básicamente tres: i) el desalojo, a efectos de su relocalización en áreas – al menos en teoría – más favorecidas; ii) la relocalización de los necesitados mediante planes sociales de asistencia habitacional, o; iii) la regularización del asentamiento (urbanización) mediante la incorporación a los planes de expansión del servicio básico. De todo lo cual se colige que cualquier actitud omisiva del Estado en este sentido hace nacer su responsabilidad por incumplimiento del deber de garantizar los derechos humanos a los más desfavorecidos³⁸.

En esta inteligencia, el caso de la “Villa 31 bis” tiene ribetes por demás interesantes que, seguidamente, apenas enunciaremos:

- En primer lugar, se admitió la legitimación procesal activa de una asociación civil (ONG) para titularizar la acción judicial en representación del grupo desfavorecido, dándole de esta manera una dimensión colectiva al derecho de acceso al agua.
- En segundo lugar, se reconoció la plena operatividad de los derechos sociales, sobre la base de considerar la necesaria interrelación e interdependencia de todos los derechos humanos, más allá de cómo se los clasifique o se los denomine:

“[...] A esta altura resulta conveniente recordar que los derechos que se encuentran en conflicto en el marco del presente proceso son básicos en un estado social de derecho, sean estos derechos individuales (derecho a la vida, a la dignidad, a la autonomía) o derechos sociales (derecho a la salud, a la mejor calidad de vida, al acceso y provisión de agua) “...

³⁸ M. PINTO, N. TORCHIA, L. MARTÍN, *El Derecho al Agua. Particularidades...*, cit., p. 153 y ss.

La interdependencia de los derechos es evidente, pues, por ejemplo, resulta difícil pensar de qué manera puede estar protegido el derecho a la salud si no se tiene acceso a un suministro mínimo de agua potable o si el agua de la que uno se nutre se encuentra contaminada.

A esta altura y como se viniera adelantando en los considerandos precedentes, a criterio de este Tribunal, existen derechos que -más allá de su inclusión doctrinaria en una u otra categoría (operativos o programáticos)-, deben ser reconocidos como derechos subjetivos -por su profunda vinculación con el derecho a la vida, a la dignidad y la autonomía individual- al tiempo que constituyen derechos sociales que exigen del estado la adopción de medidas efectivas para su concreción...”

- En tercer lugar, en los fundamentos del decisorio se tuvo expresamente en cuenta la aplicabilidad de la OG 15 al caso, y la consecuente obligación de los poderes del Estado en hacerla cumplir:

“Ahora bien,...la citada Observación General referida al derecho al agua, evidencia una notable importancia para el ser humano, toda vez que proporciona a la sociedad civil un instrumento que responsabiliza a los gobiernos de la garantía del acceso equitativo al agua, circunstancia que, además, no puede ser obviada por el Poder Judicial al adoptar decisiones en contiendas donde justamente el derecho que se encuentra amenazado es el acceso al agua potable.

Ello así, dado que los jueces como integrantes de uno de los poderes del estado se encuentran en la misma obligación que los legisladores o los organismos administrativos en lo que se refiere al respeto y realización de los derechos reconocidos expresa o implícitamente en los pactos internacionales que, en el caso particular de nuestro país, además, gozan de jerarquía constitucional tras la incorporación -como consecuencia de la reforma constitucional de 1994- del art. 75 inc. 22 a la Ley Suprema, conformando juntamente con las cláusulas constitucionales y el resto de las normas internacionales a las que adhirió nuestro país el llamado “bloque de constitucionalidad” que debe orientar toda la actividad ejecutiva, legislativa y judicial de nuestro país. Ello, cuando deban intervenir en la resolución de controversias entre partes traídas ante sus estrados.

Debe destacarse -porque resulta de trascendental importancia para este caso, conforme la forma en que se suscitó la controversia- que la ya mencionada observación general tiene un valor aún más importante para estos actuados, dado que sitúa en primer plano a las personas más perjudicadas, en particular los pobres y los vulnerables, y centra en ellos las actividades...”

- En cuarto lugar, tomando en cuenta otras observaciones del Comité DESC, se precisaron las obligaciones del Estado en cuanto a asegurar un mínimo de acceso al agua:

“Así las cosas, el derecho al goce y suministro del agua potable -en tanto elemento esencial para la vida- es un deber de las autoridades públicas que supone un nivel mínimo de efectiva vigencia. Como ya se ha señalado, en algunos casos es necesario adoptar medidas positivas, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los estándares mínimos exigibles.

De esta forma, cuando un individuo o grupo no puede acceder al disfrute de un derecho fundamental como es el acceso al agua potable, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas pertinentes para proveer, al menos en un estadio básico, la satisfacción de esa necesidad vital. Este deber tiene vigencia aún en períodos excepcionales de crisis o emergencias, en especial cuando se trate de grupos en situación de extrema precariedad...

En tal sentido es pertinente recordar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado, interpretando el artículo 2 del Pacto homónimo, que "...corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias 'hasta el máximo de los recursos de que disponga'. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas" (Observación General 3, punto 10)..."

De este modo, conforme lo escuetamente transcrito, nos parece que el citado fallo - que hace gala de un prudente activismo judicial - está llamado a marcar un sendero auspicioso para el definitivo reconocimiento del derecho al agua en la Argentina y la plena aplicabilidad y exigibilidad de la OG 15.

4.3 La acción sumarísima de defensa del consumidor

Según lo hemos afirmado más arriba, la acción de amparo se presenta como la herramienta procesal por excelencia más idónea para la efectiva tutela jurisdiccional del derecho al agua. No obstante, habrá que apuntar que ella no es la única.

En efecto, la ley 24.240 de Defensa al Consumidor (LDC) - recientemente reformada por Ley 26.361/2008 - prevé que los usuarios de cualquier servicio en general (público o privado) pueden interponer una acción judicial (sea en forma individual o colectiva), bajo el trámite del proceso más abreviado (sumarísimo), donde se garantiza para el usuario o consumidor el principio de justicia gratuita. De modo tal que, ésta acción sumarísima puede resultar, según los casos, una vía apta para la eficaz defensa del derecho al agua en el marco de las relaciones de consumo que se entablan entre el/los usuario/os del servicio de agua y saneamiento y su proveedor (trátase del propio Estado o de un concesionario privado).

Obsérvese que la actual LDC – emulando los perfiles del amparo constitucional– establece que dicha acción podrá ser iniciada por el consumidor o usuario por su propio derecho, por las asociaciones de consumidores o usuarios – debidamente autorizadas – , por los organismos estatales que actúan como autoridad de aplicación de la ley – a nivel nacional, provincial o local –, por el Defensor del Pueblo y por el Ministerio Público Fiscal; especificándose un procedimiento especial para la acciones de incidencia colectiva (art. 52, 53 y 54) que recogen, en buena medida, algunas reglas de las llamadas acciones de clase.^{39 40 41}

³⁹ Ley de defensa al consumidor, Artículo 52 (mod. por ley 26.361/2008): Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

⁴⁰ Ley de defensa al consumidor, Artículo 53 (mod. por ley 26.361/2008): Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés

Por lo demás, habrá que tener en cuenta que el nuevo artículo 52 bis⁴² de la LDC incorporó el instituto del “daño punitivo”, especie de multa civil – originaria del derecho anglosajón – que permite al juez de la causa aplicarla a favor del consumidor afectado, cuyo monto se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de las indemnizaciones que correspondan.⁴³

individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

⁴¹ Ley de defensa al consumidor, Artículo 54 (mod. por ley 26.3617/2008): Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

⁴² Ley de defensa al consumidor, Artículo 52 bis (mod. por ley 26.3617/2008): Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

⁴³ A modo ilustrativo, señalamos que uno de los primeros fallos en donde se aplicó el instituto de *daño punitivo* en la Argentina fue, precisamente, en una causa contra una empresa de servicios públicos (telefonía), a la que se había condenado por no tener en uno de sus locales de atención al público los accesos para personas con discapacidad exigidos por ley, impidiéndole al demandante el ingreso al mismo. El tribunal consideró que se trató de una conducta discriminatoria por parte de la empresa – y como tal, violatoria de instrumentos internacionales de derechos humanos de raigambre constitucional- que mostraba un gran desprecio por los

Si bien aún no se han registrado casos judiciales en los que se haya utilizado la acción sumarísima de defensa del consumidor en lo atinente a la prestación del servicio público de agua potable (aunque sí se lo ha hecho respecto de otros servicios públicos domiciliarios), ella no deja de ser una herramienta útil (alternativa a la del amparo) para proteger el derecho al agua, al menos, en alguno de sus aspectos.

4.4 ¿Puede el *habeas corpus* ser una herramienta útil para proteger el derecho al agua?

La OG 15, entre los temas especiales de aplicación en materia de no discriminación e igualdad, ha previsto que “Los presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales cotidianas...” (conf. punto 16 inciso g.)

Las condiciones en las que se encuentran alojadas las personas privadas de su libertad en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país son, en muchos casos, paupérrimas e indignas. En tales lugares de detención, entre otras muchas deficiencias, el suministro de agua no es ni el adecuado en calidad, ni el suficiente en cantidad.

