



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE DOCTORADO

LA PARTICIPACIÓN EN LA GOBERNANZA DEL AGUA

**Los conflictos entre el derecho de propiedad, el derecho
humano al agua y el derecho al ambiente sano**

Doctorado en Derecho

Nombre del Tesista: José Federico Sanna

Director: Liber Alexis Martín

Mendoza 2025

Resumen

En el presente trabajo se estudian los conflictos de derechos constitucionales en la participación de la gobernanza del agua en la República Argentina. Han sido seleccionadas las provincias de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires. Los derechos en conflicto son el derecho de propiedad, el derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano. Estos derechos son credenciales legitimadoras para la participación. A los fines de comprender el alcance de los conflictos, se sistematiza el contenido de los derechos, describiendo las organizaciones de usuarios, los principios matrices de las leyes de aguas y el impacto de los derechos sociales y colectivos en la legislación local. En pos de analizar posibles soluciones a los conflictos de derechos, se adopta el test de razonabilidad desarrollado por Robert Alexy y se indaga en la utilización de esta herramienta por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se consideran los peligros de la expansión del Poder Judicial, distintas objeciones al test y las propuestas para complementarlo. El desarrollo del trabajo permite diferenciar las esferas de conflictividad de las esferas de convergencia entre los derechos y afirmar la necesidad de crear nuevas instituciones participativas en la gobernanza del agua.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	10
INTRODUCCIÓN, MARCO METODOLÓGICO, OBJETIVOS y ESTRUCTURA	12
Introducción e hipótesis	12
Marco metodológico y área de estudio	16
Objetivos	17
Estructura	18
PRIMERA PARTE. MARCO CONSTITUCIONAL Y TEST DE RAZONABILIDAD	20
CAPÍTULO I. MARCO CONSTITUCIONAL	20
I.1. Los modelos constitucionales en la República Argentina	20
I.2. Los derechos políticos en el bloque federal de constitucionalidad: de la igualdad formal a la real y de la participación restringida a la amplia	26
<i>I.2. A. Primera etapa: igualdad formal y participación restringida</i>	27
<i>I.2. B. Segunda etapa: hacia la igualdad real y la participación amplia</i>	29
I.3. Los conflictos de derechos multidimensionales en torno al agua ...	31
<i>I.3.A La relación entre los derechos</i>	34
I.4. Interpretación y codificación como delimitación del contenido de los derechos	37

I.5. El agua en el bloque federal de constitucionalidad: derecho de propiedad, derecho humano al agua y derecho al ambiente sano	41
<i>I.5.A. El derecho de propiedad constitucional</i>	<i>45</i>
I.5.A.A. Reseña histórica del derecho de propiedad	45
I.5.A.B. El derecho de propiedad en la Constitución argentina	49
I.5.A.C. Los derechos adquiridos patrimoniales de los usuarios de aguas.....	56
<i>I.5.B. Derecho humano al agua</i>	<i>60</i>
I.5.B.A. Reseña histórica del derecho humano al agua.....	61
I.5.B.B. El derecho humano al agua en el bloque federal de constitucionalidad	65
I.5.B.C. Los contenidos del derecho humano al agua	70
<i>I.5.C. Derecho al ambiente sano</i>	<i>76</i>
I.5.C.A. Reseña histórica del derecho al ambiente sano	76
I.5.C.B. El derecho al ambiente sano en la Constitución argentina	77
I.5.C.C. El impacto del derecho ambiente sano en el aprovechamiento del agua	84
 CAPÍTULO II. EL TEST DE RAZONABILIDAD COMO PROPUESTA DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES	 87
II.1. Constitucionalismo y test de razonabilidad	87
<i>II.1. A. Las objeciones al test de razonabilidad</i>	<i>92</i>

II.2. La escala triádica del juicio de ponderación.....	96
<i>II.2.A. La importancia de los precedentes</i>	<i>101</i>
II.3. La expansión del Poder Judicial en los derechos colectivos	105
<i>II.3.A. Los jueces y la creación de normas</i>	<i>109</i>
II.4. El test de razonabilidad se puede tornar irrazonable: el caso del agua.....	113
<i>II.4. A. El caso del río Atuel (2017).....</i>	<i>116</i>
<i>II.4. B. Los casos Coihue (2021), Apen Aike (2021) y Mercau (2024)..</i>	<i>125</i>
<i>II.4. C. La Corte Suprema no implementa la escala triádica del test de razonabilidad</i>	<i>128</i>
II.5. La discrecionalidad y la arbitrariedad en la CSJN.....	131
<i>II.5.A. Sobre el límite temporal</i>	<i>133</i>
<i>II.5.B. Sobre la legitimación</i>	<i>134</i>
<i>II.5.C. Sinopsis.....</i>	<i>138</i>
II.6. Las premisas para el estudio del caso	139
SEGUNDA PARTE. LA GOBERNANZA DEL AGUA	142
SECCIÓN A. LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS	142
CAPÍTULO III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y CATEGORÍAS CLASIFICATORIAS DE LA PARTICIPACIÓN	142
III.1. Conceptos preliminares.....	143
III.2. La naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios	147

III.3. La naturaleza jurídica de los actos de las organizaciones de usuarios.....	154
III.4. El concepto de usuario privativo del agua.....	158
III.5. La concepción del agua en las leyes locales	165
III.6. Las organizaciones de usuarios y el cambio climático: sequías e inundaciones.....	169
III.7. Categorías clasificatorias de la participación de los usuarios: administración primaria-administración secundaria; constitución obligatoria-constitución voluntaria; fuerza vinculante-no vinculante	175
<i>III.7.A. Provincia de San Juan.....</i>	<i>176</i>
<i>III.7.B. Provincia de Mendoza.....</i>	<i>179</i>
<i>III.7.C. Provincia de Córdoba.....</i>	<i>181</i>
<i>III.7.D. Provincia de Buenos Aires.....</i>	<i>184</i>
<i>III.7.E. Sinopsis.....</i>	<i>185</i>
CAPÍTULO IV. PRINCIPIOS MATRICES DEL DERECHO DE AGUAS: SU VINCULACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN.....	186
IV.1 La perpetuidad como estructurante de la participación: derechos perpetuos sobre aguas de dominio público	186
IV.2. Delimitación territorial de la participación: principio de inherencia de la concesión de aguas.....	189
IV.3. La regulación de las dotaciones: su impacto en la participación	192
<i>IV.3.A. Las dotaciones en las leyes de aguas locales.....</i>	<i>193</i>

IV.3.B. Rigidez extrema de la dotación: el caso del art. 127 del CAg de San Juan.....	197
CAPÍTULO V. DERECHOS POLÍTICOS EN LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS.....	204
V.1. Los derechos políticos en las organizaciones de usuarios	204
V.2. Las organizaciones de usuarios bajo el tamiz de los estándares internacionales del derecho de participación.....	208
<i>V.2.A. Generación de información ambiental y divulgación en las organizaciones de usuarios</i>	<i>211</i>
V.3. La cualidad de propietario como requisito para participar	214
V.4. La representación de los distintos usos privativos.....	217
V.5. Los usuarios de aguas subterráneas	223
<i>V.5.A. Las aguas subterráneas en el derecho argentino</i>	<i>223</i>
<i>V.5.B. La participación de los usuarios en las leyes locales.....</i>	<i>229</i>
V.6. Sistemas electorales aplicados en las organizaciones de usuarios	234
<i>V.6.A. Los sistemas electorales bajo el tamiz de los estándares del bloque federal de constitucionalidad</i>	<i>238</i>
V.7. Las consecuencias del derecho de propiedad constitucional en la gobernanza del agua.....	241
SECCIÓN B. LOS ACTORES EMERGENTES.....	244
CAPÍTULO VI. LA GOBERNANZA DEL AGUA AMPLÍA SUS FRONTERAS	244
VI.1. El reconocimiento de los derechos sociales y colectivos	244

VI.2. Grupos especialmente protegidos por el derecho humano al agua	248
VI.2.A. <i>Los pueblos indígenas en la gobernanza del agua</i>	249
VI.2.A.A Previo a la reforma de 1994	249
VI.2.A.B. La reforma de 1994 y la actualidad	252
VI.2.A.C. Las implicancias del derecho indígena para el derecho de aguas	255
VI.2.B. <i>Las mujeres en la gobernanza del agua</i>	261
VI.2.C. <i>La agricultura de subsistencia en la gobernanza del agua</i>	264
VI.3. El impacto de los presupuestos mínimos ambientales en la gobernanza del agua	267
VI.3.A. <i>Los principios del derecho ambiental y las aguas interjurisdiccionales en las leyes locales</i>	269
VI.3.B. <i>El caudal ecológico en las leyes locales</i>	273
VI.3.C. <i>Presupuestos mínimos ambientales y derecho humano al agua</i>	276
VI.4. Los ciudadanos: un actor en pos del interés colectivo al ambiente sano	278
VI.4.A. <i>Acceso a la información pública e instancias participativas en las leyes locales</i>	283
VI.4.B. <i>Síntesis</i>	285
VI.5. Las consecuencias del derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano en la gobernanza del agua	286

TERCERA PARTE. YUXTAPOSICIÓN DE ACTORES Y POSIBLE	
RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS	290
CAPÍTULO VII. EL IMPACTO DE LA YUXTAPOSICIÓN DE ACTORES	
EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS	290
VII.1. El rol del Poder Judicial en los conflictos de derechos	290
VII.2. La categorización usuario-no usuario: una distinción en crisis	296
VII.3. Esferas de conflictividad y convergencia: distintas	
razonabilidades posibles	299
VII.4. Hacia nuevas instituciones hídricas	304
CONCLUSIONES	307
BIBLIOGRAFÍA	318
NORMATIVA	329
JURISPRUDENCIA	332

ABREVIATURAS

APRHI. Autoridad Provincial de Recursos Hídricos de la Provincia de Córdoba.

BFC. Bloque Federal de Constitucionalidad.

CADH. Convención Americana de Derechos Humanos.

CAG. Código de Aguas.

CCyCN. Código Civil y Comercial.

CIADI. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

CM. Consejo de la Magistratura.

CN. Constitución Nacional.

COHIFE. Consejo Hídrico Federal.

CORFO. Corporación de Fomento del Río Colorado.

CP. Constitución Provincial.

CSJN. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

CR. Consejero regante.

CLS. Critical Legal Studies.

EIA. Evaluación de impacto ambiental.

DAP. Derecho adquirido patrimonial.

DAS. Derecho al ambiente sano.

DDHH. Derechos humanos.

DHA. Derecho humano al agua.

DIA. Declaración de impacto ambiental.

DUDH. Declaración Universal de Derechos Humanos.

DH. Departamento de Hidráulica de la provincia de San Juan.

DGI. Departamento General de Irrigación de la provincia de Mendoza.

LAg. Ley de aguas.

LGA. Ley General del Ambiente.

IIDH. Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

ONG. Organizaciones no gubernamentales.

ONU. Organización de las Naciones Unidas.

OIT. Organización Internacional del Trabajo.

OGN 15. Observación General Número 15 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PDESC. Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

UNESCO. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

TSJSL. Tribunal Superior de Justicia de San Luis.

INTRODUCCIÓN, MARCO METODOLÓGICO, OBJETIVOS y ESTRUCTURA

En esta sección se desarrollan los conceptos introductorios, la hipótesis, la metodología, los objetivos y la estructura adoptada para la realización de la tesis.

Introducción e hipótesis

En el presente trabajo se estudian los conflictos de derechos constitucionales en la gobernanza del agua en la República Argentina¹.

En el marco del Estado moderno se ha dicho lo siguiente sobre el concepto de gobierno:

La palabra “gobierno,” en su acepción más pura, designa el conjunto de los tres poderes del Estado: Poder Judicial, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo. Ese es el sentido en que nuestra Constitución emplea el término, al tratar en la segunda parte, título primero, del “Gobierno Federal;” sección primera, “Del Poder Legislativo;” sección segunda, “Del Poder Ejecutivo;” sección tercera, “Del Poder Judicial;” en igual sentido habla en el título segundo de los “Gobiernos de Provincia” (Gordillo, 2013, p.415).

Rafael Bielsa sostiene que:

La actividad jurídica del Poder Ejecutivo (pues se trata de una distinción en sentido sustancial) se divide en gubernativa o política y administrativa. Los fines que realiza el Estado en una y otra coinciden, pero los medios jurídicos y las formas por las cuales se ejercen las respectivas funciones son diferentes (...) La actividad ejecutiva gubernamental se ejerce sin otro control, en principio, que el político (...) La actividad administrativa, a diferencia de la política, está sometida a revisión jurisdiccional que varía según los sistemas legales, pero que consiste en atribuir recursos jurídicos protectores de los derechos y de los intereses legítimos (2017, pp.740 y 741).

Gordillo (2013), en cambio, se pronuncia en contra de esta distinción, afirma que en el derecho argentino no hay actos de gobierno. El autor sostiene que todos los actos del Ejecutivo están sujetos a control judicial.

¹ Se utilizarán los términos derechos fundamentales y derecho constitucionales de manera indistinta.

Juan Carlos Cassagne adopta un concepto amplio de gobierno:

Esa falencia, corregida en parte por un sector de la doctrina constitucional que incorporó al gobierno como elemento del Estado, requiere una reformulación moderna de los elementos del Estado que introdujo, dentro de la teoría del Estado, al gobierno o administración que ejecuta las leyes y administra el Estado (en sentido amplio, el Poder Legislativo, y la justicia que controla los poderes es también gobierno) (2017, p.5).

En publicaciones oficiales del Poder Ejecutivo nacional se explicita que la administración:

Constituye a aquellos funcionarios políticos, investidos de autoridad política, que ejecutan las políticas públicas, en interacción con los funcionarios de carrera. Se entiende, entonces, que dicha Administración lleva adelante “decisiones, iniciativas o políticas públicas que abarcan desde una medida puntual, una acción gubernamental o la sanción de una norma hasta un programa integrado de actividades gubernamentales y administrativas, y que resultan de un proceso complejo de formulación y ejecución de decisiones que afectan los asuntos públicos (Sassone, 2022, p.12).

La Constitución Nacional argentina (CN), comienza en su art. 1 expresando que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución”. Utiliza el término gobierno en muchas oportunidades, recurriendo a la acepción amplia, comprensiva de los tres poderes del Estado. El art. 99 inc. 1, al comenzar la enumeración de funciones del Poder Ejecutivo menciona dos jefaturas y una responsabilidad: “es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país”. La jefatura de Estado implica la representación de la Nación frente a Estados extranjeros, organismos internacionales, Estados locales y otras personas públicas y privadas. Por su parte, la jefatura de gobierno es la conducción del gobierno federal a través de facultades de iniciativa (referidas a los otros poderes). De esta última también deriva la responsabilidad como titular jerárquico de la administración (Sáenz, 2019).

En función de lo expuesto, es posible sostener que en su acepción amplia el gobierno comprende a los tres poderes del Estado. En una acepción más restringida, el gobierno es la actividad del Poder Ejecutivo que define directrices políticas. La administración es el aparato burocrático que, a través de sus

funcionarios y empleados, siguiendo determinados procedimientos, implementa dichos lineamientos.

El concepto de gobernanza permite analizar el proceso como un fenómeno, en el cual interactúan el gobierno, la administración y las demás instituciones de la sociedad civil. Este enfoque se considera adecuado ya que los actos de gobierno, en el marco del constitucionalismo actual, han sido transversalizados por conceptos jurídicos propios del paradigma de los derechos humanos (DDHH). Por otro lado, la actividad burocrática también debe ser guiada por los principios establecidos en las cartas de derechos. El paradigma de los derechos humanos ha provocado la ruptura de las distinciones clásicas entre actos de gobierno y actos de la administración, e incluso ha incorporado a la sociedad civil en esta interacción.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) define a la gobernanza como:

Todos los procesos de gobierno, instituciones, procedimientos y prácticas mediante los que se deciden y regulan los asuntos que atañen al conjunto de la sociedad (...) Desde la perspectiva de los derechos humanos, la gobernanza se refiere, sobre todo, al proceso mediante el cual las instituciones públicas dirigen los asuntos públicos, gestionan los recursos comunes y garantizan la realización de los derechos humanos².

La gobernanza del agua se encuentra transversalizada por la pugna de distintos derechos constitucionales en titularidad de múltiples actores sociales. Estos derechos pueden ser entendidos como mandatos de optimización, tendientes a ser aplicados en la mayor medida de lo posible. Se encuentran limitados recíprocamente entre sí (Alexy, 2017). En la República Argentina, los derechos constitucionales están plasmados en el texto de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (IIDH) a los cuales se les ha otorgado jerarquía constitucional, mediante su reconocimiento en el art. 75º inc. 22 de la Constitución o a través del Congreso Nacional siguiendo el procedimiento establecido en dicho artículo.

² Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/good-governance/about-good-governance>. Octubre de 2024.

Robert Alexy (2017) sostiene que las normas de derecho fundamental son aquellas enunciadas en el capítulo referido a derechos fundamentales de la ley fundamental. Además de ellas, se deben sumar las normas que se encuentran dispersas en otras secciones de la ley fundamental pero que contienen derechos subjetivos. Alexy agrega que también hay normas adscriptas de derecho fundamental, aquellas que no entran en ninguna de las categorías anteriores, pero tienen una relación de fundamentación con las normas de derecho fundamental. “Es adscripta si puede darse una fundamentación iusfundamentalmente correcta” (Alexy, 2017, p.53)³.

Durante el desarrollo del trabajo se indaga en tres modelos del constitucionalismo latinoamericano y su impacto en las leyes de aguas. Los modelos son: liberal; conservador y republicano (Gargarella, 2010). En el caso del modelo republicano, se añaden elementos propios del constitucionalismo del siglo XXI (derechos colectivos).

Lo expresado en los párrafos precedentes sirve de fundamento para el problema de investigación: el impacto de la incorporación del derecho humano al agua (DHA) y del derecho al ambiente sano (DAS) en la gobernanza del agua. Se analizan los conflictos de los derechos enunciados entre sí y con el derecho de propiedad constitucional, en particular con los derechos adquiridos patrimoniales (DAP). Este problema permitirá indagar en otro conexo: detectar si el test de razonabilidad, desarrollado por Robert Alexy, es un instrumento que permite resolver los conflictos de derechos fundamentales en los marcos constitucionales de fusión.

Se ha partido de la siguiente hipótesis: en la gobernanza del agua de la República Argentina existen conflictos entre derechos constitucionales. Las normas provinciales que regulan la participación en la gobernanza del agua están estructuradas de acuerdo al modelo constitucional liberal-conservador. Se

³ La utilización del test de razonabilidad y del concepto de derechos como mandatos de optimización no implica necesariamente que, en esta tesis, se adhiera a una visión de vinculación entre el derecho y la moral. El contenido de los principios puede ser delimitado a través del propio orden jurídico positivo. “La presencia de principios en el sistema jurídico puede ser asumida por un positivista sin renunciar a la tesis de la separación” (Cabra Apalategui, 2005, p.148). El debate sobre la vinculación entre derecho y moral excede al objeto de esta obra. Lo que resulta indudable es que el reconocimiento de ciertos derechos humanos ha positivizado fórmulas y concepciones ontológicas que antes resultaban ajenas al ordenamiento jurídico.

encuentran ausentes, de forma total o parcial, los contenidos del modelo constitucional vinculado con los derechos colectivos. El test de razonabilidad, desarrollado por Robert Alexy, es un mecanismo impotente para llegar a una solución correcta. Esto se debe a que una misma resolución puede ser considerada razonable o irrazonable.

Marco metodológico y área de estudio

Para realizar el estudio se adopta una metodología que vincula el análisis conceptual con el estudio del contexto en que se produce y se implementa el derecho (Rossetti, 2016). El ordenamiento jurídico es entendido como un producto social condicionado y condicionante de las circunstancias históricas, económicas, culturales y los distintos modelos político-constitucionales. Existe una relación dialéctica entre el derecho y los factores mencionados. Dentro del contexto de producción e implementación del derecho de aguas, se tienen en cuenta la existencia de tres concepciones sobre el agua: dominial, de mercado, ecocéntrica (Lorenzetti, 2017). A su vez, se proponen categorías para analizar la situación jurídica del agua en función de las distintas pretensiones que existen sobre este bien.

El material de análisis está constituido por lo pertinente de: (i) la Constitución Nacional e instrumentos internacionales con jerarquía constitucional; (ii) leyes nacionales de presupuestos mínimos de protección ambiental (PMPA); (iii) leyes nacionales que regulan cuestiones atinentes al agua, en particular el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN); (iv) leyes nacionales que regulan cuestiones atinentes a la propiedad, en particular Código Civil y Comercial; (v) leyes locales de aguas en las provincias de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires; (vi) jurisprudencia sobre el tema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN); (vii) jurisprudencia y documentos emanados por los órganos interamericanos encargados de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos sobre agua, ambiente y propiedad; (viii) doctrina especializada.

En relación a la interpretación constitucional, se utiliza el método complejo o combinado (Manili, 2021). El cual permite dar cuenta del contexto histórico, visión sistémica, motivos teleológicos y el factor subjetivo de producción de la Constitución.

Se estudian los casos de las provincias de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires. El criterio de selección en las dos primeras se debe a su situación climática de escasez estructural, lo cual permite indagar en los mecanismos legales asociados al aprovechamiento y la sequía en la región de Cuyo. Para propiciar el contraste, las dos restantes se seleccionan por ser provincias con mayores precipitaciones que permiten analizar los mecanismos legales vinculados a las inundaciones, a su vez, son las dos jurisdicciones con mayor cantidad de habitantes en el país.

El período temporal de análisis se centra en el derecho vigente, no obstante, se tendrá en cuenta la influencia de normativas previas desde la segunda mitad del siglo XIX, momento en que se sancionaron las primeras leyes de aguas en la República Argentina.

Objetivos

En el desarrollo del presente trabajo se han planteado los siguientes objetivos.

Objetivo general:

Desarrollar un estudio de los conflictos entre el derecho de propiedad, derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano, vinculados a la participación en la gobernanza del agua. El propósito es aportar herramientas jurídicas para la interpretación de estos derechos en el plano legislativo, administrativo, judicial y en distintos ámbitos sociales.

Objetivos específicos:

- (i) Analizar las cláusulas constitucionales relativas al derecho de propiedad, derecho humano al agua y derecho al ambiente sano y su vinculación con los distintos modelos constitucionales.
- (ii) Determinar la influencia de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional en relación al derecho de propiedad, derecho humano al agua y derecho al ambiente sano.
- (iii) Analizar el test de razonabilidad, junto con las críticas al mismo, como mecanismo de resolución de conflictos entre derechos fundamentales en la participación de la gobernanza del agua.
- (iv) Describir jurídicamente el régimen de aguas y las instituciones participativas, en la legislación provincial de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires.

La concreción de los objetivos anteriores posibilitará encarar un quinto objetivo:

- a. Determinar las propiedades potencialmente relevantes de cada derecho y alternativas de resolución y/o armonización de los posibles conflictos.
- b. Estudiar la constitucionalidad de las leyes locales de aguas.

Estructura

En la primera parte de este trabajo se estudia la correlación de los modelos constitucionales con el derecho de aguas local. Luego, se realiza una descripción de los derechos en conflicto. Por último, se analiza, de manera crítica, uno de los dispositivos más empleados en la doctrina y jurisprudencia constitucional: el test de razonabilidad desarrollado por Robert Alexy.

En la segunda parte se estudian las potencialidades relevantes (contenido) de los distintos derechos en pugna y su impacto en la participación de la gobernanza del agua. Para ello se estudian las leyes locales y se divide en dos secciones. La primera está enfocada en las organizaciones de usuarios, instituciones históricas

representativas de la participación. Se busca conocer el contenido y alcance de los derechos adquiridos patrimoniales bajo la protección del derecho de propiedad constitucional. Este derecho se encuentra en cabeza de los titulares de usos privativos sobre el agua. Se analiza la vinculación de estas organizaciones con los modelos constitucionales. Se investigan sus características y la concordancia con el bloque federal de constitucionalidad vigente (BFC). Se indaga en los conceptos de ciertos principios matrices del derecho de aguas. La segunda sección se centra en el análisis de los derechos sociales y colectivos de los actores emergentes: ciudadanos y grupos especialmente protegidos que toman relevancia a partir del reconocimiento del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano.

La tercera parte está destinada a describir las esferas de conflictividad y convergencia entre los distintos derechos y el impacto de la yuxtaposición de actores. Se realiza el análisis sobre los márgenes de incertidumbre del test de razonabilidad aplicado al caso. El trabajo finaliza con el estudio de mecanismos alternativos y/o complementarios para resolver los conflictos de derechos mediante la creación de nuevas instituciones hídricas.

PRIMERA PARTE. MARCO CONSTITUCIONAL Y TEST DE RAZONABILIDAD

En esta parte de la tesis se estudia el marco constitucional de la República Argentina y se describen los derechos en pugna. Ello permite trazar los primeros contornos de los conflictos de derechos. Luego se analiza el test de razonabilidad como mecanismo de solución de controversias. Se describen los juicios del test y la escala triádica para proceder a la ponderación. Se desarrollan dos objeciones que se han planteado en contra del test. A continuación, se investiga sobre la utilización de esta herramienta por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por último, se sientan las premisas que servirán para el análisis de la segunda parte del trabajo.

CAPÍTULO I. MARCO CONSTITUCIONAL

En este capítulo se analiza la descripción constitucional de los tres derechos que se encuentran en conflicto en torno al agua: el derecho de propiedad, el derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano. Se parte de una caracterización histórica del proceso constituyente argentino, los distintos modelos en pugna y su evolución. Esta descripción es de carácter introductorio, las potencialidades relevantes de los derechos son complementadas mediante los análisis que se realizan en la segunda parte de esta tesis.

I.1. Los modelos constitucionales en la República Argentina

La Constitución Nacional de la República Argentina nace en el auge de la expansión del desarrollo capitalista mundial. Roberto Gargarella ha categorizado al Constitucionalismo latinoamericano utilizando tres modelos aglutinantes de las principales ideas. El modelo liberal, el modelo conservador y el modelo radical o republicano (Gargarella, 2010). La elección de este marco para categorizar al constitucionalismo latinoamericano no implica la adhesión teórica a los

postulados de la democracia deliberativa como solución a las problemáticas de participación. En el presente trabajo se adopta esta clasificación para ponerla en contraposición a la idea de Constitución como texto susceptible de ser interpretado bajo una racionalidad única. Existe una relación dialéctica entre la sociedad que produce la Constitución y la Constitución que moldea a su sociedad hacia el futuro con pretensiones de estabilidad.

Arturo Sampay (2012) sostuvo que la Constitución fue pensada para insertar a la Argentina en el mundo de un capitalismo competitivo. No obstante, su principal problema fue la mutación del capitalismo mundial, pasando de un tipo competitivo a un tipo monopólico. La CN tuvo fallas producto de su demorada aplicación desde 1853.

Fernando Atria propone entender a la Constitución como máquina y de este modo analizar las instituciones que ha creado. Utiliza un esquema de tres pasos:

El punto de partida es el de las instituciones realmente existentes (...); El discurso explícito sobre una institución es que ella desempeña una función socialmente relevante, que en un contexto no institucionalizado (lo que llamaré «naturalmente») sería más o menos, pero siempre considerablemente, improbable (...); Si la explicación ha de ser exitosa, ella consistirá en mostrar cómo las características formales identificadas en el primer momento contribuyen a neutralizar la improbabilidad identificada en el segundo momento y de ese modo la institución hace probable eso que era improbable (2024, p.248).

Siguiendo las categorías antes enunciadas, la Constitución originaria, producto de 1853 con la reforma de 1860, opera como una fusión de los modelos liberal y conservador, que alcanzaron altos grados de acuerdo y excluyeron al modelo más discordante: el republicano (Gargarella, 2010)⁴. Hubo dos temas centrales que implicaron el acuerdo de estos modelos: la defensa de la propiedad privada y la concepción restringida de los derechos políticos. Al mismo tiempo, se excluyeron los derechos sociales, dejando afuera al modelo republicano.

⁴ Hay distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la reforma de 1860. Un sector de la doctrina niega su carácter de reforma y habla de un período constituyente abierto que se habría cerrado en 1860, mientras que otros ubican al Constitucionalismo originario en 1860 (Zíulu, 2015). Ambas posiciones buscan esquivar que la propia Constitución de 1853 prohibía su reforma por 10 años. En caso de admitir que se trató de una reforma, la Constitución habría sido producto de una reforma inconstitucional.

A diferencia de ello, “el pacto de clases actual se refleja en la combinación entre derechos de propiedad y derechos de bienestar que hoy caracteriza (...) a todos los régimen liberal democráticos” (Holmes y Sunstein, 2011, p.230). Holmes y Sunstein entienden este intercambio como un efecto estabilizador de la organización social.

En Argentina no se realizó una reforma agraria ni un reparto de la propiedad privada como mecanismo competitivo para dinamizar el mercado, si bien estas ideas se discutieron, no fue la tendencia que se impuso (Galasso, 2011). Por otro lado, los sectores conservadores veían con preocupación las discusiones que se daban en torno a la redistribución de la riqueza. Esto culminó en un acuerdo que se vio plasmado en el art. 14 y con mayor énfasis en el art. 17 de la Constitución Nacional. La propiedad resultó un derecho especialmente protegido por los constituyentes. Se vedó la discusión sobre su posible redistribución y la intervención del Estado en la economía.

El propio Alberdi expresaba que:

“Debe pues dar garantías de que no se expedirá ley orgánica o civil que altere, por excepciones reglamentarias, la fuerza del derecho de propiedad consagrado entre sus grandes principios, como hace la constitución de California” (2017, p.124).

Después de los grandes intereses económicos, como fines del pacto constitucional, entrarán la independencia y los medios de defenderla contra los ataques improbables o imposibles de las potencias europeas. No es que estos fines sean secundarios en importancia, sino que los medios económicos son los que deben llevarnos a su consecución (2017, p.126).

Esto demuestra el carácter prioritario que los intereses económicos tuvieron en el constitucionalismo originario. Se buscó dotar de garantías suficientes a la libertad de industria y a la propiedad privada como condición de desarrollo de la Nación.

Los derechos políticos fueron concebidos, desde la tesis alberdiana, en clave restrictiva. En contrapartida fueron garantizadas amplias libertades civiles como condición para poblar el territorio.

Cabe destacar que, desde su génesis, se buscó limitar el accionar administrativo. Al referirse a los fines que debía perseguir la Nación, Alberdi expresaba con claridad que “su constitución debe reconocer (...) la inviolabilidad del derecho de

propiedad y la libertad completa del trabajo y de la industria” (2017, p.124). Alberdi sostuvo que “era preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar o escamotear las libertades y garantías constitucionales” (2017, p.110). Esta concepción restringida del derecho administrativo sufrió posteriores modificaciones durante el siglo XX, pero mantiene cierta influencia hasta la actualidad. Un ejemplo es el recelo que existe en torno a imponer nuevas restricciones en la relación entre concedente y concesionario en ciertas concesiones administrativas. La concesión para uso del agua pública con fines agrícolas es un caso testigo.

El derecho decimonónico argentino fue sancionado en el marco del modelo liberal-conservador. Sin embargo, las influencias fueron múltiples, tomando elementos propios de distintos países (Francia, Estados Unidos, España).

Guillermo Cano, al analizar el derecho intermedio de la provincia de Mendoza durante el siglo XIX, pone de manifiesto la fuerte influencia del derecho hispánico. Ello impactó en las directrices básicas de la ley de aguas de 1884. Esta consideración puede extenderse a los principales institutos jurídicos de otras leyes de aguas de la República Argentina.

La coincidencia es perfectamente comprensible si se repara en que tanto la ley española, como el derecho mendocino intermedio, reconocen a su vez, una fuente común: el genio jurídico hispánico, inspirador de la una y del otro, que imprimió a ambos el marcado criterio regalista que dominaba en el derecho público borbónico, hoy evolucionado hacia la idea de la subordinación del individuo al Estado. Afirmo, pues, que aún sin el modelo español de 1879, la ley mendocina de aguas vigente habría tenido la misma fisonomía que hoy muestra, se habría apoyado en idéntico esqueleto jurídico (Cano, 1943, p.15).

Todo ello ocurrió en un momento de auge de la codificación como mecanismo de regulación jurídica.

La codificación es el fenómeno que viene a brindar seguridad económica y política, los códigos se presentan como mecanismos de libertad y expansión de los mercados, mecanismos de anulación de los tabús sacramentales y las asociaciones estamentarias o gremiales monopólicos de orden cerrado (...) La codificación se instala en base a la idea de Razón, en el siglo XIX se pasa de la razón metafísica a la razón calculadora. Busca la previsibilidad, la seguridad del derecho (Marí, 2014, p.28).

Este fenómeno repercutió en las leyes decimonónicas de aguas (San Juan y Mendoza). En clave de completitud, buscaron regular distintas situaciones, subsumiéndolas a un marco jurídico que, producto del contexto científico, carecía de bases ciertas sobre muchos aspectos del ciclo hidrológico.

Es cierto que muchas de las leyes de aguas no se presentaron bajo el *nomen iuris* de “código”, no obstante, su redacción y estructura estaba pensada bajo la premisa codificatoria o, al menos, influida por ella. La pretensión de completitud y rigidez se presenta como la primera barrera que impide el avance de la flexibilidad e innovación en el derecho de aguas.

Entonces, a priori, se observa a la Constitución y la codificación como un proceso coherente, sin perjuicio de que Alberdi realiza críticas a los códigos completos. No obstante, cabe hacer una salvedad. La concepción liberal defensora de la codificación como reaseguro de los derechos frente a grupos corporativos asociados al régimen económico feudal fue atenuada en la República Argentina. Los códigos se construyeron sobre cimientos propios de una realidad económica que no discutió la distribución de la riqueza. La codificación se edificó sobre los propios moldes económicos vigentes. La participación de los usuarios del agua se estructuró bajo ese marco.

Durante el siglo XX, ingresó el modelo excluido a la Constitución Nacional, mediante la reforma de 1949. Pocos años más tarde, esta reforma fue dejada sin efecto por la proclama de 1956, acto que implantó la CN de 1853 con sus sucesivas reformas hasta la de 1898.

En 1957, la Convención constituyente introdujo el artículo 14° bis, con el cual los derechos sociales quedaron nuevamente reconocidos⁵. Si bien esta reforma fue más acotada que la de 1949, salvo lo que respecta al derecho a huelga, asentó la presencia de los derechos sociales en la cúspide del ordenamiento jurídico. En la reforma de 1994, se incorporó el capítulo de nuevos derechos y garantías, se jerarquizaron 11 instrumentos internacionales de derechos humanos, actualmente 14 por aplicación del propio mecanismo previsto en el art. 75 inc. 22. De esta

⁵ En las elecciones de convencionales constituyentes se encontraba proscripto el Partido Peronista que había sido el mayoritario en la Convención Constituyente de 1949 (Decreto-ley 4161 del 5 de marzo de 1956).

forma, se consolidó la presencia de los derechos sociales, a la par, se incorporó a los derechos colectivos. Finalmente, ingresó en la Constitución el modelo radical-republicano⁶.

La categorización de modelos no debe ser asumida en términos estrictos, ya que también proviene de una raíz decimonónica. El propio Gargarella aclara que se trata de corrientes en diálogo. Las modificaciones sociales, culturales y económicas acaecidas durante más de 150 años desde la CN originaria, significan nuevos marcos contextuales y conceptuales para analizar el derecho.

Estos paradigmas moldearon a la Constitución Nacional y a las leyes inferiores, aunque no se trató de un proceso siempre coherente ni carente de contradicciones intrínsecas. El ideal codificador de evitar la presión de grupos corporativos no es completamente compatible con la concepción de las organizaciones de usuarios del agua.

Las organizaciones de usuarios, con fuente en el derecho español, tienen su germen de constitución en corporaciones o grupos de regantes que actúan persiguiendo un interés común. El reconocimiento de estas instituciones en el derecho positivo, incluso en los códigos liberales, es una concesión a favor de los sistemas sociales preexistentes.

La construcción de las leyes en materia hídrica ha sido fruto de sectores dominantes en el plano cultural y económico. En el caso de los territorios signados por la escasez, ello ha moldeado la configuración de las sociedades de oasis. Se creó una división territorial entre incluidos y excluidos. En esta conformación no existió un diálogo virtuoso, sino más bien la negociación entre posiciones como forma de garantizar la existencia sectorial. Al mismo tiempo, se produjo la invisibilización de quienes no accedieron a dicha negociación.

Además de lo expresado, cabe señalar que el derecho de aguas decimonónico adoptó la concepción cultural de la Constitución. Se pretendió homogeneizar la unidad identitaria, mediante la exclusión del “indio” o su en defecto la búsqueda de su conversión. Esto puede verse en el art. 64 inc. 15 de la CN que reguló competencias del Congreso para “Proveer a la seguridad de las fronteras;

⁶ Este modelo, en la actualidad, puede ser mencionado bajo el nombre de modelo de los derechos sociales y colectivos.

conservando el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Alberdi consideraba que “existían antecedentes unitarios de la época colonial: unidad de origen español en la población argentina, unidad de creencias y de culto religioso, unidad de costumbres y de idioma” (2017, p.116). Esta unidad permitió crear la ficción de que las leyes de aguas se establecieron respetando la cláusula sin perjuicio de terceros, ya que jurídicamente negaron entidad y derechos a personas por fuera de la unidad cultural. Resultaron coherentes con la racionalidad del modelo constitucional adoptado, aunque negadoras de otros modelos que ya se encontraban en discusión al momento de su sanción. La crisis de esta racionalidad ocurrió, casi un siglo más tarde, con el reconocimiento de los derechos sociales y colectivos.

Para finalizar, cabe recalcar que la Constitución argentina actual es fruto del pacto de los modelos liberal y conservador con la posterior incorporación del modelo radical-republicano. Cada modelo trae consigo premisas interpretativas diferentes que han sido superpuestas sin construir mecanismos para hacerlas compatibles entre sí.

I.2. Los derechos políticos en el bloque federal de constitucionalidad: de la igualdad formal a la real y de la participación restringida a la amplia

En este apartado se estudia la evolución de los derechos políticos en las distintas etapas del constitucionalismo argentino. El proceso de reconocimiento de estos derechos, así como su modificación, determina los sistemas de elección y/o selección de las autoridades de los tres poderes del Estado y los esquemas de participación en distintos asuntos públicos.

En la actualidad, el art. 23 inc. c de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce entre los derechos protegidos: “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. Por ello es clave conocer la naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios que participan en la gobernanza del agua. Si bien este tema se tratará más adelante, como anticipo, es posible expresar que se han detectado dos categorías:

organismos públicos estatales y organizaciones públicas no estatales. En ambos casos, realizan funciones públicas vinculadas a un interés que no es meramente privado ya que involucra la administración y el aprovechamiento de un bien de dominio público.

En función de lo expuesto, a continuación, se desarrollan las distintas visiones políticas que han existido en el constitucionalismo argentino.

1.2. A. Primera etapa: igualdad formal y participación restringida

El pacto liberal-conservador adscribió a una visión restrictiva de los derechos políticos. Los fundamentos eran disímiles, mientras que los liberales consideraban que la formación del pueblo era aún insuficiente, los conservadores no querían ampliar los márgenes de participación para no perder posiciones de poder, en especial vinculadas a la propiedad (Gargarella, 2010). En este período temporal se adoptó una visión dominial del agua propia de un modelo reactivo (Lorenzetti, 2017).

La igualdad reconocida en la CN era la igualdad formal, es decir ante la ley. Este fue el paradigma que se plasmó en el art. 16. A la vez, se reconocieron garantías conexas en el art. 18.

La CN originaria omitió el reconocimiento del sufragio universal, recién fue incorporado mediante la Ley 8.871 (1912). “Resulta de sumo interés analizar el texto originario de nuestra Constitución. Aunque parezca llamativo, no había ninguna mención directa al plexo de derechos políticos” (Moia, 2007, p.386). Esto era producto de la desconfianza que existía hacia el pueblo para participar y decidir en los asuntos públicos. El propio Alberdi expresaba que “la república deja de ser una verdad de hecho en la América del Sud, porque el pueblo no está preparado para regirse por este sistema, superior a su capacidad” (2017, p.84). Reconocía la necesidad de mejorar la formación de los gobernados para poner en práctica, de manera plena, a la República como forma de gobierno. Hasta que ello ocurriese, la propuesta consistía en el establecimiento de una República que tuviese cierto grado de continuidad con algunas características de la monarquía,

lo que se condensaba en la figura del Poder Ejecutivo fuerte. En 1860, se incorporó la cláusula de los derechos implícitos (art. 33 CN) que permitía reconocer derechos políticos. Sin embargo, “los tribunales han sido remisos a usarlo para ampliarlos, desoyendo las claras palabras del constituyente” (Moia, 2007, p.388).

Los conservadores consideraban que había sectores sociales mejor formados para el manejo de la cuestión pública, asociaban el derecho a participar con el tener una demostrada capacidad económica. Esto último era garantía de independencia en la expresión de la voluntad y se vio reflejado en cláusulas vigentes hasta el día de la fecha, por ejemplo, el requisito de dos mil pesos fuertes para ser senador (art. 55°), presidente (art. 89°) o miembro de la Corte Suprema de Justicia (art. 111°).

Los liberales no partían de una desconfianza natural hacía las mayorías, sino más bien coyuntural. Se trataba de mayorías que no se encontraban formadas. El ejercicio virtuoso de la ciudadanía requería un proceso previo de instrucción que debía ser conducido por quienes sí ostentaban la capacidad para ello (Gargarella, 2010). Al igual que ocurrió con el derecho de propiedad, ambos modelos encontraron grandes puntos de encuentro para impedir el ingreso de las reivindicaciones exigidas por el modelo excluido.

A los fines de contextualizar el pensamiento conservador del siglo XIX y comienzos del siglo XX, cabe citar lo sostenido por Carlos Rodríguez Larreta en 1912 (Profesor de Derecho Constitucional y Canciller del Presidente Figueroa Alcorta):

Si mi peón hubiera tenido la misma acción que yo para resolver los problemas económicos, internacionales o políticos del país, habríamos estado viviendo bajo un régimen absurdo. No ha sido así, gracias a Dios, porque yo he dirigido a mi peón. Pero el voto secreto lo independiza, al privarme de una influencia saludable y legítima; más aún, lo convierte en mi enemigo porque le permite ejercitar en la sombra, sin que yo lo sepa, el rencor oculto que acaso me guarda por mi superioridad en la vida (...) Una transformación tan honda de nuestra sociedad es hoy más peligrosa que nunca, porque estamos expuestos a iniciar en el país una verdadera cuestión social y una lucha de clases (Rodríguez Larreta en Sampay, 2012, p.95)

Este contexto constitucional permite entender el marco estructurante del acceso a los derechos de agua, performativos de la participación en la gobernanza de este

bien. Los derechos se estructuraron sin atender las desigualdades sociales existentes. Esto resultó coherente con el modelo constitucional originario, aunque significó la exclusión de actores sociales ya existentes y/o el beneficio o perjuicio de otros según fuera el caso⁷. Esta marca originaria ha persistido en el tiempo e incluso ha trascendido a las reformas constitucionales. Las regulaciones típicas de esta época fueron: requisitos de capital y/o acreditar título de propiedad y total exclusión de quienes no eran propietarios.