Viene al caso recordar que el artículo 18 de la Constitución Argentina prescribe que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que goza de jerarquía constitucional, dice en su Artículo 10, que: “1. Toda

derechos de la comunidad y que ocasionó un innegable daño moral al consumidor. En tal sentido el tribunal sostuvo que “Se ha considerado, además, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación (Farina, Juan M., ob. cit., pág. 567).- Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor... Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado, dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Álvarez Larrondo, “Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361”, LL 2008-D, 58).- ... Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva...En esta última categoría -a mi criterio- se sitúa el supuesto bajo estudio: se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil...” (autos “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares”, Expte. Nº 143.790, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar Del Plata - Pcia. de Buenos Aires - SALA II - 27/05/2009)

persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano... 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”; y, en el mismo sentido, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - también con rango constitucional- establece en cuanto al Derecho a la Integridad Personal que “... 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano... 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

En consecuencia, si tenemos en cuenta que en el citado artículo 43 CN, *in fine*, se incorporó - junto al amparo - al *habeas corpus*, precisando que se trata de una garantía que procede no solo contra las detenciones arbitrarias sino además cuando se denuncie *el agravamiento ilegítimo en las formas o condiciones de detención*, parece claro que, en tales circunstancias, la utilización de ésta herramienta tutelar puede resultar un remedio apto para procurar en ciertos casos - aunque por vía indirecta- el cumplimiento de las disposiciones especiales contenidas al punto 16, inc. g) de la OG 15 referidas al suministro adecuado de agua potable y salubre a quienes se encuentren presos o detenidos.

Cabe por último añadir, que el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) presentó hace unos años un *habeas corpus colectivo*, en favor de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos policiales superpoblados, en el cual se denunció - aunque sin hacer mención expresa al derecho al agua - el incumplimiento de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos” que son las que expresamente cita la OG 15 como fuentes de referencia a lo dispuesto en el punto 16 inc. g), arriba mencionado.⁴⁴

⁴⁴ Regla 13.” Las instalaciones de baño y de ducha deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que lo requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado”. La regla 15, a su vez, afirma que los reclusos “... dispondrán de agua y de los artículos de aseo indispensables para su salud y limpieza...”.

V El corte de suministro de agua por falta de pago

5.1 Abordaje general del problema. Intervención que afecta el derecho de acceso al agua

Conforme al marco precedentemente expuesto, corresponde ahora adentrarse al análisis de la cuestión que hemos enunciado como particularmente problemática en la introducción de este trabajo, y que tiene que ver con la viabilidad jurídica de proceder a la interrupción del servicio de agua potable por razones fundadas en la falta de pago.

Hemos señalado en este trabajo que el derecho al agua - concebido como un nuevo derecho social que se agrega a los ya enumerados en el PIDESC - se presenta como un derecho de estructura compleja que si bien reconoce una cariz predominante prestacional también admite una faceta defensiva que - en términos de la OG 15- comporta el derecho a mantener el acceso a un suministro básico de agua necesario para ejercer el derecho al agua así como el derecho a no ser objeto de injerencias, tales como por ejemplo, la de no sufrir cortes arbitrarios del suministro.

El corte o suspensión del servicio de agua se presenta así como una de las formas de intervención o injerencia que afecta, fundamentalmente, la faceta defensiva del derecho al agua. A este respecto no hay mayores dudas acerca de que una interrupción o suspensión infundada (es decir, no imputable a la conducta del usuario) o intempestiva (las que se realizan sin previo aviso o notificación, aun cuando mediere falta de pago) importan una conducta de tipo arbitraria.

Ahora bien, cuando el corte de suministro obedece a la falta de pago del usuario que, además, ha sido avisado previamente de ello ¿puede afirmarse que se trata, igualmente, de una medida arbitraria?; dicho de otro modo ¿importa ello una intervención ilegítima que, como tal, afecta el contenido mínimo del derecho a acceder al agua o, por el contrario, puede admitirse que, bajo ciertos requisitos, se trate de una medida de intervención válida como un límite posible o admisible al ejercicio del derecho al agua?

El problema presenta aristas complejas que conviene analizar con algún detenimiento.

5.2 Distinción entre corte total y restricciones al suministro de agua. El corte total es inconstitucional.

El derecho de acceso al agua, y su efectivo uso y goce implica, correlativamente, una obligación del Estado de organizar un sistema de provisión y abastecimiento de agua potable, salubre y suficiente que, dado su carácter de universalidad, debe procurar extenderse a todo el conjunto de la población. Ciertamente la implementación y mantenimiento de ese sistema importa grandes inversiones y un costo económico muy importante, de lo cual resulta razonable inferir que el recupero de dichos costos deba

ser soportado, al menos en alguna proporción, por quienes resulten ser beneficiarios de dicho servicio mediante el pago de una contribución o tarifa periódica, cuyo precio sea razonable o económicamente accesible, en base a criterios de distribución equitativa.

Vale decir entonces que, en principio, partiendo del marco relacional de los derechos, es factible sostener que frente al derecho que a cada uno le asiste de acceder al servicio de agua potable, le corresponde, a su vez, una obligación (mínima) de contribuir económicamente a la sustentabilidad del sistema, en tanto no es dable presuponer que el abastecimiento de agua a través de una red domiciliaria de distribución sea enteramente gratuito.

El aporte económico que cada usuario hace, deviene así en un deber individual que se proyecta socialmente, en términos de solidaridad, hacia el conjunto de la comunidad en la que habita, tanto para mantener un servicio adecuado como para facilitar la expansión del mismo, en miras a que el Estado pueda cumplir progresivamente con la meta (obligacional) de garantizar el suministro de agua a todos, sin discriminación.

Hay quienes recuerdan que este deber de contribuir – en tanto que *a todo derecho le corresponde una obligación correlativa* – encuentra su punto de apoyo en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (instrumento que goza de jerarquía constitucional en Argentina, conf. art. 75 inc 22 CN), en cuyo texto se dispone que “Toda persona tiene el deber de pagar impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos” (artículo XXXVI).

Al analizar esta problemática, Pinto, Torchia y Martín señalan, en primer lugar, que

“Conforme los actuales conceptos sobre el derecho al agua como prerrogativa humana, no resulta justo que quien no disponga de medios económicos suficientes vea frustrado el ejercicio de su derecho... En segundo lugar, y desde el punto de vista del administrador y de la sustentabilidad del sistema, tampoco parece conveniente vedar de una herramienta excepcionalmente eficaz para compeler al pago, como lo es la restricción o corta del servicio ante la morosidad; más aún si entendemos que no podemos hablar de derechos que se ejerciten abusivamente en desmedro del conjunto social, especialmente cuando se trata de prerrogativas que – en cuanto se vinculan en ciertos aspectos a la tercera generación de derechos humanos – ponen énfasis en la solidaridad...Tolerar la falta de pago de un usuario con capacidad económica para ello, importa una situación tan injusta como no tolerar la de aquel que no tiene los medios para hacerlo... Pero no es tan clara la conclusión en el caso de usuarios que no presenten tal imposibilidad de pago: por un lado, se encuentra comprometido el ejercicio de un derecho humano que no reconoce distinciones de ningún tipo entre personas, y por ello podría sostenerse la inviabilidad de la corta de servicio; pero por otro lado, es injusto e irrazonable el subsidio del Estado a quien no lo necesita, constituyendo un ejercicio abusivo del derecho

por parte de quien evade indebidamente los costos del servicio, atentando contra la sustentabilidad de éste ... Por ello, *prima facie* no es posible concluir que la corta o la restricción de los servicios de agua potable y saneamiento sea lisa y llanamente – como lo sostienen algunos – inconstitucional o ilegal. Por el contrario, nos pronunciamos por su constitucionalidad, debiendo determinarse en qué casos y bajo qué circunstancias excepcionales esta afirmación no es válida. Básicamente entendemos que la corta o la restricción del servicio por mora es procedente salvo que su causa se deba a la incapacidad de pago del usuario. Al efectuar estas consideraciones no debe olvidarse que la prestación de los servicios públicos de agua y saneamiento involucran grandes inversiones no liquidas, cuyos plazos de amortización son frecuentemente largos y de las cuales depende directamente la expansión y la universalización del servicio. Por ello debe procurarse también dotar a los prestadores –públicos o privados- de las herramientas necesarias para que el servicio sea lo menos deficitario posible, sin que ello vaya en detrimento del efectivo cumplimiento de los derechos humanos, a cuya realización, en definitiva se encuentra obligado el mismo Estado”⁴⁵

Si bien compartimos los extremos del análisis general que efectúan los mencionados autores, no suscribimos sus conclusiones, al menos, no en su totalidad.

A nuestro entender, y en primer lugar habría que distinguir con mayor precisión que una cosa es el corte, interrupción o suspensión *total* del suministro de agua y otra cosa son las *restricciones* que se puedan establecer, por vía legal o reglamentaria, sobre el mismo.

En efecto, el corte o suspensión total supone la supresión del servicio, es decir, lisa y llanamente la falta de acceso al agua; mientras que el término restricciones implica una limitación, una reducción cuantitativa a las cantidades disponibles de agua. En otras palabras, las restricciones no suponen la supresión total del servicio sino un acceso más acotado.

Tomando en cuenta ésta distinción, nos parece que el corte total del suministro de agua por falta de pago (aun cuando se trate de personas que no presentan incapacidad de pago) importa una intervención ilegítima sobre el derecho de acceso al agua, en tanto afecta directamente el contenido mínimo de ese derecho fundamental.

De una lectura detenida de la OG 15 se advierte que, si bien la provisión de agua (como obligación a cargo del Estado) no se presupone gratuita sino asequible y económicamente accesible (precios bajos y razonables) ello no implica que el Estado (o quien resulte prestador del servicio) quede facultado para impedir el acceso al agua potable en forma absoluta, toda vez que el derecho humano al agua se construye sobre la base de considerar que el agua es un bien indispensable para vivir dignamente y es

⁴⁵ M. PINTO, N. TORCHIA, L. MARTÍN, *El Derecho al Agua. Particularidades...*, cit., p. 138 y ss.

condición previa para la realización de otros derechos humanos y como tal se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia.

En nuestra opinión, y contrariamente a lo sustentado por los referidos autores, cualquiera medida o cláusula infraconstitucional -legal o reglamentaria- que prevea la posibilidad de cortar o suspender en forma total el suministro en viviendas familiares y en establecimientos de salud, de educación y carcelarios, se nos presenta, *prima facie*, como arbitraria y por ende inconstitucional.

Ello así porque, en primer lugar, si se acepta el criterio aquí sustentado en cuanto a que el derecho humano al agua es un derecho fundamental que la Constitución argentina alberga - a partir de que el PIDESC cuenta con jerarquía constitucional y en tanto que los pronunciamientos del Comité DESC son fuente obligada para la interpretación y aplicación del mismo- nos resulta claro que la corta total del servicio contradice la Observación General N° 15 en cuanto a la obligación de garantizar un mínimo de acceso al agua (disponibilidad, calidad y accesibilidad) siendo que por otro lado, ello podría configurar un caso de interrupción o desconexión arbitraria o injustificada del servicio, previsto expresamente en la OG 15 como una de las violaciones de la obligación de respetar (punto 44. a. i).⁴⁶

Pero, en segundo lugar, si no se aceptara que el derecho al agua es un derecho fundamental incorporado a la Constitución Nacional por conducto del PIDESC, igualmente nos parece que el corte total de suministro de agua por falta de pago debe reputarse como inconstitucional, en cuanto lesiona el derecho a la *protección de la salud* y de la *seguridad* de quienes son usuarios de un servicio público, en los términos que expresamente reconoce el artículo 42 CN. Más aún si en el hogar que sufre el corte total de suministro viven menores y mujeres, dado que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer- ambos instrumentos que gozan de jerarquía constitucional - obligan al Estado a adoptar medidas para garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud y el derecho a gozar de condiciones de vida acordes a la dignidad humana, entre las cuales se menciona expresamente el abastecimiento suficiente y adecuado de agua potable y salubre.

Ahora bien, descartada por inconstitucional la posibilidad de que se efectúe la interrupción total en la provisión de agua por falta de pago, queda entonces por analizar la posibilidad de que el suministro de agua sufra ciertas *restricciones*.

⁴⁶ “44. Aunque no es posible confeccionar por adelantado una lista completa de las violaciones, a partir de la labor del Comité se puede individualizar una serie de ejemplos típicos que ilustran los niveles de obligación: a) Las violaciones de la obligación de respetar se desprenden de la interferencia del Estado Parte con el derecho al agua. Estas violaciones incluyen, entre otras cosas: i) la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada de los servicios o instalaciones de agua; del agua;...”

A nuestro entender, para que las restricciones sean jurídicamente aceptables (o que no puedan tacharse de arbitrarias o inconstitucionales) deben observarse al menos los siguientes requisitos:

- a) que sean preestablecidas preferentemente por *ley formal*;
- b) que sobre la base de declarar o reconocer que el derecho humano al agua es un derecho fundamental, se establezca que la restricción del servicio por falta de pago deberá asegurar, en todos los casos, la provisión de un caudal mínimo de agua que resulte adecuado para satisfacer las necesidades básicas para usos personales y domésticos, los que incluyen el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. Para fijar un parámetro estimativo –como piso mínimo e indispensable de prestación restringida - parece ineludible recurrir a los informes y estudios realizados por los distintos organismos internacionales especializados. Así, según los criterios de la OMS y del UNICEF, 20 litros de agua por día es una cantidad suficiente para beber y para la higiene personal básica de un individuo; pero si se toman en cuenta las necesidades de agua para el baño y para lavar, la cantidad mínima de agua al día por persona ascendería de 50 litros hasta 100 litros, según los casos (cantidad de individuos o de familias, tipo de vivienda, cercanía de acceso a fuentes públicas, aspectos culturales de la región, etc.)
- c) La restricción no puede ser inmediata. Debe comenzar a operar luego de un determinado tiempo de morosidad que, a nuestro juicio, nunca podrá ser por la falta de pago de un solo periodo (sea mensual o bimestral) sino que deberá contemplar, al menos, tres periodos consecutivos impagos.
- d) La restricción tampoco puede ser intempestiva. Esto es que previo a proceder a la medida de restricción, el usuario debe ser notificado de la situación por medio fehaciente y con antelación suficiente, e intimado a abonar lo adeudado.
- e) En todos los casos deberán contemplarse diversos medios de pago e implementarse planes de facilidades o cuotas, que si bien puedan contemplar la aplicación de intereses moratorios mínimos, resulten lo suficientemente flexibles para permitir que los usuarios morosos se pongan al día con sus deudas, sin necesidad de llegar a la restricción.

Por último, nos parece que este criterio se compadece mejor con la garantía mínima de acceso al agua - desde su consideración como derecho humano básico - ya que fija pautas, si se quiere, más objetivas, y dado que además permite sortear, con cierta razonabilidad, aquellas situaciones que se plantean como dudosas referidas a las personas que no pagan el servicio pudiendo hacerlo, que se reputan como conductas socialmente disvaliosas o reñidas con principios elementales de solidaridad.

Ello así, pues no habrá que olvidar que aún para el supuesto de que existan personas que sin exhibir imposibilidad o incapacidad de pago decidan igualmente no abonar sus servicios, existen otras herramientas procesales suficientes como para compeler o exigir judicialmente el pago, sin llegar al corte total de suministro; pues, se supone, que quien no tiene dificultad económica es porque dispone de ciertos bienes o ingresos sobre los cuales pondrán reclamarse las deudas que, injustificadamente, no son pagadas. Admitir, aun en estos casos, que el corte total de suministro puede ser un instrumento válido de presión para obtener el cobro del servicio, existiendo otras vías que permiten alcanzar el mismo objetivo, nos parece “tomar un atajo” que, en definitiva, atenta directamente contra el contenido mínimo e indispensable a disponer de agua potable que, como derecho fundamental, debe garantizarse a toda persona.

5.3 El corte de suministro de agua por falta de pago en la Argentina

5.3.1 De la privatización a la re-estatización del servicio público de suministro de agua. Breve recorrido de la historia reciente.

La Argentina, a comienzos de la década del 90, experimentó un profundo proceso de reforma del Estado (que algunos no dudaron en calificar como “*desguace del Estado*”).

Bajo el influjo de concepciones neoconservadoras que abogaban por un “Estado mínimo” (es decir, que no interfiriera en el mercado) como modelo contrapuesto para sustituir al Estado (des)calificado por esta concepción como “elefantiásico” y “omnipresente” (incapaz de gestionar y administrar de manera eficiente), se produjo un generalizado proceso de privatizaciones de los servicios públicos que, hasta allí, estaban básicamente en manos del Estado.

Mediante la sanción de la ley 23.696 (agosto de 1989) se declaró la emergencia económica y administrativa en la prestación de los servicios públicos, delegando así facultades en el Poder Ejecutivo Nacional (PEN), que habilitaron la ejecución de distintas modalidades de desregulación, concesión y privatización de los mismos, por vía reglamentaria.

Por Decreto Nº 787 del 22 de abril de 1993 se aprobó la adjudicación de la concesión de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales - que otrora prestaba la empresa estatal Obras Sanitarias de la Nación - a favor de un consorcio de capitales extranjeros (AGUAS ARGENTINAS S.A.).

Tanto en el Pliego de Bases y Condiciones como en contrato de concesión, se establecieron distintas metas a alcanzar durante la vigencia de la concesión: garantías de calidad en el suministro de agua potable; continuidad y regularidad en la prestación del servicio; protección de la salud pública, los recursos hídricos y el ambiente; así como un programa de inversiones en infraestructura y obras tendientes a ampliar la cobertura y mejorar del servicio.

Paralelamente, dentro del marco regulatorio, se dispuso la creación del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), ente público-estatal regulador del servicio (que dependía funcionalmente del PEN), destinado a la fiscalización y control del servicio concesionado y a la protección de los usuarios, con potestades sancionatorias, basadas fundamentalmente en la aplicación de multas.

Lo cierto es que - por diversas razones que exceden el presente trabajo- la gestión en manos privadas del servicio, en términos generales, fracasó, pues lejos estuvo de alcanzar las metas prefijadas y de lograr avances concretos para mejorar la provisión y calidad de agua potable y extender la cobertura del servicio a mayores sectores de la población.

En consecuencia, tras el derrumbe del modelo de la convertibilidad y la aguda crisis económica que imperó entre los años 2001 a 2003, el PEN - ya en manos de un nuevo gobierno- resolvió finalmente por Decreto Nº 303/2006, rescindir el contrato de concesión con la empresa Aguas Argentinas S.A., por culpa exclusiva del concesionario y, paralelamente, dispuso la creación de una Sociedad Anónima de propiedad mayoritaria estatal denominada "Agua y Saneamientos Argentinos" (AySA), mediante Decreto Nº 304/2006 ratificado luego por el Congreso Nacional a través de la Ley 26.100, y por la que reasumió su obligación de operar y gestionar directamente la provisión del servicio de agua potable y cloacas.

Entre las causas que motivaron la rescisión contractual, el citado Decreto destaca, puntualmente, la existencia de altos niveles de nitrato en el agua suministrada a domicilios residenciales, excediendo los límites permitidos por el Código Alimentario Nacional, reafirmando a su vez, que ello ha sido motivo de múltiples advertencias y sanciones por parte del ETOSS, a pesar de lo cual la empresa no realizó, durante los 13 años de gestión, ninguna de las medidas a las que se había comprometido para mejorar la calidad del agua.

Por último, señalamos que mediante Ley 26.221 el Congreso Nacional dispuso: a) la aprobación de los instrumentos y convenios respectivos a la re-estatización del servicio; b) la disolución del ETOSS, creando un nuevo Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), que funcionará en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y el que ejercerá el control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la nueva empresa estatal; c) la creación, en el ámbito del mismo Ministerio, de la Agencia de Planificación, la que tendrá a su cargo la coordinación integral de la planificación de las obras de expansión y mejoramiento del servicio, d) la aprobación de un nuevo Marco Regulatorio para la prestación del servicio público de agua potable y desagües cloacales.