La visión de los derechos políticos del constitucionalismo originario logró imponerse en las leyes provinciales de aguas. Si bien este fenómeno fue multicausal, uno de los motivos pudo estar asociado a la impronta que significa el ejercicio del poder constituyente originario en contraposición al poder constituyente derivado. Este último se encuentra limitado en términos jurídicos y sociales por el poder originario. En razón de no encontrarse en una etapa fundacional del Estado, presenta mayores obstáculos para que la vigencia de la norma se traduzca en eficacia.

1.2. B. Segunda etapa: hacia la igualdad real y la participación amplia

La igualdad formal receptada en la Constitución sufrió un cambio disruptivo con el reconocimiento de los derechos sociales. Las regulaciones establecidas por la reforma constitucional de 1949 habilitaron amplios medios a favor del Estado para intervenir en el ámbito económico privado. No obstante, el período de vigencia de

⁷ Un ejemplo de ello es el caso de San Juan, las primeras leyes de agua regularon entre los requisitos para ser autoridad de Irrigación, el contar con un determinado capital. La ley de 1858 expresaba como requisito para ser Inspector General del Departamento de Irrigación, canalización y agricultura que pertenezca al gremio agrícola y que posea en propiedad un capital de diez mil pesos al menos, antecedentes de honradez e inteligencia (art. 3). El requisito económico se reducía a cuatro mil pesos para ser subinspector de la villa de Jáchal. A su vez, se crearon departamentos, los cuales contaban con una Autoridad encomendada a comisión de tres vecinos que debían ser propietarios de fundos cultivados (art 10). Esos departamentos se transformaron luego en Juntas Municipales mediante la Ley de 1872, manteniendo los requisitos para los miembros de comisiones. Este esquema de gobernanza del agua, pese a las modificaciones normativas en otros ámbitos, se mantuvo vigente hasta 1928, cuando se centralizó la administración en el Departamento General de Obras Públicas. Este diseño perduró hasta 1942, cuando se sancionó la ley 886 (actual 13-A, normativa vigente).

estos institutos fue corto producto de la reinstalación del texto de 1853, realizada en 1956.

Desde la reforma de 1994, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos jerarquizados, así como el art. 75 inc. 23, reconocen la facultad y obligación del Estado, a través del Congreso Nacional, de promover acciones positivas constitucionales. El concepto de igualdad de la Constitución es construido en una nueva clave, sin desconocer a la igualdad formal del art. 16, se habilita (y ordena) a regular en términos desiguales para promover la igualdad real.

Sobre la base de este conjunto normativo, puede postularse el paso desde un concepto formal de igualdad a un concepto material, entendida como la necesidad de que el Estado adopte medidas tendientes a remover los obstáculos que impidan de hecho la igualdad (Treacy, 2011, p.184).

La igualdad real está asociada a un modelo de ampliación de la participación pública. La CN contuvo, en un primer momento, la fusión de elementos propios del elitismo y la igualdad formal en clave liberal. En la actualidad, se ha reconocido el concepto de igualdad real y se han regulado mecanismos de democracia semidirecta, inspirados en una tradición cercana al autogobierno colectivo. Las condiciones del siglo XIX que dieron lugar al presidencialismo fuerte y a los elementos elitistas, así como las que en el siglo XX fueron críticas y dieron lugar al reconocimiento de mecanismos semidirectos, se han modificado.

El paradigma constitucional vigente implica garantizar el ejercicio del sufragio activo universal en los términos del art. 37 de la CN. A la par, se encuentra garantizado, mediante el art 1 de la CADH y el art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el ejercicio de los derechos políticos sin distinciones basadas en la posición económica. Esto aplica al sufragio activo y al pasivo. De este modo, el modelo se aparta de los moldes del constitucionalismo clásico argentino. También se han incorporado obligaciones para garantizar la igualdad real, ejemplo de ello es el segundo párrafo del art. 37 y el citado art. 75 inc. 23.

La CSJN ha sostenido que:

Se debe tener particularmente presente que el derecho genérico de las personas a ser tratadas de modo igual por la ley no implica una equiparación rígida entre ellas, sino que impone un principio genérico —igualdad ante la ley de todos los habitantes— que no impide la existencia de diferenciaciones legítimas (...) El criterio de distinción no debe ser arbitrario o responder a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados (Fallos: 229:428), o tratar desigualmente a personas que están en circunstancias de hecho esencialmente equivalentes (Nuevo Triunfo, 2009, p.6).

La CSJN aclara que la hostilidad en la distinción no se presume, sino que debe ser probada por quien la alega. No obstante, en los casos de categorías sospechosas, parte de una presunción de inconstitucionalidad.

La participación exclusiva de los usuarios privativos en la gobernanza del agua puede ser considerada una categoría sospechosa. La exclusividad está basada en una posición económica. Las distinciones económicas no son una diferencia legítima cuando se regula el acceso a participar en las decisiones sobre bienes de dominio público que también satisfacen derechos sociales y derechos colectivos.

El cambio operado en la Constitución argentina, respecto a la concepción de la igualdad, habilita a proteger, en forma más enfática, a ciertos grupos sociales. Los sectores de la sociedad que fueron perjudicados y/o invisibilizados durante la vigencia del constitucionalismo clásico deben gozar de mayores herramientas. Esto permite construir la categoría de grupos especialmente protegidos.

En síntesis, se puede afirmar que las normas que estructuran la participación en la gobernanza del agua, con un lugar exclusivo para los titulares de usos privativos fueron coherentes con el modelo constitucional originario. En la actualidad pueden ser alcanzadas por una presunción de inconstitucionalidad, producto de estar basadas en una categoría sospechosa. Este punto será tratado en el Cap.V.6.

I.3. Los conflictos de derechos multidimensionales en torno al agua

Los conflictos se traban entre tres derechos: derecho de propiedad (derechos adquiridos patrimoniales), derecho humano al agua y derecho al ambiente sano.

El entendimiento de los derechos como mandatos de optimización, a ser realizados en la mayor medida posible, implica aceptar márgenes de indeterminación. En ciertos casos, el contenido de los derechos puede resultar contrapuesto. Robert Alexy es quien ha desarrollado una propuesta, a partir del estudio del Tribunal Constitucional alemán, para categorizar a los derechos fundamentales y resolver sus conflictos. Las ideas de Alexy han sido receptadas en la doctrina y en la jurisprudencia. En particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido al examen de proporcionalidad o razonabilidad en distintos fallos⁸. Alexy sostiene que, en el plano de los derechos fundamentales, no se puede excluir a un derecho por resultar inválido, el conflicto se resuelve al determinar cuál tiene mayor importancia en el caso concreto, mediante la fórmula del peso (Alexy, 2017).

Si bien Atienza ha planteado fuertes diferencias con Alexy, a los fines de distinguir entre los casos de conflictos de derechos y los casos de ausencia, invalidez o conflicto entre reglas, se puede sumar la distinción que este autor realiza:

Cabría así dividir los casos en dos grupos: aquéllos cuya resolución se fundamenta en el balance de razones jurídicas que se integran en la deliberación del órgano jurisdiccional, y aquellos otros en los que tal balance de razones exige el abandono de la deliberación y la adopción como base de la resolución de una razón perentoria (1997, p.16)⁹.

En el sistema federal argentino, es correcto hablar de un bloque federal de constitucionalidad. Este concepto ha sido trabajado por los constitucionalistas:

El primer peldaño se encuentra conformado por un conjunto de normas de igual jerarquía suprema pero no incluidas en un mismo cuerpo normativo, de allí la importancia de esta noción de “bloque”. Por un lado, la Constitución Nacional desde el

⁸ Esta jurisprudencia será tratada en el Cap. II de este estudio.

⁹ La utilización de esta categoría propuesta por Atienza no implica necesariamente una adhesión a todas sus posiciones teóricas ni a sus críticas a la teoría desarrollada por Robert Alexy. Cabe aclarar que el autor agrega una tercera categoría, la de los casos trágicos.

Un caso puede considerarse trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde un punto de vista jurídico y/o moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema (2017, p.219).

En este tópico, Atienza (2017) plantea otra diferencia con Alexy. Sostiene que, en los casos trágicos, no se trata sólo de que haya más de una respuesta correcta posible tal como acepta el catedrático alemán (a diferencia de Dworkin), sino que el derecho puede no tener respuestas correctas para dar.

Preámbulo hasta la última Disposición Transitoria (texto de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994), a la que se deben sumar, por otro, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con rango constitucional a partir de la reforma de 1994 que, como se analiza más adelante, a pesar de esa jerarquía suprema no integran el texto constitucional y están sometidos a una rigidez un tanto menor que las normas del texto de la Constitución (Quiroga Lavié, 2009, Tomo I, p.562).

Ahora encontramos en el vértice de la pirámide jurídica, a la constitución "más" los once instrumentos mencionados por el constituyente, "más" los tres tratados elevados por el Congreso. Ese conjunto de normas constitucionales e internacionales se denomina "bloque de constitucionalidad" (Manili, 2021, Tomo I, p.212).

Nuestra pirámide normativa se estructura con un bloque de constitucionalidad compuesto por la Constitución Nacional y los tratados con jerarquía constitucional (Elfman, 2019, p.50).

En el sentido antes indicado, todos los derechos que se encuentran dentro del bloque federal de constitucionalidad pueden ser considerados derechos constitucionales de idéntica jerarquía.

Los tres derechos mencionados se consideran constitucionales, aunque la recepción del DHA provenga de fuentes convencionales. Los derechos patrimoniales tienen su reconocimiento en el art. 14 de la CN, a través del derecho de propiedad constitucional, su reaseguro se encuentra en el art. 17 de la CN. El derecho al ambiente sano tiene recepción en el art. 41 de la CN. Por su parte, el derecho humano al agua no tiene reconocimiento expreso en el texto mismo de la CN, pero sí encuentra sustento convencional. Ha sido reconocido en la Observación General N° 15 (OGN 15), interpretativa del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC); en la Convención sobre los derechos del niño (art. 24); en la Convención Sobre Eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (14) y la Convención Americana sobre derechos de los adultos mayores (art. 12 y art. 25).

Embid Irujo expresa que “en el ámbito del derecho internacional, la fundamentación jurídica del derecho al agua, al margen de algunas otras referencias parciales, se construye sobre todo con fundamento en los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (2006, pp.19 y 20). No obstante, el propio autor señala que el derecho al agua no se

encuentra contenido en dichos artículos, sino que ha surgido a partir de la interpretación de la OGN 15. Agrega que “para que nadie se llame a engaño, (...) estamos ante interpretaciones jurídicas, algunas ciertamente resaltables, pero que se formulan frente a una ausencia real de proclamación de tal derecho” (Embido Irujo, 2006, p.21). Pese a los casi veinte años desde que se realizó tal afirmación, la situación no ha cambiado demasiado en los instrumentos internacionales¹⁰. En cambio, sí ha cobrado mayor reconocimiento y aceptación en la jurisprudencia y doctrina.

1.3.A La relación entre los derechos

Los derechos pueden ser clasificados en derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas, estos últimos a su vez pueden ser divididos en acciones fácticas y normativas (Alexy, 2017). En el caso de los fácticos, es indistinto el medio utilizado siempre que se satisfaga el derecho. En cambio, los normativos son derechos a la creación de normas.

Alexy señala que para saber qué hace que los bienes sean colectivos “hay que tener en consideración: la estructura no distributiva de los bienes colectivos y su status normativo” (2013, p.186). El autor entiende que se trata de un bien no distributivo cuando “es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos” (2013, p.187).

El jurista alemán sostiene que “existen derechos prestacionales que implican un haz de prestaciones” (Alexy, 2017, p.393). Entre ellos ubica al derecho al ambiente, el cual incluye: derecho de defensa, derecho de protección, derecho de procedimiento, derecho a una prestación fáctica. Es posible sostener que el derecho humano al agua también ingresa en esta categoría. No obstante, el agua no constituye siempre un bien colectivo, adquiere tal carácter cuando es protegida como parte del microbien ambiental o de un contenido fáctico mínimo para el uso humano doméstico. En el resto de los casos, el agua es un bien susceptible de ser

¹⁰ La situación no se ha modificado de manera sustancial. Sólo se ha sumado la Res. 64/292 del año 2010 de la Organización de Naciones Unidas.

distribuido. El derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano abarcan los dos tipos de acciones positivas, ya que hay cualidades que pueden cumplirse sin la necesidad de una normativa extra (el abastecimiento mínimo para consumo humano y la protección de la biodiversidad). Otras acciones, en cambio, requieren de una normativa que las regule (derecho de participación).

El derecho de propiedad (derecho adquirido patrimonial) es un derecho a una acción negativa, aunque esto puede ser objeto de ciertos reparos. Se trata de una concesión que implica la entrega de un bien por parte del Estado y la vigencia de normas que aseguren la participación de los usuarios.

La relación entre derechos a acciones positivas, derechos a acciones negativas y derechos que engloban un haz de prestaciones es uno de los temas latentes del constitucionalismo desde hace varias décadas. Los derechos humanos reconocen pretensiones antinómicas entre sí (Bobbio, 1991).

Los derechos constitucionales están en principio siempre disponibles para ser reinterpretados, cuando las condiciones culturales o políticas cambian. La misma cláusula constitucional puede significar no solo cosas distintas, sino incluso opuestas según si la lectura es hecha desde una u otra posición política (Atria, 2016, p.284).

Cabe agregar que, en ciertas ocasiones, ante la superposición de derechos, puede terminar primando la mayor importancia sociohistórica de aquellos reconocidos en forma primigenia. Aunque no surja de la Constitución ninguna primacía entre los derechos.

Un sector de la doctrina afirma que los derechos de bienestar deben conformarse según el modelo de los derechos clásicos: como servicios públicos, inversiones selectivas, incentivos a la autodisciplina y pactos tendientes a estimular la cooperación y estabilizar la interacción productiva (Holmes y Sunstein, 2011).

Alexy entiende que no hay propiamente una contradicción entre los distintos tipos de derechos. Lo que, por supuesto, no niega los conflictos en los casos concretos, a resolver por el peso y no la dimensión de validez (Alexy, 2017).

En este trabajo, no se comparte esta última tesis sostenida por Robert Alexy. En ciertas ocasiones, las acciones que se le exige al Estado sí pueden resultar antinómicas entre sí. Por otro lado, respecto a lo sostenido por los autores

norteamericanos, se puede plantear una salvedad esencial. La lógica de los derechos individuales está centrada en dejar hacer, a partir del retiro del Estado de la actividad privada y su rol de garante de la misma. El Estado está presente pero sus prestaciones se reducen a roles de seguridad y salubridad pública. Las acciones positivas y los derechos prestacionales conllevan una concepción diferente, que incluso llega a ser la puerta de entrada al pluralismo jurídico, nótese el art. 75 inc. 17 de la Constitución argentina.

La propuesta de Holmes y Sunstein es una salida que puede dotar de cierta coherencia a la acumulación de derechos que presenta el constitucionalismo actual. Sin embargo, el intento de explicar los derechos colectivos bajo un formato interpretativo de derechos individuales es una solución pragmática, pero negadora de las pretensiones que dieron lugar a esta etapa del constitucionalismo.

Alexy considera que existe una precedencia *prima facie* a favor de los derechos individuales:

La precedencia en casos de duda y la precedencia en el caso de certeza de razones igualmente buenas pueden ser resumidas bajo el concepto de precedencia *prima facie* (...) La precedencia *prima facie* no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes colectivos existan razones más fuertes que para la requerida por los derechos individuales (2013, pp.207 y 208).

Este criterio del autor no resulta aplicable al caso argentino. Si bien la doctrina y la jurisprudencia también refieren a la existencia de derechos preferidos, no surge del texto de la CN ni de los instrumentos que son parte del BFC que pueda aplicarse lisa y llanamente tal precedencia. No se puede interpretar a la Constitución Nacional haciéndole decir lo que la misma no expresa. Las lecturas que exceden los límites de la interpretación progresiva ingresan en una zona vedada a los poderes constituidos. Si bien la solución de Alexy podría resultar útil, al igual que una tesis inversa a ello, sólo sería aplicable mediante una reforma constitucional.

Cabe mencionar que la doctrina argentina ha sostenido una especie de precedencia *prima facie* en sentido contrario a la de Alexy:

De allí, cuando el ejercicio del derecho de propiedad lleva a la lesión de bienes ambientales, deba protegerse a este último y limitarse al primero. De igual modo, cuando se lesiona a la propiedad como consecuencia de la protección ambiental, deba admitirse el sacrificio por la primacía de la esfera social (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p.227)

Sus esferas de actuación son, en principio, distintas; y cuando se crucen, lo individual deberá ceder a la primacía de los mandatos constitucionales que tienden a asegurar derechos sociales fundamentales que procuran la protección de los bienes comunes como condición indispensable del desarrollo sustentable de los individuos y de la comunidad misma (González Moras, 2023, p.205).

Tampoco se comparte este criterio por idénticos argumentos, en sentido inverso, a los expuestos al tratar la posición de Alexy. En cambio, resulta posible afirmar que el derecho ambiental sí ha dotado de nuevas facultades al poder de policía del Estado para reglamentar los derechos individuales y los derechos sociales.

I.4. Interpretación y codificación como delimitación del contenido de los derechos

Se ha expresado que entender a los derechos fundamentales como mandatos de optimización implica aceptar cierto grado de indeterminación. Ynoub sostiene que “hay signos intersubjetivamente referenciables constatables empíricamente, el signo se muestra como algo transparente y opaco al mismo tiempo” (2012, p.238). Este criterio se puede aplicar para analizar el contenido de los derechos.

Debe ser percibido, pero al mismo tiempo negado como destino final de la percepción. Es una expresión con doble o múltiples sentidos, cuya textura semántica es correlativa de un trabajo de interpretación que hace explícito su segundo o múltiples sentidos. Puede haber un nuevo reenvío y así sucesivamente hasta una semiosis infinita (Ynoub, 2012, p.238).

Por su parte, Ferrajoli ha planteado la necesidad de: “el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible” (Ferrajoli en Vigo, 2019, p.353). De esta forma, el autor propone que los principios sean entendidos

como reglas y evitar entonces los márgenes discrecionales, los principios que enuncian valores más abiertos son marginales (Vigo, 2019).

Entonces ¿cómo y quién define el contenido de los derechos? Para responder a la pregunta anterior, al menos de manera parcial, se deben tener presente las leyes infraconstitucionales reglamentarias de los derechos. Ello implica ingresar al análisis de la interpretación de la ley y de la codificación como suceso que condensó la normativa provincial de aguas, a la par que delimitó los primeros derechos subjetivos vinculados a este bien.

Se puede hablar de dos grandes corrientes en materia de interpretación: literalidad de la ley (aplicación de la ley) o interpretación finalista (creación del derecho) (Marí, 2014). Ihering es quien genera el paso de la concepción sistémica a la concepción finalista, asentándose en la idea de utilidad e interés del derecho (Marí, 2014). “Un derecho es un interés jurídicamente protegido, el derecho es parte del sistema social de intereses” (Marí, 2014, p.75). El enfoque de los derechos humanos modifica esta concepción finalista decimonónica, incorpora parámetros de progresividad y valoraciones que amplían el marco de acción del intérprete en pos del cumplimiento efectivo del derecho. Los códigos, concebidos como un texto único, final, perpetuo y cerrado, ceden frente al principio de progresividad y apertura de los derechos humanos¹¹.

La codificación incluye la existencia de ficciones fundadoras.

Hay ciertos conceptos que funcionan como ficciones fundadoras, un montaje ideológico no puramente científico que cumple una función de legitimación política y jurídica. Disimulan el verdadero fin que es ser funcionales a la voluntad del poder político dominante (Marí, 2014, p.75).

Las leyes de aguas contienen principios matrices. Se trata de regulaciones que tienen un impacto transversal y que han servido de base para construir un modelo de aprovechamiento del agua. Desde la perspectiva de Marí, también podrían ser considerados como ficciones fundadoras, entre ellos se pueden mencionar:

¹¹ Marí sostiene que la codificación se instala en base a la idea de Razón. Agrega que: Bentham sostiene que la codificación es necesaria, denuncia que los juristas a título de expertos hacen crecer un régimen secreto, oracular y transitado por ficciones que ellos, únicos conocedores del derecho, producían como representantes de lo que Bentham llama los intereses siniestros, se entiende por ello los intereses de las capas dominantes y sus agentes juristas (Marí, 2014, p.31).

perpetuidad de las concesiones agrícolas, principio de inherencia, cláusula sin perjuicio de terceros y dotaciones fijas (en Cuyo). Estas ficciones son medulares en la organización jurídica del agua, aseguran una fuerte protección a la distribución de la propiedad de la tierra en un determinado momento histórico. En ciertos casos (San Juan y Mendoza), generan la imposibilidad de dotar de agua y seguridad jurídica a inmuebles que se encuentren fuera de un padrón cerrado. Estos son los cimientos en los que se asienta la normativa que regula la participación en la gobernanza del agua. Entender a estos conceptos como ficciones no implica negarles toda entidad en la realidad. Pero sí, poner de relieve que el lugar central que se les ha otorgado implica un montaje para beneficiar a un sector social y legitimar su lugar en la toma de decisiones sobre la administración del agua. Es decir, la ficción está en imponer a estos institutos como condiciones *sine qua non* para el aprovechamiento del agua. Ello, sin atender a su posible contradicción con la realidad fáctica o, simplemente, a que no resultan estrictamente necesarios para el desarrollo de una sociedad de oasis.

En dos de las cuatro provincias analizadas (San Juan y Mendoza) se trata de leyes antiguas. Mendoza cuenta con una ley sancionada en 1884. En San Juan, la ley data de 1978, pero contiene institutos como la regulación de las dotaciones que provienen de la legislación de 1866, cuyos elementos más flexibles fueron descartados en la última ley.

A diferencia de los textos constitucionales, los códigos son instrumentos rígidos y precisos, con menor vaguedad y/o amplitud que las cláusulas constitucionales. Su desactualización es más palpable y menos susceptible de disimular por las vías interpretativas.

Existe una paradoja en el derecho de aguas actual. El bloque federal de constitucionalidad reconoce conceptos progresivos y plurales en torno al agua, mientras que las normas locales se han mantenido dentro de los límites rígidos de la visión codificatoria decimonónica. Es la propia vaguedad de la Constitución argentina la que permite que el paradigma de estos códigos continúe vigente. No se ha pretendido superar a la propiedad liberal, sino más bien superponer derechos sociales y colectivos. Todo ello sin un mecanismo claro de coordinación entre los “viejos” y “nuevos” derechos.

En relación a la vaguedad del diseño de ciertas instituciones constitucionales, cabe citar el voto del Juez Zaffaroni en el caso Rizzo, respecto a la reforma de 1994:

Se tiene la impresión de que simplemente marcó trazos gruesos, que se limitaron a esbozar órganos y competencias, muy lejos de la precisión necesaria para delinear una ingeniería institucional (Rizzo, 2013, p.52).

La apreciación realizada en torno a la parte orgánica de la Constitución resulta de aplicación a la técnica utilizada por el constituyente para reconocer nuevos derechos y garantías. Zaffaroni agrega que “la reforma se apartó de la tradición constitucional argentina, puesta de manifiesto en la forma precisa, clara y meticulosa, con que el texto original de 1853 estructura las atribuciones y las Cámaras del Poder Legislativo” (Rizzo, 2013, p.52). Si bien la técnica constitucional es más abierta y la Constitución argentina ya evidenciaba cierta vaguedad, es cierto que este problema se intensificó en la última reforma.

En síntesis, se debe tener en cuenta que surgen severas dificultades para definir el contenido de los derechos vinculados al agua. En el plano de las reglas (leyes locales) se mantienen vigentes los moldes decimonónicos con sus principios matrices. En el plano de los principios (bloque federal de constitucionalidad), sin descartar al modelo liberal, se han superpuesto derechos sociales y derechos colectivos. La codificación decimonónica parte de una premisa diferente al paradigma de los derechos humanos. El intento de leer los códigos bajo el enfoque de los derechos humanos implica un ejercicio forzado de reinterpretación. En contraposición, la lectura de estos códigos, de manera rígida, puede ser criticada por su falta de coherencia con el bloque federal de constitucionalidad.

I.5. El agua en el bloque federal de constitucionalidad: derecho de propiedad, derecho humano al agua y derecho al ambiente sano¹²

En la Constitución argentina no existe ninguna cláusula que concentre la regulación del agua. Los derechos que surgen en torno a este bien tienen diversas fuentes, encuentran sustento constitucional y/o convencional de manera dispersa.

Cabe realizar un repaso por las regulaciones de la CN vinculadas al uso del agua. Desde 1853 se encuentra reconocido, en el art. 26, el derecho a la libre navegación de los ríos interiores, a su vez el art. 75 inc. 10 otorga al Congreso competencia para reglamentar este derecho. No se trata de un derecho al agua en sí mismo, sino más bien a su utilización como medio de transporte. No implica, a priori, ningún uso consuntivo.

A excepción de la navegación, la protección ambiental (art. 41) y las cláusulas del comercio y del progreso (art. 75 inc. 13 e inc. 19), la competencia para regular el aprovechamiento del agua ha sido reservada por las provincias. “El poder para legislar sobre todo lo atinente a los modos y formas en que los particulares podrán realizar y adquirir el uso de los bienes públicos "provinciales", les compete a las provincias” (Marienhoff, 2003, Tomo I, p.139). Esto se traduce en criterios disímiles de cada uno de los Estados miembros¹³.

Existió un paréntesis, dado por la vigencia de la CN de 1949; cuyo art. 68 inc. 14 incorporó como competencia del Congreso Nacional: “establecer el régimen de las aguas de los ríos interprovinciales y sus afluentes”. Esta regulación habilitaba una injerencia mayor de la Nación. El art. 83 inc. 2 de la CN de 1949 establecía que el presidente era quien ejercía el poder de policía de los ríos interprovinciales para garantizar lo regulado en el art. 68. El Congreso reglamentaba, pero ante

¹² Parte del contenido de este capítulo ha sido tratado en un trabajo previo (Sanna, 2022). Se retoma a los fines de profundizar su estudio.

¹³ El art. 121 de la CN expresa que “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”. En el Federalismo argentino la regla es la competencia provincial, a raíz del origen preexistente de las 14 provincias originarias. Las nuevas provincias, una vez reconocidas como tales, se equiparan a las originarias.

conflictos debía decidir el Poder Ejecutivo. Este bloque normativo se completaba con lo regulado en el art. 40 segundo párrafo¹⁴.

En la actualidad, las provincias cuentan con una competencia reservada de raigambre histórica, han encontrado un reaseguro en el actual artículo 124 de la CN. A su vez, las competencias provinciales se encuentran limitadas por el respeto de los derechos reconocidos en el propio bloque federal de constitucionalidad. El ejercicio de los poderes reservados puede restringir y reglamentar el ejercicio de los derechos fundamentales, pero no suprimirlos ni alterar su contenido de modo tal que implique una tácita eliminación del derecho. Es decir que las competencias reservadas tampoco son absolutas, siempre están limitadas por la ley suprema¹⁵.

En las cuencas interjurisdiccionales se pueden observar las mayores problemáticas en torno a este reparto competencial. Las provincias conservan el dominio originario de los recursos naturales y las facultades para dictar la legislación de aguas. El Estado Nacional sólo puede dictar normas de presupuestos mínimos ambientales, de navegación, o en su caso, alguna vinculada a la cláusula del comercio y/o del progreso. El Estado Nacional no puede crear órganos de gestión supraprovinciales, es por ello que se ha cuestionado la constitucionalidad de la ley 25.688 (art. 4 y 6). Las provincias deben acordar entre sí para crear un órgano de gestión interjurisdiccional. La posibilidad de crear regiones, establecida a partir del actual art. 124 de la CN, tampoco ha modificado ello.

El regionalismo que escuetamente esboza la nueva norma incorporada por la reforma no responde a esa tipología; en efecto, la constitución federal no intercala una estructura política en la organización tradicional de nuestro régimen, en el que se mantiene la

¹⁴ El mismo expresaba: “Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptibles e inalienables de la Nación”. La jurisdicción nacional se mantiene para la generación de energía, en el marco del art. 6 de la ley 15.336. Cabe señalar que debe diferenciarse entre el dominio y la jurisdicción, entendida como un haz de potestades que permite la explotación del recurso.

¹⁵ En la doctrina se ha sostenido que:

Parte de la inseguridad jurídica del régimen argentino de aguas viene de un sistema constitucional de distribución competencial donde se cruzan múltiples títulos dominiales y competenciales provenientes de distintas épocas, como los incorporados en la reforma constitucional de 1994 sobre los recursos naturales (art. 124 CN dominio originario provincial) y el ambiente (art. 41 CN competencia concurrente pero exclusiva de mínimos y complementos), sin que hasta la actualidad exista certeza sobre su alcance y forma de articulación y armonización (Martín, 2022, p.248).

dualidad distributiva del poder entre el estado federal y las provincias (y, dentro de las últimas, los municipios) (Bidart Campos, 1996, Tomo I, p.188).

La regulación actual difiere de la establecida en la CN de 1949 y de otros sistemas que no han adoptado el sistema federal¹⁶.

Cabe recalcar que en el texto de la Constitución no se encuentran derechos vinculados de forma explícita con los usos consuntivos del agua. En cambio, sí están reconocidos derechos en los que el agua es protegida de manera conexa, este es el caso de los derechos patrimoniales, del derecho de los consumidores y usuarios y del derecho al ambiente sano. El único caso en que se protegen usos consuntivos del agua, de forma explícita, es reconocido a través de la vía convencional: el derecho humano al agua.

Los derechos adquiridos patrimoniales en torno al agua se encuentran en titularidad de los usuarios privativos que cuentan con una concesión incorporada a su patrimonio, aunque no se trata de un derecho de dominio sobre el agua.

El derecho al ambiente sano se encuentra en titularidad de la sociedad en su conjunto, puede ser ejercido por cualquier ciudadano o por las organizaciones no gubernamentales (ONG) destinadas a fines de protección ambiental. El agua, como microbien parte de la biosfera, resulta alcanzada por la tutela de este derecho.

Una parte del contenido del derecho humano al agua se encuentra en titularidad de la sociedad en su conjunto. Otros contenidos implican la protección específica para ciertos grupos: agricultores de subsistencia, mujeres y pueblos indígenas.

Lo expresado en los párrafos precedentes implica tener presente la relación entre la propiedad y el agua. Se puede agrupar a las distintas corrientes en tres posiciones: el paradigma dominial, el paradigma de mercado y el paradigma ecocéntrico (Lorenzetti, 2018). Por otra parte, hay quienes han criticado la separación ontológica entre lo natural y lo social, tomando el concepto de ciclo

¹⁶ Ejemplo de ello es la regulación de la Constitución Española. El art. 149.1.22. establece 22.ª La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial. Al respecto se ha afirmado con total claridad que “las cuencas intercomunitarias son aquellas que comprenden aguas que se extienden por el territorio de dos o más CCAA y, por tanto, resultan de competencia del Estado” (Embid Irujo, 2007, p.50).

hidrosocial del agua (Budds y Roa García, 2018). Este concepto, sumado al de *waterscapes*, permite analizar el manejo del agua teniendo en cuenta la interacción de factores naturales y sociales¹⁷.

A partir de los derechos reconocidos en el bloque federal de constitucionalidad es posible proponer una categoría doctrinaria de análisis que resulte complementaria (no negadora) de las categorías de dominio público y de dominio privado. En ciertos casos el agua es técnicamente un bien común. Ello implica un bien colectivo, caracterizado como: “a) de pertenencia comunitaria; b) de uso común; c) indivisible; y, d) indisponible, en tanto resulta propio de la esfera social y transindividual” (González Moras, 2023, p.194). En cambio, cuando se trata de la afectación a derechos privativos no se cumplen con los supuestos b y c. Tampoco es propiamente un bien común cuando se destina específicamente a un grupo especialmente protegido, ya que no se cumple el supuesto c. Se ha mencionado que en la doctrina se describen tres paradigmas en torno al agua (dominial, de mercado, ecocéntrico), sin negar esa clasificación, en este trabajo se proponen las siguientes categorías:

(i) Agua como bien común colectivo. Cuando resulta no distributiva, como microbien del ambiente (derecho al ambiente sano) y como contenido asociado a las necesidades domésticas básicas del derecho humano al agua.

(ii) Agua como bien social. Cuando resulta distributiva pero afectada a satisfacer la necesidad de un grupo especialmente protegido como parte del contenido del derecho humano al agua.

(iii) Agua como bien susceptible de aprovechamiento individual. Cuando resulta distributiva en función de actividades económicas de mercado, asociadas a los derechos adquiridos patrimoniales¹⁸.

¹⁷ “La idea de circulación nos invita a entender cómo los flujos de agua, de capital y de poder están materialmente unidos” (Larsimont y Grosso, 2014, p.34). Esto permite explicar parte de lo que ocurre en algunas cuencas de la zona árida, como es el caso de San Juan y Mendoza. También sirve para comprender quienes son los que se exponen a mayores riesgos en las zonas húmedas.

¹⁸ En las leyes decimonónicas puede entenderse al uso poblacional como excepción de esta categoría, aunque no se lo regula con las características propias de los derechos sociales y colectivos. No establece prerrogativas en titularidad del grupo social y/o de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, debe señalarse que el uso poblacional, a través del concepto de servicio público reconocido en el art 42 de la CN, sí otorga protección constitucional a su usuario (derecho individual homogéneo).

A continuación, se analiza en particular cada uno de los derechos.

I.5.A. El derecho de propiedad constitucional

En este apartado se desarrolla el contenido constitucional del derecho de propiedad. Se inicia con un repaso histórico, luego se pasa al estudio del texto constitucional y por último se trata la situación específica de los derechos patrimoniales usuarios de aguas. La caracterización de este derecho será complementada en los Capítulos III, IV y V de la segunda parte de este trabajo.

I.5.A.A. Reseña histórica del derecho de propiedad

A lo largo de la historia de la humanidad no ha existido una única forma de concebir a la propiedad, ni tampoco un único modo de producción. Hay corrientes teóricas que sostienen que fue en la génesis del Estado ateniense donde se introdujo un nuevo concepto: el de propiedad privada. “Los derechos y los deberes de los ciudadanos del Estado se determinaron con arreglo a la importancia de sus posesiones territoriales y conforme iba aumentando la influencia de las clases pudientes, iban siendo desplazadas las antiguas corporaciones consanguíneas” (Engels, 2010, p.167). En muchas sociedades antiguas, la propiedad comunitaria o lo que ha sido denominado el comunismo primitivo fue el modo de organizarse (Engels, 2010).

En América Latina, los pueblos originarios adoptaron formas de organización comunitaria y/o estatal. “El comunismo agrario y el reparto de las tierras implicaba el uso común de las aguas” (Spota, 1941, Tomo I, p.271). Dichas formas lograron subsistir parcialmente, incluso durante el régimen agrario colonial. Si bien, durante la colonia, se determinó la sustitución de una gran parte de las comunidades agrarias indígenas por latifundios de propiedad individual, cultivados por los pueblos originarios bajo una organización feudal, se aceptó parte del sistema comunitario indígena (Mariátegui, 2014). El reconocimiento de las comunidades y de sus costumbres económicas por las Leyes de las Indias no

acusa simplemente sagacidad realista de la política colonial, sino que se ajusta a la teoría y la práctica feudales (Mariátegui, 2014). Posteriormente, con la instalación de las repúblicas liberales no se produjo una mejora en las condiciones de vida de los pueblos originarios. En América Latina, el avance de los postulados liberales no vino acompañado por una reforma agraria, manteniéndose los grandes latifundios. Se estableció un nuevo orden jurídico y económico donde ya no había reconocimiento alguno a la propiedad comunitaria de los indígenas. “La propiedad de la comunidad indígena ha sido la única que ha sufrido las consecuencias de este liberalismo deformado” (Mariátegui, 2014, p.69).

El camino al sistema actual de propiedad incluyó el ataque a la base material de vida de los pueblos originarios. La propiedad privada los despojó de tradiciones, costumbres, formas de organización y se erigió como el único sistema de producción posible y válido. Esto se tradujo en la invisibilización de la cosmovisión originaria en relación al agua, ocasionando el reemplazo por una cosmovisión liberal y antropocéntrica. Este fenómeno se ha categorizado como modelo dominial del agua. De esta manera, se acentuó el *animus dominus* como única forma de relacionarse con las cosas e incluso con las personas (Zaffaroni, 2012). La propiedad privada liberal permitió el desarrollo de modelos de producción que se basaron en obtener el máximo provecho de los recursos naturales. “La propiedad de cada cosa varía en su ejercicio, pero ella es siempre la misma en sus principios esenciales: el goce y la exclusión” (Marienhoff, 1939, p.88). En algunos lugares se avanzó hacia un modelo netamente de mercado, aunque no fue el caso de la República Argentina. Se han señalado dos características como condiciones esenciales de los sistemas legales que permiten el mercado de aguas

i) la pérdida del poder de la Administración de caducar los derechos de aguas (dándoles intangibilidad o la protección de la propiedad); y ii) en alterar la técnica concesional o eliminar toda autorización administrativa para la libre transferencia de los derechos de aguas (Vergara Blanco, 2018, p.364).

En las leyes locales argentinas no se han regulado derechos con estas características, como se verá más adelante, todas establecen restricciones a las transferencias de derechos. A su vez, también se regula la caducidad por no uso, aunque, en algunos casos, su falta de aplicación práctica y el carácter perpetuo de

ciertas concesiones, acerca esos derechos a la intangibilidad mencionada por el autor chileno.

Las garantías de protección de la propiedad han variado desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano hasta las modernas Declaraciones de Derechos Humanos. La Declaración de 1789 expresaba: “siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización”. Esto era producto del avance de la burguesía liberal con sus respectivos intereses industriales, financieros y comerciales (Sampay, 2012).

La amplia protección que recibió el derecho de propiedad en los orígenes del Estado Liberal se modificó producto de la emergencia de un nuevo sector social: la clase trabajadora. Los desequilibrios en la distribución y concentración de la riqueza junto con los reclamos obreros propiciaron el reconocimiento de los derechos sociales. Esto implicó mayores limitaciones al ejercicio de la propiedad privada y una protección diferente, relativa y no absoluta, en los instrumentos de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 15º: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Es clara la diferencia, en ningún momento se habla del requisito de pago de indemnización previa. En este caso, una fórmula expropiatoria que regule un pago indemnizatorio a 20 años, siempre y cuando no sea arbitraria, estará en concordancia con el texto de la DUDH.

La CADH también incluye al derecho de propiedad: “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley” (art. 21). Tampoco hay requisito de indemnización previa.

En el derecho comparado, la Constitución de Uruguay, en su art. 232, establece que la indemnización podrá pagarse en un plazo de diez (10) años, salvo para los pequeños propietarios cuyo pago será previo.

La Constitución de Colombia, en su art. 58, establece la función social, la obligación del Estado de promover formas asociativas y solidarias, a su vez que

específica que el pago de la indemnización se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado.

La Constitución de Venezuela establece, en su art. 115, el pago oportuno de la indemnización, diferenciándose del pago previo, en una formulación jurídica abierta. El art. 27 de la Constitución de México brinda una extensa enumeración de limitaciones a la propiedad y menciona específicamente a la pequeña propiedad rural.

El art. 250 de la Constitución de Cuba deriva al marco legal lo referente a la indemnización, con la única mención que deberá existir una debida indemnización.

El art. 56 de la Constitución de Bolivia reconoce la función social, si bien mantiene el requisito de indemnización previa.

La Constitución de Ecuador mantiene el requisito de indemnización previa, no obstante, reconoce diferentes formas del derecho de propiedad en un mismo artículo, el 321: formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta; todas deberán cumplir su función social y ambiental.

La Constitución de Brasil, en su art. 5, establece la inembargabilidad de la pequeña propiedad rural, trabajada familiarmente, en el caso de deudas contraídas por su actividad productiva.

El art. 24 de la Constitución de Chile establece una amplia protección a la propiedad, pero reconoce la posibilidad de sujetarla por vía legal a una función social.

Gran parte de las constituciones latinoamericanas receptan mayor protección a los pequeños propietarios, la mención a la función social, garantías diferentes según la cuantía de la propiedad y/o el reconocimiento a otras formas de propiedad.

En el constitucionalismo provincial también se ha reconocido el derecho de propiedad. La Constitución de San Juan lo hace en sus arts. 22 y 111, adopta un enfoque social de la propiedad. No obstante, mantiene el requisito de indemnización previa en caso de expropiación sin distinguir según la cuantía de la propiedad.

La Constitución de Mendoza protege el derecho de propiedad con una visión liberal, plasmada en sus arts. 8 y 16.

La Constitución de Córdoba protege la inviolabilidad de la propiedad privada, pero la sujeta a restricciones producto de la función social (art. 67).

La Constitución de Buenos Aires protege en términos liberales al derecho de propiedad mediante sus arts. 10 y 31. Agrega una garantía a la propiedad para vivienda familiar (art. 36 inc. 7), en una expresión que es producto del constitucionalismo social.

En publicaciones recientes, Manili ha sostenido que “el derecho de propiedad de los que más tienen merece la misma protección que el de los que menos tienen” (2021, Tomo II, p.410). El constitucionalista adopta una visión clásica, pasa por alto los conceptos de igualdad real y acciones positivas. El bloque federal de constitucionalidad permite y ordena establecer diferencias legítimas para el cumplimiento de los derechos económicos sociales y culturales (DESC). Otorgar un plus de protección a la propiedad de ciertos grupos es posible. Se debe evitar proteger de manera igualitaria ante situaciones sociales desiguales. De todas formas, la postura de Manili tiene cierto asidero, ya que las cláusulas originarias del derecho de propiedad liberal se han mantenido inmutables en la Constitución argentina.

I.5.A.B. El derecho de propiedad en la Constitución argentina

El derecho de propiedad fue un derecho preferido desde los orígenes del constitucionalismo argentino. Alberdi (2017) sostenía que la Constitución argentina no debía limitarse a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debía garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes. “Con un derecho constitucional republicano, y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebató por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo” (Alberdi, 2017, p.124).

El derecho de propiedad se encuentra reconocido en el art. 14 y protegido en el art. 17 de la CN¹⁹. La CSJN ha establecido un concepto amplio, entendiendo que la propiedad abarca “todos los intereses que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, su vida y su libertad” (Bourdieu, 1925, p.3).

El concepto de derecho de propiedad constitucional comprende:

Los típicos bienes patrimoniales, los derechos reales, los derechos creditorios, los derechos sobre herencia o legado, los que surgen de un contrato, de una ley, de un acto estatal de otorgamiento, de un litigio, de alimentos y los originados en la propiedad intelectual, artística o industrial (Sáenz, 2019, p.548).