En suma, tomando en cuenta el periodo comprendido desde la recuperación de la Democracia (1983) hasta la actualidad, la obligación de prestar el servicio de agua

potable y saneamiento – sin dejar de ser una obligación en cabeza del Estado - ha pasado por los siguientes estadios:

- Entre 1983 y 1993, estuvo a cargo de una empresa estatal (Obras Sanitarias), sujeta a controles internos propios de la Administración (auditorías, sindicatura, etc.)
- Entre 1993 y 2006, el servicio se concesionó a un prestador privado (consorcio empresarial internacional) reservándose el Estado un rol subsidiario en materia de control y fiscalización de la prestación del servicio, a cuyo fin creó un Ente Regulador específico dependiente de la Administración y con facultades sancionatorias (ETOSS).
- Desde 2006 hasta la fecha, el servicio se reestatizó, y luego de rescindir el contrato de concesión se creó una nueva empresa estatal (AySA). Se estableció por vía reglamentaria (aprobado luego por ley) un nuevo Marco Regulatorio, en cuyo caso se creó otro Ente Regulador (ERAS) y la Agencia de Planificación.

5.3.2 La jurisprudencia nacional y los cortes al servicio de agua. Paneo de la regulación infraconstitucional en esta materia

En la década de los 90, época de la oleada privatizadora, tanto los pliegos de bases y condiciones como los contratos de concesión y los marcos regulatorios (nacionales y provinciales) preveían, en general, que el prestador (privado) del servicio tuviera la facultad de proceder al corte total del suministro de agua e incluso, al retiro de los medidores, ante la falta de pago del servicio (normalmente, de dos bimestres o facturas consecutivas) siempre que se hubiera remitido al domicilio del deudor un aviso previo al corte. Así, por citar un ejemplo, el Contrato de Concesión de Aguas Argentinas S.A. (que abarcaba la distribución y suministro de agua en la Ciudad de Buenos Aires y en buena parte del conurbano bonaerense) habilitaba a la empresa concesionaria a efectuar el corte de servicio por falta de pago, cuando exista una mora en una factura de por lo menos ciento ochenta (180) días para usuarios residenciales y noventa (90) días para usuarios no residenciales, siempre y cuando haya avisado en forma fehaciente, con una antelación mayor a siete (7) días.

Los casos de corte total de suministro de agua no tardaron en llegar a los estrados judiciales, básicamente, a través de la interposición de acciones de amparo. En un primer momento, la justicia argentina se mostró vacilante respecto de admitir o no el corte total de suministro por falta de pago, dado que en algunos casos se interpretó que la interrupción del servicio ante la falta de pago de facturas por servicios ya prestados no se presenta, en sí misma, como un acto arbitrario o ilegal, sino que se trata de una facultad expresamente otorgada al concesionario, motivo por el cual, como regla general, las acciones u omisiones que se sustentan en una norma de alcance general no exhiben arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que es un requisito central para la admisibilidad del amparo.

Hacia las postrimerías de la década del noventa, los cortes de servicios por falta de pago comenzaron a proliferar. Por aquel entonces ya se empezaba a notar el agotamiento del modelo económico que entre otras cuestiones trajo aparejado un creciente aumento de los niveles de desempleo, sumado ello a que los prestadores del servicio en las distintas regiones del país – en su gran mayoría privados – no solo evidenciaban ciertas deficiencias en el servicio sino que en muchos casos cobraban tarifas que distaban bastante de ser accesibles. A partir de este cuadro de situación, la tendencia jurisprudencial empezó, paulatinamente, a virar de rumbo.

Así, por ejemplo, el Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes, en 1998, resolvió que:

“La provisión de agua es actividad que siempre deberá ser cumplimentada por el Estado, ya sea en forma directa o indirecta mediante el otorgamiento de concesiones, permisos o licencias al sector privado, en tanto se trata de un servicio esencial. Lo expuesto permite concluir que la empresa prestadora del mismo no puede válidamente interrumpirlo cuando un concreto usuario que revela menesterosidad, incurre en incumplimiento de la obligación de abonar la correspondiente tarifa”⁴⁷

En otro precedente del año 2001, resuelto por una Cámara Federal de la Ciudad de Buenos Aires, se confirmó una medida cautelar dictada por un Juzgado de Primera Instancia tendiente a restituir el servicio de agua cortado por falta de pago, con los siguientes fundamentos:

“Es procedente el dictado de una medida cautelar innovativa tendiente a la restitución del suministro de agua corriente y cloacas en la vivienda del actor, aun cuando éste haya reconocido un crédito a favor de la empresa prestadora -en el caso, se suspendió el servicio por falta de pago-, pues se trata de un servicio público que provee un elemento vital para la subsistencia”⁴⁸

En la Provincia de Buenos, también se admitió una medida cautelar tendiente a restituir el servicio por falta de pago, teniéndose muy en cuenta, en este caso, que el usuario afectado había formulado reclamación administrativa previa, cuestionando por excesivos los montos facturados por el servicio:

“... Atendiendo a ello y a la provisionalidad propia de las medidas cautelares, surgen acreditados *prima facie* los recaudos de verosimilitud y peligro en la demora para acceder -como lo admitiera el a quo- a la precautoria solicitada,

⁴⁷ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes (STCorrientes), autos “Encina de Ibarra, Carmen c. Aguas de Corrientes S.A.”, del 1998/05/13, Publ. La Ley - Litoral, 1998-2-543.

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Federal, sala de ferias, (CFedCiv), del 22/01/2001, in re “Torre, Hugo M. c. Aguas Argentinas S. A” LA LEY, 2001-C, 501 - DJ, 2001-2-602.

tendiente a evitar la afectación de derechos constitucionales esenciales como son el derecho a la salud, a la vida, a la propiedad y a lo demás prescripto en el art. 42 de la Constitución Nacional, habida cuenta el daño inminente que traería aparejado la falta de pago de la facturación cuestionada, esto es, el corte del servicio de agua al usuario por parte de Aguas Argentinas. A ello se suma que la verosimilitud del derecho invocada por el accionante se encuentra demostrada en punto al cuestionamiento de las facturaciones que indica, dada las diferencias de consumo exorbitante que se aprecian entre aquellas que se pretende su cobro con liquidación de consumos anteriores. Por otra parte de la simple lectura de los consumos históricos de bimestres que la apelante consigna..., se advierten diferencias abultadas de consumos entre los distintos bimestres que se detallan... entonces, la medida cautelar que fuera decretada por el juzgador en situación como la descrita tiende a evitar que el eventual reconocimiento del derecho en juego por una posterior sentencia, no tenga eficacia...”⁴⁹

Esta incipiente tendencia jurisprudencial, tuvo un punto de inflexión en un interesante caso ventilado ante la Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en donde se admitió la presentación de un amparo colectivo por parte de una asociación de defensa al consumidor, en representación de un conjunto de familias de una popular barriada bonaerense que se vieron afectadas por el corte masivo de suministro de agua. En dicho pronunciamiento, se declaró la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria que autorizaba a la empresa prestadora al corte de servicio por falta de pago en domicilios residenciales (viviendas familiares), intimándosela a la inmediata restitución del servicio en 72 horas, todo ello fundado en el reconocimiento del derecho de acceso al agua como un derecho humano básico. Entre los fundamentos más relevantes de dicho decisorio judicial, destacamos los siguientes:

“X. Que la materia de este proceso no se extiende a analizar la legalidad o ilegalidad, ni siquiera la legitimidad, de la decisión de cobrar al usuario por el servicio de suministro de agua, una cuestión de política económica que corresponde a otros poderes del Estado. El punto a decidir es si el corte de ese servicio por falta de pago afecta derechos constitucionales.

XI. Que la provisión de agua potable para los habitantes no puede ser asimilada a la venta de cualquier otra mercadería o la prestación de cualquier otro servicio. El agua hace a la supervivencia humana, en el nivel más básico, y no es antojadizo que se la conozca como otro “vital elemento”, apenas un grado inferior al aire...

XII...El acceso al agua potable es un derecho que debe asegurarse para todos los habitantes del país, tengan o no capacidad para pagar el suministro...

⁴⁹ “R.P.J. c/Aguas Argentinas S.A. s/Amparo (incidente apelación), Expte.2044/01, CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE LA PLATA, Sala III, Rtro T.29 f* 118/120 del 7/2/2002.

Es difícil imaginar situación alguna de particulares en la que el corte de agua potable no traiga aparejado poner en peligro la salud de los habitantes del inmueble afectado. Esta acción afecta explícitos derechos constitucionales a la vida y la salud, además de significar el incumplimiento de obligaciones del Estado, asumidas en pactos y tratados internacionales, también de rango constitucional.

Esta acción afecta explícitos derechos constitucionales a la vida y la salud, además de significar el incumplimiento de obligaciones del Estado, asumidas en pactos y tratados internacionales, también de rango constitucional.

¿Cómo se compadece la atribución que las autoridades han delegado en una empresa privada para cortar el suministro de agua a una familia por falta de pago, con las prestaciones que deben cubrir esas mismas autoridades obligadas por la CN a adoptar “las medidas apropiadas” para el suministro de “agua potable salubre” a los niños de esa familia? (Convención sobre los Derechos del Niño, art.24º, 2, inc. c).

XII. Que si resulta inadmisibile e inconstitucional el corte de agua potable como respuesta a la falta de pago -no importa si lo impone un particular, una empresa privada o el más alto nivel del Estado-, es inoficioso abocarse a considerar el planteo de la empresa respecto a que la normativa actual otorga esta atribución a la prestadora, sin prever una segunda instancia de revisión administrativa y/o judicial previa....”⁵⁰

5.3.3 Reglamentos dispares y ausencia de una ley nacional marco sobre el derecho al agua. ¿Omisión legislativa (relativa) inconstitucional?

Como consecuencia de estos pronunciamientos judiciales, algunos Estados provinciales han ido adecuando su normativa reglamentaria en cuanto a los límites para disponer el corte del suministro de agua por falta de pago en los domicilios residenciales.

Mediante Decreto 878/2003 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires se dispuso el nuevo “Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Aguas Potable y Desagües Cloacales” en esa Provincia, y allí se establecieron las pautas y procedimientos para efectuar el corte del servicio, garantizando un mínimo de provisión vital para el caso de usuarios residenciales (arts. 60 y 61).⁵¹

⁵⁰ “Usuarios y Consumidores en Defensa de sus Derechos, Asociación Civil C/Aguas del Gran Buenos Aires S.A., S/Acción de Amparo”, Expte. Nº 44.453/02, Juzgado de Paz de Moreno Pcia. de Buenos Aires, sentencia del 02/10/2002.

⁵¹ Artículo 61: la entidad prestadora al proceder al corte de servicio, deberá observar el cumplimiento de las pautas que a continuación se establecen: a) Se deberá en todo momento

Por su parte, el nuevo Marco Regulatorio dispuesto para la reciente empresa estatal AySA, cuyo ámbito prestacional quedó circunscripto a la Ciudad de Buenos Aires (como Capital Federal de la Republica) y a buena parte del conurbano bonaerense, también prevé que ante la falta de pago de dos facturas consecutivas por parte de usuarios residenciales, la empresa solo puede proceder a la restricción del servicio (no se admite el corte total) debiendo garantizar un suministro mínimo e indispensable para los usos domésticos y personales.⁵²

considerar la protección de la salud pública, entendiéndose como tal que la entidad prestadora no podrá ejercer directamente esta facultad respecto de hospitales y sanatorios, sean estos públicos o privados. Se deberá aplicar similar criterio a cualquier entidad en la que el corte implique, a juicio del OCABA, probabilidades de alteración a la salud pública. B) En el caso de usuarios residenciales, el corte del servicio no podrá ser total, debiendo la entidad prestadora garantizar un abastecimiento mínimo vital...”.

⁵² ARTICULO 81º. — RESTRICCIÓN Y CORTE DEL SERVICIO

La Concesionaria está facultada para proceder a la restricción o corte de los servicios por atrasos en el pago de las facturas correspondientes, sin perjuicio de los cargos por mora e intereses que se establezcan en el Régimen Tarifario.

Se entiende por restricción del servicio la entrega de un caudal limitado de agua por conexión, según lo establezca la Autoridad de Aplicación. La Concesionaria arbitrará los medios y aplicará la tecnología que entienda conveniente para lograr ese caudal, con intervención del Ente Regulador.

La restricción procederá solamente en caso de mora de los Usuarios Residenciales que hayan incurrido en la falta de pago de las facturas por dos (2) períodos consecutivos de facturación. Previamente la Concesionaria deberá haber remitido una intimación de pago fehaciente con 15 días de anticipación.

El corte de los servicios procederá sólo en caso de Usuarios No Residenciales y se hará efectivo por falta de pago de las facturas de dos (2) períodos de facturación y previa intimación fehaciente con 10 días de anticipación.

Efectivizado el pago de los montos en mora, costos de notificación y el cargo de reconexión, en caso de corte, la Concesionaria deberá restablecer el servicio o brindar el servicio pleno, en un plazo que no podrá exceder de 48 horas.

La Concesionaria no podrá efectuar la restricción o corte del servicio en caso de existir un acuerdo vigente con el usuario sobre el pago del monto adeudado, o una orden expresa del Ente Regulador conforme a las reglas establecidas por la Autoridad de Aplicación.

En caso que la Concesionaria hubiere efectuado la restricción o corte de los servicios a un usuario y se comprobara la improcedencia de la medida, deberá restablecer el servicio en un plazo máximo de 24 horas, debiendo resarcir al usuario con una suma equivalente al 3% del monto total facturado en el último período, por cada día de atraso desde que se hubiera notificado a la Concesionaria la improcedencia, sin perjuicio de las demás consecuencias que por tal motivo se establezcan en las normas reglamentarias que dicte la Autoridad de Aplicación, en las que también se establecerán los valores que debe pagar el moroso por los gastos originados.

En todo momento se deberá considerar la protección de la Salud Pública, entendiéndose como tal que la Concesionaria no ejercerá directamente esta facultad respecto de hospitales, sanatorios y cárceles, sean estos públicos o privados. En el caso que alguna de estas instituciones estuviere en mora y la Concesionaria hubiere agotado las instancias para recuperar el crédito, podrá comunicar dicha situación a la Autoridad de Aplicación y al Ente Regulador, así como instrumentar las medidas pertinentes para lograr el cobro de lo adeudado.

No obstante los avances en este sentido, no son pocas las provincias y regiones del país en las que aún subsisten cláusulas contractuales o marcos regulatorios que admiten el corte total de suministro por falta de pago.

Así las cosas, y sin por ello afectar el régimen federal argentino, pareciera entonces indispensable que el Congreso Nacional sancione una ley marco de alcance nacional que, sobre la base de declarar que el agua es un derecho humano indispensable para la vida y la salud, fije un criterio general por el cual se impida, en todo el territorio nacional, la interrupción o suspensión total del servicio de aguas por falta de pago en vivienda familiares y residenciales, y en instituciones de salud y de educación, sean públicas o privadas, así como en establecimientos carcelarios.

Habría que apuntar al respecto que se han presentado (al menos) dos proyectos en ese sentido: uno en el año 2005 (que ha perdido estado parlamentario) y el otro, de fecha más reciente (el 17/03/08) que se encuentra aún en trámite en las comisiones parlamentarias pertinentes.

En nuestra opinión, de mantenerse esta situación de disparidad de criterios acerca de la procedencia o no del corte total de suministro de agua, y en la medida que se acepte, definitivamente, que el derecho humano al agua ya integra el elenco de derechos fundamentales, de no sancionarse una ley marco que asegure aspectos básicos en cuanto al acceso y al efectivo uso y goce del agua, el Congreso Nacional podría incurrir en una omisión legislativa inconstitucional, teniendo además en cuenta que la OG 15 en materia de aplicación a nivel nacional dispone en el punto 45 que:

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deberán recurrir a "todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas", para dar cumplimiento a sus obligaciones dimanantes del Pacto. Cada Estado tiene un margen de discreción al determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona disfrute del derecho al agua, lo antes posible. Las medidas nacionales encaminadas a asegurar el disfrute del derecho al agua no han de obstaculizar el disfrute de otros derechos humanos.

VI Otras garantías judiciales

6.1 Esquema del sistema de garantías

Como bien señala Aniza García –siguiendo a Pisarello- “garantizar un derecho supone la existencia de mecanismos que permitan hacer efectivo el acceso a los bienes que conforman su contenido”, y continúa:

“En términos generales, los mecanismos de tutela que integran el sistema de garantía de los derechos pueden ser de dos tipos, aunque en todo caso, están interrelacionados unos con otros: *a)* mecanismos institucionales, es decir aquellos cuya puesta en marcha está a cargo de los poderes públicos, y que a su vez pueden ser de carácter político (normas y actos de los órganos legislativos y administrativos) y jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional (tutela de los tribunales u otros órganos como las comisiones de derechos humanos o las defensorías del pueblo); *b)* mecanismos no-institucionales o garantías sociales, es decir, mecanismos fundados en la participación de los actores no estatales, desde los propios afectados hasta los ciudadanos y movimientos sociales vinculados a los mismos (Pisarello, 2003 a:137-138)”.⁵³

Si bien el amparo – y probablemente la acción sumarísima de defensa al consumidor- se presentan en la Argentina como los mecanismos de tutela judicial más eficaces al momento de proteger el derecho al agua en todas sus dimensiones – incluidos, como vimos, los casos de corte total del servicio – nos parece importante reseñar, aunque escuetamente, algunas otras herramientas - no judiciales - a las que se puede recurrir ante la interrupción total del suministro de agua, como también frente a otras afectaciones en la prestación del servicio público (calidad del agua, tarifa social, etc.).

6.2 Los organismos estatales para la defensa y protección administrativa del consumidor. Garantía institucional político-administrativa no jurisdiccional

Con motivo de última reforma a la Ley de Defensa al Consumidor (operada mediante Ley 26.361/08), se ha abierto un nuevo espacio de reclamación para los usuarios de los servicios públicos domiciliarios (teléfono, gas, electricidad y, por supuesto, el de aguas), puesto que ahora se ha previsto que éstos tengan la opción de presentar sus reclamos o bien ante el Ente Regulador del servicio respectivo, o bien ante las oficinas públicas-estatales de Defensa al Consumidor, las que por mandato legal conforman el sistema administrativo de protección al consumidor y actúan como Autoridad de Aplicación de la LDC. Dichas oficinas existen, desde hace muchos años, en todos los ámbitos del país, provinciales, municipales, y también a nivel nacional.

⁵³ A. GARCIA, *El derecho humano...*, cit., p.219.

En tal sentido, la originaria LDC vedaba a los usuarios de servicios públicos domiciliarios la posibilidad de presentar sus quejas ante las mencionadas oficinas, dado que sólo se podían dirigir reclamaciones ante el ente regulador específico de cada servicio privatizado (so pretexto de evitar el dispendio administrativo que ocasionaría la duplicación de reclamos).