Quiroga Lavié agrega que:

Nuestra Constitución como expresión del constitucionalismo del siglo pasado no contiene un capítulo específico que las modernas constituciones denominan del orden económico-social. De ahí resulta que el derecho de propiedad opera como eje de los demás derechos patrimoniales, tanto los enumerados expresamente (ejercer industria lícita, comerciar y navegar dentro del art. 14, CN; poseer, comprar y enajenar bienes raíces, y testar dentro del art. 20, CN), como los que surgen implícitamente (libre iniciativa de la actividad económica) (2009, Tomo I, p.205).

Sagüés aporta lo siguiente:

La Corte mantiene una jurisprudencia tradicional, en el sentido de que la garantía constitucional al derecho de propiedad es renunciable por los particulares, de manera expresa o tácita, y que ello sucede cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que quepa atribuir a su conducta, importan el acatamiento de los preceptos o actos que se impugnan como contrarios a aquellas garantías (2007, p.782).

¹⁹ Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

La Constitución argentina es liberal en lo que respecta al sistema de propiedad. Si bien el art. 14 establece que los derechos se gozarán conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, ello dicho por la misma Constitución, en su art. 28, no puede alterar principios, garantías y derechos reconocidos²⁰. El sentido liberal de la propiedad radica en colocar al individuo como titular de la misma, priorizando la función individual. Las constituciones liberales mantienen una relación directa con el esquema que establece la Declaración de Derechos del Hombre de 1789.

Cabe agregar que en la reforma de 1994 se incorporó el art 75 inc.17: “reconocer la posesión y propiedad comunitaria de la tierra” (en relación a pueblos indígenas). Esta novedad no modificó la matriz liberal de la propiedad en el ordenamiento jurídico. El reconocimiento del interés social, receptado en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21), tampoco tiene entidad suficiente para cambiar la matriz liberal de la CN. En este punto se puede traer a colación lo que se ha sostenido respecto al sistema norteamericano de propiedad: “en el intento de estabilizar un sistema de propiedad privada, el sistema estadounidense ofrece o por lo menos intenta ofrecer, a los que no tienen propiedades, una especie de seguridad compensatoria que opera como un equivalente psicológico de los derechos de propiedad confiablemente exigibles” (Holmes y Sunstein, 2011, p.229).

La propiedad indígena y la función social se encuentran en la periferia, el centro sigue constituido por las cláusulas liberales. En caso de expropiar un bien, máxima privación constitucional al derecho de propiedad, debe aplicarse el procedimiento y la fórmula indemnizatoria del art. 17 de la CN.

La jerarquización de IIDH ha reconocido, por la vía convencional, la sujeción de la propiedad al interés social. Por otra parte, la legislación inferior también se ha preocupado de ello, incorporando el art. 240 en el Código Civil y Comercial de la Nación²¹. Esto no obsta la observación sobre la necesidad de que la Constitución

²⁰ Artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

²¹ Artículo 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

hubiese establecido mecanismos más claros para la regulación a la propiedad, como sí ha ocurrido en el derecho comparado. Esta mixtura parece encajar en lo que se ha descripto como:

Un sistema en el que la concesión de derechos de bienestar (...) es parte de un intercambio subalterno por el cual el gobierno y los ciudadanos contribuyentes compensan a los pobres, o por lo menos les dan un reconocimiento simbólico, por su conducta cooperativa en la guerra y en la paz (Holmes y Sunstein, 2011, p.229).

Los autores no refieren a lo simbólico como algo carente de contenido jurídico, sino como un mensaje destinado a determinados sectores sociales. Lo sostenido por Holmes puede aplicarse al caso de la propiedad indígena que se mantiene en los márgenes del sistema jurídico. Representa la marginalidad en un doble aspecto: es una excepción reconocida sólo para ciertas comunidades étnicas; a su vez, ni siquiera en dichas comunidades ha cobrado eficacia a nivel de títulos. Salvo excepciones, no se han otorgado títulos comunitarios²².

La CN no ha tomado nota de los cambios paradigmáticos en torno al ejercicio del derecho de propiedad. Esto dificulta la posibilidad de hacerla compatible con el ejercicio de los derechos sociales y los derechos colectivos. Manili trata de conciliar las diferencias entre la CADH y la Constitución:

Lo que a primera vista parece una contradicción, al menos ideológica, queda disipada si estudiamos la jurisprudencia de la CSJN anterior al PSJCR, que había ya introducido la doctrina de la emergencia, a través de la cual aceptó limitaciones al derecho de propiedad en vista del interés social (Manili, 2021, Tomo II, p.376).

Lo sostenido por el autor implica un doble reconocimiento. Por un lado, es imposible ocultar que existe una diferencia entre la concepción del derecho de propiedad de la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos.

²² Ejemplo de lo referido, era el art. 1º y 2º de la Ley 26.160 (prorrogada por Decreto 805/2021) que impedía el desalojo de pueblos indígenas, pero no resolvió el acceso a los títulos de propiedad comunitarios.

ARTÍCULO 1º — Declárase la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (CUATRO) años.

ARTÍCULO 2º — Suspéndase por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1º.

La posesión debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.
Esta ley fue derogada por el Decreto 1083/2024.

Por otro lado, significa aceptar que las limitaciones al derecho de propiedad han sido introducidas, mayormente, por el instituto de la emergencia²³. En situaciones normales se impone la concepción liberal clásica de la propiedad.

Los modelos liberal y conservador del siglo XIX colocaron al sistema económico en un lugar central del constitucionalismo. La irrupción del constitucionalismo social y luego de los derechos colectivos no ha mostrado la misma preocupación por presentar un sistema de propiedad coherente con la generosa carta de derechos prestacionales reconocidos. El modelo de los derechos colectivos no ha dado a la economía y a la propiedad la importancia que se le dio en el siglo XIX²⁴. Esto puede ser objeto de diferentes causas, cuyo tratamiento excede a esta obra. Se debe señalar que los derechos sociales y colectivos ingresaron en una etapa post fundacional del constitucionalismo. En la República Argentina, el ejercicio del poder constituyente post 1853-1860 fue siempre de tipo derivado, salvo por los gobiernos de facto. Incluso en estos períodos, modificada o subordinada, se trató de mantener cierta vigencia de la Constitución originaria. Los modelos liberal y conservador lograron marcar su influencia en el poder constituyente originario, mientras el modelo social y colectivo logró hacerlo en el poder constituyente derivado, condicionado por el anterior.

La rigidez del sistema de propiedad argentino, reflejada en los art. 14 y 17 de la CN, ha permanecido inmutable pese al reconocimiento de los derechos sociales y colectivos. Esta descripción no implica negar la existencia de fallos judiciales y decisiones del Poder Ejecutivo que han vulnerado el derecho de propiedad. La rigidez de la Constitución argentina en materia de propiedad se torna inaplicable

²³ Hay fallos históricos que se han ubicado en el extremo opuesto de casos como Horta, un ejemplo es Peralta c/Estado Nacional (1990); en el cual se convalidaron restricciones que implican un vaciamiento del derecho de propiedad. Este antecedente refuerza lo sostenido, la propiedad es atacada en momentos de emergencia. En diversas situaciones, ante la ausencia de herramientas, se recurre a la emergencia como carta en blanco para limitar el derecho de propiedad.

²⁴ En el plano del derecho de aguas, Guillermo Cano ha puesto de relieve la coherencia de las primeras normas posteriores a la Revolución de Mayo con la economía política:

La evolución jurídica siguió las huellas de la economía política. Y como la colonización se hizo fundando primero los núcleos urbanos, de los cuales irradió a su vez la conquista de los campos, las primeras leyes de aguas fueron dadas exclusivamente para reglar su empleo en las ciudades. El régimen legal de las aguas rurales es posterior, y recién en 1820 el sistema jurídico fue comprensivo de las aguas urbanas y de las rurales (1943, pp.156 y 16).

En la actualidad, más que una coherencia con las huellas de la economía política, los derechos sociales y colectivos han buscado mitigar los efectos de esta economía en ciertos grupos. Esta diferencia también puede ser una de las causas por las que no han penetrado en ciertas leyes locales.

en ciertos contextos y genera el fenómeno contrario: flexibilidad justificada en la emergencia.

La regulación genérica de la propiedad, sin distinguir entre pequeños y grandes productores, sin incorporar herramientas claras para su limitación, ni receptar expresamente la función social, puede provocar dos efectos:

(i) La ausencia de un plus de protección (acción positiva) que los pequeños propietarios requieren ante el avance de la concentración de la riqueza e incluso ante el propio poder estatal.

(ii) La carencia de herramientas en titularidad del Estado para limitar el poder económico. Esto último puede ser entendido como un incumplimiento fundamental en las metas del constitucionalismo, cuyo objetivo mayormente aceptado es el de limitar el poder, el cual ya no debe identificarse únicamente con el poder del Estado.

Este tema ha sido tratado en la doctrina:

A modo de ejemplo nítido, de acuerdo con un trabajo realizado por Tracey Keys y Thomas Malnight (2012), hacia el año 2010, de las cien economías más grandes del mundo, cuarenta y dos eran corporaciones, y de las ciento cincuenta economías, el porcentaje ascendía al cincuenta y nueve por ciento (Benente, 2019, p.268).

También se ha expresado que:

Han proliferado instituciones intermedias que ejercen una cuota de poder: partidos políticos de alcance nacional (inexistentes en 1853), grupos de presión, lobbies, sindicatos, universidades autónomas, organizaciones no gubernamentales (algunas de ellas, incluso, transnacionales), multimedios de prensa, etc. (...) la realidad institucional a la que el derecho constitucional debe ser aplicado en el siglo XXI, no es la misma que a mediados del siglo XX o del XIX, sino que todo es más complejo (Manili, 2021, Tomo I, p.327).

La lectura de Manili sobre la complejidad del siglo actual es correcta. Ahora bien, como señala Benente, hay un nítido avance en la concentración del poder económico. La enumeración de actores sin aclarar ello es inexacta. No es idéntica la presión que puede realizar una organización no gubernamental (ONG) que un monopolio de multimedios o un grupo de propietarios que concentre la mayoría

de los derechos de agua otorgados. La acumulación de la riqueza y el abuso de ciertas posiciones dominantes son elementos que no se pueden desconocer al adentrarse en el análisis de la propiedad en términos constitucionales.

La CSJN, en el fallo Zorrilla, citando a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), sostuvo que “los bienes culturales no son sólo mercancía, sino recursos para la producción de arte y diversidad, identidad nacional y soberanía cultural, acceso al conocimiento y a visiones plurales del mundo” (2013, p.12). La definición de bien cultural es un concepto dúctil, si bien en Argentina la ley 25.197 estableció su significado, no dejó de ser un término abierto. Está sujeto a lo que el legislador decida afectar. Rompe las reglas del sistema de propiedad privada para desmercantilizar ciertos bienes. La CSJN entendió que la expropiación era el único medio apto para garantizar la protección como patrimonio cultural. La rigidez del derecho de propiedad liberal argentino no tolera restricciones de este tipo, por lo que se debe expropiar el bien. Esta solución pone en evidencia la falta de elementos de compatibilización entre los derechos individuales y los colectivos.

La propiedad privada puede ceder frente al ambiente, al patrimonio cultural, a los pueblos indígenas, pero en realidad no se flexibiliza, ergo es una cesión ficticia, que lleva todo a un único camino posible: la salida expropiatoria. Esta última debe realizarse en base a una cláusula genérica (art. 17) que no distingue según la cuantía de bienes ni el encuadre que se le dará al mismo, unifica situaciones disímiles bajo la declaración de utilidad pública. Inclusive, en algunos casos, no hay propiamente interés público, sino interés comunitario de un grupo, por ejemplo, para el cumplimiento del art. 75 inc. 17.

En el fallo Zorrilla existieron votos disidentes. Highton de Nolasco se inclinó por una solución diferente, entendió que había restricciones posibles al derecho de propiedad que no implican su vaciamiento: “la expropiación del inmueble no es una consecuencia necesaria de su declaración como monumento histórico en los términos de la ley 12.665, en tanto dicha declaración puede dar lugar -según el grado de afectación a una servidumbre administrativa” (2013, p.23). Interpretación similar es realizada por Petracchi en su voto.

Por último, cabe señalar que el derecho de propiedad es un derecho humano, como lo son el acceso al agua y la protección del ambiente sano. La propiedad como derecho humano tiene un contenido más acotado y flexible que la propiedad como derecho constitucional en argentina²⁵. Las cláusulas de la Constitución contienen mayores limitaciones al accionar del Estado y establecen requisitos más rígidos para que sea procedente el instituto expropiatorio. En caso de discordancia, el principio *pro homine* obliga a adoptar la visión más protectora del derecho. Es por ello que, aunque ciertos instrumentos internacionales hayan flexibilizado el derecho de propiedad, en el sistema argentino no se puede prescindir de las garantías específicas receptadas en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

I.5.A.C. Los derechos adquiridos patrimoniales de los usuarios de aguas

El derecho de propiedad puede ser considerado una garantía a la no eliminación de posiciones jurídicas (Alexy, 2017). Alexy expresa que:

La garantía de derecho constitucional de la institución jurídica de la propiedad es subjetivizada en la medida en la que existen derechos individuales a la no eliminación de posiciones abstractas, que se refieren a la fundamentación, a la finalización y a las consecuencias jurídicas de la posición del propietario (2017, p.170).

El catedrático alemán agrega que “el derecho del ciudadano frente al Estado a que este no elimine una posición jurídica es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas” (Alexy, 2017, p.170).

Los derechos adquiridos patrimoniales son parte del derecho de propiedad constitucional. La CSJN ha intentado precisar su concepto:

Cuando los hechos jurídicos, fuente o productores de derechos, que son la causa eficiente del nacimiento de éstos se han consumado en la forma prevista en la ley, debe considerarse que han producido su efecto específico de crear un derecho pleno y no una mera expectativa (De Martín C/ Banco Hipotecario, 1976, p.4).

²⁵ Cabe señalar que, a diferencia de los DESC, la propiedad es un derecho renunciable, ello ha sido mayormente aceptado por la CSJN (Sagüés, 2007).

Los derechos adquiridos patrimoniales “son aquellos que se han incorporado definitivamente al patrimonio del titular (por oposición al llamado "derecho en expectativa", que es el que aún no se ha consolidado en cabeza de la persona)” (Manili, 2021, Tomo II, p.378). Este autor aclara que la jurisprudencia de la CSJN en la materia fue oscilante. Se cita, entre los casos paradigmáticos, aunque luego atenuado por el fallo Clarín (2013), lo sostenido por la CSJN en el fallo Horta (1922):

El legislador podrá hacer que una ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente (...) pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la irretroactividad, deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad (Horta, citado en Manili, 2021, Tomo II, p.380).

La interpretación estricta de esta posición en las concesiones limita el *ius variandi* de la administración y se traduce en una fuerte protección al usuario. En sentido contrario, se puede sostener que el derecho de propiedad ya no se encuentra en solitario y debe ser ejercido de forma tal que sea compatible con los derechos sociales y los derechos colectivos. Lograr separar el supuesto núcleo inmovible del derecho adquirido de su contenido flexible es la tarea de mayor dificultad.

La fuente del derecho de propiedad puede estar en el derecho privado o en el ámbito administrativo. Los usuarios privativos de aguas cuentan con un derecho con causa fuente en el ámbito administrativo²⁶. El Estado tiene una amplia gama

²⁶ En las leyes esto suele aparecer de manera explícita. Se pueden citar:

-El art. 117 del CAg de San Juan: “Concepto. Derecho patrimonial subjetivo: La concesión para uso agrícola no da a su titular ningún derecho de dominio sobre el agua pública, sino que crea a su favor un derecho patrimonial subjetivo, de uso excluyente, para el riego de su propiedad”.

-El art. 12 de la LAg de Mendoza: “El dominio público está limitado por el derecho que los particulares, propietarios de terrenos cultivados, tienen adquirido”.

-El art. 58 del CAg de Córdoba: “Otorgamiento de concesiones. El derecho subjetivo al uso especial de aguas, obras, material en suspensión o álveos públicos con carácter permanente, se ejercerá por concesiones que otorgará la autoridad de aplicación de oficio o a petición de parte, previo los trámites establecidos en este código y su reglamentación”

-El art. 28 del CAg de Buenos Aires: “Las concesiones y permisos para usar y gozar del agua constituyen un derecho accesorio e inseparable del inmueble para cuyo beneficio se otorguen y se transmite de pleno derecho a los adquirentes de su dominio”.

Además, los derechos de los usuarios privativos son protegidos en el art. 117 de la Constitución Provincial (CP) de San Juan y en el art. 186 de la CP de Mendoza.

de herramientas, en razón del interés público, para reglamentar el uso de los bienes de dominio público. Ello es cierto, pero no debe perderse de vista que todas las competencias administrativas encuentran un límite de raigambre constitucional cuando se trata de derechos adquiridos. Los concesionarios de aguas públicas, más aún cuando dicha concesión es inherente al inmueble y en algunos casos perpetua, encuentran protección constitucional en el marco del derecho de propiedad.

Marienhoff expresa que:

El derecho emanado de una concesión de uso del agua pública constituye, pues, un derecho subjetivo (...) dado su origen, constituye un derecho público subjetivo. Y siendo así, es evidente que se trata de un derecho que integra el concepto constitucional de “propiedad” y que goza de todas las prerrogativas y garantías acordadas a la misma por la Constitución (1939, p.740).

Spota sostiene que:

Estamos en presencia de un verdadero derecho real administrativo que puede hacerse valer contra todo tercero, y aun contra la misma autoridad concedente, ya que la revocación no puede ser arbitraria, pero siempre dentro de los límites de la precariedad que corresponda al derecho acordado por la Administración al autorizado (1941, Tomo II, p.836)

La idea de que se trata de un derecho real administrativo no es contraria a su lugar como derecho patrimonial adquirido. El derecho de propiedad, en clave constitucional, incluye todos estos bienes. La naturaleza propuesta por Spota le adiciona otras acciones específicas para su protección, como son las acciones posesorias para defender el ejercicio del derecho (Spota, 1941). De igual manera, sí cabe notar que este último autor resalta el carácter precario del derecho. Sobre ello se volverá en el Cap. VII.

El desarrollo argumental realizado permite afirmar que si bien el agua no pierde su carácter de dominio público (cuando se trata de un curso bajo dicho régimen), sí existen derechos patrimoniales sobre aguas de dominio público. Hay sectores de la doctrina ambiental que no han tomado nota de ello: “no es posible afirmar la existencia de derechos subjetivos de propiedad individual sobre el ambiente como macrobien, ni sobre el agua como microbien” (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p.225). La negación de derechos de propiedad (en sentido constitucional) sobre el

agua es incorrecta. Si bien parte del caudal del río constituye un microbien ambiental (colectivo), el curso de agua también puede ser objeto de concesiones para uso particular, en este caso nace a favor del concesionario un derecho patrimonial a hacer uso del agua pública. Esto no niega que parte del caudal podría ser considerada indisponible (caudal ecológico).

La existencia de derechos patrimoniales sobre el agua pública es una realidad en la República Argentina. Estos derechos están protegidos por el derecho de propiedad constitucional y convencional. A diferencia de lo que ocurre con el derecho humano al agua, la titularidad no radica en la persona por su sola calidad de tal, recién cuando se adquiere el título habilitante se perfecciona un derecho en cabeza de su titular.

En la doctrina española se ha sostenido lo siguiente:

En el caso de los usos privativos la tradición de nuestro derecho ha hecho que solo pudiera ganarse de formas concretas de las que tienen que estar ausente necesariamente cualquier referencia a un derecho subjetivo propio del cual pudiera derivarse automáticamente, como algo debido, la titularidad de un derecho sobre el agua o el dominio público hidráulico en general (...) No hay, pues, derecho al agua que fundar en el caso de los usos privativos (Embido Irujo, 2006, pp.42 y 43).

El autor se refiere a los modos de adquisición del derecho y marca allí la diferencia con el DHA. No obstante, es posible sostener que, una vez otorgado el título habilitante, en el derecho local de varias provincias argentinas, sí se perfecciona una especie de derecho subjetivo. Esto no significa sostener que los usuarios privativos están protegidos por el derecho humano al agua, pero sí reconocer que cuentan con protección constitucional y convencional. De todas formas, como se analizará durante el trabajo, hay ciertos usos privativos que, a raíz de la protección de la agricultura de subsistencia, pueden ser incorporados dentro de la esfera del DHA. Ello siempre y cuando su actividad no persiga una finalidad económica de mercado, sino de sostén del grupo familiar o comunitario²⁷. A su vez, el contenido del DHA destinado a garantizar la no intromisión del Estado en instituciones

²⁷ Trazar estos límites entre uso económico de mercado y uso de subsistencia es complejo, ya que se trata de sociedades con modelos económicos de mercado. Muchas actividades de subsistencia se vinculan, en mayor o menor medida, al mercado. Sobre esto se volverá en la segunda parte de esta obra. En particular en el Cap. VI.2.C.

históricas y/o consuetudinarias también puede ser un reaseguro para las organizaciones de usuarios privativos. El resto de los contenidos del DHA, son, a las claras, extraños a los usos privativos, e incluso funcionan como nuevos límites para definir a los derechos patrimoniales.

En términos generales, se categoriza al derecho humano al agua y al derecho al ambiente sano como derechos a un haz de prestaciones y a los derechos patrimoniales como derechos a meras acciones negativas. Esta afirmación puede ser refutada. Los derechos patrimoniales de los usuarios del agua también implican un contenido asimilable a un haz de prestaciones. Estos derechos tienen una particularidad: el Estado debe asumir un rol activo para garantizar la entrega del bien. Si bien el Estado interviene como garante en todos los derechos²⁸, en este caso hay una diferencia: el dominio de un bien no depende de que el propio Estado esté materialmente otorgando ese bien de manera periódica y mediante acueductos de carácter público. Los derechos patrimoniales sobre el agua pública tienen características que los asimilan a los derechos adquiridos que protegen actividades prestacionales del Estado. La entrega del agua implica un conjunto de acciones positivas del Estado para que el recurso llegue hasta el punto de toma del usuario o de la organización que lo nuclea.

Por último, en cuanto a la vinculación entre los derechos adquiridos patrimoniales y la participación en la gobernanza del agua, se puede señalar que los usuarios privativos ostentan “el derecho al establecimiento de una determinada competencia de cogestión en una institución”. (Alexy, 2017, p.172). Sobre ello se profundizará en la segunda parte de esta tesis.

1.5.B. Derecho humano al agua

En este apartado se trata el contenido del derecho humano al agua. Se inicia con un repaso histórico, luego se pasa al análisis del texto constitucional y

²⁸ El ejemplo de derecho liberal por excelencia es la propiedad privada, ahora bien, es el Estado a través de su sistema de seguridad y en última instancia mediante el Poder Judicial, el que permite la existencia de la misma; por lo que no hay derechos puramente negativos.

convencional. Por último, se indaga en los contenidos de este derecho. El estudio será complementado en el Capítulo VI de este trabajo.

I.5.B.A. Reseña histórica del derecho humano al agua

En tiempos previos al reconocimiento del derecho humano al agua, en el derecho local argentino, el acceso al agua para consumo humano y satisfacción de las necesidades básicas fue protegido de diferentes formas. En primer término, existió (aún vigente) el instituto de los usos comunes, regulado en los códigos de aguas provinciales. Este uso permite a las personas aprovechar el agua sin concesión ni permiso previo. Está limitado a la satisfacción de ciertas necesidades básicas, siempre que no implique una extracción artificial ni un perjuicio a terceros, es decir permite el uso de caudales reducidos. En el caso de tener que abastecer a grupos poblacionales, para los que sí debiese hacerse una extracción significativa del agua, se reguló dentro de los usos especiales (que requieren título habilitante), el uso para abastecimiento poblacional, al cual se le dio prioridad sobre los restantes usos especiales.

Posteriormente, durante el siglo XX, se desarrolló el concepto de servicio público, brindando un alcance diferente al acceso al agua, con los caracteres propios de estos servicios²⁹. El servicio público de red es una de las formas de acceso al uso doméstico del agua. Sin embargo, la regulación de los servicios públicos no coincide plenamente con las características del DHA.

En cuanto al constitucionalismo provincial, cabe señalar que la Constitución provincial de San Juan, al regular las cárceles (art. 39), prohíbe establecer como sanción la disminución de la ración de agua. Además, el art. 117 expresa que “El derecho natural de usar el agua para bebida de las personas, necesidades domésticas o abrevaderas, queda sujeto a los reglamentos generales que dicte la autoridad competente”. Esta regulación está en transición entre el tradicional concepto de uso común y el posterior reconocimiento del derecho humano al agua.

²⁹ Sobre la evolución histórica del acceso al agua en la República Argentina puede verse: Martín, Liber; Pinto, Mauricio; Torchia, Noelia. (2011). El Derecho Humano al agua. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot.

Los usos enunciados y su redacción son similares al uso común, sin embargo, no establece la limitación de medios propia de esta categoría. El resto de las regulaciones del agua en la Constitución Provincial (CP) refieren a la administración y aprovechamiento.

En la Constitución de Mendoza, hay varios artículos destinados a regular el aprovechamiento del agua (186 a 196). Se destaca el art. 186 que expresa “El uso del agua del dominio público de la Provincia es un derecho inherente a los predios, a los cuales se concede en la medida y condiciones determinadas por el Código Civil y leyes locales”. Le da rango constitucional al derecho de los predios, pero no al uso para bebida humana ni a la protección ambiental.

En la Constitución de Córdoba, las menciones al agua están circunscritas al derecho ambiental y al aprovechamiento de los recursos naturales (art. 66 y 68). No aparece ninguna protección del acceso al agua como derecho humano.

En la Constitución de Buenos Aires, el agua también es protegida en el marco del derecho al ambiente sano (art. 28).

En general, las constituciones provinciales muestran una generosa carta de derechos sociales y derechos colectivos (Benente, 2018). Sin embargo, en las provincias estudiadas, esto no se ha traducido en reconocimientos expresos al derecho humano al agua como tal.

Cabe retomar el concepto de uso común y su recepción en las leyes locales. Marienhoff sostenía que este uso sólo otorgaba un interés simple a quien lo ejercía:

Trátase de una prerrogativa que puede ser ejercida por todos los hombres, por su sola condición de tales -"civis de populo"-, sin distinción entre nacionales y extranjeros, y en cuyo ejercicio el usuario permanece siempre anónimo, indeterminado, no individualizado. Esto perfila, sin lugar a dudas, el mero "interés simple", por el que debe entenderse ese interés vago e impreciso, no individualizado, perteneciente a cualquiera -no reconocido ni tutelado en modo directo por el ordenamiento jurídico-, relativo al buen funcionamiento de la Administración. El uso común constituye, pues, un "interés simple": tal es su naturaleza jurídica (2003, Tomo V, p.145).

Spota aclara que:

De ahí que todo ataque al uso común, todo menoscabo del mismo por otros particulares o por la propia Administración, no puede originar una acción resarcitoria por el sólo hecho de menoscabar el uso común, sino que hará nacer las acciones inherentes a todo ataque a la libertad individual. El particular podrá denunciar la violación del uso común ante la autoridad competente. Pero, a ésta -y sólo a ésta- le corresponde adoptar las medidas para asegurar la intangibilidad del uso que pertenece a todos, a todo el mundo (1941, Tomo II, p.878).

El Código de Aguas (CAg) de San Juan, mediante su art. 14, permite el lavado de ropa, la bebida e incluso el riego de huertos “sin uso de máquinas ni aparatos, y sin deteriorar los márgenes ni retener, demorar o acelerar el curso de las aguas, ni producir anegamientos o peligro de contaminación”.

El art. 107 de la Ley de Aguas (LAg) de Mendoza establece que:

En las aguas que, apartadas artificialmente de sus cauces naturales o públicos, discurriesen por canales, acequias o acueducto descubiertos, aunque pertenezcan a concesionarios particulares, todos podrán extraer o conducir en vasijas la que necesitan para usos domésticos, o fabriles, o para riego de plantas; pero la extracción habrá de hacerse a mano sin género alguno de máquinas y sin detener el curso del agua, ni deteriorar las márgenes del canal o acequia.

El CAg de Córdoba, en su art. 37, expresa como limitación para la bebida, higiene humana, uso doméstico y riego de plantas “que la extracción se haga precisamente a mano, sin género alguno de máquinas o aparatos, sin contaminar las aguas, deteriorar álveos, márgenes u obras hidráulicas, ni detener, demorar o acelerar el curso o la surgencia de las aguas”.

El art. 25 del CAg de Buenos Aires establece que:

Toda persona podrá usar el agua pública a título gratuito y conforme a los reglamentos generales, para satisfacer necesidades domésticas de bebida e higiene, transporte gratuito de personas o cosas, pesca deportiva y esparcimiento sin ingresar en inmueble ajeno. No deberá contaminar el medio ambiente ni perjudicar igual derecho de terceros.

En Mendoza, San Juan y Córdoba existe una limitación respecto a las actividades y a los medios, no deben utilizarse máquinas ni detenerse el curso. En Buenos Aires hay una mayor limitación respecto a las actividades, ya que no está incluido el riego, pero no sobre los medios. En todos los casos, sea por la concepción del

usuario como un anónimo titular de un interés simple, por la limitación de medios o actividades, el uso común implica una menor protección que la del derecho humano al agua. En cuanto a la relación entre el DHA y el uso común, en la doctrina se ha sostenido:

Negaré radicalmente cualquier posibilidad de equiparación entre el derecho al agua y el uso común del dominio público hidráulico. Son perspectivas distintas, claramente separables en sus fundamentos históricos y en el ordenamiento jurídico vigente en la actualidad y que no pueden mezclarse de forma alguna (Embid Irujo, 2006, p.33).

Esta forma de aprovechamiento resulta obsoleta en la actualidad. La restricción de medios impide identificar su contenido con la visión protectora del derecho humano al agua. En la región de Cuyo, la posibilidad de regar huertos o jardines sin desvío del agua ni utilización de maquinarias resulta compleja y en la mayoría de los casos imposible. Durante el siglo XX tampoco se reconocía el carácter de derecho subjetivo al uso común “el derecho al uso común -no individualizado, perteneciente a cualquiera- no constituye un derecho subjetivo, sea público o privado” (Marienhoff, 1939, p.705)

Desde hace décadas, se ha sostenido en la doctrina que “La prerrogativa de ejercitar usos comunes tiene, para todos los individuos, el mismo contenido” (Marienhoff, 2003, Tomo V, p.147). No es posible equiparar ese concepto con la especial protección que establece el DHA. Los riegos protegidos bajo el paraguas de la agricultura de subsistencia deben contar, como mínimo, con los mismos medios que los riegos protegidos por los derechos patrimoniales. Es posible justificar una discriminación en favor de los grupos especialmente protegidos, pero no en sentido inverso. La distinción clásica entre el uso común y el uso especial provoca una discriminación favorable a los titulares de derechos patrimoniales, que son los únicos que cuentan con una amplia gama de medios para velar por el efectivo cumplimiento de su derecho.

En síntesis, el acceso al agua fue protegido mediante el instituto del uso común, luego a través de la figura del servicio público. El derecho humano al agua es un elemento superador de estos paradigmas, pero, a diferencia de los institutos anteriores, no ha recibido tratamiento específico en las leyes provinciales bajo estudio. En el derecho local, el DHA sólo ha sido receptado en los CAg de la

Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Santa Fe. Las leyes de aguas de las provincias de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires no han reconocido el derecho humano al agua.

I.5.B.B. El derecho humano al agua en el bloque federal de constitucionalidad

El art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina establece que los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados deben ser implementados en “las condiciones de su vigencia”. Este término implica que deben ser interpretados teniendo en cuenta la aplicación que realiza el órgano transnacional o internacional encargado del mismo (Filippini, 2016)³⁰.

El derecho humano al agua no se encuentra en el texto de la Constitución, pero sí en el bloque federal de constitucionalidad. Cabe precisar las fuentes formales por las que ha sido incorporado. Entre los Instrumentos de DDHH jerarquizados por el constituyente se encuentra el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 11° establece la obligación de los Estados de velar por un nivel de vida adecuado de todas las personas. El art. 12° establece el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En el año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de la aplicación del Pacto, formuló la Observación General N° 15 que reconoció al derecho al agua como un derecho humano, interpretando los arts. 11 y 12. Es necesario señalar que, tal como ha observado la doctrina, no hay un reconocimiento en el texto del Pacto, sino que surge por la vía interpretativa. “Estamos ante interpretaciones jurídicas, algunas ciertamente resaltables, pero que se formulan frente a una ausencia real de proclamación de tal derecho” (Embido Irujo, 2006, p.21). Sin embargo, el entendimiento de que la interpretación, hecha a través de la OGN 15, implica las condiciones de la vigencia del PDESC, se

³⁰ Debe señalarse que en la convención constituye, el término “en las condiciones de su vigencia” fue pensado en función de las reservas que el Estado Nacional puede hacer al momento de aprobar o ratificar un tratado (Sagüés, 2007). A partir del fallo Girolodi (1995) cobró mayor auge una nueva interpretación de este término. Allí se expresó que en las condiciones de su vigencia significa “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” (Girolodi, 1995, p.3)

traduce en que un instrumento que en principio no sería vinculante, como lo es una Observación General, pase a tener que ser implementado al momento de interpretar el texto del Pacto.

El derecho humano al agua puede ser definido como “aquel derecho que corresponde a toda persona, inherente a su personalidad, de acceder al agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible” (Pinto y Martín, 2014, p.1).

Hay autores que han señalado que existe otra protección del agua en la Constitución Nacional. Quiroga Lavié entiende que el derecho a la salud de los consumidores y usuarios (art. 42 primer párrafo) incluye la protección al servicio de agua de red³¹. “Aquí aparece en forma explícita como derecho de los consumidores y usuarios con especial relevancia en ciertos bienes (ej. alimentos, medicamentos, agroquímicos, etc.) y servicios (ej. agua, cloacas, recolección de residuos, etc.) (Quiroga Lavié, 2009, p.341).

Una interpretación similar realizó Germán Bidart Campos, a solo dos años de la reforma, sostuvo que:

Cuando echamos mano de la expresión “necesidades primarias, fundamentales, o básicas” estamos pensando en los alimentos; en el suministro de agua; en la corriente eléctrica; en las redes cloacales; en el gas; en el teléfono, y en muchas cosas más. El acceso a todo ese conjunto de bienes y servicios es un derecho del consumidor y del usuario (1996, Tomo II, p.68).

Sagüés, cita lo expresado por el miembro informante en la Convención Constituyente y también incluye al agua entre los servicios protegidos vinculados a la salud:

El derecho a la protección de la salud (sí mencionado por el artículo) tiene por objetivo que los productos alimentarios sean inocuos, y también que éstos, el agua potable y los medicamentos, se ajusten a las directrices de las Naciones Unidas, de 1985 (2007, p.837).

En el apartado anterior se ha expresado que el derecho humano al agua abarca un contenido más amplio que la protección del usuario en el marco del servicio

³¹ Artículo 42 (primer párrafo).- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

público. No obstante, no puede dejar de señalarse que la protección del usuario del servicio de red, a partir de la incorporación del art. 42 en la CN, también tiene rango constitucional. En tal sentido, es correcto señalar que el acceso al agua para consumo doméstico encuentra dos tipos de protección diferente en la Constitución Nacional: el derecho humano al agua reconocido por la vía convencional y el derecho de los usuarios del servicio de red protegido en el art. 42. Sin embargo, en ninguno de los dos casos el agua aparece explícita en los textos originales. En el caso del DHA media una interpretación realizada por un órgano oficial de aplicación del pacto (OGN 15) donde sí aparece explícita la protección del derecho al agua. En el caso del art. 42 se trata de interpretaciones doctrinarias.

El DHA se puede identificar con el modelo constitucional de los derechos sociales y los derechos colectivos. En algunos casos presenta elementos propios de una visión ecocéntrica del agua. No obstante, también puede entrar en colisión con ciertas premisas ecocéntricas, ya que gran parte de su contenido pretende netamente la satisfacción de necesidades humanas (antropocéntrico). El reconocimiento del derecho humano al agua amplía la legitimación en materia de participación. Obliga al Estado a garantizar un espacio a los ciudadanos y a ciertos grupos especialmente protegidos.

Además de la OGN 15, el derecho humano al agua ha sido reconocido en la Convención sobre los derechos del niño (art. 24); en la Convención Sobre Eliminación de todas las formas de discriminación hacia la mujer (art. 14) y Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (arts. 12 y 25). En torno a las dos primeras convenciones citadas, se ha expresado que son “referencias parciales de muy escasa densidad normativa” (Embid Irujo, 2006, p.19). La Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas también reconoció el derecho humano al agua a través de la Resolución 64/292 del año 2010.

La Convención de derechos del niño en su art. 24 inc. c establece como obligación de los Estados:

Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el

suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente.

En este caso, se trata de una referencia al derecho al agua en su contenido vinculado al consumo personal.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 14 inc. h) recepta como derecho de la mujer en zonas rurales: “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones”. En este caso, la referencia no es restrictiva al agua potable, aunque tampoco surge con claridad que queden incluidos abastecimientos para usos de subsistencia que no sean propiamente las necesidades básicas de aseo y consumo.

El art. 12 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores expresa:

Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo. La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía.

El agua se reconoce en el marco de “servicios de cuidado”; por lo que el derecho al agua parece reducido al consumo de aseo y personal y no a usos comunitarios y/o de subsistencia productiva. No obstante, la mención a la seguridad alimentaria amplía el contenido del derecho e implica respetar los sistemas de aprovechamiento que puedan tener las personas mayores para garantizar su provisión de alimentos. Esta interpretación puede reforzarse ya que la referencia al agua potable, en sí misma, se encuentra en el art. 25 de la Convención, dentro del contenido del derecho al ambiente sano.

La Res. 64/292 no detalla demasiado el contenido del DHA. Se limita a expresar que “reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (art. 1). En este caso, está claro que el contenido es acotado al agua para consumo humano.

Otra fuente formal de incorporación del derecho humano al agua son las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como derecho accesorio al derecho a la vida (Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, 2005). En este caso, su incorporación al bloque federal de constitucionalidad también surge de entender que los Instrumentos internacionales de DDHH se aplican en las condiciones de su vigencia, lo que conlleva tener en cuenta los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). No obstante, estas sentencias no son estrictamente obligatorias cuando el país no es parte.

En el año 2020, el derecho humano al agua fue reconocido como un derecho autónomo por parte de la Corte Interamericana, en el marco del caso Lhaka Honhat, fallo en que la República Argentina sí es parte. La CIDH entendió que el derecho al agua se encuentra comprendido dentro del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Lhaka Honhat, Cons. 222). Lo consideró también incluido en el concepto del art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en lo que refiere a garantizar un nivel de vida adecuado. Además de ello, trajo a colación los reconocimientos plasmados en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en el art. 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y en el art. 12 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En torno al contenido, la CIDH citó lo expuesto por el comité de los DESC. En particular, la existencia de libertades y derechos, que también se puede entender como derechos a acciones negativas y positivas. Expresó que debe garantizarse “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho” (Cons. 227).

En forma primigenia al fallo referido, la jurisprudencia nacional ya había reconocido al derecho humano al agua. Esto ocurrió en el caso Kersich, los magistrados sostuvieron que estaba “en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de gran cantidad de personas” (2014, p.10). La CSJN remitió a los IIDH y a la Res. 64/292 de Naciones Unidas. En este antecedente, la CSJN abordó el problema vinculado al consumo humano, no obstante, resaltó la conexidad de este derecho, entendiéndolo como condición previa para la realización de otros derechos humanos. Es menester recalcar que,

si bien en este fallo la CSJN hizo lugar a la recurrente, se mantuvo la medida cautelar dictada en primera instancia por estar en juego el derecho humano vinculado al agua potable. Un punto que se le criticó a esta sentencia fue que la CSJN entendió al agua potable como un componente del ambiente. “El hecho de que un curso de agua, superficial o subterráneo, no sea apto para consumo humano no implica necesariamente una violación al derecho al ambiente sano. En muchos casos, el agua no será potable por factores naturales” (Saulino, 2019, p.1122). Se comparte esta crítica, la CSJN ha asimilado la función del agua como microbien ambiental al derecho a acceder al agua potable, no siendo derechos idénticos. Hay diferencias entre la protección ambiental del agua y la protección del agua como derecho humano, inclusive puede llegar a existir colisión.

I.5.B.C. Los contenidos del derecho humano al agua

La OGN 15 (arts. 21 a 26) expresa que el derecho humano al agua comprende tres tipos de obligaciones para los Estados:

Obligación de respetar. La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua. Comprende, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos. como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario. (...)

La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten

en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua. (...)

La obligación de cumplir se puede subdividir en obligación de facilitar, promover y garantizar. La obligación de facilitar exige que los Estados Partes adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho. 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. Los Estados Partes también tienen la obligación de hacer efectivo (garantizar) el derecho en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición. (...) Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas.

El DHA también comprende el correspondiente saneamiento de las aguas utilizadas, la obligación del Estado no termina con la provisión del agua, sino que debe atenderse también al vertido de las mismas (art. 29 OGN 15). En la doctrina también se ha tratado este derecho como parte del derecho al ambiente sano:

En definitiva, el servicio de agua y cloaca, es prestado bajo la figura de un “servicio público” debido a su íntima relación con la salubridad y calidad de vida de la población, ambos conceptos incluidos en el “derecho humano a un ambiente sano” (Torchia, 2017, p.134).

Ya sea como contenido del derecho humano al agua o del derecho humano al ambiente sano, o de ambos, el saneamiento es un derecho fundamental que el Estado debe asegurar.

El DHA se puede analizar como un “derecho que atienda en su contenido todas aquellas prerrogativas o facultades que involucren como presupuesto de satisfacción al recurso hídrico en aspectos necesarios a la vida digna” (Martín, Pinto, Torchia, 2011, p.70). Esto implica que el agua es protegida como un derecho humano cuando es requisito para la realización de otros derechos

humanos. Los autores citan el caso de la vinculación entre el agua y los rituales religiosos, además de las actividades productivas de subsistencia, aunque aclaran que ello debe ser analizado de manera restrictiva. A la par, reconocen que “del análisis de los textos legales no surge en todos los casos clara o expresamente la existencia de un derecho humano al agua como concepto uniforme y acabado” (Martín, Pinto, Torchia, 2011, p.76)

En el marco de un conflicto de derechos, determinar núcleos básicos y contenidos de carácter progresivo y/o susceptible de reglamentación más restrictiva resulta de crucial importancia. La amplitud del contenido del derecho humano al agua lleva a preguntarse si dentro de la obligación de respetar, en particular la de no inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua ¿se encuentran protegidas las organizaciones de usuarios privativos? Ahora bien, si este sistema consuetudinario se cimentó en base a la exclusión de otro preexistente, dígase organización comunitaria de los pueblos indígenas ¿se puede considerar una intromisión indebida del Estado su reforma? Estas preguntas serán retomadas en la segunda parte de esta tesis.

La participación ciudadana en sentido amplio receptada en la OGN 15 (art. 48) implica características propias de los derechos colectivos: titularidad de la sociedad en su conjunto, interés colectivo, bien jurídico protegido colectivo. También se pueden incorporar en esta categoría a las obligaciones vinculadas con el abastecimiento mínimo de todos los miembros de la sociedad. Por otro lado, las obligaciones prestacionales del DHA vinculadas a la agricultura de subsistencia (facilitar, promover y garantizar), como así también la especial protección de ciertos grupos sociales, presentan elementos propios de los derechos sociales.

Es discutido el alcance del contenido del DHA, si bien esto es algo que ocurre con la mayoría de los derechos a acciones positivas, en este caso no hay ciertos niveles de consenso alcanzados. Hay autores que hasta llegan a incluir a la eficiencia como una obligación de cumplimiento inmediato en el marco de este derecho (Justo, 2025)³². La OGN 15 establece obligaciones prestacionales y normativas. Dentro de las obligaciones prestacionales ingresan las que refieren al agua para usos domésticos propiamente dichos y las que refieren al agua para usos de

³²Este punto se trata en el Cap.V.4 de la presente tesis.

subsistencia, como es el caso de la agricultura familiar y el aprovechamiento comunitario de los pueblos indígenas.

Es cierto que los usos agrícolas de subsistencia no han sido reconocidos como parte del DHA en la jurisprudencia de la CSJN. También son puestos en discusión a nivel doctrinario. En este trabajo, se los considera parte del contenido progresivo del DHA. Esta afirmación surge a partir del propio texto de la OGN 15. El art. 7 establece que:

Debe hacerse lo posible para asegurar que los agricultores desfavorecidos y marginados, en particular las mujeres, tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión del agua, incluidas las técnicas sostenibles de recogida del agua de lluvia y de irrigación.

En primer lugar, se cita a los agricultores de manera expresa. En segundo término, se incluyen las técnicas de irrigación. La protección del derecho humano al agua en el marco de la OGN 15 no es sólo para los usos de higiene y bebida del hogar, sino también para las actividades conexas de subsistencia. Para erradicar cualquier tipo de duda, la parte final del art. 7 expresa “los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas”.

Por otro lado, cabe precisar que no todo uso domiciliario puede ingresar en el concepto del agua como un derecho humano, el caso paradigmático es el uso particular que se hace para el llenado de piletas u otras actividades recreativas³³. También se puede citar el caso de la utilización del agua con fines industriales, realizada a través de la red de agua potable. En este sentido, la falta de reglamentación en la normativa local sobre el DHA impide establecer mecanismos claros para protegerlo, de manera diferenciada, del tradicional uso poblacional o domiciliario. No obstante, hay ejemplos de normativa que, si bien no hacen referencia expresa al DHA, sí han distinguido dentro del uso domiciliario. Se puede citar el art. 100 del CAg de Córdoba:

En áreas donde la disponibilidad de agua para uso doméstico y municipal sea crítica, la autoridad de aplicación puede prohibir o gravar con tributo especiales los usos

³³ Desde una visión amplia del DHA, los usos recreativos pueden ser entendidos como parte del mismo, pero no son un uso específicamente mencionado. En cambio, la agricultura de subsistencia y los usos de las comunidades indígenas sí tienen mención expresa en la OGN 15.

suntuarios como piletas particulares de natación, casas particulares de una determinada superficie o riego de jardines.

Esto último es una diferencia significativa con otras legislaciones (San Juan, Mendoza y Buenos Aires) que colocan al uso poblacional en primer término de prioridades, pero no realizan ninguna distinción hacia el interior de su contenido. En estos casos queda comprendido desde el llenado de piscinas y el riego de jardines hasta el consumo personal, todo bajo la misma tipología legal. Tal como se ha sostenido por otros autores (Pinto, 2014), compartido y desarrollado en trabajos anteriores (Sanna, 2022), la diferencia entre uso común y uso especial puede que no sea adecuada e incluso resulte contradictoria con el paradigma del derecho humano al agua. Esto también es aplicable a la escala de prioridades que las leyes locales suelen establecer en relación a los usos privativos. En una lectura rápida de las normas locales, se podría sostener que hay concordancia con el derecho humano al agua, ya que establece el uso poblacional en el primer lugar de las prioridades. Sin desconocer la importancia de ello, al profundizar el análisis se detecta que esta conclusión es inexacta. El contenido del uso poblacional no siempre coincide con el derecho humano al agua.

Es imposible proteger lo que no se categoriza, la noción misma de acciones positivas constitucionales parte de reconocer un determinado grupo social que se encuentra en una situación de vulnerabilidad. Por ende, la ausencia de concordancia, en la normativa inferior, de las categorías propias del derecho humano al agua puede ser causal de dificultad y/o impedimento para garantizar su cumplimiento. Además de ello, a los fines de contar con instrumentos idóneos para incoar un proceso judicial, resulta necesario que exista la categoría que se protege³⁴.

Desde un enfoque de derechos humanos en la gestión del agua y saneamiento, se requiere el establecimiento de recursos judiciales y extrajudiciales que permitan a las comunidades, usuarios y Estados hacer valer este derecho; no obstante, los países de la

³⁴ La ausencia de categorías específicas implica también la inexistencia de acciones procesales idóneas. Esto, en muchas ocasiones, intenta ser suplido mediante la invocación de la acción de amparo como una especie de comodín jurídico, criterio que no se comparte ya que su interposición está sujeta a ciertos requisitos y debe entenderse como remedio excepcional.

región suelen carecer de procedimientos específicos para ello (Mora y Dubois, 2015, p.80, en Blanco, 2017, p.207).

En caso de aplicar la prioridad lisa y llana del uso poblacional sobre el agrícola, sin distinciones a su interior, puede resultar postergado el uso agrícola de subsistencia de una comunidad y beneficiado el uso domiciliario suntuario para el llenado de piscinas en un barrio privado³⁵.

En síntesis, el derecho humano al agua implica tres tipos de contenidos con sus respectivas obligaciones hacia los Estados: respetar, proteger y cumplir. Dentro del contenido de cumplir, se encuentran acciones prestacionales propiamente dichas (facilitar y garantizar) y acciones normativas (promover). Los usos que se explicitan en la OGN 15 son los poblacionales de bebida e higiene (personal y doméstica), los usos agrícolas de subsistencia y los usos de comunidades indígenas. Los primeros son de cumplimiento inmediato, mientras que los segundos son de cumplimiento progresivo. Los usos de bebida e higiene también se encuentran receptados en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención sobre los derechos del niño y la Convención Americana sobre derechos de los adultos mayores. Los usuarios del servicio de red de agua potable también tienen protección constitucional a través del art. 42 de la CN.

El contenido del derecho humano al agua puede ampliarse ya que es presupuesto de realización de otros derechos. No obstante, lo ideal es que su ampliación, e incluso el reconocimiento de los usos ya estipulados en la OGN 15, se realice a través del texto principal de un instrumento internacional y/o reforma constitucional en el plano interno. En la actualidad, su reconocimiento carece de un desarrollo acorde a su importancia. No se encuentra explícito en el texto principal de los instrumentos internacionales de derechos humanos ni en el texto de la Constitución Nacional. En cambio, el agua sí aparece mencionada en las constituciones provinciales estudiadas, aunque su contenido no es siempre coincidente con el DHA. Ejemplo de ello es el art. 117 de la CP de San Juan; art. 68 de la CP de Córdoba; art. 28 de la CP de Buenos Aires. En la CP de Mendoza

³⁵ Esto último no implica negar que haya ciertos usos recreativos que puedan ser protegidos por el DHA.

también está mencionada pero su enfoque está netamente centrado en los aprovechamientos de los predios y la organización de las autoridades (arts. 186 a 196).

En el derecho local, los usos de bebida e higiene encuentran cierta protección mediante la figura del uso poblacional, no así los usos agrícolas de subsistencia ni los usos indígenas que no cuentan con regulaciones específicas. La falta de reglamentación local impide la debida protección del derecho humano al agua.

Para finalizar, en cuanto a los contenidos normativos del DHA, cabe resaltar que la protección de la participación popular en la OGN 15 legitima a todos los ciudadanos. A su vez, la especial protección de ciertos grupos obliga al Estado a crear instancias para que accedan a opinar y decidir en asuntos vinculados al agua. Por último, el deber de respetar organizaciones consuetudinarias podría, bajo ciertos términos, implicar un grado de protección a las entidades que nuclean a los usuarios privativos.

1.5.C. Derecho al ambiente sano

En este apartado se trata el contenido del derecho al ambiente sano. Se inicia con un repaso histórico, luego se pasa al análisis del texto constitucional y convencional. Por último, se estudia su impacto en el aprovechamiento del agua. La caracterización de este derecho será complementada en el Capítulo VI de este trabajo.

1.5.C.A. Reseña histórica del derecho al ambiente sano

El derecho al ambiente sano ingresó en el ordenamiento jurídico argentino durante la década de 1980. Los primeros reconocimientos se produjeron en el marco de las constituciones provinciales. En la actualidad, las Constituciones de San Juan (art. 58), Córdoba (art. 66) y Buenos Aires (art. 28) cuentan con cláusulas específicas de protección de este derecho.

El derecho ambiental transitó un camino como derecho oculto, luego anexionista y finalmente autónomo (Esain, 2015). “La primera respuesta para el problema ambiental será intervenir sobre las conductas humanas a través de soluciones sectoriales, es decir, brindadas por cada rama del derecho” (Esain, 2015, p.9). Esta rama del derecho avanzó hasta adquirir las características y los principios que rigen en la actualidad. Se destaca su carácter holístico y su enfoque preventivo y precautorio respecto a las actividades riesgosas para el ambiente.

La convención constituyente de 1994 incorporó este derecho en la cúspide del ordenamiento jurídico argentino. La protección del agua como microbien, en carácter de componente del macrobien ambiental, surge a partir del reconocimiento del derecho al ambiente sano en la CN mediante la incorporación del art. 41.

En la actualidad, el derecho al ambiente sano cuenta con amplio reconocimiento a nivel legal, doctrinario y jurisprudencial. Se han dictado doce leyes de presupuestos mínimos en materia ambiental y distintas leyes locales complementarias. No obstante, subsisten ciertos debates en torno a los límites de este derecho y la concepción ambiental que adopta la Constitución Nacional.

I.5.C.B. El derecho al ambiente sano en la Constitución argentina

El art. 41 de la Constitución argentina se divide en cuatro párrafos con contenidos específicos. El primero de ellos reconoce el derecho al ambiente sano propiamente dicho y las principales características del entorno a proteger. El segundo incluye las obligaciones de las autoridades y los derechos ambientales procedimentales, en particular el acceso a la información. El tercero delega a la Nación la facultad de dictar normas de presupuestos mínimos ambientales. El texto habla de normas y de una competencia de la Nación, si bien no menciona al Congreso ni a las leyes en sentido formal, la práctica ha sido pacífica y todas estas normas han sido dictadas por el Congreso Nacional, esta práctica se puede justificar en el art. 75

inc. 32³⁶. El último párrafo establece la prohibición de ingreso de residuos peligrosos.

López Alfonsín trata de la siguiente manera el contenido de los párrafos del art. 41:

El primer apartado reconoce el derecho a disfrutar de un ambiente adecuado, de modo simultáneo con el deber constitucional de conservarlo. En el segundo se le imponen a los poderes públicos obligaciones de promover y restaurar el ambiente, así como la de velar por el uso racional de los recursos naturales (...) En el tercer apartado se prevén sanciones administrativas y penales para aquellos que violen lo dispuesto por la cláusula ambiental, así como también el deber de reparar el daño ocasionado (2019, pp.107 y 108).

El derecho al ambiente sano también está reconocido por vía convencional, mediante su incorporación en el Protocolo de San Salvador (art. 11) complementario del Pacto de San José de Costa Rica. Además, se encuentra en el art. 25 de la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; en los arts. 24 y 29 de la Convención sobre los derechos del niño y de manera sucinta es mencionado en el art. 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos instrumentos no aportan demasiados elementos para su análisis, siendo más generoso el contenido reconocido a través del art. 41 de la Constitución Nacional.

La doctrina ha entendido que el derecho al ambiente sano implica “un ambiente que permita el crecimiento de plantas y animales, sustenta el desarrollo de una variedad de formas de vida y sus interacciones, y tiene la capacidad de recuperarse por sí mismo de las perturbaciones que lo afecten” (Saulino, 2014, p.801).

Quiroga Lavié sostiene que:

Estos derechos no sólo se refieren a la preservación de los elementos naturales sino además a todos aquellos ámbitos construidos por el hombre: una ciudad con cloacas, agua corriente, control del ruido, espacios verdes, vivienda y ámbito de trabajo adecuados, como se dijo en la propia Convención Constituyente de 1994 (2009, p.323).

³⁶ Art. 75 inc. 32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

Badeni aporta que:

El ambiente puede ser objeto de una definición restrictiva o amplia. Para la primera está integrado por el conjunto de elementos físicos que rodean y entre los cuales se desenvuelve la existencia de las personas. La tierra, el aire, el agua, la flora, la fauna y todos aquellos objetos materiales que son obra del hombre, conforman el ambiente. Tanto los objetos materiales de carácter natural como los artificiales. En su concepción amplia, el ambiente abarca también las circunstancias y condiciones físicas, sociales, culturales y económicas bajo las cuales se desenvuelve la vida humana. Es esta segunda acepción la que adopta el texto constitucional (2006, Tomo I, p.592).

Por su parte, Sagüés se refiere a la protección de la diversidad biológica:

El sentido de la norma constitucional es el cuidado de la variedad de las especies y de los ecosistemas, comprendiendo desde luego a las diversidades genéticas. El asunto puede comprender, a través de la biotecnología, el mejoramiento de la herencia genética (2007, p.656).

Lorenzetti habla de los derechos fundamentales ambientales. Además de la protección del ambiente en sí mismo, se incluyen el acceso a la justicia, a la información y la participación ciudadana (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018). En particular sobre este último derecho expresa:

El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos, en el nivel que corresponda. De esta forma, se deberán adoptar medidas para que la participación del público comience al inicio de los procedimientos, es decir, cuando todas las opciones y soluciones aún sean posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real y efectiva (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018, p.75).

Manili pone el foco en concepto de derecho-deber:

Además, la norma recepta el llamado "compromiso intergeneracional", que significa que el consumo actual no puede financiarse incurriendo en deudas económicas que otros tendrán que reembolsar en el futuro y, por ende, los recursos naturales deben utilizarse de forma que no creen deudas al sobreexplotar la capacidad de producción de la tierra y del ambiente en general. Es decir que el medio ambiente sano está receptado en la constitución como un derecho-deber (2021, Tomo III, p.287).

Bidart Campos, a los pocos años de realizada la reforma constitucional, expresó con claridad los cambios que el derecho al ambiente sano significa en términos de legitimación:

No cabe duda, entonces, de que la constitución ha perfilado claramente en el nuevo art. 41 una situación jurídica subjetiva. Sin perjuicio de ello, al depararle en el art. 43 la vía tutelar de la acción de amparo y hacer referencia a “derechos de incidencia colectiva” ha asumido, simultáneamente, la dimensión colectiva o grupal que tiene el derecho al ambiente (1996, Tomo II, p.60).

La legitimación para incoar la defensa del derecho al ambiente sano y/o participar en asuntos vinculados a su protección es amplia y alcanza a todos los sujetos comprendidos en el art. 43 segundo párrafo de la CN. La Ley General del Ambiente (LGA) la ha expandido a toda persona en caso de solicitar la cesación del daño, lo que equivale a una acción popular con objeto reducido.

Hace más de tres décadas de la constitucionalización de este derecho. Hay abundantes artículos doctrinarios y jurisprudencia sobre su contenido. Sin embargo, no existen consensos sobre conceptos básicos, por ejemplo: si se trata de una protección antropocéntrica o ecocéntrica; cuál es el límite de la competencia delegada la Nación para dictar normas de presupuestos mínimos; si existe la necesidad o no de conservar ambientes prístinos. Estos son sólo algunos de los debates aún vigentes.

Existe un alto grado de confusión en torno al concepto de ambiente (Lorenzetti, 2018). Lorenzetti entiende que se debe distinguir entre el derecho al ambiente sano adecuado y la tutela del ambiente:

La primera es una idea antropocéntrica y previa al paradigma ambiental, porque mira la totalidad desde el sujeto; la segunda es una noción geocéntrica, concentrada en el bien colectivo y típica del ambientalismo (Lorenzetti, 2018, p.89).

Esta consideración de Lorenzetti no encuentra sustento en el texto del bloque federal de constitucionalidad. La audacia del autor para proponer esta distinción debe ser una señal de alerta para cuestionar los límites de la interpretación progresiva de los derechos humanos.

En sentido contrario a Lorenzetti, hay quienes han sostenido, al analizar la segunda calidad que menciona el art. 41 (equilibrado) que no se trata de una

noción que hace referencia al equilibrio natural del ambiente. “Lo que se pretende garantizar es el equilibrio de los ambientes transformados por el hombre” (López Alfonsín, 2019 p.109).

La CSJN ha expresado que:

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado (La Pampa c/Mendoza, 2017, p.21).

La CSJN se ha inclinado hacia una visión ecocéntrica, aunque no es precisamente la que los constituyentes tuvieron en miras al momento de la sanción. La convencional Roulet, informante por la comisión en la convención constituyente, sostuvo al momento de exponer el texto del dictamen de mayoría, que los términos equilibrado y apto para el desarrollo humano tenían el siguiente significado:

El equilibrio de los ambientes transformados por el hombre, lo que quiere decir que a las modificaciones a que se somete ese ambiente se le deben buscar respuestas que sean equivalentes, en condiciones aceptables, a las que resultan de la propia actividad del hombre. Ese mismo ambiente debe ser apto para el desarrollo humano. Quiero resumir este concepto de desarrollo humano en la noción "pascaliana" de desarrollo, a saber: "es el desarrollo de todos los hombres y de 'el todo' del hombre" (...) el desarrollo en el cual el ambiente ya pasa a formar parte inescindible de las condiciones necesarias para el progreso humano (Diario de Sesiones art. 41º, 1994, p.97).

También existió un dictamen de minoría de los partidos provinciales, expuesto por la convencional Peltier. Se diferenciaba de la mayoría, dado que, según la informante, priorizaba al hombre como centro de atención en la protección. En contraposición, hubo otro dictamen de minoría del Frente Grande, expuesto por el convencional Schroder. Este sector propuso reemplazar el término desarrollo humano por desarrollo sustentable, a los fines de que el centro de la protección no sea la persona humana en sí misma. Esta propuesta no prosperó, los convencionales tuvieron la opción de redactar un artículo que adoptara una visión

de tipo ecocéntrica y no lo hicieron, acto que la CSJN parece desconocer en su jurisprudencia reciente. La Constitución puede ser reinterpretada, pero ¿es correcto que se haga decir a la convención lo que no dijo para argumentar una nueva interpretación?

La propia convencional Roulet, previo a la votación, en torno al pedido de incorporar el ambiente laboral a propuesta del Convencional Cullen, se encargó de aclarar: “al informar sobre el concepto de ambiente sano expliqué que el ambiente referido incluye el de todos los ámbitos construidos que alojan todas las actividades del hombre” (Diario de Sesiones, art. 41, 1994, p.173). Es cierto que los partidos provinciales sostuvieron que, en el dictamen de mayoría, el hombre no era el centro; no obstante, lo hicieron para intentar incorporar la protección del concepto de vida que buscaban constitucionalizar, preocupados por el posible reconocimiento del derecho al aborto. En modo alguno puede tomarse la opinión de estos partidos como un elemento para entender que el dictamen de mayoría no colocó a la persona humana en el centro y se inclinó por una posición ecocéntrica.

Esta posición no se corresponde con el valor que la CSJN le ha dado a la exposición de los miembros informantes de la Convención Constituyente en otros precedentes:

Como tiene dicho esta Corte, las manifestaciones del miembro informante de un proyecto —en este caso, constitucional— constituye una fuente propia de interpretación (arg. Fallos: 33:228; 100:51; 114:298; 141:254; 328:4655; 329:3546; 332:1704; 333:993; 343:140, entre otros) por cuanto debe suponerse que las comisiones de una convención constituyente, al igual que sus pares parlamentarias, estudian minuciosa y detenidamente en su fondo y forma los asuntos que despachan, teniendo más valor que los debates en general dentro de la convención o las opiniones individuales de los convencionales constituyentes (arg. Fallos: 77:319 y 120:372) (Evolución Liberal c/ San Juan, 2023, p.36)³⁷.

En el plano internacional, la Corte Interamericana se ha inclinado hacia una posición ecocéntrica. En el caso Lhaka Honhat, citando la opinión consultiva 23/17, expresó que “se trata de proteger la naturaleza, no solo por su “utilidad” o

³⁷ Se debe mencionar que la apreciación está realizada en el voto del Juez Rosenkrantz y no en el voto mayoritario. Sin embargo, se citan otros precedentes en los que ha sido aplicado ese criterio.

“efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta” (Cons.203).

En el año 2025, la Corte Interamericana emitió la opinión consultiva 32/25 en el cual recordó los derechos procedimentales vinculados al ambiente sano, en el marco de la emergencia climática, entre los que mencionó: el derecho a la ciencia y al reconocimiento de los saberes locales, tradicionales e indígenas; el derecho a acceder a la información; el derecho a la participación pública; el derecho de acceso a la justicia y el derecho a defender derechos humanos. Nótese que hizo expresa mención a los saberes locales, tradicionales e indígenas. Estos saberes están, normalmente, asociados a concepciones ecocéntricas.

Morales Lamberti entiende que, como consecuencia de esta cosmovisión, conviven "derechos a la naturaleza" y "derechos de la naturaleza" (2019, p.224). Este criterio no surge del texto constitucional vigente. Además, se puede argumentar que la defensa de la flora, fauna y demás componentes de la biósfera puede ser ejercida mediante la legitimación de la persona humana y no de dichos componentes. Es decir que, si bien el derecho al ambiente sano puede mutar y evolucionar, resulta claro que la Constitución argentina no adoptó el paradigma ecocéntrico. Tampoco reconoció a la naturaleza como titular de derechos³⁸.

La diferencia entre un derecho ambiental antropocéntrico y un derecho ambiente ecocéntrico no resulta menor. A los fines ejemplificativos, se puede tomar el concepto de daño ambiental que establece la LGA: “se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (art. 27). Para identificar si se trata de una alteración relevante, que excede la normal tolerancia, se debe partir de un acuerdo sobre cuál es el objeto que se está modificando y a qué acción se le otorga connotación negativa.

³⁸ Cabe aclarar que, en este trabajo, no se plantea una oposición a tal reconocimiento, se entiende que el mismo aún no está explícito en la Constitución ni legislación de la República Argentina. Un cambio de paradigma de tal magnitud debe ser realizado por poderes con mayor grado de representatividad directa que el Poder Judicial. La incorporación del paradigma ecocéntrico podría ser hecha mediante una reforma constitucional, o en el plano inferior, mediante la sanción de leyes específicas. En este último caso no se trataría de un derecho constitucional de la naturaleza, pero sí reconocido por vía legal.

El daño ambiental es un tipo de daño disruptivo porque no cumple con los presupuestos tradicionales del daño en material civil. Características de ello son: la responsabilidad objetiva; el daño indirecto; difuso; concausal y la admisión de amplios medios probatorios. A diferencia del daño civil, aquí no se trata de demostrar un perjuicio cuantificable en dinero. No todo impacto ambiental es daño ambiental, el desplazamiento de este límite estará ligado con la concepción que el intérprete adopte.

En caso de haber daño y de ser imputable a una persona física o jurídica, responsabilidad objetiva mediante, genera la obligación prioritaria de recomponer. Las disquisiciones en el concepto de ambiente que protege el art. 41 de la Constitución Nacional y la falta de claridad suficiente pueden generar que una alteración sea considerada daño por un tribunal y no lo sea por otro. Por ello es que dejar en manos de los tribunales la definición sobre la concepción ambiental no es una buena opción.

I.5.C.C. El impacto del derecho ambiente sano en el aprovechamiento del agua

El reconocimiento del derecho al ambiente sano generó múltiples impactos y nuevas limitaciones en el ordenamiento jurídico. Autores como Quiroga Lavié (2009) llegaron a hablar de un paso del Estado de Derecho hacia el Estado Ecológico de Derecho. Los alcances precisos que las limitaciones ambientales establecen para la gestión y aprovechamiento del agua son múltiples y complejos de sistematizar.

El derecho al ambiente sano se identifica con el modelo constitucional de los derechos colectivos, hay autores que lo asocian a una visión ecocéntrica del ciclo del agua. No obstante, sin necesidad de llegar a la visión ecocéntrica, implica una limitación a la visión dominial decimonónica. Si bien las implicancias de ambas concepciones son diferentes, en todos los casos se traducen en un limitante al paradigma imperante durante los siglos XIX y XX.

El derecho al ambiente sano es un derecho a un haz de prestaciones (Alexy, 2017). Contiene derechos a acciones positivas y negativas. Al interior de las acciones

positivas se puede distinguir entre acciones normativas y acciones prestacionales propiamente dichas. Estas últimas se vinculan con realizar obras para mitigar los impactos ambientales negativos generados por las actividades antrópicas. Las de contenido normativo se asocian a la participación ciudadana de manera previa, concomitante y posterior a las actividades que impacten, de forma significativa, en el ambiente.

En cuanto a las acciones negativas, se puede mencionar el respeto a la flora y fauna originaria que vive en torno a los cursos de agua. En particular, una acción negativa por excelencia es el respeto a un caudal ecológico. No obstante, dado el grado de intervención existente en muchas cuencas, es posible ubicar esta acción en el plano de la recomposición, pasando a ser de carácter prestacional.

La protección ambiental del agua implica un haz de prestaciones diferentes que no coincide necesariamente con la protección del agua como derecho humano ni la protección de los derechos patrimoniales para hacer uso del agua. El agua, desde la perspectiva ambiental, se protege para sostener el equilibrio ecosistémico de la flora y fauna de un determinado lugar. En ciertos casos, puede entrar en conflicto con los usos consuntivos, incluso con los de bebida e higiene personal y doméstica.

El agua ya no es entendida únicamente como un bien público susceptible de aprovechamiento y prestación de servicios públicos o concesión a los particulares, también es un bien colectivo parte de la biosfera. El derecho al ambiente sano ha impactado en institutos del derecho de aguas vinculados con el derecho a informarse y a participar. Se han establecido principios generales que ponen en jaque al modelo hídrico dominial: preventivo, precautorio, equidad intergeneracional y sustentabilidad.

El derecho ambiental no sólo limita el aprovechamiento del agua para fines económicos, sino también para usos poblacionales en general. El principio *pro natura* puede entrar en colisión con el principio *pro homine*. En algunos casos, la protección del derecho al ambiente sano puede ser coincidente con la del derecho humano al agua. En otras circunstancias, puede implicar limitaciones recíprocas entre el derecho al ambiente sano y el derecho humano al agua.

Morales Lamberti entiende que el principio *in dubio pro natura* contextualiza el contenido de otro principio emergente, el de la "función ecológica de la propiedad" (Morales Lamberti, 2019, p.221)³⁹. La autora agrega que:

En el campo del derecho ambiental, su recepción normativa implicaría una precedencia lógica del principio protectorio ambiental con clara influencia en el juicio de ponderación (porque opera como un metavalor), estableciendo una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro (2019, pp.232 y 233).

El agua, como componente del ambiente, está alcanzada por nuevas limitaciones, su aprovechamiento debe respetar parámetros vinculados al desarrollo sostenible. El paradigma dominial de máxima extracción fue uno de los pilares que permitió el desarrollo de las sociedades de oasis en las zonas áridas. Todas las regulaciones con enfoque dominial deben ser revisadas a la luz del paradigma ambiental.

Como corolario, en cuanto a la vinculación entre el derecho al ambiente sano y la participación en la gobernanza del agua, se puede afirmar que este derecho legitima a todos los ciudadanos a participar en los asuntos comunes vinculados al aprovechamiento hídrico, en pos de proteger la función ecosistémica del agua.

³⁹ Morales Lamberti sostiene que:

La duda o incertidumbre que media en estos principios emergentes se puede confundir con si la duda del "alcance" recae en la duda sobre la interpretación normativa, que resulta cuando no sea posible obtener una interpretación unívoca sobre determinada disposición legal ambiental, o bien, si la duda del alcance comprende la incertidumbre acerca de qué disposición legal ambiental aplicar ante un supuesto de concurrencia o contradicción de las mismas, más allá que el resultado debería ser aquél en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza (...) En síntesis, la definición y alcance de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua* no se presenta unívoca (2019, pp.232 y 233).

Es importante agregar que estas disquisiciones son producto de reconocimientos jurisprudenciales de principios cuya recepción debiese ser realizada por vía legislativa. Si bien esto último no cerraría todo margen interpretativo, sí acotaría los términos del debate. Como ejemplo puede citarse el principio *in dubio pro operario*, reconocido en el art. 9 de la Ley 20.744. Dicha regulación no impide las discusiones doctrinarias sobre su alcance, pero sí encausa el debate, algo que no ocurre en el principio *pro natura* ni en el principio *pro agua*.

CAPÍTULO II. EL TEST DE RAZONABILIDAD COMO PROPUESTA DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

En este capítulo se estudia el test de razonabilidad como mecanismo de posible solución en los conflictos de derechos. Se desarrolla la escala triádica propuesta por Robert Alexy. Se analiza la expansión del Poder Judicial en materia de derechos colectivos y la aplicación del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia ambiental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto permite sentar las premisas para el análisis de las potencialidades relevantes de los derechos que se realizará en la segunda parte de la tesis.

II.1. Constitucionalismo y test de razonabilidad⁴⁰

En forma preliminar, cabe señalar que la elección del test de razonabilidad se debe a que, ya sea bajo dicho nombre o el de juicio de ponderación, su uso se ha extendido en la jurisprudencia y doctrina de la República Argentina⁴¹. Además, este mecanismo pretende dotar de argumentos racionales a las sentencias que versan sobre derechos fundamentales. El test busca disminuir los márgenes discrecionales del intérprete y encauzar el procedimiento en el marco de la razón. Es una alternativa no positivista que tampoco cae en las premisas ortodoxas del iusnaturalismo. Aquí se propone un estudio crítico del test; si bien existen múltiples objeciones y postulados teóricos para debatirlo, se analizan dos de ellas:

- 1) La objeción deliberativista: cuya premisa principal es pensar a la democracia deliberativa como solución a los conflictos de derechos en el marco de un accionar dialógico del Poder Judicial.
- 2) La objeción crítica: cuya premisa principal es entender al derecho como resultado de las disputas sociales y económicas, lo cual se manifiesta en la

⁴⁰ Parte de este apartado ha sido publicado previamente (Sanna, 2022). Aquí se retoma para profundizar su análisis e incorporar dos objeciones al test.

⁴¹ Se remite al Cap.II.4.

negociación de actores, aunque no exista un diálogo virtuoso como mecanismo de acuerdo, sino como reflejo de existencia sectorial.

Robert Alexy (2017) sostiene que los conflictos de principios no pueden ser resueltos de igual forma que los conflictos de reglas que tienen una jerarquía infraconstitucional. Moreso, haciendo un análisis de la teoría de Alexy, manifiesta que cuando dos principios entran en colisión uno ha de ceder frente al otro (Moreso, 2011).

El propio Alexy al desarrollar su teoría de la argumentación jurídica expresa que:

Para quien sólo está dispuesto a aceptar como teoría de la argumentación jurídica racional un procedimiento que garantice la seguridad del resultado, la teoría aquí propuesta resulta rechazable ya por ese motivo. Sin embargo, un procedimiento que garantice seguridad no está a la vista. Quien equipara seguridad y racionalidad debe por ello renunciar a una teoría de la argumentación jurídica racional (Alexy, 2017, p.399).

El test es un mecanismo que permite dotar de argumentos racionales al discurso jurídico, pero ello no equivale a garantizar un resultado seguro. El punto a discutir es si dicho método amplía o disminuye los márgenes discrecionales y si, en el marco de esquemas constitucionales de fusión, resulta posible que se analicen los argumentos bajo premisas comunes. Cabe señalar que los tribunales, al utilizar el método de ponderación para resolver los conflictos de derechos, pocas veces plantean que pueda haber otra solución posible. De todas formas, pedir ello a los jueces es complejo y contradictorio. El tribunal debiese decir “he fallado de tal forma, pero sepan que podría haber fallado en otro sentido”. Lo que sí resultaría necesario es que el tribunal exponga todos los argumentos y no sólo el resultado final de la ponderación.

Pablo Manili (2021) sostiene que cuando estamos frente a normas constitucionales, la interpretación tiene una especificidad propia que la distingue de las ramas del derecho infraconstitucional. Esto está dado por una serie de características: vaguedad; antigüedad; ambigüedad; pluralidad de redactores; carga ideológica de las normas; influencia política de las normas; silencios. En particular respecto a la vaguedad refiere que al estar redactadas con pretensión de eternidad o, como mínimo, para regir durante varias décadas, las normas constitucionales son susceptibles de diversas interpretaciones (Manili, 2021). “Es

difícil no notar el hecho de que las cláusulas constitucionales importantes están normalmente redactadas en un lenguaje que carece de la precisión y el detalle característico de la regulación legal” (Atria, 2016, p.278). A ello, se le puede agregar la aclaración de que las normas inferiores tampoco son neutras, son producidas en el marco de una relación dialéctica con la sociedad. No obstante, cabe resaltar que las matrices fundamentales de la sociedad se reflejan en la Constitución misma, debiendo las normas inferiores ser coherentes con los paradigmas planteados en la ley suprema.

Una de las objeciones más frecuentes que se realiza hacia la posición de Alexy es que otorga un gran poder al juez. Incluso, el mismo autor sostiene que las normas que son resultado de una ponderación deben considerarse normas adscriptas de derecho fundamental.

Como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma adscrita de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso, siempre que se mantenga un marco *ceteris paribus* en cuanto a la situación fáctica (Alexy, 2017, p.79).

Esto último puede llevar al extremo de entender que en sistemas donde los jueces no son creadores de normas jurídicas, terminan siéndolo a partir de los juicios de ponderación. El propio Alexy afirma que “la norma adscripta es una regla bajo la cual el estado de cosas sometido a decisión puede ser subsumido al igual que si fuera una norma legislada” (Alexy, 2017, p.78).

El catedrático alemán, al tratar el contenido de los derechos a acciones positivas, reconoce este conflicto respecto al tribunal federal constitucional alemán: “es esencialmente un problema de distribución de competencias entre el Tribunal Federal y el Legislador” (Alexy, 2017, p.393). Este problema también podría darse al interpretar el contenido de los derechos a acciones negativas, sobre todo desde que el enfoque de los derechos humanos ha impactado en todos los derechos fundamentales con su característica progresiva y expansiva.

Para Alexy, los principios tienen diferente peso en una circunstancia concreta, entonces el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso y no según la dimensión de validez. Moreso intenta complementar la teoría de Alexy, ya que sostiene que este último no tiene en cuenta todas las posibilidades que podrían

darse. Propone, como forma de huir del particularismo, concebir una reforma ideal de los principios que tenga en cuenta todas las propiedades potencialmente relevantes (Moreso, 2011). Esta interpretación es compatible con el sistema actual de DDHH. Sectores de la doctrina han sostenido que el problema radicaría en una jerarquización en abstracto, no en una ponderación en caso de haber un conflicto insuperable de derechos, “lo que sí se opone a la indivisibilidad de los derechos humanos es la existencia de sistemas de jerarquización in abstracto” (Martín, Pinto, Torchia, 2011, p.41). Sin embargo, esta posición no es unánime. El propio Alexy sostiene que:

Hay muchos principios de la constitución que no se diferencian en su peso abstracto. Sin embargo, esto no ocurre con otros principios. De este modo, por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción (2017, p.470).

Este criterio no resulta aplicable al sistema constitucional argentino, la jerarquización entre principios sólo es aceptable si está prevista de manera expresa por el constituyente. No puede ser una categoría creada, de manera posterior, por los poderes constituidos. La existencia de ciertos derechos preferidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) no es motivo para sostener que existen relaciones de jerarquía en abstracto.

No obstante lo señalado, algunos constitucionalistas, hace décadas ya intentaron esbozar un criterio de prelación:

La igual jerarquía de todas y cada una de las normas constitucionales, a que aludimos en el inciso anterior, permite decir que todas las que declaran derechos gozan de igual rango, no obstante, lo cual los derechos “en sí” no son todos iguales, porque hay unos más “valiosos” que otros (la vida “vale” más que la propiedad, por ejemplo). De ahí que para completar la regla del inc. e) haya que afirmar, con el derecho judicial de la Corte, que si hay conflicto entre valores jurídicos contrapuestos, se debe preferir el de jerarquía mayor (Bidart Campos, 1996, Tomo I, p.232).

Es cierto que resulta llamativo sostener que la vida vale lo mismo que la propiedad, sin embargo, el BFC no brinda una pauta clara para afirmar, de forma general y abstracta, que hay derechos más valiosos que otros.

Robert Alexy propone, a los fines de realizar el test de razonabilidad, una escala triádica del beneficio y la afectación. La ley de colisión y la condición de preferencia permiten restar argumentos a quienes buscan equiparar a los principios con los valores, evitan un desplazamiento y una preferencia en términos generales (Alexy, 2017).

El test de razonabilidad se compone de tres elementos: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. La doctrina nacional ha sumado el interés público (Sáenz, 2019). Hay determinados casos reconocidos como pronósticos complicados, en los que no es sencillo determinar la idoneidad de un medio para resolver el conflicto planteado. Esto ocurre cuando ingresamos en el terreno del derecho de aguas, donde la transdisciplinariedad lleva a un máximo rigor de análisis. Es decir, a los fines de determinar si se está ante un medio idóneo de limitar el uso excesivo del agua en un cultivo, primero se debe tener claro que es uso excesivo en un cultivo. Si bien esto es algo que ocurre en distintas áreas del derecho (por ejemplo, derecho a la salud), los márgenes de diferencias científicas sobre las causas actuales de los problemas hídricos a nivel global generan un terreno de mayor incertidumbre. A la par, se suma la falta de certeza de los pronósticos climáticos, que no resultan completamente seguros para pronosticar el nivel de precipitaciones de los próximos ciclos hídricos. Se ha agregado que “el examen de idoneidad no solo debe recaer sobre la eficacia de la medida, sino también sobre su temporalidad, plenitud y probabilidad” (Rodríguez Salas, 2024, p.331).

Las dificultades descriptas en el párrafo precedente también impactan en la determinación de la necesidad del medio elegido, entendido como la elección del medio menos gravoso. Sin perjuicio de lo expuesto, lo más debatible del test es el concepto de proporcionalidad en sentido estricto, es decir el juicio de ponderación que surge entre la afectación a un derecho y el beneficio de otro. En este caso, se debe determinar si estamos ante una afectación y un beneficio leve, medio o grave, a su vez dentro de cada categoría el autor propone una división en tres rangos para acortar el margen de discrecionalidad del intérprete.

La CN argentina no incorporó elementos de compatibilización entre las distintas tradiciones. Este fenómeno no es privativo del derecho del argentino, en distinta medida se ha producido en diversos ordenamientos jurídicos.

Las constituciones contemporáneas, en la medida en que tratan de representar todo el espectro de los valores vigentes en la sociedad, esto es, en la medida en que pretenden ser constituciones “para todos”, incorporan necesariamente valores –valores últimos– de signo contrapuesto; por ejemplo, en el caso de la Constitución española, tanto valores de tipo liberal como valores igualitarios de signo socialista en sentido amplio (Atienza, 1997, p.27)⁴².

En este marco, encontrar una solución razonable que permita unificar los criterios para realizar el juicio de ponderación resulta complejo. Esto se debe, no sólo al intérprete, sino a las diferencias que tienen lugar a partir de la vaguedad y apertura de ciertas cláusulas constitucionales influidas por diferentes modelos⁴³.

II.1. A. Las objeciones al test de razonabilidad

Existen múltiples objeciones al test de razonabilidad, no es el objeto de esta tesis realizar un análisis exhaustivo de las mismas. Cabe repasar, de manera sucinta, los principales argumentos de las objeciones que se estudian durante el desarrollo de esta investigación.

Los deliberativistas sostienen que deben existir controles exógenos hacia los poderes, entre ellos el Poder Judicial. Entienden que una de las deudas del constitucionalismo argentino es la ausencia de reformas en la “sala de máquinas” de la Constitución, entendida como la parte orgánica destinada a la regulación del poder⁴⁴. Se deben garantizar instancias participativas que, en el marco del ejercicio de una ciudadanía virtuosa, permitan construir un derecho entre iguales, cuya interpretación no quede circunscripta, en forma excluyente, al Poder Judicial.

⁴² El autor agrega que: “Una consecuencia de lo anterior es que la presencia (o el aumento) de casos trágicos no es necesariamente indicio de una mayor injusticia del sistema jurídico en que se plantean” (Atienza, 1997, p.27).

⁴³ Cabe traer a colación que hay otras posiciones que han refutado la idea de que no sea posible encontrar una única solución correcta producto de la vaguedad. Dworkin expresa que:

Una idea muy extendida entre los abogados es que la vaguedad del lenguaje que emplean provoca que, inevitablemente, no haya una respuesta correcta a ciertas cuestiones jurídicas. Pero la amplitud del alcance de esa idea se basa en la incapacidad de discriminar entre el hecho y las consecuencias de la vaguedad del lenguaje jurídico canónico (2017, p.169).

⁴⁴ Se debe señalar que existen posiciones diferentes, ejemplo de ello es lo sostenido por Lafont:

Aunque las instituciones judiciales no son ellas mismas participativas, en el conjunto holista de instituciones democráticas la revisión judicial puede facilitar la igualdad participativa y, en la medida en que lo haga, pueden contribuir a la democratización (2023, p.257).

El accionar de este debe atender a las interpretaciones sociales, lo que facilitará el fortalecimiento del sistema institucional mediante el aumento de la participación ciudadana (Gargarella, 2010).

Para este sector, la principal herramienta argumentativa que propone la ponderación es extremadamente débil. “Como Jurgen Habermas lo ha expresado, «no hay estándares racionales para la ponderación»” (Gargarella, 2017)⁴⁵. En este trabajo no se comparte la posición de Gargarella en lo que refiere a la debilidad de la ponderación en sí misma, pero sí cabe señalar que tiene cierta cabida cuando no existen consensos básicos en la Constitución misma. Es decir, cuando las distintas tradiciones son injertadas sin mecanismos de compatibilización. Esto provoca cartas de derechos ambiguas y abiertas, susceptibles de ser interpretadas bajo muchas razonabilidades posibles, ergo no existe una razonabilidad propiamente dicha. Ahora bien, esta falta de estándares racionales uniformes no debe verse sólo como un limitante para la ponderación, sino que también podría traerse como crítica al proceso deliberativo de toma de decisiones. Si cada grupo social parte de estándares racionales diferentes y de concepciones ontológicas contrapuestas, la posibilidad de que la deliberación produzca una síntesis disminuye y/o desaparece. Este es un reparo que los deliberativistas no suelen tener en cuenta y que, sin quitar importancia a las interacciones dialógicas, se debe traer a colación para analizar las soluciones propuestas por esta corriente.