Ahora la reciente reforma a la LDC modificó las cosas. En parte ello fue así por las críticas generalizadas que cosecharon los entes reguladores en estos años y, en consecuencia, los legisladores nacionales parecieran haberse mostrado más receptivos a la expansión protectoria de los derechos de los consumidores y usuarios, propiciada por los especialistas en la materia y también por las asociaciones civiles dedicadas a su defensa. Así, la ley actual prevé que “los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley”. Sobre esta modificación puntual introducida en la ley de desarrollo, se ha dicho que:

“... quizás lo más relevante en este sentido se vincula con la ampliación de la fiscalización de las empresas prestatarias de servicios públicos. Desde la sanción de la LDC existió un fuerte debate sobre la posibilidad de la autoridad de contralor de los consumidores (u oficinas de defensa del consumidor) de atender reclamos o imponer multas vinculadas con el incumplimiento del contrato de servicio público, con las condiciones de los servicios o aún con diferencias de tarifación o deficiencias del servicio... El art. 25, LDC (en consonancia con el art. 3, tercer párrafo, LDC) resuelve la cuestión y establece que la LDC es aplicable igualmente al consumidor y que en caso de duda sobre la norma que efectivamente resulte aplicable, resultará “la más favorable para el consumidor”. Más aún será la propia autoridad administrativa de consumo la que podrá determinar cuál es la norma más beneficiosa para el consumo (en base a los principios de tutela del consumidor) e imponer la solución adecuada, siempre con miras a la mejor protección del usuario del servicio público”.⁵⁴

Téngase presente que estas oficinas públicas de defensa al consumidor cuentan con expresa facultades legales para disponer *medidas preventivas*, asimilables a las medidas cautelares judiciales, en cualquier etapa del procedimiento administrativo.⁵⁵

⁵⁴ C. MOLINA SANDOVAL., “Reformas sustanciales” en R. Vázquez Ferreyra (dir.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, La Ley, suplemento especial, Buenos Aires, 2008, p. 99.

⁵⁵ El art 42 de la LDC dispone en uno de sus párrafos “...En el acta prevista en el presente artículo, así como en cualquier momento durante la tramitación del sumario, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones..”

Por otro lado, la citada reforma le impuso a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios el deber de habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios; las que podrán efectuarse por nota, teléfono, fax, correo postal o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiéndose garantizar la atención personalizada a los usuarios y extenderse, en todos los casos, una constancia con la identificación del reclamo.

6.3 El Defensor del Pueblo, una institución de garantías

La figura del Defensor del Pueblo (Ombudsman) se encuentra definitivamente arraigada en la Argentina. Tanto a nivel nacional, como en la enorme mayoría de los Estados provinciales y municipales en donde las defensorías se encuentran, éstas han logrado *status* constitucional, siendo reconocidas como órganos estatales (extra poderes), revestidas en su mayoría de independencia y autonomía funcional, cuya misión institucional es la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos fundamentales.

En este sentido, y más allá de la legitimación procesal activa que tanto la Constitución como la LDC les reconoce para la interposición de acciones colectivas, las defensorías suelen desplegar una intensa y, muchas veces, eficaz actividad en su rol de magistratura de opinión. Aún cuando sus pronunciamientos carezcan de fuerza vinculante, sus recomendaciones suelen tener un peso específico muy importante tanto a la hora de velar por la plena vigencia de los derechos humanos y fundamentales, como a la hora de abrir nuevos senderos y horizontes en la promoción de *nuevos derechos*.

Guillermo Escobar, al describir lo que él denomina como “modelo iberoamericano de las Defensorías”, señala que éstas tienen por misión principal la protección de los derechos humanos que, en la práctica, lo hacen con las siguientes peculiaridades:

“1) Las Constituciones y las leyes reguladoras de las Defensorías suelen hablar de derechos fundamentales (estos son, recuérdese, los derechos reconocidos en la Constitución) al definir su ámbito material de protección. Sin embargo, sostengo que en realidad las Defensorías no protegen los derechos fundamentales sino los derechos humanos, pues no limitan su tutela a la constatación del incumplimiento del Derecho sino que la extienden más allá: a la valoración crítica de las normas y a las propuestas de reforma de las disposiciones incompatibles con los derechos humanos y de adopción de otras nuevas, destinadas a lograr una mayor efectividad de los mismos; algo que resultaría incompatible, por ejemplo, con la naturaleza propia de la función jurisdiccional. De hecho, las Defensorías son la única institución del Estado cuya principal misión es la garantía de los derechos humanos.

2) Las Constituciones y las leyes reguladoras de las Defensorías suelen referirse a la Administración pública a la hora de definir su ámbito subjetivo de

control. Sin embargo, en la práctica el control muchas veces se amplía a otros ámbitos, a saber: a) servicios públicos privatizados (si antes eran Administración pública y ahora dejan de serlo, se acude a argumentos de derechos humanos para evitar la huida del control); b) vulneraciones de derechos procedentes de particulares (...), considerándose en estos casos que fue la propia administración quien vulneró el derecho en cuestión, al no haber previsto o sancionado adecuadamente la vulneración privada; c) control del legislativo, si bien por la vía de la garantía meramente objetiva de los derechos; téngase en cuenta que, de no controlarse al ejecutivo, en muchos casos la labor de la Defensoría resultaría inútil: en el Estado de partidos, el ejecutivo y el legislativo tienden a confundirse y muchos de los problemas tienen causa de normas cuya modificación sólo compete al Parlamento.

Como se advierte, se ha producido una notable ampliación del ámbito subjetivo de control de las Defensorías, y ello muchas veces al margen de las previsiones legales. A mi juicio, aunque habrá que estar a las peculiaridades de cada ordenamiento concreto, esta circunstancia, en principio, no resulta jurídicamente problemática, ya que las Defensorías, al no dictar resoluciones coactivas, no están sujetas al principio de vinculación positiva de la Administración a la ley.⁵⁶

De modo que, a nuestro entender, la lucha por lograr la definitiva consolidación del derecho al agua como derecho fundamental en la Argentina encuentra en las distintas defensorías del país un actor central. Más aún, si se toma debida nota que la OG 15 dispone expresamente que los defensores del pueblo o las instituciones análogas de cada país deberán poder ocuparse de las violaciones al derecho al agua (punto 55 OG 15).

Siguiendo - una vez más - a Escobar, las Defensorías del Pueblo ejercen, para la protección de los derechos humanos, herramientas de *garantía subjetiva* de los derechos (especialmente, mediante la resolución de las quejas y/o reclamos que se les presentan, que con frecuencia logran persuadir a la Administración para que cambie de actitud, cesando en su afectación al derecho u otorgando al ciudadano la prestación requerida); así como también, utilizan técnicas de *garantía objetiva* de los derechos (mediante la publicación de informes, generales o especiales, centrados más bien en la prevención y en la búsqueda de soluciones generales, comprobándose que a la larga este tipo de garantía produce efectos más eficaces que los derivados de la mera garantía subjetiva)⁵⁷. A este respecto, me parece interesante mencionar dos (breves) ejemplos de actuaciones desarrolladas por Defensorías argentinas referidas a la protección del derecho al agua, que grafican ambos tipos de garantías:

⁵⁶ G. ESCOBAR ROCA, "Las Defensorías del Pueblo y la protección de los derechos humanos", en M. Guedán y M. Iráizoz (eds.) *Las Defensorías del Pueblo, un puente entre la ciudadanía y el Estado en América Latina*, CICODE + Trama editorial, Madrid, 2006, pp.125-126

⁵⁷ *Ibid.*, p. 127-128.

a) El Defensor del Pueblo de la Nación, en el marco del proceso de renegociación de contratos y tarifas de los servicios públicos privatizados, elaboró en el año 2003 un pormenorizado *Informe sobre el Servicio de Agua Potable y Cloacas*. Allí, tras afirmar que “el acceso al servicio de agua potable y cloacas está reconocido como un derecho humano fundamental” el informe describe, entre otras cuestiones, los diversos incumplimientos contractuales de la empresa (en materia de falta de obras e infraestructura, por ejemplo) y la consecuente falta de accesibilidad física al servicio de distintas poblaciones del país. Ese informe fue uno de los elementos que se tuvieron en cuenta para resolver la rescisión del contrato de concesión con la empresa AASA y su posterior re-estatización (ver Decreto Nro. 303/2006).

b) Por su parte, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, ya en el año 2002, emitió una recomendación (mediante Resolución Nro. 5320/DPCABA/02) referida a la interrupción total del suministro de agua a un inquilinato de la zona sur de la Ciudad (sector históricamente postergado) en el que residían muchas familias pobres, nacionales y extranjeras de países limítrofes, que se vieron privadas de tener acceso al consumo de agua potable. En ese pronunciamiento - que fue finalmente acatado por la entonces prestadora privada del servicio de agua- la defensoría porteña dijo:

“Ante la gravedad de las circunstancias, a través de urgentes gestiones efectuadas por funcionarios del Área de Asuntos Jurídicos y Defensa del Consumidor de esta Defensoría, se logró que la Dirección General de Emergencias Sociales y Defensa Civil del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires proveyera 170 litros de agua potable a las familias que ocupan el inmueble.

Sin perjuicio de la gestión apuntada -que es sólo un paliativo ante el cuadro de emergencia descrito-, corresponde impugnar y censurar enérgicamente la decisión adoptada por la empresa concesionaria, que ha dejado sin suministro de agua a las familias en cuestión, por tratarse de una medida abusiva y abiertamente violatoria de la Constitución Nacional y de los Pactos y Declaraciones de Derechos Humanos que integran nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, ya nadie puede discutir que el agua corriente es un elemento vital e indispensable para el desarrollo de la vida humana. Por ser entonces, un elemento de primera necesidad e insustituible, sin el cual no puede concebirse el desarrollo de las personas con un mínimo de dignidad, los Estados no pueden -ni deben- impedir que las personas accedan a ese servicio elemental, mucho menos aún, cuando la razón invocada para no proveerlo obedece a cuestiones de índole patrimonial; y tampoco, puede tolerarse, sin alzar la voz, que se ejecuten vías de hecho, como la aquí efectuada por la empresa Aguas Argentinas S.A.”