Lafont⁴⁶ sostiene que:

Si la parte con más poder en un debate político está convencida de que la parte más débil está equivocada, le debe igualmente una justificación que tome en serio sus opiniones y preocupaciones. Pues solo así es posible que la parte más débil pueda apoyar la política

⁴⁵ Recuperado de:

<https://seminariogargarella.blogspot.com/2017/03/alex-y-la-representacion-argumentativa.html>.
Noviembre de 2024

⁴⁶ Cabe aclarar que esta autora no tiene una posición necesariamente crítica del control judicial fuerte:

Si el hecho de que las otras instituciones políticas fallen estrepitosamente en multitud de ocasiones no es una razón para rechazarlas, sino solo para persistir en el intento de mejorarlas, entonces esa no puede ser la razón para rechazar la revisión judicial fuerte en particular (...) Valorar si es mejor, en general, tener instituciones de revisión judicial fuerte o débil u otro modelo innovativo totalmente distinto, es una cuestión contextual y empírica que yo no me siento capaz de responder satisfactoriamente pues requeriría tener en cuenta muchísimos más factores de los que mi interpretación toma en consideración. Lo que sí ofrece mi interpretación son claros criterios normativos para asegurar que, sea cual sea la institución de revisión judicial existente en las diferentes sociedades democráticas, los ciudadanos puedan exigir que sirva objetivos participativos y pueda así aspirar a tener legitimidad democrática. (Lafont, 2023, p. 273 y 274).

en cuestión motu proprio, en lugar de verse coaccionada a obedecer ciegamente (2023, p.246).

El acto de brindar razones es una característica del sistema republicano, pero ello no implica que se logrará convencer a la parte más débil. La diferencia de estándares racionales puede impedirlo, más aún si la parte más débil se posiciona desde una concepción ontológica diferente amparada por el propio derecho positivo, un ejemplo es el caso de los pueblos indígenas. Este es un problema que la propia autora ha trabajado. En su crítica al pluralismo profundo, realiza una defensa de la razón pública. Aclara respecto a los casos difíciles que “eso también implica reconocer que, en el mientras tanto, hemos de responder la cuestión de qué acomodos son compatibles con dicha aspiración y, por tanto, legítimos y cuáles no lo son” (Lafont, 2023, p.254). Se puede señalar que el problema estará en determinar cuál acomodo es legítimo y cuál no, es decir si los argumentos ingresan en el campo de la razón pública y por ende de la razonabilidad o si ello no es posible. Con estas consideraciones no se pretende negar la existencia de la razón pública, ello no es el objeto de esta tesis. No obstante, el pluralismo jurídico que dificulta la existencia de conceptos universales para aplicar en el test de razonabilidad, hace lo propio en la deliberación social y la construcción de argumentos en el marco de la razón pública.

Es importante señalar que Robert Alexy se pronuncia a favor de la democracia deliberativa, aunque busca reconciliar el control de constitucionalidad judicial. El autor afirma que:

En ese sentido, la representación parlamentaria del pueblo, es a la vez, volitiva o decisionista y argumentativa o discursiva. En cambio, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa (...) La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquel es también una forma de representación del pueblo (...) El concepto de representación argumentativa es la clave para solucionar los anteriores problemas y, por consiguiente, también es central para solucionar el problema general del control de constitucionalidad (Alexy en Vigo, 2019, pp.381 y 382).

Cabe indagar en la objeción de las teorías críticas al test de razonabilidad. Los críticos entienden al derecho como un producto de la realidad social y los distintos sectores en pugna. Al respecto, autores como Kennedy sostienen que “Hart y

Kelsen se asemejan a los juristas conceptuales y a los inventores de la ponderación de intereses que no teorizan este encuadre inicial” (Kennedy, 2010, p.89). El autor plantea una fenomenología que pueda dar cuenta de la determinación e indeterminación. Esto no es algo presente en la norma de por sí, sostiene que:

Resultaría producto del trabajo del intérprete; los CLS (...) rechazan la idea de que la determinación e indeterminación sean cualidades inherentes a la norma, independientemente del trabajo del intérprete. Este trabajo es producido de manera contingente por la interacción del tiempo, la estrategia y la habilidad (Kennedy, 2010, p.93).

Esta posición difiere de la visión Alexyana, ya que desconfía de la posibilidad de establecer juicios de valoración que lleven a una ponderación intrínsecamente correcta.

Kennedy se encarga de aclarar que la posición de los *Critical Legal Studies* (CLS) no equivale a adoptar un enfoque de la indeterminación radical del derecho. “Los materiales son una parte de la determinación, pero sólo en combinación con una actividad interpretativa que no es cognitiva sino consciente o inconscientemente estratégica” (Kennedy, 2010, p.100).

En este trabajo se tendrán en consideraciones estos postulados de las teorías críticas, a los que se sumará otra diferencia con los defensores de la democracia deliberativa. Los deliberativistas parten de considerar que el diálogo de distintas posiciones permitirá una síntesis enriquecedora, cuando ello no ha sido hasta el momento el resultado histórico en el texto de la Constitución argentina. Omiten consignar que la síntesis dialógica no ha sido la regla del constitucionalismo nacional porque quizás no es deseada por ninguna de las partes. El pacto constitucional inicial es fruto de garantizar distintas posiciones en pugna, pero no una síntesis en sí misma. Esto último que es visto como un problema a superar por parte de la democracia deliberativa, puede ser concebido como otra forma posible de participación: la garantía de reivindicaciones sectoriales en un proceso de negociación y concertación. Se puede reconocer cierta preeminencia de un sector sobre el otro, producto de las fuerzas sociales imperantes, aunque atenuada por el respeto de derechos de las minorías, lo que evita caer en posiciones totalitarias. En parte, este esquema de participación se ha visto reflejado en procesos asociados al derecho ambiental en Francia. El proceso Grenelle del medio ambiente ha

demostrado ser un ejemplo donde primaron las técnicas de negociación y concertación (López Ramón, 2021). Este tipo de participación se puede identificar con la categoría de la representación por grupos:

Young propone pensar en medios institucionalizados para el reconocimiento y la representación explícita de los grupos oprimidos. La única forma de lograr que se expresen, escuchen y tomen en consideración todas las experiencias y perspectivas sociales es tenerlas específicamente representadas en el sistema de gobierno. La representación de grupo es, así, la mejor forma de promover resultados justos en los procesos democráticos de toma de decisiones. Al mismo tiempo, maximiza el conocimiento expresado en la discusión porque promueve la “sabiduría práctica”, ya que los miembros de diferentes grupos sociales saben cosas diferentes y aportan visiones diversas a la discusión política (Vita, 2021, p.114).

Las objeciones descriptas (sin perder de vista los reparos que se les pueden plantear) permitirán analizar de manera crítica al test.

II.2. La escala triádica del juicio de ponderación

Robert Alexy, a partir del estudio del tribunal constitucional alemán, propone una serie de fórmulas y subprincipios para la realización del test. Este autor entiende que responder a la pregunta de cómo proteger los derechos humanos tiene tres dimensiones (jurídico, política y metodológica). La metodológica consiste en el problema de aplicar derechos abstractos a casos concretos (Alexy, 2019). Sostiene que existen dos métodos diferentes: la ponderación o la subsunción. La ponderación implica una ley de ponderación con variables: grados de interferencia; peso en abstracto; seguridad de no realización del principio (Alexy, 2019). Alexy intenta demostrar que hay elementos racionales para justificar una solución correcta en los conflictos de derechos.

Los críticos de su teoría objetan la amplitud de facultades que otorga al Poder Judicial. Alexy (2014) responde a la objeción del caso a caso. Reconoce que hay más variables que dependen del caso concreto, sin embargo, la ponderación está

incluida en el sistema de reglas y formas del discurso práctico racional⁴⁷. Sostiene que hay dos leyes en la ponderación. Una de ellas es la ley de ponderación propiamente dicha, conectada con la abstracción. La otra es la ley de colisión conectada con la concretitud. Las variables de esta última son la relación de precedencia y la condición de precedencia. Si dadas ciertas condiciones un principio precede a otro, esto implica una regla con una consecuencia que se puede generalizar. Esto es lo que lleva a los tribunales a ser creadores de normas adscriptas de derecho fundamental. Además, agrega que el mejor método para asegurar la racionalidad, al contrario de lo que sostienen los legalistas, es el de tres niveles: principios, reglas y procedimientos (Alexy, 2014). El autor resalta que:

En todos los casos ya medianamente dudosos se requieren valoraciones que no pueden obtenerse necesariamente del material dotado de autoridad. Por lo tanto, la racionalidad del procedimiento de aplicación del derecho depende esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son accesibles a un control racional (2014, p.175).

En cuanto al análisis de los subprincipios del test, se debe tener en cuenta que “la idoneidad no lo define todo, es un principio negativo que excluye lo no idóneo” (Alexy, 2017, p.525). Algo similar puede mencionarse del principio de necesidad. En los casos de pronósticos complicados existe cierta dificultad para determinar si un medio es idóneo o no para la finalidad prevista. Con la necesidad aparece otro problema más: la posibilidad de que exista un medio más benigno pero que puede afectar un tercer derecho. Ahora bien, pese a ello, ambos subprincipios son, en cierta medida, más sencillos de analizar que el de proporcionalidad, donde se resuelve la ley de ponderación propiamente dicha.

⁴⁷Si bien excede al objeto de la obra una descripción de la naturaleza del discurso jurídico, cabe traer a colación que Atienza ha criticado la idea de Alexy del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico racional.

Si se entra a considerar, sin embargo, no sólo el resultado, la decisión, sino también el procedimiento para llegar a ella, es fácil ver que en el mismo no se respetan muchas reglas del discurso: en la argumentación que llevan a cabo las partes puede faltar el requisito de la simetría, de la ausencia de coacción y de la sinceridad; y en el caso de la argumentación dogmática, lo más que podría decirse es que se trata de discursos advocatorios o simulados, pues en ellos el derecho de participación está limitado a los expertos o a los funcionarios, los cuales vendrían a actuar en nombre de o como si ellos fueran las partes reales (...) Las reglas y formas del discurso práctico general no se cumplen en la argumentación jurídica (2017, pp.195 y 196).

La ponderación se puede dividir en tres pasos. Primer paso definir el grado de afectación a un principio; segundo paso definir la importancia de la satisfacción; tercer paso definir si la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro (Alexy, 2017, p.529).

Para definir la importancia de afectación y satisfacción, hay tres rangos de intensidades: leve, medio y grave. La Fórmula es: intensidad de la intervención al principio en determinadas condiciones (leve, medio, grave) vs. importancia del principio en determinadas condiciones (leve, medio, grave) (Alexy, 2017). Del cociente entre las dos fórmulas enunciadas se obtiene el peso concreto de un principio. En caso de empate entre las razones la intervención no es desproporcionada (Alexy, 2017).

Alexy propone un modelo triádico doble con una secuencia aritmética de 1-9.

Esto es lo que permite determinar las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y falta de realización de los principios en colisión (Alexy, 2017, p.481).

Las escalas jurídicas (leve, medio, grave) solo pueden funcionar con umbrales relativamente difusos (Alexy, 2017). En este sentido, recupera importancia lo expresado en el capítulo precedente, los derechos son entendidos como símbolos transparentes y opacos al mismo tiempo. “Hay lugar para el margen de apreciación estructural en los casos de empate” (Alexy, 2017, p.543).

Los empates en la ponderación que se originan a partir de la estructura normativa de derechos fundamentales son los que dan lugar a margen de acción estructural para el legislador y la jurisdicción. Los empates que se originan en posibilidades de conocimiento limitadas dan lugar a márgenes de acción epistémicos (Alexy, 2017, p.546).

Esta posición del catedrático alemán ha sido criticada por vincular elementos del peso (números) con elementos del discurso (argumentos). Alexy sostiene que los números representan clasificaciones a partir de proposiciones, que estas últimas se justifican mediante el sistema de reglas del discurso racional.

Muchos de los detractores de Alexy adhieren a una visión acotada del rol del juez, invocando la subsunción del caso en la norma, sin reconocer que en el

ordenamiento jurídico pueden existir posibles áreas de contacto, contradicción o colisión. La visión de neutralidad del Poder Judicial encubre un velo, los jueces siempre realizan actos que implican algún grado de valoración. Alexy busca encauzar ello en el marco de argumentos racionales, reconociendo la existencia de colisiones y disminuyendo el margen de discrecionalidad del intérprete.

El autor alemán reconoce que existe un margen de acción estructural a favor del legislador. Hay un margen de acción epistémico empírico y epistémico normativo, siendo estos de aplicación restrictiva para determinados casos. El autor expresa que la competencia de control del Tribunal Constitucional es limitada, sin que para ello sea necesario aludir al margen de acción del Legislador, por cuanto “las competencias del Tribunal terminan en el límite de lo prescrito definitivamente por los derechos fundamentales” (Alexy, 2017, p.557). En el caso del margen de acción epistémico empírico, a los fines de categorizar el grado de seguridad, describe el esquema utilizado por el Tribunal Constitucional Federal en tres grados de intensidad: el control material intensivo al que le corresponde el grado epistémico de cierto, el control de plausibilidad al que le corresponde el grado de plausible y el control de evidencia con el grado de no evidentemente falso (Alexy, 2017). Aclara que:

Los márgenes de acción epistémicos están necesariamente vinculados al problema de la divergencia entre lo que los derechos fundamentales realmente ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del legislador, y lo que razonablemente pueda reconocerse como aquello que estos derechos ordenan, prohíben y permiten (2017, p.558).

Los principios formales desempeñan definitivamente el papel de contribuir a la repartición de competencias decisorias entre el Tribunal Constitucional y el Legislador, cuando se presentan incertidumbres acerca de la relación existente entre los principios materiales. Con todo, debe observarse que tan pronto desaparece la inseguridad, los principios formales también salen del juego (2017, p.560).

Sin embargo, esto no termina de despejar las inquietudes, ya que podría replicarse que la admisión del margen epistémico empírico y normativo, son cartas que terminan en manos del Poder Judicial. Incluso hay quienes han sostenido que “esto no es sino más partisanismo vestido de imparcialidad” (Atria, 2016, p.286). Los jueces se nutren de mayores herramientas para determinar cuándo resulta admisible aceptar medidas ante la ausencia de certeza científica por parte del

legislador o cuándo debe rechazarse ello. Esto último, en los sistemas de control de constitucionalidad difuso, puede devenir en criterios disímiles y desorden normativo⁴⁸.

Para ponderar debe aplicarse la fórmula del peso que determina la intensidad de la intervención: peso en abstracto; grado de seguridad en la realización y grado de seguridad en la falta de realización.

En el caso del BFC, todos los derechos fundamentales tienen idéntico peso en abstracto.

En cuanto al grado de seguridad de la realización o no realización, Alexy lo trata como una “ley de ponderación epistémica que implica que cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención” (2017, p.488). En este trabajo, se estudian casos en los que pueden existir grados de incerteza empírica, típico ejemplo de ello es el instituto del daño ambiental que rompe con los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil.

Alexy entiende este procedimiento, en el marco de la razón práctica:

Pueden identificarse cuatro postulados de racionalidad práctica procedimental. Se exige (1) un grado sumo de claridad lingüístico-temporal, (2) un grado sumo de información empírica, (3) un grado sumo de universalidad, (4) un grado sumo de desprejuiciamiento. Es claro que estas exigencias tienen carácter ideal. Bajo condiciones reales pueden ser realizadas sólo aproximativamente (2014, p.176).

Es cierto que el autor reconoce el carácter ideal de estas normas, ahora bien, la tensión y la fusión de modelos constitucionales es precisamente un elemento que

⁴⁸ Al tratar la diferencia entre la nulidad constitucional y la declaración de inconstitucionalidad, Pablo Manili expresa:

En el caso de la nulidad se ha violado un mandato constitucional positivo o una prohibición expresa, mientras que en el de la inconstitucionalidad se ha trasvasado un parámetro de razonabilidad. Esto revela el alto grado de subjetividad y de discrecionalidad que para el juez existe en una declaración de inconstitucionalidad, frente al alto grado de objetividad que existe en una declaración de nulidad (2021, Tomo VI, p.146).

Esto pone de manifiesto el margen de acción, en titularidad del Poder Judicial, al momento de analizar la constitucionalidad de una norma.

dificulta la universalidad en ciertos conceptos, a raíz de que modifica los lentes ontológicos con los que se mira el bien⁴⁹.

II.2.A. La importancia de los precedentes

En búsqueda de superar los grados de indeterminación que significa la ponderación se han construido soluciones que reconocen la importancia de sentar reglas de estandarización. Tienen como finalidad resolver los conflictos de derechos sin que esto implique negar cierta flexibilidad a favor del intérprete en los casos que resulte justificado apartarse del precedente. “El examen de proporcionalidad no es incompatible con un modelo de solución de conflictos de derechos por medio de reglas resultados de la ponderación o casos paradigmáticos, con lo que no todo es ponderar” (Clérico, 2015, p.76). Esta posición realiza un esfuerzo por buscar establecer parámetros comunes que puedan instalarse como reglas de aplicación a casos análogos, más allá de que las sentencias no tengan propiamente efectos expansivos (salvo el caso de derechos colectivos).

Clérico sostiene que:

El segundo paso para la resolución del conflicto de derechos se refiere a la búsqueda exhaustiva de reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima-facie para la solución de la colisión sin ponderación. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones que fueron reformulados en una regla (Clérico, 2015, p.79).

La adopción de esta postura puede llevar a disminuir los márgenes de discrecionalidad. No obstante, si se establece el carácter de regla de estos precedentes, ampliando su importancia fuera del caso concreto, se estaría reconociendo una función expansiva de las sentencias judiciales.

La autora sostiene que el examen de proporcionalidad en sentido amplio está compuesto por tres etapas, de las cuales sólo una parte argumentativa de la última etapa queda reservada para la ponderación propiamente dicha. “Las otras se

⁴⁹ El ejemplo típico de ello es el de la propiedad liberal y la propiedad comunitaria indígena, ambos tipos de propiedad pueden dar lugar a pretensiones de acceso al agua desde planos diametralmente distintos.

mueven en otro tipo de argumentación que no es el de la ponderación. Nuevamente se redujo el ámbito de la ponderación y con ello la objeción de la indeterminación” (Clérico, 2015, p.80).

En el caso bajo análisis, las posibles objeciones no se reducen únicamente al subtest de proporcionalidad. La transdisciplinariedad y dificultades científicas en determinar y predecir modelos vinculados al ciclo hidrológico generan que, incluso, la idoneidad pueda verse afectada. También la necesidad puede ser valorada de forma diferente, dependiendo el modelo desde el que se sitúe el intérprete. Encontrar el medio menos gravoso no es idéntico si usas lentes liberal-conservadores o si utilizas lentes de defensa de los derechos colectivos.

En particular, al contestar la objeción de la indeterminación en el punto crucial, esto es el subtest de proporcionalidad en sentido estricto, Clérico sostiene hay tres posiciones, una formal representada por el propio Alexy, otra material que pone el eje en una teoría moral de los derechos representada por Möller y una opción intermedia que:

Toma a la proporcionalidad y a la ponderación como una metodología de aplicación de los derechos que como tal requiere ser precisada constantemente porque trabaja a caballo entre el discurso jurisprudencial y el de la dogmática constitucional utilizando como herramientas los avances que se dan en la teoría del derecho (Clérico, 2015, p.85).

La autora agrega que:

Estos criterios preexistentes a la ponderación en concreto pretenden determinar y, en este sentido, limitar la ponderación en el marco de una práctica constitucional relativamente estable (...) se requiere trabajar la conexión que otorga un peso abstracto a un principio en el marco de una determinada práctica constitucional y/o práctica regional de protección de los derechos humanos (Clérico, 2015, pp.89 y 90).

La CSJN ha dicho sobre sus precedentes:

No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (confr. doc. de Fallos, t. 25, p. 364). De esa doctrina, y de la de Fallos, t. 212, ps. 51 y 160 (Rev. LA LEY, t. 54, p. 307; t. 53, p. 39) emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar

nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (confr. causa: "Balbuena, César A. s/ extorsión" -Rev. LA LEY, 1982-B, p. 150-, resuelta el 17 de noviembre de 1981) (Cerámica San Lorenzo s/Prescripción, p.2).

Lo afirmado por el máximo tribunal es una creación pretoriana. No surge de la CN, ni de las leyes inferiores (27, 48, etc.) que los fallos de la CSJN tengan carácter cuasi obligatorio para casos análogos.

En relación a la jurisprudencia ambiental, Rodríguez Salas sostiene que, del análisis de los precedentes de la CSJN, “surge que la importancia concreta de la satisfacción o de la intervención de los derechos en colisión es una variable esencial del juicio de ponderación” (2024, p.333). En función de lo investigado, es posible disentir con el autor, si bien la CSJN utiliza los términos del test de razonabilidad, no lo hace de manera sistemática ni aplicando la escala triádica en el juicio de ponderación propiamente dicho. Los fallos citados por el autor para defender su enunciado son ejemplo de esta ausencia⁵⁰. La CSJN habla de razonabilidad y ponderación, pero no analiza cada uno de los subprincipios. Al evaluar la proporcionalidad en sentido estricto, no utiliza la trilogía descrita para explicitar el grado de afectación y satisfacción de los derechos en juego. Es cierto que la CSJN no está obligada a seguir al pie de la letra la propuesta de Alexy. Ahora bien, a la hora de analizar la construcción de los criterios de razonabilidad, no se puede dar por sentado que respete la escala triádica del juicio de ponderación cuando ello no surge de sus fallos.

⁵⁰ Los fallos son:

*CSJ 3570/2015/1/1/RH1 Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar.

*CSJ 318/2014 (50-M) /CS1 RECURSO DE HECHO Mamani, Agustin Pio y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso.

S. 1144. XLIV. ORIGINARIO Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y Estado Nacional s/ amparo.

*CSJ 5258/2014 ORIGINARIO Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental.

*CSJ 714/2016/RH1 Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental.

*CSJ 3157/2015/RH1 Mercau, María del Rosario y otro c/ Municipalidad de Merlo s/ acción contencioso administrativa.

En Mamani (2017) la CSJN cita a Salas (2009) y sostiene que se debe armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable:

No debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras (Mamani, 2017, p.4).

No obstante, en ninguno de los dos casos la CSJN realiza una ponderación propiamente dicha. No analiza el grado de afectación del derecho al desarrollo que su sentencia implica ni invoca la escala triádica (media, leve o grave) u otra similar.

En Majul (2019) la CSJN invocó el principio In Dubio Pro Agua, consistente con el principio In Dubio Pro Natura, que, en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua “deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos” (2019, p.20). Tampoco realizó un juicio de proporcionalidad mediante la escala triádica u otra para justificar su fallo.

Si bien se puede valorar y compartir la propuesta de Clérico, de igual modo no brinda certeza suficiente de que no existan grados de volatilidad en la interpretación de la trilogía de derechos que se estudian en este trabajo. Ejemplo de ello es la ausencia de uso de la escala triádica u otra que la reemplace por parte de la CSJN. La aplicación del test de razonabilidad busca dotar de argumentos racionales, vinculados con la razón práctica, a las soluciones judiciales. La ausencia de argumentos precisos por parte de la propia CSJN, mediante invocaciones vagas a los términos razonabilidad y proporcionalidad, se aleja de la finalidad del test.

Los fallos de la CSJN, citados por otros autores (Rodríguez Salas, 2024) como ejemplos de estándares en materia de ponderación, no explicitan las fórmulas propuestas por Alexy ni alguna equivalente para justificar de manera racional cómo se procede a realizar la ponderación. La falta de explicitación de estos elementos impide analizar los argumentos racionales, tampoco permite saber si la

ponderación, en los distintos fallos, respeta la misma hermenéutica o si, al contrario, el intérprete se toma ciertas licencias.

En síntesis, el test de razonabilidad es un instrumento útil para delimitar el accionar del Poder Judicial, pero no debe ser adoptado como un método infalible ni autosuficiente. Existe una falencia en muchos fallos de la CSJN que invocan la ponderación, pero no explicitan la metodología ni la escala triádica usada para ponderar. Esta utilización en abstracto del término ponderación no es coherente con la pretensión de delimitación ni la rendición de cuentas (en términos argumentales) del accionar judicial.

II.3. La expansión del Poder Judicial en los derechos colectivos

La defensa de las libertades civiles y políticas fue uno de los principales cometidos que justificó el establecimiento de frenos y contrapesos entre los poderes. En los orígenes del constitucionalismo argentino hubo una primacía del Poder Ejecutivo por sobre los otros poderes. En la actualidad, si bien el contexto se ha modificado, muchos autores soslayan los posibles avances del Poder Judicial, al continuar poniendo el foco de preocupación en la expansión del Poder Ejecutivo. Esto ha sido categorizado en la doctrina argentina como el fenómeno del hiperpresidencialismo (Gargarella, 2010). Sin negar sus efectos, resulta un análisis insuficiente en la época actual.

Hay dos elementos a remarcar en torno a la organización del poder y los derechos colectivos. El primero se vincula con la inexactitud o parcialidad que significa seguir identificado el poder únicamente con el ejercido por el Estado. Los bienes colectivos se enfrentan a severos riesgos que también son provocados por grupos de los poderes económicos. Sin perjuicio de que el reconocimiento de derechos sociales y colectivos implica la ampliación del poder de policía, la Constitución argentina no ha regulado mecanismos expresos de limitación a los poderes económicos. El otro elemento gira en torno a cómo debe proceder un Poder Judicial concebido para resolver conflictos entre particulares cuando resuelve conflictos colectivos con efectos cuasi *erga omnes*. En algunos casos se asemeja a facultades de gestión y en otros a facultades legislativas; sin que sea su función

prevista en la CN. Esto último ya era visto como un peligro desde los orígenes de la teoría de división de poderes. Fue el propio Montesquieu quien señaló que:

Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar. Si estuviera unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería el legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor (Montesquieu, 2007, p.206).

El autor francés también expresó que:

El poder de juzgar no debe ser dado a un senador permanente (...) los otros dos poderes podrían más bien ser entregados a magistrados o cuerpos permanentes, porque no se ejercen sobre ningún particular, puesto que uno no es sino la voluntad general del Estado, y el otro la ejecución de esa voluntad general (Montesquieu, 2007, p.207).

Todo ello era concebido a la par que se consideraba al juez como aplicador de un texto preciso de la ley.

En el constitucionalismo clásico, los límites sustantivos a los que se sometía el control de constitucionalidad se realizaban de manera exclusiva en relación a derechos de titularidad individual. El reconocimiento de derechos sociales y colectivos trae aparejada nuevas exigencias hacia el Estado y un nuevo entendimiento del principio de legalidad sustancial. Las leyes serán válidas si respetan los derechos individuales (históricos), los derechos sociales y los derechos colectivos.

Fernando Atria, al analizar los motivos por los que se ha impuesto una concepción del juez como activista, expresa:

El segundo es el auge del neo-constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos, que implica que desde los lugares que son reconocidos como centros de la cultura jurídica nos llega una constante revalorización de la labor del «juez» y una igualmente constante devaluación de la idea de la ley, o al menos de la sujeción del juez a ella (2016, p.239).

El propio Alexy, al tratar la situación de los derechos sociales fundamentales, cita un dilema: “si los derechos sociales fundamentales son vinculantes, conducen a

un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento hasta la del Tribunal Constitucional” (2017, p.450)⁵¹.

Atria realiza una crítica de la forma en que el neoconstitucionalismo ha concebido a los derechos sociales:

Al transformar los derechos sociales de conceptos polémicos cuya función política es proveer de puntos de introducción de una lógica de equivalencia en conceptos jurídicos que, como pueden ser adjudicados imparcialmente, suponen una lógica de diferencia, el neo-constitucionalista los des-politiza, los neutraliza. Paradójicamente el neo-constitucionalista y el liberal concurren en un ideal de un mundo sin acción política donde todo sea adjudicable, es decir: donde la lógica de la diferencia no pueda dar paso, a través de la acción política, a la de la equivalencia (2016, p.281).

En este trabajo, no se comparte necesariamente la idea de que la despolitización de los derechos sociales implica su neutralización. Es posible plantear, como contrapunto a la idea del autor chileno, que la ausencia de adjudicación de los derechos sociales y su lugar en el campo de lo polémico, los dejarían a merced de las discusiones políticas y económicas. Al ser derechos reconocidos de forma posterior, su eficacia podría quedar condicionada al beneplácito de grupos de poder preexistentes. De todas formas, las disquisiciones que se plantean en la doctrina son elementos valiosos para comprender la complejidad del problema.

En la actualidad se pueden establecer, al menos, tres categorías de derechos: derechos sobre bienes jurídicos individuales; derechos sobre bienes jurídicos individuales homogéneos; derechos sobre bienes jurídicos colectivos (Lorenzetti, 2017). Hay ciertos derechos sociales que no son propiamente bienes jurídicos colectivos en sentido amplio, por lo que debería sumarse una categoría de derechos sobre bienes jurídicos comunitarios, entendiendo por comunidad a los trabajadores, las familias y los demás grupos sociales especialmente protegidos. Entonces se puede afirmar que existe una tipicidad conformada por cuatro grupos de derechos. Esto dista del constitucionalismo clásico, ya que de las categorías actuales sólo se encontraba reconocida la de bienes jurídicos individuales.

⁵¹ Cabe señalar que en el caso alemán “la Ley Fundamental -si se prescinde de excepciones estrechamente delimitadas- no contiene derechos sociales fundamentales explícitamente estatuidos” (Alexy, 2017, p.444). Esto es una clara diferencia con el Bloque Federal de Constitucionalidad de la República Argentina.

El rol del juez se amplía de manera cuantitativa y cualitativa, mientras que las competencias constitucionales del Poder Judicial son prácticamente idénticas a las de 1853. Con esa afirmación no se pretende desconocer los cambios constitucionales referidos al número de jueces de la Corte, la incorporación del Consejo de la Magistratura (CM) y el Ministerio Público. No obstante, las competencias en sí mismas y el método de selección indirecto de los jueces (CM mediante) se han mantenido muy similares a la redacción original. Este proceso ha significado una ampliación de las facultades del Poder Judicial frente a los otros poderes. Algunos autores han reconocido de manera positiva este fenómeno, Lorenzetti expresa que:

En los últimos tiempos se advierte un cambio importante en este sentido y casi todas las Cortes han ido ampliando la noción de justiciabilidad de las decisiones del Poder Ejecutivo, aunque en grados muy diversos (2018, p.398).

Cabe reconocer que la propia CSJN ha abierto instancias de participación ciudadana, en particular audiencias públicas en sede del tribunal, como fue el caso paradigmático del fallo Mendoza (2006)⁵². También ha dictado acordadas para reglamentar la actuación en procesos colectivos, buscando establecer ciertos parámetros comunes en el marco del Poder Judicial Federal (Acordada 12/16).

Se han depositado en el Poder Judicial las expectativas de atemperar el poder del Ejecutivo, los jueces son el árbitro final en una tipicidad de conflictos que permiten extender su influencia más allá del caso concreto. Adquieren un poder expansivo que no estaba presente en la CN originaria. “Las reglas procesales, así como los papeles de los jueces simplemente no habían sido planeados para facilitar la aplicación privada de los derechos e intereses difusos” (Cappelletti en Guerra Cerron, 2018, p.122).

Los derechos sociales y colectivos significan, en mayor medida, exigencias de tipo prestacionales al Estado, en el marco de un poder de policía amplio que lo dota de mayores facultades de intervención. La inacción del legislador sumada a la habilitación de mayores competencias al Poder Judicial ha provocado que se

⁵² La CSJN luego reguló el sistema de audiencias públicas mediante Acordada 30/2007.

accepte que los jueces pueden establecer principios de fondo. Nótese lo sostenido en la doctrina al respecto del Caso Villivar (2007):

El fallo contiene una clara hermenéutica respecto de modalidades complejas de funcionamiento de normas de nuestra estructura federal ambiental y deja sentados varios principios de fondo de la disciplina, relacionados con la evaluación de impacto ambiental y las audiencias públicas (Manili, 2021, Tomo III, pp.289 y 290).

A ello se puede agregar la confirmación que realiza Rodríguez Salas: “la configuración del Estado Ambiental de Derecho es en gran medida consecuencia de la labor del Poder Judicial, muy especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (2024, p.323).

Los autores que defienden una visión amplia del rol del Poder Judicial en los asuntos colectivos han sostenido que la decisión en estos casos trasciende la problemática de la justicia conmutativa, para tener claros efectos redistributivos. “Ello obliga a tomar en cuenta la perspectiva consecuencialista, tanto en el campo económico como social” (Lorenzetti, 2017, p.13).

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha aceptado que el Poder Judicial es quien sienta principios de fondo vinculados con la evaluación de impacto ambiental (EIA) y las audiencias públicas. Esta es precisamente una temática pendiente de mayor regulación legal en el ámbito nacional, la Argentina carece de una ley de presupuestos mínimos de instrumentos. Estas herramientas son mencionadas, de manera sucinta, en la Ley general del ambiente y de forma accesorio en otras normas ambientales. No existe una ley específica que las regule con la profundidad que requieren. Entonces, el complemento de la LGA termina siendo regulado por fallos judiciales a los cuales se les reconoce el efecto de sentar principios de fondo, cuando dicha regulación debiese ser una tarea legislativa.

II.3.A. Los jueces y la creación de normas

En los términos de Alexy, cuando se trata de una ponderación entre derechos fundamentales, los jueces que aplican el derecho, en el caso concreto con efecto *inter partes*, crean una norma adscripta de derecho fundamental. En un sistema

con un control de constitucionalidad difuso, en el que coexiste una jurisdicción federal con 24 jurisdicciones locales, esto significa que cada sentencia que resuelve una cuestión vinculada a derechos fundamentales es creadora de una norma jurídica adscripta de derecho fundamental: ¿son estas normas adscriptas de carácter general? En la República Argentina se impone la respuesta negativa. Las sentencias son normas jurídicas con efectos para el caso en particular, entonces: ¿es correcto hablar de normas adscriptas de derecho fundamental? Podrían existir tantas normas adscriptas de derecho fundamental como el número de jueces. Si bien la Constitución material es entendida en un sentido más amplio que la Constitución formal, llevar al rango de norma adscripta de derecho fundamental a cada sentencia que resuelva sobre derechos fundamentales trae consecuencias perniciosas para la estabilidad del sistema jurídico.

Las sentencias son normas de alcance particular, por ende, el Poder Judicial nunca podría ser considerado creador de normas jurídicas de carácter general, no realiza actividad legislativa. En el sistema judicial federal argentino no existe jurisprudencia estrictamente vinculante para los tribunales inferiores, sin perjuicio de lo que la CSJN ha dicho al respecto (se remite al Cap. II.2.A). En el caso de los derechos colectivos, el Poder Judicial tampoco puede ser considerado creador de normas de alcance general. No obstante, el efecto de sus sentencias, cuando resulta favorable a la protección del interés colectivo, se expande entre todos los sujetos alcanzados dentro de la clase protegida. La CSJN ha entendido que es un principio de nuestro ordenamiento constitucional que “ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente” (Rizzo, 2013, p.4).

En los sistemas provinciales sí se ha previsto la obligatoriedad de algunas sentencias, un ejemplo es lo que ocurre en la provincia de San Juan⁵³. En el orden federal, además de no contar con jurisprudencia vinculante, tampoco existe efecto derogatorio de la norma inconstitucional. Es decir que una norma declarada inconstitucional es derecho vigente y plenamente válido por fuera del caso concreto en que obró tal declaración. Debe reconocerse que, en la práctica, se

⁵³ Artículo 209 de la Constitución Provincial. - La interpretación que haga la Corte de Justicia en sus pronunciamientos plenarios sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones, es de aplicación obligatoria para todos los tribunales inferiores. La ley establece la forma y el procedimiento para obtener la revisión de la jurisprudencia.

consolidan líneas jurisprudenciales pese a que no haya obligatoriedad. Retomando la comparación con el ámbito provincial, en el caso de San Juan, la Constitución Provincial establece en su art. 11: “La inconstitucionalidad declarada por la Corte de Justicia de la Provincia debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente”. La doctrina ya se ha pronunciado sobre la confusa redacción de este artículo ¿Qué deben hacer exactamente los otros poderes públicos? (Tripolone, 2017). Ahora bien, ni siquiera en este caso provincial, con facultades más amplias y jurisprudencia vinculante, la Corte local es considerada como órgano creador de una norma de carácter general.

Desde un punto de vista republicano, defensor de un rol delimitado y acotado de la visión del juez, se puede reprochar la calificación que Alexy le otorga a ciertas sentencias como normas adscriptas de derecho fundamental. Cabe recuperar la observación que Waldron (2017) realiza sobre la constitución actual de muchos tribunales: una sentencia de tres vs. dos puede casi definir todo un marco de acción sobre un bien colectivo. Sin ir más lejos, puede hasta cambiar la concepción constitucional del ambiente.

Otra de las críticas que se le realiza a la expansión del Poder Judicial, es la del argumento contramayoritario (Gargarella, 2010). El poder dotado de menores credenciales democráticas (directas) es quien termina siendo el intérprete último de la Constitución. En torno a quién y cómo debe resolver las discrepancias sobre derechos, Waldron (2017) sostiene que se necesitan soluciones no para terminar con esas cuestiones, sino para proveer una base para la acción común cuando sea necesario. El autor se aleja de la idea de que es posible encontrar una solución intrínsecamente correcta por parte de los tribunales ante estas discrepancias, poniendo en tela de juicio el poder que significa otorgarles dicha competencia. Deliberativistas y críticos también comparten el escepticismo respecto a las soluciones correctas tomadas por los jueces, aunque cada cual lo hace desde distintos enfoques. Los deliberativistas ponen el foco en la necesidad de controles exógenos (en titularidad de los ciudadanos) hacia los poderes, que permitan complementar a los controles endógenos diseñados por el constitucionalismo clásico.

Waldron propone dos tipos de razones para evaluar un procedimiento de decisiones. “Razones relacionadas con el resultado y razones relacionadas con el proceso” (2017, p.83). Las razones vinculadas con el proceso son las que determinan quién debe participar en la toma de la decisión, mientras que las vinculadas con el resultado atienden que se alcance una solución buena, justa o correcta (Waldron, 2017). El autor sostiene que las razones vinculadas con el resultado no establecen nada semejante a una posición nítida a favor del control judicial, mientras que las razones relaciones con el proceso son bastante unilaterales. Esto lleva a que el legado legislativo resulte victorioso, siendo ese el argumento central contra el control judicial.

En cambio, para el constitucionalismo clásico la noción de un poder separado de los avatares de la mayoría se encuentra íntimamente vinculada con la estabilidad del sistema. La CSJN ha sostenido que no hay diferencia de credenciales democráticas entre los poderes. “El poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección, pero cuya legitimidad democrática es idéntica” (Rizzo, 2013, p.3).

En este trabajo no se comparte el criterio de la CSJN, si bien los tres poderes cuentan con legitimación democrática directa o indirecta, los métodos de elección de sus miembros sí inciden en el grado de esa legitimación. Incluso la visión favorable del argumento contramayoritario se centra precisamente en la necesidad de separar al Poder Judicial de las decisiones periódicas de las mayorías⁵⁴. De todas formas, esta concepción de la CSJN evidencia que para el máximo tribunal el conflicto de credenciales democráticas, planteado por distintos sectores de la doctrina, no es tal o no tiene la relevancia que otros juristas le otorgan.

En síntesis, en la República Argentina, los jueces no crean normas de carácter general, sólo crean normas de alcance particular para quienes son parte en el

⁵⁴ Esta idea, además de ser propia de un sistema de controles endógenos, se vincula con la premisa de depositar la confianza última en el poder conformado por magistrados que deben ostentar el título de abogado como credencial de garantía de aplicación del derecho. Se puede señalar la siguiente contradicción: la CSJN ha tenido escasos especialistas en Derecho Constitucional en toda su historia, siendo el supuesto intérprete último de la CN. Manili afirma que:

Un tribunal federal que, según su propia jurisprudencia es "el intérprete final de la constitución" y el "supremo custodio de las garantías constitucionales", ha tenido un ínfimo porcentaje de constitucionalistas entre sus miembros. En efecto: a lo largo de su historia, y habiendo pasado por ella decenas de ministros, solo tenían estudios especializados en materia constitucional alrededor del cinco por ciento de ellos (2021, Tomo VI, p.552).

proceso. En el caso de los derechos colectivos, ese efecto es *erga omnes* entre los miembros de la clase beneficiada pero no se equipara a una norma de carácter general. La labor del Poder Judicial se sostiene en una estructura de poder concebida para limitar el accionar del Estado mediante controles endógenos, como garantía de los derechos individuales. Se encuentran ausentes los controles exógenos. Se debe evaluar la compatibilidad o incompatibilidad de esta estructura orgánica con la protección de los derechos sociales y los derechos colectivos. ¿Fue el Poder Judicial pensado para dictar sentencias con efectos *erga omnes* sobre bienes colectivos? ¿Qué implica depositar esa confianza? ¿Es compatible con la noción de poder contramayoritario? Responder a todas estas preguntas no puede ser agotado en la presente tesis, son interrogantes que acompañarán al trabajo. En cambio, sí se puede afirmar que los jueces, aunque no sean creadores de normas de alcance general, cuentan un margen discrecional mayor en relación al que ostentaban durante la vigencia del constitucionalismo clásico.

II.4. El test de razonabilidad se puede tornar irrazonable: el caso del agua

En el Cap. I se ha definido a los derechos como mandatos de optimización, son símbolos transparentes y opacos de manera simultánea. Su transparencia radica en el contenido que resulta, en cierta medida, evidente. Es decir, nadie puede desconocer que el derecho humano al agua tiene vinculación con la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Sin embargo, parte de su contenido se presenta opaco, indefinido, abierto y flexible. Entonces, su delimitación puede tener diversos caminos interpretativos y ser hecha desde distintos lentes. El punto exacto para distinguir la zona determinada de la zona indeterminada del contenido de los derechos es susceptible de diversas lecturas. La interpretación finalista y progresiva, dentro del método complejo, implica aceptar cierto grado de indeterminación del derecho. Pretender encontrar una única razonabilidad constitucional, en modelos que mixturan tradiciones, puede resultar un camino bastante complejo.

Manili sostiene que al momento de juzgar la validez de una norma se deben hacer como mínimo dos análisis:

(i) el test de legalidad o extrínseco, para saber si fue dictada por el órgano competente, dentro de las materias que ese órgano tiene habilitadas y siguiendo el procedimiento que la CN y las leyes establecen y (ii) el test de razonabilidad o intrínseco, para determinar si viola o no el art. 28 de la CN, es decir, para verificar que no sea arbitraria. La definición de qué reglamentación es razonable y cuál es arbitraria es una tarea compleja que ha dado mucho trabajo a la doctrina y jurisprudencia (2021, Tomo I, p.507).

Las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen las posiciones *prima facie* de un derecho fundamental. Entonces, para conocer el contenido del derecho debemos atender las limitaciones externas. Estas restricciones están sujetas a un análisis de constitucionalidad. Luego de los cambios constitucionales acaecidos durante el siglo XX, el criterio para analizar la constitucionalidad de las limitaciones se ha modificado. No obstante, persisten resabios de la visión clásica que, en muchos casos, otorgan excesiva rigidez a ciertos institutos, ejemplo de ello son las concesiones para uso del agua.

Las primeras leyes locales de aguas, bajo las que se otorgaron y estructuraron los usos privativos (mayoritarios), fueron sancionadas previo al reconocimiento de los derechos sociales y colectivos que hoy forman parte del BFC. La legislación decimonónica estableció un modelo de administración y aprovechamiento del agua que, en la actualidad, puede resultar contradictorio con los derechos colectivos reconocidos en torno a este bien. La incorporación de estos derechos otorgó al Estado el poder de policía ambiental que implica mayores facultades para establecer restricciones a los derechos de agua en titularidad de los usuarios.

La CSJN no ha tenido un criterio unívoco en su historia respecto a cuál es el estándar para considerar razonable una restricción. En situaciones de emergencia ha tenido un criterio más permisivo frente a la restricción de los derechos (Manili, 2021).

Desde las teorías críticas se ha caracterizado la actitud que asumen los magistrados, categorizando a los mismos en tres tipos de jueces: activista, mediador y bipolar (Kennedy, 2010). Para Kennedy el juez activista es aquel que tiene una preferencia por una norma distinta a la que debería aplicar: realiza los esfuerzos interpretativos para generar un cambio en el derecho que es permitido por el ordenamiento jurídico, pero no mandado. El juez mediador es aquel que elige una interpretación que se ubica en el centro, entre distintas opciones que la

norma permite. Mientras que el juez bipolar es aquel que combina rasgos de los dos tipos anteriores, pero tiene una tendencia constante a alternar entre las ideologías a lo largo del tiempo. El autor destaca que “la actividad del juez mediador es posible porque la norma liberal y la norma conservadora son los polos, entre los cuales hay una serie de posiciones moderadas” (Kennedy, 2010, p.42). Esta descripción de las teorías críticas demuestra la gama de alternativas que el Poder Judicial tiene a la hora de resolver los conflictos entre derechos.

Los principios protectorios y finalistas, propios del paradigma de los derechos humanos, han incorporado en el ordenamiento jurídico una carta de mayor discrecionalidad. El problema no radica (únicamente) en la flexibilidad del paradigma, que a todas luces parece tomar mejor nota de la complejidad de los fenómenos sociales. El punto en conflicto es que el Poder Judicial fue diseñado para interpretar normas estables, cerradas y con menor margen de acción. Es cierto que se puede sostener que la idea del derecho como un producto rígido implica una falsa neutralidad. El juez siempre ha hecho, previo al paradigma de los DDHH, una tarea interpretativa, aunque encubierta. Las potestades otorgadas en virtud del contenido de los derechos sociales y colectivos amplían esas posibilidades, lo hacen sin revisar la conformación del Poder Judicial. Al mismo tiempo, se yuxtaponen soluciones razonables que pueden ser perfectamente justificadas, aunque contrapuestas entre sí.

La CSJN ha sostenido que el cambio de criterio en su jurisprudencia, respecto a la situación del río Atuel, ya analizada en 1989, se debe a un cambio paradigmático en el ámbito jurídico, producto del reconocimiento del derecho al ambiente sano (La Pampa c/ Mendoza, 2017).

El cambio de paradigma referido por la CSJN implica, tácitamente, admitir que la razonabilidad constitucional también se ha modificado. Toda reforma produce un impacto en el resto del texto constitucional, definir el *quantum* de este impacto no es una tarea que permita negar el contenido originario que continúa vigente.

En los casos en que el uso del agua ha sido otorgado bajo un derecho patrimonial, su protección sigue estando asociada a un modelo dominial. Esto no niega que este modelo dominial, a diferencia de lo que ocurría hace cuarenta años, coexista con un modelo ambiental que pregone la conservación del agua como parte de la

biosfera⁵⁵. Todo análisis que niegue la existencia de las otras visiones vigentes en la Constitución es inexacto.

La razonabilidad constitucional tiene dos consecuencias, por un lado, es el parámetro que permite determinar si la restricción a un derecho se encuentra dentro del límite establecido en el art. 28 de la CN. Por otro lado, cuando la causa de la restricción se vincula con el cumplimiento de otro derecho, permite ponderar cuál es la solución adecuada. En términos de Alexy, ello ocurre en última instancia a través del juicio de ponderación propiamente dicho. En ambos casos se consuma una restricción a un derecho fundamental. A continuación, se revisarán casos paradigmáticos en los que la CSJN ha trabajado la relación entre agua, ambiente y propiedad.

II.4. A. El caso del río Atuel (2017)

En el presente apartado se analiza el caso del río Atuel (La Pampa c/ Mendoza s/ uso de aguas, 2017). No se pretende encontrar una regla general de actuación de la CSJN, sino detectar posibles consecuencias que se pueden extender desde aquel *leading case* en materia de aguas y ambiente.

Para facilitar el análisis, los tres derechos en conflicto en torno al agua se ordenan de la siguiente manera: a) derecho humano al agua; b) derecho de propiedad-derechos adquiridos patrimoniales; c) derecho al ambiente sano.

En determinadas situaciones **a** puede entrar en colisión con **c**. Por ejemplo, si ante la existencia de bajos caudales, un río se desvía en forma total para asegurar el consumo humano. Este sencillo enunciado demuestra la necesidad de realizar una ponderación más compleja y atender en forma separada las potencialidades relevantes de cada derecho.

⁵⁵ Se utiliza el término “modelo ambiental” y no ecocéntrico, porque no es necesariamente lo mismo. Existe una concepción ambiental antropocéntrica y una concepción ambiental ecocéntrica. Sin dudas la visión antropocéntrica es más compatible con la lente dominial del agua, no obstante, también presenta posibles restricciones, ya que el mantener un ambiente apto para el ser humano significa limitar los usos consuntivos del agua.

La CSJN, en el caso Atuel, unifica las pretensiones **a** y **c** en contraposición con la pretensión **b**, lo cual resulta inapropiado. Esto no significa negar que efectivamente **a** y **c** puedan ser satisfechos mediante una solución idónea que implique una mayor afectación a **b**. Sin embargo, su correcto tratamiento debió ser en forma separada. En el desarrollo del fallo, la CSJN trata **a** y **c** de forma separada. Cuando resuelve, el voto mayoritario parece olvidar la pretensión del agua para satisfacer el consumo humano, o lisa y llanamente darla contenida, de forma implícita, en el caudal con fines ecosistémicos, cuando a las claras resulta un derecho con contenido diferente. Lo expresado puede observarse en el Resuelvo II: “Ordenar a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa” (p.43).

La CSJN confunde el concepto del derecho humano al agua con el agua como microbien ambiental con función ecosistémica. Si bien el agua es susceptible de protección desde ambos enfoques, cada uno conlleva una pretensión jurídica diferente. El derecho humano al agua, en su contenido netamente poblacional, se encuentra enfocado en la satisfacción de una necesidad de consumo humano (uso consuntivo). La protección del agua con fines ambientales se encuentra enfocada en la mantención de ciertas condiciones ecosistémicas, no constituye un uso consuntivo, puede ser un limitante al aprovechamiento humano. Ejemplo de la mencionada confusión es la siguiente afirmación: “el derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema” (p.32).

La CSJN entiende que el único medio para garantizar el agua potable es erogar un caudal ambiental, no obstante, este caudal ambiental para cumplir con su finalidad debe garantizar un volumen indisponible para sostenimiento del sistema, por lo que no debería ser desviado para un uso consuntivo (consumo humano). A su vez, la CSJN no desarrolla, con fundamento suficiente, por qué se descartan otras soluciones técnicas para solucionar el abastecimiento de agua potable.

El máximo tribunal pudo trazar una conexión entre el caudal ambiental y la garantía del agua para uso humano, para ello debió realizar una justificación técnica que no resulta obvia de ninguna manera. El derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano, en apariencia cercanos, contienen pretensiones con

cierto grado de conflictividad. El propio Alexy habla de posibles conflictos entre tres derechos diferentes, en donde la ponderación debe realizarse en función del contenido de las tres pretensiones en pugna (Alexy, 2017).

La CSJN adopta expresamente una posición ecocéntrica, ello modifica el alcance del art. 41 de la CN. El propio comienzo del artículo marca un límite antropocéntrico de este derecho cuando menciona “apto para el desarrollo humano”⁵⁶.

Lo mencionado en el párrafo anterior no implica adoptar una postura sobre cuál es la visión óptima para la protección ambiental. Tampoco niega la posibilidad de que el derecho positivo avance hacia caminos que impliquen un pluralismo jurídico. No obstante, resulta necesario reafirmar que la CSJN cambió el sentido del art. 41 e incluso desconoció el debate dado por los constituyentes, lo que lleva a poner el foco sobre los alcances del control y la interpretación constitucional en titularidad de este tribunal. Salvando las diferencias en la materia, es posible asemejar este caso al fallo Brusa. La CSJN cambió el sentido interpretativo del término irrecurrible incorporado en el art. 115 de la CN, tras la reforma de 1994.

A criterio de la Corte Suprema, la reforma introducida en el art. 115 sólo es constitucional si se la entiende en un sentido diferente del que surge de su propia literalidad y de la intención que tuvo el constituyente al introducirla (Santiago, 2014, p.1455).

La diferencia con el fallo mencionado es que, en este caso, el cambio de sentido de la Constitución no se da en defensa de las prerrogativas del Poder Judicial sino para ampliar el contenido de un derecho reconocido en el texto constitucional. El mecanismo se asemeja: la CSJN cambia el sentido a los términos literales expuestos y pasa por alto los debates dados en la propia Convención Constituyente.

Otro aspecto que no se encuentra desarrollado, de manera suficiente, aunque es parte del objeto de la *litis*, es si el consumo que realiza Mendoza en función de las hectáreas con derecho de riego (75.000) es razonable o no. A su vez, la CSJN no

⁵⁶ Se remite a lo expuesto en el Cap. I.5.B, en torno al debate de la convención constituyente y el sentido que se le dio al derecho al ambiente sano.

menciona ni distingue si este consumo puede ser parcialmente destinado a usos agrícolas de subsistencia, los que quedarían comprendidos por la protección del derecho humano al agua. No todo título concesional para uso agrícola puede estar destinado a una finalidad económica. La equiparación de todos los concesionarios impide generar acciones positivas al interior de este grupo de usuarios. Se encuentran en idéntica categoría quienes realizan una actividad económica de envergadura con aquellos que practican un uso agrícola y/o pecuario de consumo familiar o economía de subsistencia. El fallo de la CSJN no solo no toma nota, sino que, al pasarlo por alto, deja desprotegidos a aquellos usuarios del río Atuel (ubicados en Mendoza) que realizan prácticas de subsistencia.

Otra solución posible habría sido la de ponderar el contenido del derecho humano al agua de los usuarios de Mendoza que se encuentren bajo su protección. El establecimiento de un caudal ecológico, sin atender las diferencias hacia el interior del oasis de Mendoza, puede traer aparejado que quienes soporten las nuevas restricciones sean los pequeños usuarios del oasis del Atuel. En contraposición, aquellos que ostentan un mayor poderío en el manejo del agua pueden resultar incólumes o contar con las herramientas suficientes para adaptarse a la situación.

Es oportuno traer a colación el criterio de Beck (1998) que propuso evaluar las desigualdades del siglo XXI en términos de riesgo ambiental. La falta de análisis suficiente de la CSJN sobre el aprovechamiento del Atuel puede implicar que el riesgo ante sequías recaiga en un grupo especialmente protegido por el derecho humano al agua. El tener título concesional no puede ser excluyente de la protección del derecho humano al agua. Si bien es cierto que la doctrina ha sostenido que debe tenerse un criterio restrictivo respecto de los usos económicos del DHA (Martín, 2022); previo a realizar tal interpretación restrictiva, es necesario reestructurar los usos del agua. Caso contrario, se terminará desprotegiendo a los agricultores de subsistencia, ya que quedarán subsumidos en la misma categoría que los grandes emprendimientos agrícolas.

La resolución de liberar un caudal implica entregar menor cantidad de agua al oasis aguas arriba. La CSJN no ingresa en consideraciones sobre cómo soportar ese faltante, ni tampoco analiza si el agua que distribuye Mendoza es suficiente para satisfacer la demanda de los cultivos o no. Es cierto que se trata de una sentencia en el marco de la competencia del art. 32 de la LGA; ya que la CSJN no

determina si hay o no daño ambiental⁵⁷. No obstante, la manda ordenatoria de liberar un caudal impacta sobre otros derechos que no son ponderados por el máximo tribunal. La ausencia del análisis sobre la intensidad de la afectación de los derechos otorgados en la provincia de Mendoza genera que la CSJN equipare todo bajo el paraguas de los derechos patrimoniales. Omite analizar si dentro de este aprovechamiento hay usos, que sin perjuicio de que tengan título, puedan quedar protegidos bajo el derecho humano al agua. Esto confirma lo sostenido en páginas anteriores, por más que el contenido del DHA resulte plenamente operativo a partir de su reconocimiento en el bloque federal de constitucionalidad, deviene en imposible o muy dificultoso proteger lo que no se categoriza en la normativa inferior. Mientras existan leyes locales de aguas estructuradas bajo el marco decimonónico de usos comunes - usos especiales, la protección del DHA estará limitada al uso doméstico para necesidad del hogar y su correspondiente saneamiento. Quedará desprotegido el contenido básico vinculado con los programas de participación popular, la especial protección a ciertos grupos y la satisfacción progresiva de usos agrícolas de subsistencia.

Expresado lo anterior, cabe pasar a analizar el grado de afectación a los DAP, aunque el fallo no sea generoso en ello. La CSJN, al centrarse en la defensa ambiental, no ahonda en los usos privativos otorgados sobre el Atuel, parece hacerlo para diferenciar el tema *decidendum* del fallo de 1987. El reconocimiento del derecho al ambiente sano no debe ser tomado como una negación de los otros derechos. El caudal del río Atuel tiene una alta variabilidad, lo cual puede verse afectado, como sostiene la provincia de Mendoza, por una disminución de precipitaciones nivas que se estima será de alrededor del 20% durante el siglo XXI. Como referencia general se puede decir que el promedio anual del caudal del río Atuel, entre 1906 y 2004, fue 35,18 m³ /segundo en la estación de aforo: La Angostura (Rojas y Prieto, 2020). Si este caudal se reduce en un 20%, es de 28 m³/s, es decir 883.008.000 m³/anuales (883.0008 hectómetros) lo cual dividido en 75.000 es 11.773 m³/ anuales por hectárea.

⁵⁷ Art. 32º LGA (primer párrafo). — La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

De manera hipotética se plantea el siguiente ejercicio, cuyos datos son meramente ejemplificativos, a los fines de plasmar cómo el tribunal debió tratar el tema. En caso de que el consumo promedio de una hectárea cultivada rondase entre los 8.000 y 10.000 m³/anuales; las posibilidades para optimizar el sistema podrían oscilar entre los 1.000 y 3.000 m³ por hectárea; esto se traduce en un total que puede ir de 75.000.000 a 225.000.000 m³/ anuales, lo que termina oscilando entre 2,3 m³/segundo y 7,3 m³/segundo. En virtud de ello, es posible sostener que el programa de obras debió ser fruto de un ejercicio de este tipo, con los datos específicos del caso. De esta forma, hubiese estado respaldado por un sustento técnico mayor y se podría haber indicado con precisión su razonabilidad y posibilidad fáctica como medio idóneo y proporcionado para resolver el conflicto entre derechos; afectando lo menos posible los derechos adquiridos para usos privativos en la provincia de Mendoza. Este fallo se aparta de lo que tradicionalmente han sostenido las teorías críticas, en torno a las deferencias de los tribunales al momento de resolver sobre el derecho de propiedad. Si bien la jurisprudencia de la CSJN en materia ambiental había sido amplia previo a este caso, es un punto culmine, porque directamente prescinde del análisis de los derechos patrimoniales. No obstante, como se estudiará en el siguiente apartado, este criterio ha sido atenuado.

La CSJN debió estudiar la afectación del derecho de los usuarios en forma concreta, caso contrario se trata de una ponderación hecha en abstracto, siendo ello contrario a la idea misma de la ponderación. El único lugar en que se toma nota sobre la falta de tratamiento suficiente de los derechos es en la disidencia de Rosenkrantz:

En esta instancia procesal, el Tribunal no cuenta con todos los datos necesarios para decidir las cuestiones aquí discutidas de un modo óptimo. Por el contrario, son las provincias involucradas y el Estado Nacional los que se encuentran a esta altura del proceso en mejor posición que el Tribunal para identificar los aspectos técnicos y fácticos relevantes (2017, p.57).

Es interesante detenerse en un párrafo del fallo que clarifica los alcances que la CSJN entiende sobre la función dirimente en un caso de controversia de derechos colectivos:

En el primer estadio de decisión, el Tribunal optará por reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, a fin de aportar elementos que permitan arribar a una solución dirimente del conflicto. En consecuencia, esta Corte adoptará una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión de tal manera que se favorezca y garantice, pero no interfiera, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto (2017, p.39).

La CSJN sostiene que en una primera instancia adoptará una función de cooperación sin asumir atribuciones de gestión, esto implica que el propio tribunal entiende que sí puede asumir atribuciones de gestión. Ello no surge de ninguna competencia otorgada a nivel constitucional ni legal.

La CSJN hace hincapié en la incorporación del paradigma ambiental para rechazar la excepción de cosa juzgada, en particular se centra en el daño ambiental y la obligación de recomponer. Esto se evidencia en el punto segundo del resuelto, cuando habla de la aptitud que debe tener el caudal para recomponer el ecosistema afectado del noroeste de La Pampa. La recomposición es el remedio que el derecho ambiental ha establecido prioritario cuando existe daño ambiental. El daño ambiental tiene características especiales que lo diferencian del daño civil, la propia LGA lo define como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (art. 27). El punto es que la CSJN en ningún momento del fallo desarrolla en qué consisten estas alteraciones relevantes que han modificado en forma negativa el ambiente y cuál es la línea de base ambiental que se ha tenido en cuenta para evaluar las mismas. Resulta llamativo que no haya resuelto el fondo de la cuestión, pero sí haya adoptado una medida que implica un cambio paradigmático.

Lo expresado en el párrafo precedente no niega, en modo alguno, los obvios efectos que la desertificación de un territorio puede tener. Sin embargo, llegado el caso a un estrado judicial, para poder tomar una medida que recomponga el ecosistema, se debe resolver el fondo de la cuestión y tratar el daño ambiental. Debe probarse la alteración y su relevancia, no obstante que el daño ambiental no requiera una relación directa de imputabilidad material y sea fruto de concausas, es menester acreditar ciertos supuestos. El fallo carece de precisión sobre cuáles han sido las alteraciones negativas que la desaparición de caudales permanentes

del río Atuel ha generado aguas abajo. No alcanza con invocar que la Provincia de La Pampa ha sostenido ello, el tribunal debe especificarlo. Una adecuada ponderación de derechos requiere saber si la afectación, así como satisfacción del medio idóneo adoptado, genera impactos leves, medios o graves en cada derecho. Para tal finalidad, cuando entran en juego derechos colectivos, en particular el agua y el ambiente, lo jurídico debe tener en cuenta ciertos conceptos técnicos transdisciplinarios.

La CSJN establece la obligación de recomponer, pero no dice sobre qué, porque no especifica cual es el daño ambiental que se considera acreditado. Tampoco es un caso de aplicación del principio precautorio, ya que hay una decisión que da por sentada la necesidad de recomposición. Si no se sabe lo que se ha afectado ¿qué se va a recomponer?

Es importante mencionar que la CSJN otorga un rol ejecutivo a la Comisión del Atuel inferior, esto podría ser leído como una contradicción con el esquema federal, ya que en teoría no existen órganos interjurisdiccionales con competencia reconocidos en la propia CN. La competencia regulatoria y el dominio originario de los recursos naturales se encuentra reservado por las provincias⁵⁸. Las

⁵⁸ Cabe mencionar que existen diferentes posiciones sobre el alcance del dominio originario. Martín expresa que pueden articularse dos posiciones. “Las que le atribuyen una naturaleza potestativa (potestas), más cercana al concepto de dominio eminente, y las que le reconocen una naturaleza patrimonial (propietas), más próxima al dominio público en su concepción patrimonialista e, incluso, al dominio privado” (Martín, 2022, p.55).

Manili sostiene que:

El "dominio originario" sobre los recursos naturales nada agrega ni quita a lo que la propia constitución establecía, ya en 1853, sobre la propiedad y uso por parte de las provincias y la Nación de sus respectivos "territorio" y "tierras" y sobre la adjudicación de ellos a los particulares (...) "dominio originario" es la propiedad del Estado sobre todo el *territorio* y la *tierra* en el momento fundacional del Estado, y de todo el *territorio* y *tierra* cuya propiedad el Estado no adjudicó luego a particulares o a terceras entidades o personas, como la propiedad minera originaria, las tierras fiscales, los lechos de los ríos navegables, la fauna silvestre y el mar territorial, entre otros. Ese dominio no es sino "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona", según la definición contenida en el Cód. Civil de Vélez Sarsfield (2021, Tomo IV, p.527).

Esto pareciera llevar al constitucionalista a inclinarse por la posición potestativa, no obstante, luego agrega que la Corte sostuvo que el art. 124:

No puede ser interpretado con una amplitud tal que implique negar el derecho real de dominio de quienes tienen el carácter de titulares de bienes inmuebles al tiempo de sancionarse la reforma del año 1994, ni tampoco para incidir en los límites de un establecimiento de utilidad nacional, fijados con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esa reforma (art. 75, inc. 30, de la Constitución Nacional) Fallos 340:991 (Manili, 2021, Tomo IV. p.528).

Entonces, pareciera que el autor entiende que hay dos clases de relaciones que abarca el dominio originario, las fundaciones y las que le permiten al Estado su utilización en los términos de derecho real. No se comparte plenamente esta lectura del autor, la cual se ha traído a colación a los fines

excepciones son (únicamente) las competencias delegadas en la siguiente materia: civil, comercio, navegación, minería, penal, trabajo, seguridad social y progreso.

La CSJN expresa:

Que, en ese contexto, la C.I.A.I. aparece como el órgano adecuado para desarrollar el programa de ejecución de obras encomendado a las partes mediante este pronunciamiento, ya que se trata de un organismo creado por las propias provincias interesadas, dotado de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus objetivos (2017, p.43).

La ley 25.688 estableció competencias de gestión para los organismos interjurisdiccionales, la constitucionalidad de esta norma ha sido cuestionada en la doctrina (Rodríguez Salas, 2004). Sin embargo, no se ha declarado su inconstitucionalidad. De igual manera, el fallo va más allá de las competencias reconocidas en dicha normativa y habla de ejecución de obras por parte de la Comisión. De esta forma, la Comisión aparece como un ente dotado de amplias facultades ejecutivas. La CSJN trata de resolver, mediante una creación pretoriana de legitimidad cuestionable, la falta de previsión del constituyente en relación a recursos naturales compartidos entre dos o más provincias⁵⁹.

En síntesis, en este caso la CSJN sienta un precedente de prelación del derecho al ambiente sano sobre los derechos patrimoniales. Subsume los usos del agua como derecho humano bajo la protección ambiental. Omite ponderar la afectación a los derechos patrimoniales en el oasis de la provincia de Mendoza. Tampoco trata la situación de posibles usuarios que hagan usos de subsistencia en la provincia de Mendoza, protegidos por el propio derecho humano al agua. Expresa que no asumirá atribuciones de gestión, dando por hecho que puede hacerlo. Otorga competencia ejecutiva a un ente supraprovincial sin que exista acuerdo entre las provincias. A la par, cambia la concepción constitucional del ambiente, omitiendo los debates de la Convención Constituyente. Establece la necesidad de fijar un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de La Pampa, pero no define cuál es el daño que debe recomponerse. Todo ello

de ilustrar las grandes dificultades y discusiones que existen en calificada doctrina para alcanzar una definición en torno al término dominio originario.

⁵⁹ Al momento de realizar esta tesis, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha solicitado informe al Estado Nacional sobre la situación. Se encuentra abierta la instancia ante la misma.

ocurre en un caso que ha sido considerado emblemático para el desarrollo de la jurisprudencia y doctrina ambiental en la República Argentina.

II.4. B. Los casos Coihue (2021), Apen Aike (2021) y Mercáu (2024)

En el caso del río Atuel la ponderación se resuelve de manera favorable al derecho al ambiente sano. Es notorio ver como los propios estándares de la CSJN se han modificado en la ponderación entre ambiente y propiedad; testigo de ello son los fallos Coihue y Apen Aike, ambos del año 2021.

En Coihue, la CSJN sostuvo que, desde antiguo, consideró que:

“Las palabras ‘libertad’ y ‘propiedad’, comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio; y la segunda, cuando se emplea en los artículos 14 y 17 de la Constitución, o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad (2021, p.19).

El tribunal aclaró que ello no significa negar la existencia de un fin social de la propiedad, pero se inclinó hacia la interpretación más amplia del derecho de propiedad. Refuerza este criterio al sostener que “los derechos constitucionales no pueden sufrir un menoscabo que importe aminorar sus atributos nucleares, a punto tal de desnaturalizarlos y dejarlos vacíos de sentido” (2021, p.20 y 21). De igual forma, la CSJN reitera el criterio de Atuel de entender que para la CN no existe una visión antropocéntrica del ambiente. La CSJN no realiza un cambio paradigmático en su concepción sobre el ambiente, el fallo de La Pampa c/ Mendoza sigue siendo paradigma vigente, pero sí cambia la ponderación realizada. Lo que no resulta claro es cuáles son los motivos de la CSJN para ponderar de manera diferente la relación del ambiente y la propiedad. Ello es imposible de analizar ya que el término de razonabilidad se invoca, pero no se realizan los juicios del test. Tampoco se recurre a otro mecanismo alternativo que

permita justificar el cambio de criterio al evaluar la razonabilidad de las restricciones al derecho de propiedad⁶⁰.

En Mercau, la CSJN entendió que “la protección ambiental no puede significar desnaturalizar el derecho de propiedad a tal punto que impida completamente su ejercicio” (2024, p.9). En este caso se trataba de restricciones al derecho de propiedad por la declaración de reserva de un predio mediante ordenanzas municipales, se había negado al propietario el pago de una indemnización. Es importante resaltar la manera disímil en que la CSJN evalúa el derecho de propiedad. Entiende que dichas restricciones implican desnaturalizar el derecho. En cambio, en el caso Atuel (2017 y 2020) nada dijo sobre el posible impacto del caudal mínimo permanente en los usuarios con títulos concesionales protegidos bajo el amparo de legislación previa y la figura de los derechos patrimoniales. Es cierto que pueden justificarse restricciones a los usuarios privativos en pos del paradigma ambiental, pero ello debe ser objeto de análisis. La ausencia de caudales para satisfacer la demanda de los títulos concesionales otorgados, a raíz de un caudal ambiental, también podría implicar una desnaturalización de dichos derechos. Esta situación fáctica merecía (en los criterios que la propia CSJN sienta en Coihue, Apen Aike y Mercau) su debido tratamiento y ponderación.

En palabras del propio tribunal, es necesario que el juzgador “actúe con suma prudencia a los fines de ponderar aquella controversia entre el interés privado y el colectivo, a la luz de los principios constitucionalmente consagrados” (Mercau, 2024, p.9). Esta sentencia implicó cambiar el criterio del Tribunal Superior de Justicia de San Luis (TSJSL), el cual conforme cita la propia CSJN había argumentado que la creación de una reserva natural importa “un cúmulo de limitaciones al ejercicio pleno del derecho de propiedad y produce una tensión - en la que en principio prima el interés colectivo- que debe ser examinada con extrema prudencia para verificar si desnaturaliza el derecho de propiedad” (2024, p.2). El TSJSL agregó que la circunstancia de que una ordenanza municipal

⁶⁰ Es digno de destacar que en el voto de Rosenkrantz, el magistrado hace alusión a la existencia de medidas menos gravosas, lo que constituye uno de los subprincipios del test (p.70). Luego sostiene que las normas dictadas por la provincia de Santa Cruz no son un medio para lograr fines legítimos, por lo que pareciera que, en su concepción, dichas regulaciones no pasarían siquiera el requisito de la idoneidad en el test.

restrinja las ventajas o facilidades con que contaba el titular de un inmueble, sin que medie privación o lesión en los atributos esenciales de propiedad, no es motivo suficiente para declararla inválida. La CSJN se aparta de este criterio, sostiene que “el TSJSL omitió ponderar concretamente la intensidad de las limitaciones impuestas a su derecho de propiedad” (2024, p.14).

En el caso del río Atuel, el máximo tribunal ni siquiera ponderó la afectación al derecho de propiedad constitucional. En los casos Coihue, Apen Aike y Mercau falló a favor del mismo, entendió que las restricciones impuestas afectan elementos esenciales del dominio. Respecto de Coihue y Apen Aike la doctrina ha dicho que “plantan nuevos mojones. Son sentencias que recuerdan que el derecho al ambiente tampoco es absoluto, que debe coordinarse, armonizarse” (Esain, 2021).

Cabe agregar que la CSJN, por un lado, recalca la concepción ecocéntrica del ambiente que resulta aún más limitativa del derecho de propiedad que la protección antropocéntrica, y por el otro, adopta una concepción amplísima de la propiedad que incluso entiende a la chance como factor indemnizable (Coihue, 2021, p.38)⁶¹.

En síntesis, estos fallos modificaron el resultado de la ponderación, pero no implicaron un cambio de paradigma en materia ambiental, por lo que no constituyen un hito en esa línea. Al no existir análisis de los subprincipios del test u otra metodología, no es posible saber con exactitud qué valoraciones han cambiado en la interpretación de la CSJN.

⁶¹ Previo al reconocimiento de los derechos sociales y colectivos, ya se había cuestionado indemnizar las expectativas. Así lo había sostenido Guillermo Cano, en su defensa del derecho público provincial “el Estado no está obligado a indemnizar la expropiación de derechos en mera expectativa” (1943, p.78). Muchas décadas más tarde y con una carta de derechos notoriamente más amplia, la CSJN entiende que, de igual manera, la chance es un factor indemnizable, sin detenerse a tomar nota de los conflictos que esto puede generar con otros derechos reconocidos en el BFC.

II.4. C. La Corte Suprema no implementa la escala triádica del test de razonabilidad

La CSJN ha expresado en reiteradas oportunidades que ningún derecho es de carácter absoluto, incluso la propiedad puede ser limitada mediante la función social. No obstante, no ha tomado nota de cómo la concepción ecocéntrica del ambiente puede colisionar con la concepción amplísima de la propiedad que la propia CSJN ha mantenido desde el fallo Bourdieu (1925). Las afectaciones a la propiedad han dado lugar a una jurisprudencia vacilante de la CSJN. Los fallos más restrictivos, como señala Manili (2021), se han dado en contextos de emergencia.

Tampoco resulta claro el criterio interpretativo que la CSJN utiliza ni los momentos y motivos en los que decide cambiarlo. Bouzat sostiene que:

Para precisar el sentido y alcance de las normas constitucionales la Corte Suprema recurre -a veces conjunta y otras veces, exclusivamente- a diversos criterios de interpretación. En ciertos casos apela al significado literal del texto constitucional. En otros, a la intención histórica del constituyente. También apela a la llamada intención presunta o dinámica del constituyente, es decir a como hubiese legislado si hubiera previsto las nuevas circunstancias sociales (2019, p.947).

En estudios recientes, Rodríguez Salas ha sostenido, en torno a los estándares del principio de proporcionalidad que “existen numerosos fallos de la CSJN para acreditar la coherencia de las conclusiones parciales con el sistema jurídico ambiental vigente” (2024, p.323). El autor agrega que:

No se desconoce que algunos autores señalan vaivenes interpretativos que conspiran con la autoridad de sus decisiones, pero la orientación en materia ambiental mantiene una relativa consistencia, que habilita a indagar en los precedentes las reglas o estándares de la sustentabilidad (2024, p.326).

Treacy, al hacer el análisis de los fallos de la Corte, entiende que hay tres tipos de test, uno de mera razonabilidad, otro estricto y uno intermedio (2011). Incluso para diferenciar el test de mera razonabilidad del estricto, el autor señala que “la evaluación de medios alternativos es en principio ajena al análisis de mera razonabilidad, como se ha visto más arriba” (Treacy, 2011, p.195). En cambio,

según la teoría alexyana el test de razonabilidad implica el análisis del subprincipio de necesidad, entendido como la inexistencia de otro medio idóneo más benigno.

Las conclusiones disímiles a las que llegan los autores, al analizar la jurisprudencia de la CSJN, se deben a la utilización laxa que la CSJN realiza de los términos de test, permitiendo que se construyan distintas teorías al respecto. El propio Rodríguez Salas sostiene que:

Si bien los fallos de la Corte no son obligatorios, el tribunal les asigna la pretensión de validez general de los fallos de la Corte Federal como una derivación lógica del rol de último intérprete y como cabeza del Poder Judicial de la Nación (2024, p.327).

La propia CSJN les ha dado carácter cuasi obligatorio a fallos que no lo son, no se trata de un tribunal constitucional y ninguna cláusula constitucional ni legal habilita a pensar que los fallos de la CSJN tienen una validez general que debe ser atendida por todos los tribunales. Resulta llamativo que no se ponga en tela de juicio la autoexpansión competencial que la CSJN realiza.

Bouzat al analizar el principio de razonabilidad sostiene que “existe una enorme casuística, y el principio, no ha sido precisado debidamente por la Corte” (2019, p.954). Agrega que “el problema no reside en lo que la Corte decida, sino en la estructura del razonamiento que utiliza para decidir” (2019, p.961)⁶².

Las reglas fijadas por la CSJN en materia ambiental no siempre son respetadas por el propio tribunal. Resulta difícil evaluar los cambios en el resultado de la ponderación, ya que la CSJN no realiza el análisis de grados de intensidad de la afectación y grado de beneficio que significa cada decisión. El tribunal hace una ponderación más laxa y de carácter genérico, sin profundizar en las potencialidades relevantes de los derechos. Estas afirmaciones no pretenden negar el desarrollo de la jurisprudencia ambiental de la CSJN, tampoco alegar que no haya regla alguna que se respete respecto a sus fallos anteriores, pero sí señalar

⁶² El autor desarrolla esta idea y sostiene que:

La evaluación seria de la adecuación de los medios utilizados con lo fines buscados, exige partir de lo que sucede en la realidad social, analizar las relaciones de causalidad en juego y ponderar la efectividad de los medios utilizados para conseguir el fin buscado. Asimismo, cuando estamos frente a derechos fundamentales, demostrar que el medio utilizado es el más eficiente y que no existan otros que logren el mismo resultado sin restringir derechos. Tanto el legislador como la Corte Suprema han generalmente obviado ese tipo de evaluaciones (2019, p.961).

que el proceso no está exento de contradicciones. En muchos casos, las razones esgrimidas ante un cambio de criterio resultan antagónicas con las razones dadas en precedentes similares.

La propia CSJN ha reconocido la necesaria ductilidad que debe tenerse en los procesos colectivos, esto deja abierta la puerta a soluciones contradictorias entre sí:

Asimismo, deberá tomarse en consideración que los procesos colectivos ambientales de este tipo, son sumamente dinámicos y cambiantes, susceptibles de modificaciones frente a hechos sobrevinientes, y deben ser resueltos, con ductilidad, en clave del principio de sustentabilidad, para el fortalecimiento de las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental (Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de; Estado Nacional y otros s/ acción ambiental meramente declarativa, 2021, p.15).

Alexy (2017) señala que hay dos formas de entender los derechos: como garantía en sentido absoluto o relativo. Adoptar la forma relativa significa aceptar que el contenido del derecho se obtiene luego de la ponderación. En cambio, la visión absoluta entiende que hay un núcleo de cada derecho que en ningún caso puede ser afectado. Para Alexy, el alcance de la protección absoluta depende de las relaciones entre los principios, o sea que no sería absoluta en última instancia (Alexy, 2017). En este trabajo se ha expresado que el contorno de los derechos puede ser definido desde distintas ópticas según el molde constitucional que se adopte. Los márgenes de discrecionalidad del intérprete son significativos. Cuando se resuelven casos sin explicitar argumentos suficientes no se trata de un ejercicio discrecional, sino de interpretaciones arbitrarias.

En síntesis, la falta de tratamiento específico de las escalas de beneficio y afectación por parte de la CSJN genera el efecto contrario a lo pretendido por Alexy. En los casos analizados, se ha constatado que cambia el resultado de la ponderación, pero no se aplica la escala triádica propuesta por Alexy ni un método similar. En la jurisprudencia estudiada se invoca el término ponderación de manera laxa sin citar los argumentos que permitan entender el resultado como un producto del uso de la razón jurídica.

II.5. La discrecionalidad y la arbitrariedad en la CSJN

En el apartado anterior se han estudiado de los vaivenes en materia de interpretación y ponderación en los que incurre el máximo tribunal de la República Argentina, cabe agregar que existen elementos discrecionales vinculados a las vías de acceso al tribunal y a las características del control de constitucionalidad. En algunas ocasiones, la CSJN pasa el límite de la discrecionalidad e incurre en decisiones arbitrarias.

El control de constitucionalidad federal argentino se caracteriza por ser un control judicial, difuso, contradictorio, de revisión posterior (...) y con efectos limitado. Todos los jueces de nuestro país cualquiera sea su jerarquía, fuero o jurisdicción disponen de la facultad de ejercer un control de constitucionalidad (...) La Corte Suprema actúa como instancia final de revisión en virtud de su competencia originaria (art. 117 CN), ordinaria o extraordinaria (art. 116 CN) (Elfman, 2019, p.991).

El lugar de la CSJN como intérprete final de la Constitución Nacional le otorga amplias facultades para definir los contornos institucionales de los demás poderes y el contenido de los derechos reconocidos en el BFC. El acceso a la CSJN (en su función jurisdiccional), ya sea por su competencia originaria o derivada ha sido ampliado por vía jurisprudencial. El propio tribunal ha establecido nuevos supuestos, como es el caso de la gravedad institucional y la arbitrariedad de sentencias en el recurso extraordinario federal (Mazza Gigena, 2019). Estos supuestos, al ser creados por la propia CSJN, son herramientas en su poder para aceptar o rechazar casos. El Código Procesal Civil de la Nación también ha otorgado una carta discrecional, el llamado *certiorari* argentino (art. 280), que permite rechazar el recurso extraordinario sin necesidad de brindar un fundamento cuando no exista agravio federal suficiente o se trate un de tema insustancial o carente de trascendencia.

El máximo tribunal del país ha ampliado su competencia cuando así lo ha considerado oportuno. La Constitución Nacional no se ha modificado, las leyes inferiores no han clarificado estos nuevos supuestos de creación pretoriana, solo se han limitado a legitimar la discrecionalidad mediante la incorporación del art. 280.

Es necesario distinguir discrecionalidad y arbitrariedad. La discrecionalidad se da en el marco de un ejercicio argumental legítimo, en el cual el intérprete tiene distintas opciones ante un vacío normativo o ante grados de indeterminación que posibilitan diversas lecturas. Por su parte, la arbitrariedad implica incurrir en una argumentación inexistente o insuficiente; o en una notoria contradicción o falta de aplicación del derecho vigente. El Poder Judicial cuenta con herramientas discrecionales, sin embargo, en ciertos casos, la ausencia de desarrollos argumentales y/o la existencia de razonamientos contradictorios llevan las sentencias al terreno de la arbitrariedad.

No resulta sencillo demarcar una línea precisa que permita distinguir en todos los supuestos a los casos discrecionales de los casos arbitrarios, pero sí tener ciertas pautas. En el caso de los conflictos de derechos debe, al menos, tenerse en cuenta algún grado de afectación al derecho restringido en el fallo.

En particular, respecto al derecho de aguas se ha sostenido que:

Todos los grandes ríos de la Argentina se encuentran hoy bajo la tutela de hecho permanente de la CSJN donde tramitan causas sin leyes ni reglas claras, contribuyendo de manera decidida a la inseguridad jurídica e hídrica (Martín, 2022, p.248).

La discrecionalidad también puede ser un elemento abierto para justificar restricciones de los derechos. En reiteradas ocasiones la Corte sostuvo: “ningún derecho es absoluto, sino que todos están subordinados a las leyes que reglamenten su ejercicio y con esa justificación aparente y genérica convalidó una amplia gama de limitaciones, a veces abusivas y frustratorias del ejercicio de los derechos” (Manili, 2021, Tomo VI, p.846).

Es importante señalar que, en este trabajo, no se busca demostrar si la CSJN actúa, como regla, de manera discrecional y/o arbitraria; ello ameritaría un estudio de casos que no es el objeto de esta tesis. El criterio de selección de los fallos no pretende hallar una regla general, sino puntualizar en determinados casos. Se trata de poner en discusión la inseguridad jurídica que provoca el uso de herramientas discrecionales y/o la existencia de decisiones arbitrarias de parte de la CSJN.

II.5.A. Sobre el límite temporal

La Constitución ha legitimado al Poder Judicial a realizar el control de constitucionalidad. La incorporación explícita en el artículo 43 ha complementado los argumentos históricos brindados para justificar el control de constitucionalidad jurisdiccional en razón del art. 116 (art. 100 en el texto originario) de la CN y de la Ley N° 27. Este control es ejercido siempre de manera posterior a la entrada en vigencia de la norma, ya que se requiere de la acreditación de un agravio actual o inminente. Ahora bien ¿existe un límite temporal para plantear la inconstitucionalidad de una norma? A esta pregunta se le impone una respuesta negativa, se justifica en el hecho de que una persona recién puede verse agraviada muchos años después de la entrada en vigencia de la norma. Entonces, uno de los elementos discrecionales en el accionar de la CSJN es la ausencia de límite temporal para ejercer el control de constitucionalidad, un caso testigo fue el fallo Colegio de Abogados (2021)⁶³.

En Colegio de Abogados, la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la Ley 26.080. Lo llamativo no es solo el tiempo transcurrido desde la vigencia de la norma hasta su declaración de inconstitucionalidad, sino que la misma ya había estado en conocimiento de la CSJN por un caso con indudable conexidad. En Rizzo (2013) la CSJN no realizó reparo alguno a la Ley 26.080, sí lo hizo en torno a la 26.855, e incluso reinstaló a la propia Ley 26.080. Es decir, cuando la CSJN decide en el fallo Rizzo, el resultado de declarar inconstitucionales los arts. 2, 4, 18 y 30 de la ley 26.855 es que vuelve a regir lo regulado en la Ley 26.080.

En razón del principio *iura novit curia*, histórico argumento para justificar el control de constitucionalidad judicial, resulta cuestionable que, si el juez conoce el derecho y conocía el vicio de la Ley 26.080, haya omitido su análisis e incluso reinstalado su vigencia mediante la declaración de inconstitucionalidad de artículos de la Ley 26.855 (modificatorios de la Ley 26.080). Este comportamiento

⁶³ Se ha seleccionado este caso por la importancia institucional del Consejo de la Magistratura. Si bien no es una causa cuyo objeto esté directamente vinculado a los derechos analizados en la presente tesis, permite demostrar los cambios interpretativos en torno a la conformación de un órgano que es el encargado de proponer a los jueces que resolverán las controversias entre los derechos.

se ubica en un límite difuso entre la discrecionalidad legítima y el ejercicio arbitrario.