6.4 El rol de los Entes Reguladores de los servicios públicos domiciliarios

6.4.1 Del ETTOS al actual ERAS

Teniendo en cuenta la breve reseña histórica realizada al punto IV. 3.1. del presente trabajo en donde se describe el proceso de privatización y posterior re-estatización del servicio público de agua y saneamiento en Argentina, corresponde ahora hacer algunos comentarios acerca de la actuación que le cupo al ya extinto Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), y su reemplazo por el actual Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), toda vez que ambos organismos de contralor encajan, en más o en menos, dentro de la categoría de garantía política institucional *de tipo secundaria*, de la que nos habla Pisarello.⁵⁸

El ETOSS, como ya se señalara, fue creado como lógica consecuencia de la privatización del servicio público de aguas. A dicho Ente se le encomendó, centralmente, la función de controlar la calidad de los servicios de aguas y cloacas y, en particular, el control y fiscalización - con potestades sancionatorias - de: *a/* la aplicación del régimen tarifario y la aprobación de sus modificaciones; *b/* la expansión de los servicios; *c/* los planes de inversión; *d/* la vigilancia para que los usuarios del servicio sean atendidos en sus derechos; *e/* el resguardo del patrimonio público cedido en concesión.

El desempeño que han cumplido los Entes Reguladores de los servicios públicos privatizados durante la década de los noventa, en general, ha sido objeto de diversas críticas y cuestionamientos: Entre ellos sintéticamente señalamos los siguientes:

- a) no fueron creados, en su mayoría, por ley formal del Congreso, salvo puntuales excepciones;
- b) sus funcionarios y directivos no han sido seleccionados por concurso público;
- c) carecen, en general, de independencia funcional respecto del poder ejecutivo;
- d) excesivo rigorismo formal en los procedimientos de reclamos y lentitud en la tramitación de los mismos, lo que en la práctica implica una forma de obstaculizar o, cuando no, desalentar la interposición de denuncias;
- e) utilización (abusiva) de lenguaje técnico, dificultando la comprensión de los usuarios medios (lo que en cierto modo implica una forma de afectación al derecho de recibir *información adecuada*);
- f) conducta tolerante y/o complaciente con las empresas controladas (no necesariamente corrupta);
- g) falta de decisión y/o renuencia a crear ámbitos de participación activa de los usuarios o de las organizaciones que los representan.

⁵⁸ G. PISARELLO, "Los derechos sociales y sus garantías: por una reconstrucción democrática, participativa y multinivel", capítulo VI de la obra *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, pp 111-138. [portal master.pradpi.org].

En este contexto, uno de los debates que aún hoy genera polémicas está referido a cuál es el rol que, en esencia, deben cumplir los entes reguladores de los servicios públicos domiciliarios. Mientras algunos sostienen que éstos entes deben cumplir su cometido de contralor y fiscalización, desde una posición neutral y equidistante entre la empresa prestataria y el/los usuario/os, otros subrayan, por el contrario, que los entes fueron concebidos como organismos estatales que, en representación de los intereses de los usuarios, deben hacer valer los legítimos derechos de éstos frente a la empresa prestadora. El siguiente fragmento del Prof. Agustín Gordillo resume con claridad el planteo, a la par que toma posición al respecto (con la cual nos permitimos coincidir):

“El mismo art.42 de la Constitución exige que debe haber un ente regulador para cumplir esas funciones. Ello significa que debe tratarse de un ente regulador independiente del poder ejecutivo, aunque un fallo entendió en su momento que los usuarios no tienen derecho a dicho órgano de control independiente. El ente regulador, que no puede actuar como un supuesto árbitro que dirime conflictos entre partes iguales, sino que tiene el deber constitucional y legal de buscar equilibrar la desigualdad existente, compensando el poder monopólico o exclusivo con un mayor peso de su control y una mayor defensa del usuario (que es además de orden público por la Ley nº 24.240), viene en este pronunciamiento a ser una noción descartable en el derecho viviente. Esa decisión afortunadamente se encuentra hoy superada por el nuevo criterio de la CSJN, en tanto guarde coherencia con *Estrada*. Pero falta observar comportamientos materiales de la administración que demuestren el nuevo estado de situación.”.⁵⁹

A propósito de lo dicho, no resulta casual entonces que los constituyentes de 1994 hayan establecido en el art. 42 CN (a modo de mandato) que las autoridades deberán ejercer el control de *los monopolios naturales y legales* así como *de la calidad y eficiencia de los servicios públicos*, exigiendo que la legislación establezca *procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo *la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control*.

La siguiente opinión doctrinaria resulta ilustrativa de todo lo hasta aquí señalado:

“Consideramos que parte de la crisis de representatividad y de credibilidad que los entes reguladores tienen ante el común de la gente se debe a que les resultan totalmente ajenos, a que les aparecen como algo que no está claramente desvinculado de las empresas prestatarias o del Estado contratante de los servicios contra los que dirigen sus quejas”.⁶⁰

⁵⁹ A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, “La defensa del usuario y del administrado”, Fundación Derecho Administrativo (FDA), Buenos Aires, 9º ed., 2009, p. VI-26.

⁶⁰ A. PÉREZ HUALDE, “*Constitución Nacional y control de los servicios públicos*” en *La Ley*, año LXV nº 101, del 29/05/2001.

En el caso particular del ex ETOSS (al que en términos generales le comprenden las críticas apuntadas) habrá que señalar que si bien impuso numerosas sanciones a la otrora prestadora privada (sobre todo entre los años 2001 a 2003) su función se centró con mayor énfasis en la fiscalización de la prestación del servicio y, rara vez, se ocupó de efectuar controles efectivos respecto a los planes de expansión del servicio y de monitoreo de nuevas inversiones. Con ello, los principales afectados siguieron siendo los grupos o sectores más desfavorecidos, es decir, aquellos que aún hoy carecen del servicio de redes y de agua potable, los cuales (y solo en algunos pocos casos) han tenido que acudir a los estrados judiciales. Habrá que apuntar a favor del ETOSS, que ha sido el único Ente que impulsó y concretó la creación de una comisión de usuarios de carácter consultivo (hoy reemplazada por la Sindicatura de Usuarios, a la que más adelante nos referiremos).

6.4.2 EL ERAS y la nueva figura de “El Defensor del Usuario”

Ahora bien, luego de la rescisión de la concesión a la empresa privada Aguas Argentinas S.A. (dispuesta por Decreto N° 303/2006) y la inmediata creación de la empresa AySA –como sociedad anónima de propiedad mayoritaria estatal–, el Congreso Nacional mediante Ley 26.221/07 dispuso, entre otras cosas, la disolución del ETOSS, creando en su lugar el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la misión de ejercer el control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la nueva empresa estatal prestataria.

En el nuevo marco regulatorio del servicio de aguas (aprobado también por la citada ley 26.211) aparece, como novedad, la figura del *Defensor del Usuario* (art 54. punto III). Según allí se señala, el Defensor del Usuario tendrá como misión la de “representar institucionalmente los intereses de los usuarios en las audiencias públicas, así como en cuestiones contenciosas o de procedimientos administrativos en las que el Ente Regulador sea parte y los derechos de los Usuarios pudieran estar afectados por la decisión”. La normativa aclara que su actividad no limitará la que desarrolle la *Sindicatura de Usuarios* (la que vino a reemplazar la Comisión de Usuarios creada por el ETOSS), sino que por el contrario, el Defensor deberá representar sus criterios y posiciones.

Se prevé también que el Defensor del Usuario será seleccionado *por concurso público* entre profesionales con la debida formación, competencia y antecedentes para el caso y que *no podrá ser removido de su cargo* sino por las mismas causales previstas para los Directores del Ente⁶¹. Dichas previsiones resultan importantes para facilitar que el

⁶¹ ARTICULO 47º. – INHIBICIONES, INCOMPATIBILIDADES Y REMOCION.

Los miembros del Directorio están sujetos al régimen de incompatibilidades de los funcionarios públicos. Podrán ser removidos de sus cargos por el Poder Ejecutivo Nacional cuando se operen las siguientes causas:

Defensor del Usuario desarrolle su tarea con (cierta) independencia, pues por un lado se establece un marco básico de transparencia en el proceso selectivo (concurso público) y por el otro, se lo dota de cierta estabilidad en el cargo. Se trata, además, de un cargo remunerado (equivalente al nivel gerencial del Ente), que lo diferencian de la *Sindicatura de Usuarios*, de carácter consultivo y *ad honorem*.

De modo que, así perfilado, es posible encuadrar la novel figura del Defensor del Usuario como una (nueva) garantía política institucionalizada. Su creación pareciera obedecer a una creciente tendencia en la Argentina, orientada a la procreación de los llamados “defensores sectoriales o especializados”, figuras pensadas para desempeñar una tarea que se asemeja a la del *Ombudsman clásico* pero con específica dedicación y conocimiento en una determinada materia y dentro de una determinada organización (pública o privada). De todos modos, huelga remarcar que la actividad específica que desarrolle el Defensor del Usuario, de ningún modo podrá suprimir ni invalidar la función y las tareas que cumplen las Defensorías del Pueblo, por el contrario (al menos, eso se espera), se deberán articular formulas de acción conjunta y de apoyo recíproco, en miras a fortalecer la protección de los usuarios. En ese sentido, el marco regulatorio reconoce expresamente que dentro de las instituciones que ejercen el Régimen de Control externo al ERAS, está el *El Defensor del Pueblo*, el que “podrá requerir toda la información que considere útil en defensa de los derechos de los usuarios y de la comunidad y podrá requerir al Directorio la inclusión de temas para ser tratados en sus reuniones” (art. 43, inc. d).⁶²

Finalmente, debemos señalar que el Defensor del Usuario aún no entró formalmente en funciones, dado que recién el 27 de mayo de 2010, el ERAS dictó la resolución pertinente mediante la cual se aprueban las normas para el concurso público y abierto

a) Incumplimiento grave de los deberes que le asignan este Marco Regulatorio, los reglamentos aplicables y el Estatuto del organismo.

b) Condena por delitos dolosos.

c) Incompatibilidad sobreviniente.