Este precedente genera un alto grado de inseguridad jurídica. Demuestra que la CSJN puede obligar a los restantes poderes a volver a aplicar una norma, y años más tarde entender que esa misma norma era inconstitucional. Durante 9 años la conformación del Consejo de la Magistratura continuó bajo el imperio de la ley 26.080 producto del fallo Rizzo, luego los artículos 1 y 5 resultaron inconstitucionales, pero la CSJN nada había dicho sobre ello en 2013.

II.5.B. Sobre la legitimación

La legitimación, entendida como la demostración de un agravio concreto, es otro punto que ha generado vaivenes en la CSJN.

La noción de caso judicial o interés legítimo no fue pacífica a lo largo de la historia. Nuestra Corte fue elaborando distintos criterios hermenéuticos para determinar cuándo estamos en presencia de un agravio con entidad suficiente para habilitar la instancia judicial (Elfman, 2019, pp.991 y 992).

La CSJN se apartó de sus precedentes en el caso La Pampa, Provincia de c/ San Juan, Provincia de y otro (Estado Nacional) (2023). No hizo lugar a la acción interpuesta por la provincia de La Pampa, basándose en la carencia de legitimación por no haber demostrado la afectación⁶⁴. La CSJN omitió el análisis de lo sostenido por San Juan. La provincia cuyana adujo que:

No será necesario establecer caudales ambientales que permitan adecuar las necesidades de la obra con la debida protección ambiental del río y sus comunidades biológicas, debido a que esta obra está integrada, dentro del sistema de presas sobre el tramo medio del río San Juan (2023, p.9).

La existencia del proyecto de aprovechamiento del río San Juan no ha contemplado caudales ambientales, por lo que, si bien la obra no importa en sí

⁶⁴ Es necesario aclarar que, a diferencia del caso del río Atuel, no existe conexión directa entre el río San Juan y el río Desaguadero, ni tampoco un período de retorno breve. La vinculación está mediada por el Complejo Lagunar de Guanacache.

misma un hecho totalmente novedoso, tampoco se encuentra satisfecha la faceta de regulación ambiental del río San Juan. Al contrario, no existe normativa sobre el caudal ecológico (Sanna, 2016 y Sanna, 2020).

La CSJN, al rechazar la acción de amparo, se aparta de lo resuelto en el caso del río Atuel (2017), esto se puede justificar a raíz de la diferencia entre competencia originaria otorgada por el art. 117 y competencia dirimente por el art. 127. Si bien ello es correcto, la LGA en su art. 32 pregona que debe buscarse una solución que contemple el interés general. Crea la figura de un juez activo que puede dejar de lado ciertos principios del derecho procesal. Esta laxitud de las regulaciones ambientales busca garantizar la protección efectiva a la par que aumenta los márgenes discrecionales. En este caso, hubiera resultado igual de justificada una sentencia en sentido contrario. La CSJN se podría haber amparado en el art. 32 de la LGA para darle tratamiento a la cuestión de fondo.

La flexibilidad procesal en materia ambiental se ha visto reflejada en casos paradigmáticos. Se pueden citar, entre varios, Mendoza (2006) y Kersich (2014). En dichas oportunidades, la CSJN expresó que, tratándose de un caso ambiental, los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso. Están facultados para darle trámite ordinario a un amparo o dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención. El límite de estas prerrogativas es el debido proceso, porque los magistrados no pueden modificar el objeto de la pretensión (Mendoza, 2006)⁶⁵. La CSJN ha sostenido que los jueces pueden modificar el tipo de proceso, no obstante, en el fallo La Pampa c/San Juan (2023) entendió que no era posible dar curso a la acción porque se trataba de un proceso específico “amparo” y no de una cuestión sometida a su competencia dirimente. A su vez, no consideró suficiente el agravio invocado por la actora. Adoptó un criterio restrictivo respecto a la legitimación en materia ambiental.

⁶⁵ En la Acordada 12/2016, la CSJN expresa en su punto XI:

“DEBERES Y FACULTADES DEL JUEZ. Por la naturaleza de los bienes involucrados y los efectos expansivos de la sentencia en este tipo de procesos, el juez deberá adoptar con celeridad todas las medidas que fueren necesarias a fin de ordenar el procedimiento”.

La facultad de ordenar el procedimiento pone en evidencia la mayor injerencia procesal que los magistrados tienen en este tipo de procesos.

La CSJN expresó que “la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no ha modificado la necesidad de que los tribunales de justicia comprueben la existencia de un caso” (La Pampa c/ San Juan, 2023, p.16). La LGA en su art. 30 expresa que “sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”. Existe una diferencia entre la legitimación para solicitar la recomposición del daño y la cesación de la actividad generadora. En este último caso, la LGA ha creado una especie de acción popular que resulta más amplia que la establecida en el art. 43 de la Constitución. Entonces, siendo objeto de la *litis* una posible actividad generadora de daño, la CSJN bien podría haber citado el tercer párrafo del art. 30 de la LGA.

La CSJN justifica su decisión en razón de que “la parte actora no ha demostrado tener un interés directo en el dictado de un pronunciamiento judicial, que remueva un obstáculo al que atribuya la lesión de las prerrogativas” (La Pampa c/ San Juan, 2023, p.18). La CSJN debió analizar si efectivamente se trataba o no de una cuenca interjurisdiccional y si se inclinaba por la respuesta positiva era preciso que indague cuál es el posible impacto de una actividad aguas arriba de la cuenca. Esto implicaba una remisión de las actuaciones al proceso en curso citado en el fallo (CSJ 1055/2016 "La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional s/ amparo"), impulsado por la provincia de La Pampa.

Cabe preguntar si acaso ¿es posible que la CSJN entienda que sí hay cuenca, pero no hay interés tutelado en favor de provincias aguas abajo? En caso de que la obra no modifique situación alguna debió desarrollarlo. Al adoptar la posición de rechazo por falta de legitimación, deja abierta la posibilidad de fallar en cualquier dirección en otra causa con indudable conexidad.

Una situación similar se presentó en el caso Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de; Estado Nacional y otros s/ acción ambiental meramente declarativa (2021). La CSJN rechazó la acción por falta de competencia en razón de que no se había acreditado una posible afectación interjurisdiccional. Si bien se trata de una cuenca hídrica diferente a la del río San Juan, tiene características similares. El tribunal sostuvo que “no está acreditada la

afectación de recursos ambientales interjurisdiccionales con suficiente convicción en grado de verosimilitud” (pp.19 y 20).

Es cierto que puede tratarse de un recurso natural interjurisdiccional y que a la par se produzca un daño limitado, sin afectar a todas las jurisdicciones. No obstante, la CSJN deja abierto al tribunal competente el entendimiento sobre si hubo o no afectación y se aparta de la causa por entender que no se trata de una afectación interjurisdiccional. Entonces, resultaría llamativo que luego entienda que estas cuencas sí son interjurisdiccionales.

En el caso Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental (2025), la CSJN, para declarar su competencia originaria, adoptó el siguiente criterio:

Hay que delimitar el ámbito territorial afectado, pues, como lo ha previsto el legislador nacional, debe tratarse de un recurso ambiental interjurisdiccional (Fallos: 327:3880) o de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial. Es decir, que tiene que tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción estatal, provincial, de la Ciudad de Buenos Aires o internacional (p.10).

La CSJN podría haber invocado ese criterio para declarar su competencia en el caso Fundación Ciudadanos Independientes. En cambio, en aquel momento, prefirió no realizar definiciones sobre la naturaleza de la cuenca del río Jáchal y de ese modo sostener que no había interjurisdiccionalidad⁶⁶.

Otro caso testigo, donde la CSJN trató de manera muy diferente el requisito del agravio fue Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental (2016). La CSJN hizo lugar a la cautelar para evitar un caso de privación jurisdiccional, aunque en el mismo fallo se declaró incompetente. El tribunal no objetó a la Asociación de Abogados Ambientalistas la falta de un agravio discernible, por más que la Provincia de Santa Cruz haya explicitado mediante la cita a estudios técnicos que no existía afectación al Lago Argentino. Es decir, según la posición de esta parte, no había

⁶⁶ Desde hace décadas, el río Jáchal no tiene conexión superficial con otras provincias. Esto es una diferencia con el caso de la Comunidad de Tres Pozos. Sin embargo, en el concepto amplio que la CSJN ha adoptado sobre cuenca, no se ha limitado a las aguas superficiales.

agravio posible al ambiente glaciar o periglacial. La CSJN hizo lugar a la cautelar y suspendió las obras hasta tanto se cumpla con el procedimiento de la Ley 23.879. Esta misma normativa fue citada por La Pampa en su pretensión contra San Juan y no mereció siquiera un análisis de la CSJN en el fallo más reciente. En este caso, la falta de tratamiento de una ley vigente, aplicada en un precedente reciente, implicó pasar del terreno de la discrecionalidad a la arbitrariedad⁶⁷.

II.5.C. Sinopsis

A lo largo de este capítulo se han señalado vaivenes interpretativos de la CSJN:

- (i) El cambio del resultado de la ponderación entre ambiente y propiedad en relación al caso del río Atuel con Coihue, Apen Aike y Mercau.
- (ii) El ejercicio del control de constitucionalidad sin límite temporal y la declaración de inconstitucionalidad de una ley que había sido aplicada nuevamente por un fallo de la propia Corte que así lo ordenó.
- (iii) La discrecionalidad procesal que habilita el art. 30 de la LGA, así como también los diferentes criterios para evaluar la legitimación ambiental de la parte actora.
- (iv) Se observa un criterio diferente sobre la Ley 23.879. Su incumplimiento fue motivo para suspender las represas de Santa Cruz, pero no fue siquiera analizado en el caso de la represa Tambolar (San Juan). Todo ello sin brindar argumento alguno, lo que constituye un cambio arbitrario en la jurisprudencia.

⁶⁷ Es necesario recalcar que si bien en el caso de San Juan, la comitente es una Sociedad del Estado de la provincia, mientras que en el caso de Santa Cruz es Energía Argentina S.A. perteneciente al Estado Nacional, ambas obras son parte del programa nacional de obras hidroeléctricas; por lo que hubiese sido correcto que la CSJN realice un mínimo esfuerzo en distinguir los motivos de la aplicación o no de la ley 23.879.

II.6. Las premisas para el estudio del caso

Es posible afirmar que, aunque no sea una regla general de conducta, la CSJN utiliza sus potestades para resolver de manera disímil sin brindar demasiados argumentos que permitan entender el cambio de postura. Cuando se trata de conflictos entre derechos fundamentales, invoca el concepto de razonabilidad y parece acercarse a la propuesta de Alexy, pero no realiza el test en sí mismo. El tribunal no analiza la escala de beneficio o afectación de los derechos en juego; tampoco utiliza otro mecanismo alternativo en su argumentación jurídica. En tal sentido, cobra importancia atender a las dos objeciones descriptas.

La objeción deliberativista pretende que las decisiones judiciales se abran a un diálogo virtuoso con la comunidad. Para este sector, el debate genera consensos que permiten síntesis superadoras, difíciles de alcanzar en tribunales compuestos por pocas personas y constituidos como una élite separada de la comunidad. El autogobierno colectivo reprocha el lugar de los jueces como depositarios finales y exclusivos de la interpretación constitucional.

Desde la objeción crítica, es oportuno citar lo trabajado por los escritores de la CLS:

Las normas, particularmente en el campo de la propiedad y de los contratos, parece que resistirán incluso el esfuerzo más sostenido de transformarlas a través de la interpretación, dadas las preferencias ideológicas (...) compartidas virtualmente por todos los jueces en todos los países capitalistas, tienen un impacto enorme e injusto sobre los grupos oprimidos (Kennedy, 2010, p.101).

Esto último puede explicar el cambio jurisprudencial marcado a partir de Coihue. En cambio, no aplica al caso de Atuel, dónde la CSJN ni siquiera ponderó las afectaciones a los derechos patrimoniales de los usuarios privados.

Existe un grado de indeterminación en las restricciones externas (originadas en otro derecho fundamental). En esa zona gris del derecho entran en tensión los distintos modelos constitucionales y las concepciones ontológicas del agua. La reglamentación, en manos del legislador, es una herramienta que puede ser útil a los fines de disminuir los grados de indeterminación, aunque no es posible su eliminación. El paradigma progresivo de los derechos humanos implica aceptar

que las cartas de derechos no pueden definir de manera taxativa su contenido. A los fines de detectar las potencialidades relevantes y las zonas de indeterminación se debe indagar en el derecho local. En particular si existen categorías concordantes con la trilogía de derechos que el bloque federal de constitucionalidad establece en torno al agua. A la par, es necesario examinar si los titulares de esos derechos están identificados y cuentan con canales de participación en la gobernanza del bien.

Lorenzetti sostiene que el derecho fundamental “tiene una garantía a un contenido mínimo, pero el resto es adjudicado por la forma participativa de organización de gobierno y por el mercado” (2018, p.329). Si las opiniones ciudadanas, vertidas en procesos participativos (incluso previos a la instancia judicial) deben ser tenidas en cuenta al momento de definir el contorno de los derechos, resulta de crucial importancia indagar en quienes son los sujetos que ejercen dicha participación.

El estudio realizado en los dos primeros capítulos de la tesis permite delinear las siguientes premisas que servirán para el análisis de la segunda parte del trabajo:

- (i) El test de razonabilidad es un instrumento necesario pero insuficiente. Su invocación abierta, sin analizar los juicios que lo componen, puede transformarse en una carta en blanco o un fetiche a favor del intérprete.
- (ii) La CSJN ha hecho uso de la permeabilidad del contenido de los derechos colectivos y de la amplitud del control de constitucionalidad, según el caso, para fallar de manera diferente. No desarrolla, de forma suficiente, los argumentos que justifican el cambio de criterio. En ciertos casos se ha extralimitado, pasando de la discrecionalidad a la arbitrariedad.
- (iii) El Poder Judicial fue concebido para resolver casos de derechos individuales. No ha existido un cambio orgánico con el reconocimiento de los derechos sociales ni de los derechos colectivos.
- (iv) Los derechos tienen límites difusos. Existe una zona de indeterminación que es producto de la propia redacción de las cartas de derechos y del enfoque progresivo de los derechos humanos. La reglamentación puede ayudar a disminuir esta indeterminación, pero no permite eliminarla por completo. Hay que distinguir

cuando se está ante un conflicto o ausencia de reglas respecto a un conflicto de derechos propiamente dicho.

(v) El Poder Judicial es el actor constitucional llamado a resolver los conflictos de derechos. En los casos de bienes sociales y colectivos debe garantizar la participación ciudadana y la de ciertos grupos especialmente protegidos. Esta participación no debe ser exclusivamente judicial.

(vi) Para que existan mecanismos de participación en la gobernanza del agua, acordes a los sujetos titulares de derechos en el bloque federal de constitucionalidad, deben existir categorías concordantes en las leyes locales. Se debe examinar cómo está estructurada la participación en dichas normas. Esto último implica analizar cómo se componen esas instancias, su alcance consultivo y/o decisorio y las potencialidades relevantes de los derechos en juego.

SEGUNDA PARTE. LA GOBERNANZA DEL AGUA

En esta parte del trabajo se estudian las leyes locales vinculadas al aprovechamiento y gobernanza del agua en las provincias de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires. Se analiza el impacto del derecho de propiedad constitucional (derechos adquiridos patrimoniales) describiendo las organizaciones de usuarios, los principios matrices del derecho de aguas local y los derechos políticos de los usuarios. Luego se trata el impacto del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano en la gobernanza del agua y la situación de los actores emergentes.

SECCIÓN A. LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS

En esta sección se estudian los elementos estructurantes de las organizaciones de usuarios. Esto permitirá conocer las potencialidades relevantes del derecho de propiedad constitucional (derechos adquiridos patrimoniales) de los usuarios privativos vinculado a la participación en la gobernanza del agua.

CAPÍTULO III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y CATEGORÍAS CLASIFICATORIAS DE LA PARTICIPACIÓN

En este capítulo se estudia la naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios y de sus actos, el concepto de usuario, la concepción del agua en estas organizaciones y su vinculación con las regulaciones sobre cambio climático. Por último, se realiza una clasificación de la participación de los usuarios en base a tres categorías: administración primaria y/o administración secundaria; constitución obligatoria y/o constitución voluntaria; fuerza vinculante y/o fuerza no vinculante.

III.1. Conceptos preliminares

La Organización de las Naciones Unidas menciona una serie de parámetros a tener en cuenta para hablar de buena gobernanza:

Respeto pleno de los derechos humanos, Estado de Derecho, participación efectiva, asociaciones de múltiples interesados, pluralismo político, procesos e instituciones transparentes que rindan cuentas, un sector público eficiente y eficaz, legitimidad, acceso al conocimiento, información y educación, empoderamiento político de la población, equidad, sostenibilidad, y actitudes y valores que fomenten la responsabilidad, la solidaridad y la tolerancia⁶⁸.

En estudios doctrinarios previos se ha sostenido que:

Las legislaciones modernas de aguas suelen fomentar la participación de los usuarios y los ciudadanos en general (...) Las técnicas organizativas pueden ser muy variadas pero el principio de la participación o, incluso, de una cierta autogestión, forma hoy parte de los valores consolidados en la legislación de aguas en múltiples países (González Del Solar, 2007, p.309).

La forma de instrumentar esta participación no ha sido pacífica durante los últimos dos siglos. El agrupamiento de los usuarios es una constante que aparece en casi todas las constituciones del derecho europeo y americano, aunque son pocas las constituciones de provincias argentinas que le han dado recepción (González Del Solar, 2017). En términos de Alexy, se trata de derechos a la organización “regulan la cooperación de numerosas personas, orientadas a determinados fines” (2017, p.435). En el plano doctrinario se encuentra aceptado y es mayormente defendido que la participación de los usuarios es un elemento positivo de la gestión (Ruiz Freites, 2007).

Desde el siglo XIX han existido debates sobre cuál es la mejor forma de organizarse en el manejo del agua. En la región de Cuyo, Guillermo Cano tomó nota de ello. El jurista, al analizar la legislación del siglo XIX, expresó:

En la legislación positiva, y en el derecho intermedio, podemos encontrar que se han usado dos sistemas diferentes para el gobierno de las aguas: el de la centralización en

⁶⁸ Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/good-governance/about-good-governance>. Noviembre de 2024.

una sola autoridad, dentro de cada provincia, y el de la total descentralización mediante el otorgamiento a las municipalidades de la competencia para administrarlas.

El primero se ha empleado en Mendoza, durante todo el período intermedio, y se sigue usando. El otro es una de las causas del retraso que sufre la evolución de San Juan (...) porque impide la ejecución de una política uniforme de construcción de grandes obras de regadío y porque sustrae a ésta de las facultades del Estado provincial, librándola a las posibilidades pecuniarias y técnicas de los municipios, que son casi siempre escasas, sino nulas (1943, pp.18 y 19).

Durante el siglo XX también han coexistido diferentes posiciones sobre cuál es el mejor esquema de manejo para ciertos bienes. Estos debates aún persisten en el siglo XXI. Ostrom (2000) plantea que deben superarse las opciones que presentan al Estado o a la privatización como la única vía. Para la autora es posible construir alternativas basadas en la cooperación.

En cuanto al derecho positivo vigente de la República Argentina, cabe mencionar que la Constitución Nacional tiene una única mención directa al derecho a participar en una temática vinculada con el agua: es la realizada en el art. 42 al regular el derecho de los usuarios de servicios públicos. Aunque ni siquiera en este caso el agua es mencionada de forma explícita. También se ha asociado el derecho a participar con el art. 41, aunque esta cláusula no cuenta con el término participación en su texto. En cambio, dentro del bloque federal de constitucionalidad, se encuentra reconocido el derecho a la participación en la OGN 15.

En el plano supralegal, aunque infraconstitucional, el Acuerdo de Escazú protege los derechos procedimentales vinculados al ambiente sano. Entonces, es posible afirmar que el instrumento vinculante con mayor precisión en materia de participación ambiental, con su impacto en el ámbito hídrico, es el Acuerdo de Escazú. Sin embargo, no podemos desconocer que, en la pirámide normativa, el PDESC se encuentra por encima de Escazú. La OGN 15 sí debe ser tenida en cuenta al momento de interpretar el Pacto, producto del término “en las condiciones de su vigencia” que acuña el art. 75 inc. 22 de la CN (Véase Cap I.5.B.B).

Entre las provincias estudiadas, la única Constitución provincial que reconoce un derecho específico vinculado a la participación en el gobierno del agua es la de Mendoza. Este reaseguro no se encuentra presente en las CP de San Juan, Córdoba y Buenos Aires. De igual manera, todas estas provincias cuentan con leyes específicas destinadas a garantizar y regular la participación de los usuarios.

En la doctrina constitucional se ha utilizado el término de institucionalización de la desconfianza para describir el enfoque de participación ciudadana restringida en la Constitución Nacional de 1853-1860 y en la Constitución norteamericana. “El primer punto en común está dado por el hecho de que ambos modelos constitucionales apuntan al mismo cometido: la institucionalización de la desconfianza” (Linares y Giuffré, 2019, p.31). Es posible usar el término en sentido inverso respecto a la institucionalización de las organizaciones de usuarios durante el siglo XX. Se ha desarrollado la institucionalización de la confianza en que su participación es un reaseguro al buen uso del agua y al desarrollo social. En este capítulo se propone trascender estas conclusiones valorativas. Se indaga sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las normas que regulan las organizaciones de usuarios con el bloque federal de constitucionalidad actual.

El derecho español influyó, de forma decisiva, en muchos aspectos vinculados a la participación de los usuarios en las provincias argentinas. En el país ibérico, la participación ha sido caracterizada como un proceso espontáneo, asociado a la necesidad de realizar obras de conducción para el aprovechamiento productivo del agua (Del Saz, 2008). En la historia de algunas provincias argentinas, también se constata una importante participación de los usuarios en la realización de las primeras obras de aprovechamiento. Guillermo Cano expresa que:

Hasta 1852, la intervención estatal se limitó a reglar el uso de las aguas, y dejó librada —salvo contadas excepciones— a la actividad particular, la construcción de las obras de captación y distribución de aquéllas. En la fecha recordada, comienza el fomento financiero por el Estado, de la expansión del regadío, mediante la construcción de obras a costa del erario, o por medio de la concesión de préstamos con igual destino (1943, p.18).

Es decir que, en la provincia de Mendoza, hasta 1852 las obras de distribución fueron realizadas por particulares.

En el caso argentino se presentan ciertas particularidades que lo diferencian del derecho español. En primer término, el nacimiento del Estado-Nación es posterior a las provincias, las cuales son reconocidas en la propia Constitución como preexistentes. El dominio de los recursos naturales ha tenido distintas regulaciones constitucionales. La reforma constitucional de 1994 reconoció, en su art. 124, el dominio originario de las provincias sobre sus recursos naturales. Este término no ha sido pacífico, pero sea cual fuere la interpretación adoptada, queda claro que hay una protección especial de la relación entre cada provincia y sus recursos naturales⁶⁹.

La República Argentina adopta un sistema federal con competencias delegadas a la Nación, competencias reservadas por las provincias y competencias concurrentes entre ambas esferas de gobierno. Las regulaciones sobre el agua son una competencia reservada por las provincias. No obstante, existen competencias delegadas y áreas de concurrencia (regulación ambiental del agua).

Entre las competencias delegadas por las Provincias a la Nación se pueden mencionar: art. 75 inc. 12 dictado del código minero (que incluye delegación de hidrocarburos); art. 75 inc. 18 “Proveer lo conducente a la prosperidad del país” (incluye fomento de la industria y exploración de ríos interiores); art. 75 inc. 19 “Proveer lo conducente al desarrollo humano”, esta última es una competencia abierta que puede repercutir en la forma de aprovechamiento de los recursos naturales⁷⁰.

Las pautas a tener en cuenta para el análisis de las leyes locales serán las siguientes:

⁶⁹ Véase Cap. II.4.A.

⁷⁰ Cabe mencionar que esta organización constitucional no siempre fue así. Si bien las provincias siempre dictaron sus códigos de aguas, hubo intentos constitucionales de establecer modelos diferentes al actual. Un caso es el de la CN de 1949 (dejada sin efecto en 1956). El art. 68 inc. 14 delegaba en el Congreso de la Nación “establecer el régimen de las aguas de los ríos interprovinciales y sus afluentes”; mientras que, conforme al art. 83, el Presidente de la Nación ejercía el poder de policía en ríos interprovinciales. El art. 40 también establecía que “Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias”.

Estas regulaciones se encontraban en las antípodas del actual art. 124 de la CN.

- i) Existen titulares de derechos sociales vinculados al agua (derecho humano al agua).
- ii) Existen titulares de derechos colectivos vinculados al agua (derecho al ambiente sano y derecho humano al agua).
- iii) Existen titulares de derechos individuales vinculados al agua (derecho de propiedad-derechos adquiridos patrimoniales).
- iv) Existen obligaciones de adoptar acciones positivas para favorecer a grupos especialmente protegidos.
- v) Existe la obligación de crear canales de participación ciudadana en asuntos ambientales vinculados al agua.
- vi) Los usuarios, titulares de derechos patrimoniales, son a su vez titulares de derechos de participación vinculados con su título habilitante.
- vii) Coexisten concepciones disímiles en torno al agua como bien jurídico protegido.

III.2. La naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios

El derecho de aguas local es ambivalente. A la par que reafirma en las leyes locales el dominio público, ya expresado en el Código Civil histórico sobre la mayoría de las aguas, se concede una fuerte protección a los derechos patrimoniales para hacer uso del agua.

En el derecho comparado, la importancia de las comunidades de usuarios es tal que en España se da la particularidad que la personalidad jurídica de las comunidades de usuarios fue reconocida en fallos judiciales, previos a su recepción legal. No se trata de organismos autónomos sino corporaciones (Embid

Irujo, 2008)⁷¹. La antigüedad de las organizaciones de usuarios españolas ha sido estimada en más de 500 años⁷².

En particular, “en Latinoamérica la distribución y acceso al agua refleja relaciones preexistentes de inequidad” (Blanco, 2017, p.207). Estas inequidades permiten entender una distribución del agua con excluidos e incluidos, incluso de las propias organizaciones participativas.

En el plano histórico, Guillermo Cano sostuvo en 1943, sobre las comunidades de regantes de Mendoza del siglo XIX, que eran:

Sociedades de hecho, con personalidad de derecho público, desde que ejercían el poder impositivo sobre sus componentes, con los mismos privilegios e imperium del Estado. Estas sociedades, eran dirigidas, cada una, por su propio juez de canal o de hijuela, que tenía las mismas atribuciones que el Juez General de Aguas, pero circunscriptas a las personas que regaban por el respectivo cauce. En una palabra: les incumbía la gestión de los servicios de riego que interesaban sólo a grupos determinados de personas, esto es, de los servicios locales. Los llamo así por oposición a los de orden general que eran de atingencia del Juez del mismo grado (pp.22 y 23).

Entender si la naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios es pública o privada resulta clave para analizar bajo qué tamiz de razonabilidad se deben evaluar: el concepto de usuario; los sistemas electorales; la apertura hacia terceros y el contralor al que se encuentran sujetos. A continuación, se analiza la situación en cada una de las provincias bajo estudio.

En el caso de San Juan, los orígenes de la participación se encuentran en la ley de 1858 en su art. 6 que establecía: “a propuesta del Inspector General, el Supremo

⁷¹ Cabe preguntarse si la conformación de estas corporaciones en el contexto español tuvo algún tipo de vinculación con el sistema económico preexistente al actual, es decir el feudal. El plexo que se forma entre propiedad de la tierra, uso agrícola y concesiones perpetuas puede significar una reminiscencia de un sistema que basaba la producción de riqueza en la actividad agrícola. Ello excede al objeto de esta tesis, pero queda planteado como un interrogante para profundizar la vinculación de los paradigmas jurídicos con los sistemas económicos.

⁷² Ostrom expresa que:

El 29 de mayo de 1435, casi 50 años antes de que los residentes de Töbel firmaran sus artículos formales de asociación, 84 regadores abastecidos por los canales de Benacher y Faitánar, en Valencia, se reunieron en el monasterio de San Francisco para diseñar y aprobar reglamentos formales, los cuales especificaban quién tenía derecho al agua, cómo podía compartirse en años buenos y malos (...) Así, durante al menos 550 años y probablemente por casi cerca de 1.000, los agricultores han seguido reuniéndose con otros que comparten los mismos canales con el fin de especificar y revisar las reglas utilizadas, seleccionando funcionarios y determinando multas y contribuciones (2000, p.121).

Gobierno dividirá el territorio en tantos Departamentos como sean necesarios para el mejor arreglo de la irrigación”. La autoridad de estos Departamentos se encontraba encomendada a una comisión de tres vecinos que debían ser propietarios de fundos cultivados (art. 10). Las resoluciones de esta comisión eran apelables ante la Inspección General de Agricultura. Los requisitos para ser designado Inspector General por el Poder Ejecutivo eran pertenecer al Gremio agrícola de San Juan, ser poseedor de un capital de 10.000 pesos (al menos) y tener antecedentes de honradez e inteligencia en el ramo de su cargo (art. 3). Luego, la Ley de 1872 estableció en su art. 1 que las Juntas de Irrigación pasaban a denominarse Juntas Municipales y dejaban de ser presididas por subdelegados. Es decir que estas Juntas Municipales eran elegidas entre poseedores de fundos cultivados que debían cumplir con el requisito de ser propietarios.

La situación cambió con la Ley de 1928, esta norma centralizó la administración del agua, sistema que estuvo vigente hasta la sanción de la Ley 886 (actualmente 13-A). La ley 886 incorporó al gobierno del agua a los organismos de usuarios en calidad de personas públicas estatales descentralizadas. De todas formas, en sus orígenes, no estaba previsto que las Juntas departamentales ejecutaran obras ni contrataciones. Además, su sede se radicaba en “el local de la municipalidad cabecera del departamento” (art. 50). Recién con el Decreto Ley 57 de 1957 se modificó esta situación, en pos de una descentralización efectiva⁷³. El origen de estos organismos pone de manifiesto la dialéctica interés público-interés privado, trabajada en la doctrina (Martín, 2022).

La Ley 13-A es fiel reflejo de la ambivalencia. Es aún más notoria porque los usuarios también eligen directamente a los decisores de la administración primaria (consejeros) conforme lo regula el art. 12. Los organismos de usuarios son catalogados como entidades públicas descentralizadas (art. 5 y art. 42)⁷⁴. Es decir,

⁷³ Se incorporan al art. 57 atribuciones a las Juntas (inc. II hasta q), entre las que aparece la facultad de ordenar gastos. Un dato de importancia es que el art. 78 original expresaba “El Departamento de Hidráulica entregará a las municipalidades respectivas el diez por ciento de lo que recaude por concepto de canon de riego, dentro de la jurisdicción de cada comuna.” Este artículo se modifica y pasa a regular los depósitos a favor de cada Junta Departamental, desapareciendo los depósitos a favor de las Municipalidades. También se modifica el art. 50 para eliminar el asiento de las Juntas en la Municipalidad cabecera del Departamento. No obstante, la ley mantuvo (sin aplicación práctica) el inc. c del art. 77 que regula la conformación del patrimonio del DH e incluye “Lo que con igual objeto, dentro de sus respectivas jurisdicciones destinen las Municipalidades”.

⁷⁴ Cabe señalar que, en las restantes 23 jurisdicciones de la República Argentina, las leyes locales establecen que las organizaciones de usuarios son consorcios, asociaciones civiles u otro tipo de

se encuentran insertos dentro de la estructura administrativa del Departamento de Hidráulica (DH). Esto provoca una mayor rigidez en su desempeño, ya que no existe norma que los exima del cumplimiento de las leyes de procedimiento administrativo ni de administración financiera. Ello se traduce en excesivos formalismos que resultan muy difíciles o incluso imposibles de cumplir. Además, esta naturaleza jurídica dificulta los arreglos de elección colectiva. Ostrom, al sistematizar los principios del diseño de instituciones de autogestión de los recursos naturales, expresa que “la mayoría de los individuos afectados por las reglas operativas pueden participar en su modificación (2000, p.148)”. En las organizaciones de usuarios de San Juan, esta característica no se cumple. Producto de ser un organismo público estatal y de la rigidez de la Ley 13-A y del CAg, los usuarios carecen de capacidad de modificar las reglas operativas⁷⁵. Esta situación ha llevado a que, en la práctica, no puedan ejecutar obras ni contrataciones por sí mismos, lo que les ha hecho volver a un esquema centralizado en lo que respecta a esos temas.

El personal depende del inspector del DH. Este último oficia como secretario de la Junta departamental y es el jefe inmediato del personal de compartidores, llaveros y celadores. El personal es, según la ley, designado por el Consejo, aunque la normativa posterior del empleo público (Ley 142-A) ha regulado otros procedimientos de ingreso que son aplicados en la práctica. Nótese que el inspector técnico es representante del DH, mientras que se desempeña como secretario de un organismo descentralizado en el marco del propio Departamento, conforme lo establece el art. 38 inciso a. Por otro lado, tiene a su cargo al personal. Las Juntas proponen al personal, salvo al inspector, conforme lo regula el art. 57 inc. d, pero no tienen competencia directa para el manejo del personal. Los empleados se encuentran directamente subordinados a la Dirección General del Departamento según lo establece el art. 33 de la ley.

persona pública no estatal. San Juan es el único caso en que, a raíz de la redacción de la Ley 13-A, se trata de personas públicas estatales insertas en la estructura de la administración.

⁷⁵ Esta afirmación no niega el hecho de que, en muchas ocasiones, los usuarios modifiquen en la práctica ciertas reglas establecidas en las normas formales. Sin embargo, la precariedad de esas modificaciones genera inseguridad dentro del sistema. No se trata de la modificación de la regla, sino de su incumplimiento.

Por otro lado, cabe preguntarse si el inspector técnico debe vigilar a la propia Junta departamental o si se encuentra subordinado a sus indicaciones⁷⁶. En el terreno fáctico esto tiene una gran implicancia, ya que las Juntas se componen de usuarios, por ende, no es lo mismo vigilar a estos organismos que cumplir sus órdenes. Esta situación cobra especial relevancia porque el Consejo del Departamento de Hidráulica tiene facultades para intervenir las Juntas departamentales, conforme al artículo 20 inc. u. Entonces ¿puede el inspector elevar informes que permitan la intervención de las Juntas por el Consejo? El inc. b del artículo 38 parece habilitarlo, aunque en la práctica se torna confuso, más aún si se tiene en cuenta que el propio inspector trabaja como secretario de la Junta.

En función de lo analizado, se puede sostener que existe un intento de controlar a las Juntas mediante la figura del inspector. Sin embargo, la terminología utilizada para definir sus funciones no lo refleja con claridad suficiente, tiende a confundir la naturaleza de la relación del inspector con las Juntas ¿Se trata de una relación de control? ¿De coordinación? ¿De subordinación? Quizás lo más correcto sea entender que realiza una función de coordinación, no obstante, ante el pedido de un órgano jerárquicamente superior podría realizar un control sobre la propia Junta.

En síntesis, en San Juan las Juntas departamentales son organismos públicos descentralizados (naturaleza pública estatal) bajo el control del Consejo del DH, en el cual también participan los usuarios. El nexo funcional es el inspector técnico, cuyas funciones son confusas producto de la redacción de la ley.

En el caso de Mendoza, la Ley 6.405 establece, en su art. 2, que las inspecciones de cauces son personas de derecho público sin fines de lucro, gozan de autarquía y plena capacidad para actuar en los ámbitos del derecho público y privado. Si bien el artículo en sí mismo no lo dice de manera explícita, de su interpretación se puede inferir que se trata de entidades públicas no estatales.

En la provincia de Córdoba, la Ley 6.604 regula específicamente a los consorcios. En su art. 3 establece que los Consorcios de usuarios “una vez constituidos y

⁷⁶ El art. 57 inc. m establece como atribución de las Juntas: “utilizar los servicios de los Inspectores Técnicos en todo lo referente a la distribución del agua de regadío y trabajos autorizados en el departamento con sujeción a las normas que reglamenten las funciones de los mismos”.

reconocidos por la autoridad de aplicación serán personas de derecho público”. Cuentan “con capacidad para actuar de conformidad con las leyes generales sobre la materia y las leyes especiales referidas a su funcionamiento”. El análisis íntegro de la ley permite afirmar que se trata de personas públicas no estatales, ejemplo de ello son las atribuciones de la Comisión Directiva (art. 24).

Respecto al término consorcio, cabe recuperar lo expresado por Marienhoff:

En el proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Buenos Aires, preparado en 1939, al instituir el "consorcio" como persona jurídica de derecho público, se dice que hasta entonces el régimen legal de los consorcios no había sido estatuido de manera orgánica y sistematizada en nuestra legislación. Ello es exacto, sin perjuicio de que, como lo indico en la precedente nota 244, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1934 ya hacía referencia a los "consorcios" (...) El consorcio no es una "sociedad": es una mera "unión" formada para la gestión o la defensa de intereses comunes (...) La doctrina, acertadamente, les reconoce carácter de personas jurídicas públicas, que podrán ser "estatales" o "no estatales", según los casos (2003, Tomo I, p.222).

Esto pone de manifiesto que el término consorcio no era habitualmente usado en el derecho argentino, aunque sí tenía antecedentes. Nótese la diferencia respecto a Cano, este último caracterizaba a las organizaciones de usuarios como sociedades de hecho.

En la actualidad, el CAg de Buenos Aires no define con exactitud su naturaleza jurídica, pero la interpretación de la norma permite afirmar que sus características son coincidentes con las de las personas públicas no estatales. En particular, esta afirmación se justifica en las atribuciones y forma de organización que surge de los arts. 129, 130 y 131. Una característica que los distingue de los organismos estatales es que los consorcios nombran y remueven su personal sin estar sujetos al régimen del empleo público. Su naturaleza jurídica es similar a la de otras organizaciones de usuarios que ostentan otro *nomen iuris*, como es el caso de las Inspecciones de cauce de Mendoza.

En Buenos Aires, también se puede citar el caso de la Corporación de Fomento del Río Colorado (CORFO), cuyo Decreto Ley de creación establece que se trata de una entidad autárquica con capacidad de derecho público y privado. La norma

aclara que sus relaciones con el Poder Ejecutivo serán mantenidas por intermedio del Ministerio de Asuntos Agrarios (art. 1).

En todas las provincias analizadas existe un denominador común: el proceso de conformación de estas entidades implica la existencia de intereses privados asociados con un sentido corporativo, que por delegación del Estado realizan una función pública. Estas organizaciones ostentan un lugar central en la gestión hídrica, ya que son el último administrador en la cadena de aprovechamiento del agua. La correcta distribución impacta en la producción y el desarrollo de cada una de las provincias.

Las cuatro legislaciones examinadas regulan organizaciones de usuarios cuya naturaleza jurídica es de persona pública (estatal o no estatal). Si bien las competencias de las personas públicas no estatales presentan un grado mayor de flexibilidad respecto a las estatales, de igual modo están restringidas a facultades vinculadas con el cumplimiento de sus fines públicos. Las organizaciones de usuarios llevan adelante funciones públicas, mientras que el derecho a participar se estructura en base a títulos privados. En la jurisprudencia interamericana se ha sostenido que:

La acción de toda entidad, pública o privada, que está autorizada a actuar con capacidad estatal, se encuadra en el supuesto de responsabilidad por hechos directamente imputables al Estado, tal como ocurre cuando se prestan servicios en nombre del Estado (Ximenes Lopes, citado en Justo, 2025, p.72).

Es decir, el Estado podría responder internacionalmente por la actividad de las organizaciones de usuarios. En este contexto, cobra aún más importancia debatir en torno al modo en que se gradúa la participación. A excepción de la provincia de Buenos Aires, la participación no se mide meramente con la cualidad corporativa en sí misma (ser usuario privativo), como es el caso de los Colegios profesionales, sino mediante la cuantía de bienes. Esto queda reflejado en las escalas que aumentan los votos según la cantidad de hectáreas. A diferencia de otras personas públicas no estatales, estas organizaciones no realizan meramente una función de control sobre los usuarios, sino de coordinación y explotación económica sobre un bien de dominio público. Este punto será retomado en el Cap V.6.A.

En síntesis, la naturaleza jurídica de las organizaciones de usuarios, conforme lo expresan las leyes locales, puede resumirse de la siguiente manera:

Provincia	Público estatal descentralizado	Público no estatal
San Juan	X	
Mendoza		X
Córdoba		X
Buenos Aires		X

III.3. La naturaleza jurídica de los actos de las organizaciones de usuarios

La naturaleza jurídica de los actos de las organizaciones de usuarios se presenta impura o mixta. Esta es una característica común de las personas públicas no estatales, en este caso, presenta ciertas particularidades.

Para Gordillo el acto administrativo “es una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos directos” (2013, p.9). Bielsa define al acto administrativo en sentido material o sustancial “como decisión, general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellos” (2017, p.540). Hay coincidencia entre la posición de Gordillo y la de Bielsa, aunque este último es más preciso al hablar de tres posibles efectos sobre “derechos, deberes e intereses” que pueden ser tanto sobre otra entidad administrativa o el particular. Las organizaciones de usuarios no cumplen estrictamente con una función administrativa, ergo sus actos no son administrativos, pero se encuentran alcanzados por ciertas limitaciones del derecho público. En San Juan se da una situación peculiar ya que se trata de entidades públicas descentralizadas, sus actos, en principio, debieran ser lisa y llanamente actos administrativos.

La ley 13-A define a los organismos de usuarios como entidades descentralizadas dentro del DH. No se establece excepción alguna al procedimiento administrativo. Al momento de su sanción, no se encontraba vigente la actual ni la anterior ley de procedimiento administrativo. Esto reafirma lo sostenido: producto de su naturaleza jurídica las Juntas debieran dictar actos administrativos. Ahora bien, no cuentan siquiera con el servicio jurídico de asesoramiento, por lo que resulta imposible el cumplimiento del art. 17 inc. 5 de la ley 1995-A⁷⁷. No resulta viable, producto de la estructura y la labor de la Junta, que cada uno de sus actos cumpla con los requisitos y el procedimiento de los actos administrativos.

A contrario sensu, si no son actos administrativos ¿qué tipo de actos son? Tampoco son actos mixtos o similares a los de las entidades públicas no estatales, ello no está habilitado por la ley. Sus actos han quedado subsumidos en una especie de anomia. En cuanto a su impugnación, el art. 20 inc. q estipula que es el Consejo quien debe “decidir en primera y única instancia en los asuntos entre las Juntas departamentales y en Segunda Instancia entre las Comisiones de regantes y en los recursos que se interpongan contra las resoluciones de las Juntas departamentales”.