⁶² ARTICULO 43º. — REGIMEN DE CONTROL

El Ente Regulador estará sometido a los siguientes controles:

a) De auditoría y legalidad. El control de auditoría y legalidad del Ente Regulador estará a cargo de la Sindicatura General de la Nación, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Nº 24.156 y los funcionarios del Ente Regulador quedarán sometidos a las responsabilidades emergentes del cuerpo normativo aplicable a la Administración Nacional.

b) Anticorrupción: El Ente Regulador está obligado a facilitar la más amplia investigación por parte de la Oficina Anticorrupción dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

c) Defensa de los usuarios: El Defensor del Pueblo podrá requerir toda la información que considere útil en defensa de los derechos de los usuarios y de la comunidad y podrá requerir al Directorio la inclusión de temas para ser tratados en sus reuniones.

d) De gestión y patrimonial: En cumplimiento del Artículo 85 de la Constitución Nacional y de la Ley Nº 24.156 y demás normativa aplicable el Ente Regulador quedará sometido al sistema control interno de la Sindicatura General de la Nación y al sistema de control externo de la Auditoría General de la Nación.

para la cobertura del cargo, encontrándose actualmente en trámite el proceso de selección de postulantes y candidatos.⁶³

6.4.3 La ex Comisión de Usuarios (ETOSS) y la nueva Sindicatura de Usuarios (ERAS). Garantía de participación y control social

En el año 1999 (a casi siete años de la privatización y a cinco de la reforma constitucional) el ETOSS dictó la Resolución interna Nro. 39/99 por la que dispuso la creación de una *Comisión de Usuarios*. La misma fue integrada por un representante designado por cada una de las Asociaciones de Defensa del Consumidor - debidamente inscriptas en el Registro nacional- que representen a los usuarios de los servicios de provisión de agua potable y recolección de efluentes cloacales por red. La función asignada a dicha Comisión fue, básicamente, de carácter consultivo, especificándose que el Directorio someterá, a consideración de ésta, al menos, las propuestas referidas a:

a) modificaciones en los regímenes y/o cuadros tarifarios; b) modificaciones en los Planes de Inversión y/o expansión de los servicios; c) modificaciones en la calidad y/o cantidad de los servicios a prestarse; d) modificaciones en el reglamento, y/o regímenes de atención y reclamos de los usuarios.

Según su reglamentación, la comisión debía presentar un informe por escrito, en todas las actuaciones donde se le diese intervención, dentro del plazo genérico establecido de 10 días hábiles. Sus pronunciamientos y opiniones carecían de carácter de vinculantes, no obstante lo cual el Directorio ETOSS debía considerarlos y evaluarlos por escrito.

Aunque los resultados del trabajo de dicha Comisión han tenido luces y sombras, el antecedente no deja de ser importante toda vez que – como ya se dijera- ha sido el único Ente que impulsó algún mecanismo de participación activa de los usuarios del servicio.

El nuevo marco regulatorio ha sustituido la Comisión de Usuarios (del ex ETOSS) por la actual Sindicatura de Usuarios, la que funcionara en el ámbito del actual ERAS. En rigor, se trata más bien un cambio de denominación pues las características y funciones son sustancialmente las mismas. La regulación establece que la Sindicatura de Usuarios (art 54 pto.II):

⁶³ Ver página del ERAS <http://www.eras.gov.ar/pdf/resoluciones/Res01510.pdf> [consulta realizada el 18/10/2010]

- se conformará con representantes de las Asociaciones de Usuarios – debidamente registradas e inscriptas en los organismos estatales pertinentes-, cuyos miembros serán elegidos por cada asociación según sus propios mecanismos estatutarios internos;
- deberá sesionar como mínimo una vez por mes y se reunirá en dependencias del ERAS.
- su desempeño será "*ad honorem*" y el vínculo institucional con el Directorio, se canalizará a través de la Gerencia General. Los costos del funcionamiento administrativo estarán a cargo del Ente Regulador quien lo fijará anualmente su presupuesto;
- emitirá dictámenes o despachos fijando su opinión en los temas vinculados a la prestación del servicio los que deberán ser considerados por el Directorio;
- establecerá su propio reglamento de funcionamiento;
- el Directorio del ERAS facilitará a la Sindicatura, sus disposiciones y resoluciones, el registro y estado de situación de los servicios, los reclamos de los usuarios y todo otro documento administrativo. Esta disposición reviste importancia, en cuanto constituye una modalidad de garantía objetiva que concreta el derecho de acceso a la información en este caso a los representantes de los usuarios del servicio.

De acuerdo a las características señaladas, nos parece claro que la *Sindicatura de Usuarios* expresa una forma de garantía social – aunque institucionalizada dentro de un organismo público (ERAS)- toda vez que su conformación se dirige a establecer un ámbito de participación, más o menos directa, de los usuarios, a fin de canalizar inquietudes y propuestas.

La Sindicatura de Usuarios fue constituida mediante la Resolución Nro.14/07 del ERAS, de fecha 11 de octubre de 2007⁶⁴, y si bien se está trabajando en una nueva tarifa social aún no se conocen mayores resultados de su actividad, porque es dable esperar que a partir de la designación del Defensor del Usuario, dicha Sindicatura pueda obtener resultados más eficaces que su antecesora (Comisión de Usuarios) y logre convertirse en una ámbito de activa participación social con capacidad de influir en las decisiones tanto del Ente y, también, de la empresa prestadora.

⁶⁴ ver página del ERAS <http://www.eras.gov.ar/sindicatura-deusuarios.asp>

VII Conclusiones

Recapitulando todo cuanto aquí hemos desarrollado en el presente trabajo y a modo de conclusiones finales, señalamos:

- 1) El derecho humano al agua – en los términos y con los alcances establecidos en la Observación General N° 15 del Comité DESC – es un derecho fundamental en la Argentina que encuentra su puerta de ingreso y su pleno reconocimiento en la jerarquía constitucional de la que goza el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (art. 75 inc. 22 CN) y que se complementa, además, con los derechos de los usuarios y consumidores y con la cláusula de protección medioambiental, respectivamente consagrados en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.
- 2) Considerando su carácter de derecho fundamental, el derecho al agua es plenamente operativo y exigible judicialmente.
- 3) El amparo constitucional (art. 43) se erige como la garantía judicial por excelencia para proteger el derecho humano al agua, tanto en su faceta defensiva como prestacional, y tanto desde el plano individual como en su dimensión colectiva. Sin perjuicio de lo cual, la acción sumarísima prevista en la Ley de Defensa al Consumidor argentina también puede ser un herramienta apta para la tutela judicial del derecho al agua, al menos, en aquellos casos de personas que ya tienen acceso a la red domiciliaria de agua potable.
- 4) A nuestro juicio, y desde esta perspectiva, cualquier cláusula infraconstitucional – legal o reglamentaria – que prevea el corte, interrupción o suspensión total del suministro de agua es, *prima facie*, arbitraria y por ende inconstitucional.
- 5) El Parlamento Nacional debería sancionar una ley marco federal que, tras reconocer que el derecho humano al agua es un derecho fundamental, fije algunas pautas básicas para garantizar el acceso a un suministro mínimo de agua potable, sin discriminación de ninguna índole.
- 6) Tanto los organismos estatales (nacionales y provinciales) que actúan como autoridad de aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor así como las distintas Defensorías del pueblo del país, ofrecen mecanismos de garantías institucionales – no judiciales – que, en muchos casos, resultan útiles para una eficaz protección del derecho al agua.
- 7) El nuevo marco regulatorio dispuesto para el servicio público de agua potable y saneamiento (2007) ha creado en el ámbito del Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), dos nuevas figuras que constituyen mecanismos de garantías: el Defensor del Usuario (como garantía política) y la Sindicatura de Usuarios (como garantía social). Si bien aún no es posible evaluar la efectividad de su accionar (el Defensor del Usuario, por ejemplo, todavía no ha sido designado), es de esperar que ambos mecanismos puedan aumentar (y por ende, mejorar) las vías y herramientas de protección con que cuentan los usuarios del servicio de agua potable.

VIII Bibliografía

ABRAMOVICH, V., COURTIS, C., "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997.

BIDART CAMPOS G., *Manual de la Constitución reformada*, t. I, II y III, Ediar, 1º reimpresión, Buenos Aires, 1998.

ESCOBAR ROCA, G.,

- *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*, CICODE + Trama editorial, Madrid, 2005.

- "Las Defensorías del pueblo y la protección de los derechos humanos", en M. Guedán y M. Iráizoz (eds.), *Las Defensorías del Pueblo, un puente entre la ciudadanía y el Estado en América Latina*, CICODE + Trama editorial, Madrid, 2006.

GARCIA, A., *El derecho humano al Agua*, Trotta, Madrid, 2008.

GELLI, A. M., *Constitución Argentina, comentada y concordada*, La Ley, 4º ed. ampliada y actualizada, t. II, Buenos Aires, 2008.

GORDILLO, A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, "La defensa del usuario y del administrado", Fundación Derecho Administrativo (FDA), Buenos Aires, 9º ed., 2009.

LORENZETTI, R., *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, 2da. ed. actualizada, Santa Fe, 2009.

MONCAYO, G., "Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino" en M. Abregú y C. Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997.

PEÑA CHACON M..., "Derecho humano al agua", [versión electrónica] *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, Grupo de investigación de Medio Ambiente y Derecho, Universidad de Sevilla, España, Nº 16, septiembre 2007
http://www.cica.es/aliens/gimadus/16/08_dere_human_agua.htm

PÉREZ HUALDE, A., "Constitución Nacional y control de los servicios públicos" en La Ley, año LXV nº 101, del 29/05/2001.

PINTO, M., “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de derechos humanos”, en en M. Abregú y C. Courtis (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1997.

PINTO, M., TORCHIA, N. y MARTÍN, L., *El Derecho al Agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1º ed., 2008

PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.

MOLINA SANDOVAL, C., “Reformas sustanciales” en R.Vázquez Ferreyra (dir.) *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, La Ley, suplemento especial, Buenos Aires, abril 2008.

STIGLITZ, G., STIGLITZ, R., *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.

STIGLITZ, G., “El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR”, La Ley, t. 1995-B.

TAMBUSSI, C., *El Consumo como Derecho Humano*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009.