En el caso de Mendoza, las inspecciones de cauce tienen plena capacidad para actuar en el ámbito público y privado, esto no necesariamente implica que se deban expedir mediante actos administrativos en el ámbito público. Las inspecciones se expresan mediante actos propios, cuya regulación no se encuentra condicionada a los recaudos de un acto administrativo y puede ser un acto de carácter privado. En otros casos, esos actos están sujetos al control de una autoridad administrativa, ejemplo de ello es la aprobación del presupuesto y la rendición de cuentas (art. 5 ley 6.405). Por otro lado, el art 23 de la Ley 6.405 expresa que:

La fiscalización pública de las inspecciones de cauces y de las asociaciones de inspecciones estará a cargo del departamento general de irrigación, pudiendo incluso

⁷⁷ Art. 17 inc. 5. Procedimiento: Es el conjunto de trámites y diligencias previstos en el ordenamiento jurídico tendientes a la preparación, formación y ejecución del acto administrativo. El dictamen jurídico proveniente de los servicios jurídicos permanentes de asesoramiento legal del Estado, se considera esencial cuando el acto pueda afectar derechos subjetivos, intereses legítimos o pueda incidir en la hacienda pública. El dictamen debe ajustarse a las normas de aplicación vigentes, a los principios que informan al derecho administrativo teniendo en cuenta, además, el control de convencionalidad.

intervenir administrativamente la inspección o la asociación, de oficio o a petición de los usuarios, cuando existan causas graves que así lo justifiquen (inc. j).

Es menester detenerse en el régimen que se reguló para el personal de las inspecciones. El traspaso de los empleados, previsto a partir de la Ley 6.405, mantuvo el régimen de derecho público para el personal de irrigación que pasaba a la inspección. El art. 25 expresa que:

Se regirá por las normas del derecho público aplicables a los tomeros ya comprendidos, salvo en lo que respecta a su estabilidad laboral. Dicha estabilidad cesará cuando así lo disponga la asamblea ordinaria o extraordinaria de la inspección de cauce respectiva.

Si el cese de la relación fuese sin causa, el tomero percibirá la indemnización prevista en el art. 16 de la Ley 5.811. En cuanto al nuevo personal que la inspección incorpore, se establece que se regirá por “las normas de derecho laboral privado y por las convenciones colectivas que pacten la representación de los empleadores con la representación gremial de los empleados” (art. 25). En síntesis, resulta claro que las inspecciones de cauce no emiten actos administrativos, sus actos se enmarcan dentro de una naturaleza jurídica mixta. Están sujetos al control de irrigación y a ciertos procedimientos del ámbito público para materias específicas, como es el caso del diseño del presupuesto y la rendición de cuentas.

Más allá de lo analizado en el párrafo precedente, es loable preguntarse, ante quien se impugnan los actos de las inspecciones de cauce ¿hay una vía judicial expedita? La respuesta es negativa, ello las coloca en una situación diferente frente a otras personas jurídicas no estatales. La propia ley establece que el Superintendente y los subdelegados deben vigilar el cumplimiento de las atribuciones, deberes y funciones asignadas a las inspecciones y asociaciones. En caso de que un usuario impugne un acto de la inspección, se realiza ante el subdelegado o en su ausencia ante el Superintendente, conforme lo recepta el art. 9 inc. f de la Ley 6.405. Esta cláusula, al enumerar las funciones del inspector, incluye:

Resolver en primera instancia, con el carácter de juez de canal o hijuela, los conflictos que se planteen entre los usuarios con motivo del uso y la preservación de las aguas, con apelación ante el subdelegado de aguas de esta jurisdicción o por el superintendente ante la falta del subdelegado.

Se trata de una modalidad específica y excepcional que no requiere acto administrativo en sí mismo, aunque luego sí procede como una vía recursiva ante el Departamento General de Irrigación (DGI).

En el caso de Córdoba, una vez otorgada la personería jurídica por la autoridad de aplicación, los consorcios se expiden a través de sus órganos. La Asamblea, órgano máximo del consorcio, se pronuncia a través de resoluciones. Los actos de la Asamblea y de la Comisión Directiva no son actos administrativos, solo se presenta la duda en el caso de la solicitud de sanciones a la autoridad de aplicación, conforme al art. 24 inc. j. De todas formas, dicha solicitud puede ingresar como un pedido del administrado y no estar sujeta a un procedimiento administrativo en el consorcio.

La Ley 6.604, en su art. 2, establece que “la autoridad de aplicación tendrá facultades jurisdiccionales de control y vigilancia en la constitución y el funcionamiento de los Consorcios de Usuarios” ¿esto implica una vía recursiva habilitada? No es clara la norma en cuanto a ello. La autoridad sí tiene atribuciones para intervenir los consorcios, conforme lo recepta el art. 41 de la Ley.

El CAg de Buenos Aires regula que una vez constituido el consorcio, aprobados sus estatutos por la autoridad del agua, sus órganos y actos quedan regidos por el mismo, tampoco hay actos administrativos. El art. 131 del CAg refiere, en más de una ocasión, al ejercicio de las facultades del consorcio mediante resoluciones propias de la Asamblea o del Consejo Directivo. También aclara que el personal será nombrado y removido por el Consejo Directivo. En esta legislación, el recurso ante la autoridad del agua está claramente previsto. El art. 133 expresa que “las resoluciones del Consorcio obligan a todos sus integrantes, incluso a los disidentes y ausentes”. Toda resolución de sus órganos, Consejo Directivo y Asamblea, podrá apelarse por ilegitimidad ante la Autoridad del Agua, dentro de los quince días siguientes. Es decir que sus actos, aunque no sean administrativos, resultan apelables ante la administración. En ese caso comienza a regir un procedimiento análogo al de un recurso administrativo.

En síntesis, en Mendoza, Córdoba y Buenos Aires los actos de los consorcios no son administrativos, aunque hay un control de la autoridad que podría habilitar una vía recursiva (o similar) ante la administración. En el caso de Mendoza y

Buenos Aires ello está expresamente regulado. En San Juan opera la situación inversa, se trata, en principio, de actos administrativos, pero las competencias y estructura de las Juntas departamentales no están preparadas para cumplir con los requisitos que implica la emisión de un acto administrativo. Esto ha provocado una especie de anomia producto de la falta de adecuación de la normativa⁷⁸.

Es complejo encorsetar a los actos de las organizaciones de usuarios en una categoría pura. La peculiar actividad que llevan adelante y su origen preexistente a muchas categorías jurídicas actuales, hace que sus competencias y actos no sean fácilmente catalogables. Esto suma un elemento de complejidad, una zona de indeterminación del derecho que dificulta las aplicaciones de estándares de razonabilidad y previsibilidad en la solución de los conflictos de derechos.

III.4. El concepto de usuario privativo del agua

Las leyes de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires receptan la diferencia estructural entre uso común y uso especial. Este tema ya ha sido estudiado en trabajos previos (Sanna, 2022). En esta oportunidad se busca desentrañar el concepto de usuario que deriva del uso especial.

En primer término, cabe señalar que las leyes que rigen la participación y/o estructura de los consorcios utilizan el término usuario como sinónimo de uso especial, resultando excluido el uso común. Esto marca una primera pauta a tener en cuenta. La categoría uso común-uso especial ha devenido, en cierta medida, como un elemento discordante o al menos ajeno al marco normativo del agua a nivel constitucional (Martín, Pinto y Torchia, 2011). Parte del contenido del uso común ha quedado subsumido en el del derecho humano al agua, su carácter prioritario ya no debe basarse en una mera expresión sin acción en su titular, como fue conceptualizada durante gran parte del siglo XX (Martín, 2022). No obstante,

⁷⁸ La ley 13-A es la más antigua de las estudiadas. Es cierto que la ley de aguas de 1884 de Mendoza es previa, pero la participación de los usuarios se reformuló mediante la ley 6.405 del año 1996.

ello no ha tenido su correlación en la ampliación del concepto de usuario en la normativa local.

Lo segundo que se debe tener presente es que conviven diferentes acepciones del término usuario en el ordenamiento jurídico. En el derecho español se ha sostenido que existe una división entre usuario directo y usuario indirecto. Los primeros son los que realizan el aprovechamiento por concesión u otro título; mientras que el indirecto es el receptor de un servicio regulado por la ley de consumidores y usuarios (García Vizcaíno, 2008).

El término usuario en las leyes locales de aguas es utilizado de manera diferente al que actualmente se reconoce en la Constitución Nacional (Sanna, 2022). El art 42 de la CN ha tomado un concepto de usuario de servicio público que abarca a todo aquel que es beneficiario del mismo. Es decir que, si se toma en cuenta el bloque federal de constitucionalidad, se puede sostener que el término usuario abarca a los usos domiciliarios del servicio público, pero no precisamente al titular de concesión para el uso privativo.

El usuario del uso común y el usuario del servicio público no son técnicamente usuarios para las leyes que regulan la participación en el derecho local. Los usuarios, en clave de derecho provincial, son los titulares de usos privativos otorgados (mayormente) por concesión asociada a la propiedad del inmueble. En tal sentido, es importante citar el concepto expuesto en el derecho español, “usuarios, así, serían todas aquellas personas físicas o jurídicas que cuentan con un título suficiente para el uso privativo del agua, sea este consuntivo o no” (Embid Irujo, 2008, p.17). En el derecho argentino, la forma de acceder al título suficiente se ha acotado a las figuras del permiso y la concesión⁷⁹.

Miguel Marienhoff ha sostenido que la concesión de uso de aguas está motivada por el interés privado.

En materia de "concesiones", sólo tratándose de las de servicio público o de las de obra pública, el interés público aparece "directamente" contemplado, constituyendo, entonces, la causa directa de otorgamiento del acto; pero tal interés público no aparece

⁷⁹ Durante el siglo XX también se incorporaba a la prescripción. “Las provincias pueden establecer si ese derecho de uso especial ha de ser adquirido mediante "concesión", como ya lo dice el Código Civil, o si por el contrario podrá también serlo por otro u otros de esos medios jurídicos: "permiso" o "prescripción".” (Marienhoff, 2003, p.140).

directamente contemplado cuando se trata de concesiones de "uso" del dominio público stricto sensu, en las que sólo se tiene en cuenta el interés privado del concesionario, verbigracia, concesión de aguas para irrigación (...) La concesión de "uso", stricto sensu, se otorga en interés privado del concesionario, sirviendo como ejemplo de esto las recordadas concesiones de agua pública para riego. (Marienhoff, 2003, Tomo V p.174).

El criterio del reconocido autor no resulta plenamente aplicable en la actualidad. A razón de que no es posible, en el estado actual del desarrollo de las sociedades, entender que propiciar la actividad privada, a través del uso de un bien público, no tiene una asociación directa con el interés público. Sin embargo, es una pauta que permite identificar la preponderancia que tuvo el interés privado en el otorgamiento y configuración de los derechos de aguas que funcionan como credencial legitimadora para la participación.

En la provincia de San Juan, la Ley 13-A establece la estructura del Departamento de Hidráulica y sus organismos descentralizados, entre los que se encuentran las Juntas departamentales y las Comisiones de regantes. El art. 69 expresa que todo concesionario de agua pública o su representante legal tiene “derecho a voto y la obligación de emitirlo”. El concepto de usuario se circunscribe a ser concesionario en términos formales. El art. 35 del CAg de San Juan regula todos los recaudos que se deben cumplimentar para acceder a una concesión. Entre ellos se encuentra acreditar el título de propiedad para el caso de concesiones reales (inc. e). Luego, la propia ley establece el principio de inherencia en el art. 44, por lo que cabe preguntarse si existe alguna concesión prevista en la ley que no sea considerada real. Más allá de la cuestionable técnica legislativa, sí hay concesiones personales, dada su naturaleza no asociada a un inmueble, entre las que están las recreativas y las hidroenergéticas.

Las concesiones agrícolas son las que mayor hectareaje tienen asignado, con un total de 165.569 ha sobre 177.002 ha totales (Gobierno de San Juan, 2023). Es decir que representan el 93% de los usos totales. Por ende, al menos el 93% de las concesiones otorgadas son reales y están sujetas al requisito de tener título de

propiedad, sin perjuicio de que este número puede aumentar ya que la gran mayoría de las concesiones son reales⁸⁰.

El usuario para la legislación de San Juan es necesariamente un propietario o su representante legal. Esta regulación encuentra una excepción explícita regulada en el art. 68: “usuarios en los casos de arrendamientos, anticresis o contratos de mejoras, por los cuales se haya entregado la posesión del inmueble por un término no menor de tres años”. Es un reconocimiento a los tenedores, pero limitado ya que debe acreditarse el instrumento jurídico del contrato. Si bien no resulta expreso de la letra del texto, se entiende que debe venir suscripto por el propietario o por persona con facultades suficientes (habilitada por el propietario).

La Ley 6.405 de Mendoza, en su art. 2, expresa que “las inspecciones de cauce se constituyen de pleno derecho por todos los usuarios titulares de derecho de uso de aguas públicas”. Esta definición marca que no se trata de cualquier sujeto que hace uso del agua, sino de un titular del derecho. La Ley 5.302 entre los requisitos para ser elector menciona de manera expresa “ser propietario de inmueble beneficiado con concesión para uso de agua publica superficial, de por lo menos 1.000 M2 empadronado en el cauce cuyas autoridades se elijan” (art. 3). Por su parte, el art. 8 expresa que “tendrán derecho a votar aquellos usuarios que se encuentren al día con sus tributos”. El resto de los usuarios tendrá derecho a voz. Es decir que para ejercer el voto es necesario el título y el cumplimiento de obligaciones económicas⁸¹.

La Ley 5.302 también regula los requisitos para ser candidato y el método de elección en las inspecciones de cauce. Su art. 2 señala que los inspectores y delegados de las inspecciones de cauce “serán elegidos por los concesionarios empadronados en cada una de ellas, por simple mayoría de votos emitidos y por el sistema de lista completa y durarán cuatro (4) años en sus funciones”. El inc. b

⁸⁰ En la consolidación del sistema jurídico argentino, el reconocimiento del sistema de título y modo como requisito para ser titular de un derecho real devino en la exclusión de sujetos sociales que no accedieron al título formal del inmueble bajo su posesión. Un caso icónico de ello es el de los pueblos indígenas, cuyo reconocimiento recién impactó en la última reforma constitucional, sin que haya tenido su correlación en el derecho local.

⁸¹ En este trabajo no se estudiarán las discusiones sobre el contenido de las obligaciones económicas y las implicancias que ello tiene en relación a la participación. Sobre el régimen económico del agua puede consultarse: Embid Irujo, Antonio (Dir.). (2009). Régimen Económico Financiero del Agua. Los precios del Agua. Pamplona, España: Thomson Reuters.

del art. 3 reafirma lo sostenido en párrafos precedentes: para ser inspector se requiere ser propietario del inmueble con la concesión para uso de agua pública superficial para mil (1.000) metros cuadrados.

En la provincia de Córdoba, la Ley 6.604 establece, en su art. 8, un criterio amplio: “todos los usuarios cualquiera sea la naturaleza de su derecho ya sean persona de existencia física o ideal, de la jurisdicción del Consorcio”. Esto incluye, a priori, permisionarios y concesionarios. Los consorcios en Córdoba cuentan con dos órganos: la Asamblea y la Comisión Directiva. El art. 19, entre los requisitos que enumera para ser miembro de la Comisión Directiva, incluye expresamente a los permisionarios⁸². Esto debe completarse con el art. 50 del CAg que en su inc. 6 expresa: “los permisos también se otorgarán para los usos de aguas públicas que sólo pueden otorgarse por concesión a quienes no puedan acreditar su calidad de dueños del terreno”. En Córdoba se ha flexibilizado el requisito de ser propietario para ser miembro de un consorcio. El usuario cordobés de la Ley 6.604 puede ser tanto el concesionario (titular dominial) como el permisionario (poseedor o tenedor). No obstante, debe señalarse que el permiso es un título precario.

En el caso de Buenos Aires, el art. 126 del CAg estipula que los consorcios serán integrados por los beneficiarios de obras hidráulicas. El Decreto Reglamentario del CAg agrega que la aprobación de consorcios por parte de la autoridad del agua requerirá la existencia de una obra hidráulica o un proyecto definido por los particulares interesados. Aquí se puede notar un concepto que trasciende al de usuario privativo en términos clásicos. Su creación es finalmente una potestad de la autoridad del agua, pero los beneficiarios tienen el poder de veto en caso de oposición del treinta por ciento de sus eventuales integrantes. El art. 127 (segundo párrafo) aclara que cuando el beneficiario sea una ciudad o pueblo, la autoridad municipal respectiva será miembro del consorcio. También podrán integrarlo los organismos estatales o privados prestatarios de servicios públicos de provisión de agua. Es menester recalcar que dentro de los beneficiarios pueden encontrarse

⁸² Sin embargo, la parte final del artículo agrega que “en los lugares donde la Autoridad de Aplicación sólo otorgue derechos de usos de agua mediante permisos o los haya concedido por empadronamiento, la Comisión Directiva podrá ser integrada por los titulares de los mismos”. Esto plantea el interrogante sobre cómo debe interpretarse este artículo. Una visión restringida podría sostener que la participación de los permisionarios (en la Comisión Directiva) sólo es posible en los consorcios cuyos usuarios son exclusivamente permisionarios (sin existir concesionarios).

permisionarios, a los cuales, conforme al art. 35 del CAg, no se les solicita el título de propiedad para participar.

En la normativa de Buenos Aires también se prevé la existencia de consorcios para el abastecimiento poblacional y el saneamiento. En el Anexo I de la Resolución ADA N 106/2017 se regulan los consorcios de provisión de agua de consumo humano. Estas organizaciones administran proyectos para la provisión de agua para consumo domiciliario y saneamiento en áreas que estén fuera de la zona servida por parte del concesionario, así como también fuera de la zona planificada para recibir (en breve) los servicios de agua de red y saneamiento⁸³.

Además de las normas citadas, se debe tener presente la regulación del CORFO. El art. 3 del Decreto Ley establece sus competencias, entre las que se encuentran un cúmulo de facultades que engloban administración primaria y secundaria del agua. En particular se destaca el inc. c (modificado por la ley 12.257):

Estudiar, proyectar, ejecutar y explotar las obras de canalización y desagües, que permitan el mejor aprovechamiento del caudal del río Colorado en su curso por el territorio de la Provincia. A tal efecto podrá otorgar y anular permisos y concesiones para el uso del agua del dominio público de acuerdo lo especifique la reglamentación de la presente ley, y el Código de Aguas.

El art. 12 establece que “la Corporación contará con un Consejo Consultivo que estará integrado por cuatro (4) miembros y sus suplentes designados por las entidades representativas de los regantes de la zona, que serán establecidas por la reglamentación”. Estos consejeros no reciben retribución por sus funciones, duran cuatro años y pueden ser reelectos (art. 14). Nótese que el artículo refiere a entidades representativas de los regantes. El art. 7 del Decreto reglamentario (1806/1988) expresa que es competencia de la Corporación otorgar y anular permisos, pudiendo conceder los mismos sin la exigencia de la titularidad del dominio, debiendo abonarse para ello por adelantado el monto que por Resolución se determine. Nótese que el concepto de regante incluye al permisionario. El Decreto reglamentario enumera los requisitos para ser miembro del Consejo Consultivo, entre ellos incluye “ser titular de agua pública para riego ya sea privativamente o compartida” (art. 16). No aclara que la titularidad sea mediante

⁸³ Recuperado de <https://ada.gba.gov.ar/consorcios-faq/>. Mayo de 2024.

concesión, esto permite que los permisionarios queden incluidos. Un requisito distintivo es que resulta necesario haber residido en la zona de influencia de los Partidos de Villarino y Patagones consecutivamente los dos años anteriores a la elección y siete años alternados. En este caso hay una reducción del usuario al residente. En los otros casos analizados, la inexistencia de este requisito permite que un usuario participe sin ser residente, pudiendo tener su actividad en dicho lugar, pero no su domicilio real. La ley 13-A de San Juan establece como requisito “tener domicilio en la Provincia con antigüedad no menor de tres años” (art. 43), no obstante, no aclara que sea el domicilio real⁸⁴.

El Decreto Reglamentario establece, en su art 20 inc. 5 d., como requisito para ser miembro del Directorio “ser titular de una concesión de riego individual o en condominio”. Es decir, hay una distinción entre los requisitos para formar parte del Consejo Consultivo y del Directorio de un consorcio. En este último caso, sí está restringido a los concesionarios. Ello también constituye una diferencia con la regulación de los consorcios regidos por el CAg.

El estudio realizado permite afirmar que el sistema, por regla general, brinda mayor seguridad a los concesionarios (propietarios), aunque ello no implica la existencia de normativas homogéneas entre las distintas jurisdicciones. En el caso de San Juan y Mendoza existe una participación excluyente, en los casos de Córdoba y Buenos Aires, hay una apertura hacia los permisionarios y beneficiarios de obras respectivamente. Ninguna de las legislaciones recepta acciones positivas destinadas a garantizar la participación de ciertos grupos al interior de estas organizaciones, por ejemplo: mujeres y agricultores de subsistencia. Tampoco están previstas categorías que garanticen el control ciudadano en torno a los usos del agua.

En síntesis, el concepto de usuario en las leyes de San Juan y Mendoza es restrictivo y excluyente. En Córdoba y Buenos Aires presenta mayor flexibilidad, aunque no ha trascendido las categorías de uso común-uso especial. De todas formas, la propia OGN 15 impone el deber de respetar los sistemas sociales

⁸⁴ En cambio, el art. 13° de la ley, entre los requisitos para ser consejero en representación de los usuarios, sí utiliza el término “residencia”.

preexistentes, esto lleva a preguntarse ¿podría ello ser invocado por los usuarios privativos con concesiones otorgadas hace décadas?

“Los derechos procedimentales pueden ser tanto derechos a que se establezcan determinadas normas procedimentales, como derechos a una determinada interpretación y aplicación concreta de normas procedimentales” (Alexy, 2017, p.420) El estatus preferencial de los usuarios privativos en la gobernanza del agua es parte de un derecho procedimental. Sin embargo, reconocer canales específicos de participación de otros sujetos sociales, mediante la adopción de un concepto amplio de usuario e incluso haciendo parte a los ciudadanos, no representa en sí un conflicto de derechos con los usuarios privativos. La ausencia de ello implica una omisión respecto a las obligaciones que nacen desde el bloque federal de constitucionalidad. En cambio, agregar a dicho reconocimiento modificaciones a la regulación de las organizaciones de usuarios que limiten su lugar preferencial y/o sus competencias, sí puede significar un conflicto de derechos, ya que se afecta un derecho procedimental. Esta enunciación no implica aceptar que las leyes de usuarios tengan contenidos pétreos, pero sí deberá asumirse que hay modificaciones que no pueden realizarse sin una debida ponderación de las pretensiones en pugna.

III.5. La concepción del agua en las leyes locales

En este apartado se estudia la concepción del agua en las leyes de cada provincia. Se tendrán en cuenta las categorías descriptas en el Cap. I.: bien colectivo, bien social, bien susceptible de aprovechamiento individual.

El agua de dominio público no pierde su calidad de tal hasta que se convierte en otro producto. El título habilitante es un requisito para el uso del agua, salvo por la categoría de los usos comunes. Entonces cabe preguntarse ¿cuál es el interés que existe para concesionar un bien de dominio público? Hay una combinación entre el interés público con el interés privado de los usuarios de utilizarlo para fines propios. Este uso particular está sujeto a que se contribuya al bienestar general.

Las leyes de aguas de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires presentan, en distinta medida, cláusulas propias de una visión del agua como bien susceptible de aprovechamiento individual asociado a un paradigma dominial. Las características del modelo dominial son la visión reactiva y extractiva sin mayores limitaciones ambientales (Lorenzetti y Lorenzetti, 2018). El agua, bajo este enfoque, es considerada un insumo exclusivo para el progreso económico del grupo social dominante.

En San Juan, la división de la provincia en tres zonas, realizada en el art. 10 de la Ley 13-A, no obedece a criterios de cuenca⁸⁵. A su vez, no hay competencias ni obligaciones vinculadas al ambiente en las atribuciones de los organismos de usuarios que se enumeran en los arts. 57 y 65. No se prevén canales de participación popular conforme a lo que ordena la OGN 15 ni la especial protección de ciertos grupos. El CAg tampoco tiene cláusulas que permitan, de manera indirecta, complementar este paradigma en materia de participación. El requisito de la publicación de edictos (art. 36) durante el trámite de nuevas concesiones es insuficiente para sostener que ha ingresado un instrumento vinculado a entender al agua como bien social y/o colectivo.

En el caso de Mendoza, los arts. 12 y 13 de la LAg demuestran el carácter reactivo del modelo. Los límites al dominio público están preconcebidos por los derechos adquiridos, lo cual se reconoce de manera concomitante a que se regula con claridad el procedimiento para nuevos títulos habilitantes. Es decir, la ley de aguas nació con derechos ya adquiridos. El art. 12 expresa que “el dominio público está limitado por el derecho que los particulares, propietarios de terrenos cultivados, tienen adquirido”. Por su parte, el art. 13 agrega que “el derecho reconocido en el artículo precedente es el de aprovechar el agua para el riego de los terrenos cultivados, o para otros objetos industriales, en la proporción y bajo las condiciones establecidas en la presente Ley”. En la Ley de Aguas no hay cláusulas que sean producto de entender al agua como un bien colectivo o social en beneficio de ciertos grupos especialmente protegidos.

La Ley 6.405 tampoco regula competencias ni obligaciones vinculadas con la faceta ambiental. Ejemplo de ello es el art. 9 inc. c: “administrar y distribuir el

⁸⁵ Este tema será profundizado en el Cap. IV.

agua en función de los distintos usos y las categorías de los derechos empadronados, con criterios de equidad y eficiencia”. Lo expresado no implica sostener que el accionar de las inspecciones importa un impacto ambiental negativo, sino poner en evidencia que la regulación de dichas entidades no ha trascendido la concepción dominial del agua. Esto dificulta compatibilizar la labor de las organizaciones de usuarios con los derechos colectivos. La única regulación que es producto de un enfoque ambiental (oculto) es la que obliga a adoptar todas las medidas necesarias para “prevenir, impedir y reducir la contaminación de las aguas o el deterioro de los cauces y preservarlos de cualquier otro efecto nocivo” (Ley 6.405, art. 9 inc. n). Nótese que ello no tiene en cuenta el impacto que dicho aprovechamiento y la mantención de los cauces puede significar para el ambiente. Tampoco se establecen, en la normativa de Mendoza, canales de participación popular conforme a lo que ordena la OGN 15 ni se regulan acciones para la especial protección de ciertos grupos.

La Ley 6.604 de la provincia de Córdoba no prevé, entre las competencias de los consorcios, facultades vinculadas con el ambiente. Tampoco regula acciones positivas para los grupos especialmente protegidos. En cambio, el CAg sí contiene normas de contenido ambiental. Entre ellas se destaca el art. 45 que expresa: “no serán autorizados usos especiales que alteren la integridad física o química de las aguas o varíen su régimen en perjuicio de la ecología regional”. Por su parte, el art. 101 expresa “la concesión para los usos aludidos en este título será otorgada previa verificación de la potabilidad y volumen de la fuente de provisión y de la posibilidad de desaguar sin perjuicio de terceros, ni del medio ambiente”. También hay menciones expresas al ambiente en el uso minero (art. 134) y en la cláusula de prevención de la contaminación (art. 183). No obstante, no se exige la DIA para el otorgamiento de nuevos usos, salvo en lo que refiere a permisos o concesiones de uso de álveos, márgenes y extracción de áridos (art. 193).

La ley 9.867 que crea la autoridad de recursos hídricos establece:

La Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI) debe constituir un “Consejo Consultivo de Políticas Hídricas” conforme lo establezca la reglamentación, contemplando la representación de todos los actores del sector público, académico y productivo vinculados al recurso hídrico, el cual asistirá al Directorio en las definiciones

de las políticas estratégicas que deben seguirse para la obtención, conservación y disposición del agua (art. 22°).

Esta institución amplía la garantía de participación, pero no suma elementos que garanticen la voz de los ciudadanos en sí mismos ni de ciertos grupos excluidos. A la par, resulta cuestionable que su conformación quede sujeta al criterio de la reglamentación.

El CAg de Buenos Aires sí presenta regulaciones ambientales impuestas de modo transversal que repercuten en materia de participación. El art. 2 inc. h menciona entre las atribuciones del Poder Ejecutivo: “imponer restricciones y limitaciones al dominio privado para el mejor aprovechamiento y preservación del agua y para la protección del medio ambiente y de los bienes públicos y privados del impacto dañoso del agua.” El art. 5 incorpora los conceptos de planificación hidrológica y equilibrio ambiental. El Decreto Reglamentario (3.511) en el art. 5 inc. 3 expresa que se debe “concebir al agua como recurso con connotaciones económicas, políticas y sociales de interés provincial en conjunto con los aspectos técnicos”.

El art. 33, entre las obligaciones implícitas para el uso o estudio de las aguas, consigna en el inc. a que “se deben aplicar técnicas eficientes que eviten el desperdicio y la degradación del agua, los suelos y el ambiente humano en general”. El art. 34 incorpora la protección del ambiente a la tradicional cláusula sin perjuicio de terceros. La autoridad puede exigir declaración de impacto ambiental (DIA) para nuevos usos: “la Autoridad del Agua podrá requerir en los casos que determine la reglamentación, un estudio de impacto ambiental y el otorgamiento de las garantías por eventuales daños a terceros” (art. 34 inc. e). No obstante, es menester señalar que ello queda a criterio de la autoridad. Esta facultad discrecional resulta cuestionable ya que no es congruente con los principios de indisponibilidad y prevención que rigen en materia ambiental.

Desde el art. 97 al 106 se incorporan las regulaciones específicas sobre las evaluaciones de impacto ambiental, declaración de impacto ambiental y auditorías ambientales. La concepción dominial del agua está atenuada por estas disposiciones.

En el capítulo específico que regula la posible creación de los consorcios, así como en el Decreto ley del CORFO, no se encuentran presentes facultades y/o

obligaciones ambientales; no obstante, las contenidas en el CAg son restricciones y/o estándares que deben respetar las organizaciones de usuarios. Cabe señalar que, en la legislación de Buenos Aires, no se encuentran previstos canales específicos de participación ciudadana ni espacios que garanticen la participación de los grupos especialmente protegidos.

En síntesis, las organizaciones participativas de San Juan y Mendoza se vinculan únicamente con la visión del agua como bien susceptible de aprovechamiento individual, asociado a la concepción dominial. En las provincias cuyanas no se prevén canales de participación popular ni acciones positivas, propias de la OGN 15, no hay elementos que permitan entender al agua como bien colectivo.

En la provincia de Córdoba el modelo dominial se encuentra atenuado por ciertas regulaciones del CAg y la existencia de un Consejo Consultivo. La provincia mediterránea se encuentra a mitad de camino entre la rigidez del modelo cuyano y la mayor apertura de Buenos Aires.

En Buenos Aires hay un corpus de regulaciones ambientales dentro del CAg que marcan el ingreso del paradigma del agua como bien colectivo. Falta mucho por desarrollar y el modelo dominial sigue siendo preponderante, pero se encuentra obligado a convivir con regulaciones que son resultado del paradigma ambiental.

En todas las provincias se encuentran ausentes las regulaciones destinadas a garantizar el goce del derecho al agua y la participación en titularidad de los grupos especialmente protegidos. El paradigma del agua como bien social no ha ingresado a las leyes provinciales⁸⁶.

III.6. Las organizaciones de usuarios y el cambio climático: sequías e inundaciones

El cambio climático está provocando una modificación abrupta en las condiciones ambientales. Se están experimentando grandes desequilibrios: regiones con inundaciones y/o sequía extrema. Dos fenómenos hidrológicos que eran

⁸⁶ Este punto será profundizado en el Cap. VI.

excepcionales para la gobernanza del agua en el siglo XX, pasan a ser de carácter habitual en el siglo XXI.

En especial las sequías afectan negativamente las actividades productivas como el turismo o la agricultura y con ello la seguridad alimentaria, la generación de energía hidroeléctrica y la industria. No debe perderse de vista que las sequías afectan también la salud humana y animal, la seguridad personal de las mujeres que recorren grandes distancias en busca de agua, lo que les impide a las niñas y adolescentes el acceso a la educación. En general el contexto socioeconómico de la región afectada por la sequía la hará más o menos vulnerable a sus efectos (Erice y Andino, 2025, p.42)

En el presente apartado se analizan las competencias que tienen las organizaciones de usuarios, a luz de dos fenómenos climáticos: sequía e inundaciones. Para ello se tendrá en cuenta el marco normativo vigente en la República Argentina sobre cambio climático, en particular la Ley de presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global (27.520). Se toma el concepto de medidas de adaptación que esta norma recepta en su art. 3 inc. b: “Las políticas, estrategias, acciones, programas y proyectos que puedan prevenir, atenuar o minimizar los daños o impactos asociados al Cambio Climático y explorar y aprovechar las nuevas oportunidades de los eventos climáticos”. Este análisis permitirá determinar si las organizaciones de usuarios cuentan con atribuciones idóneas para afrontar los fenómenos climáticos extremos.

La sequía se caracteriza por ser un período en donde las precipitaciones y/o los escurrimientos se encuentran por debajo de la media histórica registrada en la zona, susceptible de ocasionar daños a las personas, los bienes y/o el ambiente. La inundación constituye el período de precipitaciones y/o escurrimientos por encima de la media histórica, susceptible de ocasionar daños a las personas, los bienes y/o al ambiente.

El CAg de San Juan no tiene menciones al término sequía, la palabra escasez aparece en dos oportunidades. El art. 160 la trae a colación, a los fines de habilitar el reparto del agua por turnos. La regla general es el reparto continuo, la excepción es el turno: por razones de escasez o cuando resulte técnicamente inconveniente el reparto continuo. La segunda mención a la escasez se halla en el art. 240 como una causal agravante para el incremento de las multas por aprovechamiento ilícito de aguas, el inc. e establece: “cuando el hecho se cometiese en época de escasez

y por tal causa se encontrasen los acueductos sometidos a turno”. La referencia a las inundaciones solo aparece entre la enumeración de calamidades públicas (art. 56). No se ha incorporado a la ley mención alguna vinculada al cambio climático y/o las posibles medidas de adaptación.

La ley 13-A de San Juan tampoco menciona al cambio climático y/o las posibles medidas de adaptación entre las competencias del Departamento de Hidráulica y los organismos de usuarios. En cuanto a los términos sequía e inundaciones, solo se incorpora el concepto de inundación al referirse a una de las competencias (obligaciones) del Director General de la repartición, vinculada al registro estadístico y “la forma de realizar el embalse de las aguas para eliminar todo riesgo de aluviones e inundaciones”. El texto habla por sí mismo, no solo evidencia la concepción dominial, sino las limitaciones propias de la época en materia científica. Es decir, si bien un embalse puede amortiguar los impactos de años hídricos extraordinarios, su capacidad no es infinita, no es técnicamente viable eliminar “todo riesgo de aluvión e inundación”⁸⁷.

La Ley 2287-A de San Juan adhirió a la ley 27.520, sin embargo, no se estableció ninguna conexión concreta con las regulaciones hídricas de la provincia.

La LAg de Mendoza data del año 1884, es imposible pretender que sus regulaciones tengan vinculación con las medidas de adaptación al cambio climático. El término sequía no aparece, pero sí escasez. El art. 162 lo prevé como una causal para el establecimiento de turnos, es menester hacer notar que refiere a épocas de escasez extraordinaria del agua. Ello evidencia que es catalogado como un fenómeno de carácter excepcional y no una situación recurrente. El término es reiterado en el art. 200, entre las atribuciones del Superintendente de Irrigación. En cuanto a las inundaciones, las regulaciones son marginales y mayormente vinculadas a la situación de calamidad pública (arts. 67, 125 y 169).

⁸⁷ En el año 2024 se sancionó la Ley 2648-L, la cual establece en su art. 1 que:

Se suspende por el término de treinta (30) meses, el uso de cualquier técnica, actividad, mecanismo, sistema o tecnología que pueda constituir una acción directa destinada a alterar o modificar artificialmente la fase atmosférica del ciclo hidrológico en las etapas de condensación y precipitación, en toda la provincia de San Juan.

Esta ley ha sido fruto de diversos cuestionamientos en torno a su efectividad. Regula un elemento específico sobre el ciclo hidrológico, aunque tampoco se inscribe en el paradigma de medidas de adaptación al cambio climático.

La Ley 6.405 no menciona estos fenómenos climáticos. Tampoco tiene referencias al cambio climático y/o posibles medidas de adaptación. En el año 2024, se promulgó la ley 9.585 que regula la problemática del cambio climático, pero tampoco contiene vinculaciones específicas con la administración, aprovechamiento y gobernanza del agua.

El CAg de Córdoba recepta en distintos artículos el término inundación, aunque no se encuentra asociado propiamente a una planificación y/o medidas de mitigación ambiental. Entre ellos se destaca el art. 194:

La Autoridad de Aplicación dentro de los diez años, levantará planos en los que se determinen las zonas que pueden ser afectadas por inundaciones, planicies de inundación como en las zonas de riesgo hídrico. En dichas zonas no se permitirá la erección de obstáculos que puedan afectar al curso de las aguas sin autorización previa de la Autoridad de Aplicación. Las nuevas construcciones, explotaciones o plantaciones que se efectúen en esas zonas deberán ser autorizadas previamente por la Autoridad de Aplicación, teniéndose en cuenta el riesgo de inundación y riesgo hídrico.

Es menester traer a colación el art. 196 ya que establece una obligación para los predios beneficiados por obras hídricas:

Cuando se construyan diques o presas que tengan por objeto prevenir o controlar inundaciones, al aprobar el proyecto la autoridad de aplicación designará la zona en la cual las propiedades quedan beneficiadas con la protección. Los dueños de esos predios pueden ser obligados al pago de los costos en proporción razonable al beneficio que reciben.

En cuanto a la sequía, el CAg no la recepta en dichos términos. Sí regula la escasez, el art. 72 habilita la reducción proporcional de la dotación de las concesiones permanentes, el art. 86 habilita a la suspensión de la concesión permanente por razones de escasez.

La Ley 6.604 no incorpora competencias de los consorcios vinculadas con las sequías o inundaciones. Sin perjuicio de las lógicas repercusiones que la cláusula 72 y 86 del CAg pueden traer aparejadas para los mismos.

Es decir que, si bien el CAg contempla dichas categorías, en primer lugar, no lo hace vinculado al concepto de planificación hidrológica ni de medidas de adaptación. En segundo término, no se prevén competencias específicas de los

consorcios para afrontar estas situaciones. En general, el marco normativo de esta provincia regula la escasez como un fenómeno de carácter excepcional y no una opción con período de retorno breve. Tampoco se encuentran artículos vinculados con el cambio climático. El art. 157 del CAg regula los cambios artificiales del clima dentro del alcance de la autoridad de aplicación; pero no hace alusión al fenómeno global.

En el año 2024 se sancionó el Decreto 295/2024, el cual crea el Gabinete Provincial del Cambio Climático. No se establecieron regulaciones específicas en torno al tema hídrico.

La provincia de Buenos Aires cuenta con regulación sobre inundaciones y alteraciones atmosféricas. El CAg establece a la defensa contra las inundaciones como uno de los objetivos de la planificación hidrológica (art. 5). El art. 6 ordena a la autoridad del agua confeccionar cartas de riesgo hídrico en las que se detallarán las zonas que puedan ser afectadas por inundaciones.

En relación a la sequía, el art. 2 inc. f. consigna que “la autoridad puede suspender el suministro de agua para uno o más usos, por acto fundado, en caso de sequía extraordinaria u otra calamidad pública”. El citado art. 5 también prevé la defensa contra las sequías.

El art. 90 establece que:

Toda modificación de la fase atmosférica del ciclo del agua a través de la siembra de nubes u otros sistemas o procedimientos orientados a provocar lluvias, evitar granizos u otros fenómenos atmosféricos climáticos deberán ser autorizadas por la Autoridad del Agua, aún cuando se intente la mera realización de experiencias de carácter científico.

Las leyes analizadas evidencian la ausencia de medidas específicas de adaptación al cambio climático; en general tratan de manera marginal el fenómeno de la sequía (escasez) y el de la inundación. La ley de la provincia de Buenos Aires resulta la más moderna ya que incorpora la planificación hidrológica y establece, entre sus objetivos, la defensa contra inundaciones y sequías. Aunque, ello no es propiamente una medida de adaptación al cambio climático. Al igual que se expresó cuando se estudió la concepción del agua en las organizaciones de usuarios, la normativa de Buenos Aires presenta elementos que permiten regular al agua como bien colectivo. Cabe destacar que la provincia de Córdoba contiene

regulaciones sobre las actividades que puedan impactar las condiciones atmosféricas y permite suspender la entrega de la dotación en concesiones permanentes cuando una situación de escasez lo justifique, esto es un límite al modelo dominial de aprovechamiento. No obstante, debe señalarse que puede traer aparejados diversos conflictos e impactos. Debe ser una facultad utilizada con suma cautela, caso contrario podría llevar al descalabro productivo y social.

Las provincias de Cuyo evidencian las mayores ausencias. Incluso la escasez, un fenómeno mucho más recurrente en función de la cantidad de hectáreas que fueron concesionadas y la disponibilidad hídrica actual, tiene un tratamiento marginal y excepcional. Ello explica, al menos de manera parcial, los motivos que han llevado a la sobreexplotación de ciertas cuencas. Se han otorgado concesiones que nominalmente implican caudales mayores a los existentes⁸⁸. Ante estas ausencias en las normas de fondo en materia hídrica, las leyes regulatorias de la participación evidencian también la carencia de facultades, así como también de obligaciones destinadas a que los usuarios se organicen en función de la mayor recurrencia de inundaciones y/o de sequías. Tampoco se han regulado herramientas ni compromisos jurídicos como actores que se adapten al cambio climático.

Las principales medidas de adaptación deben ser definidas por los órganos de administración primaria del agua. Con la salvedad de San Juan, en el resto de las provincias analizadas, los usuarios sólo son parte de la administración secundaria. Sin perjuicio de ello, el paradigma ambiental y la situación climática global tienen un impacto transversal en la sociedad. Es necesario aclarar que si bien no todos los países (ni todos los órganos) tienen el mismo grado de responsabilidad en la situación generada, lo que ha sido tratado como el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas (Salinas Alcega, 2012); sí deben preverse escenarios que permitan incorporar la nueva situación climática en todos los estratos de la gobernanza del agua. Los usuarios son los destinatarios finales de una parte más que importante, en términos cuantitativos, del agua. No pueden estar ajenos a las modificaciones que el cambio climático trae consigo.

⁸⁸ Sin perjuicio de que no tengan derecho a exigir ello ante la ausencia de caudales suficientes.

III.7. Categorías clasificatorias de la participación de los usuarios: administración primaria-administración secundaria; constitución obligatoria-constitución voluntaria; fuerza vinculante-no vinculante

En el presente apartado se propone una metodología clasificatoria para sistematizar las regulaciones de la participación en las organizaciones de usuarios de las provincias de San Juan, Mendoza, Córdoba y Buenos Aires.

Administración primaria-administración secundaria: En el primer caso se apunta a una red primaria (ríos, arroyos, embalses, canales primarios), mientras que en el segundo a una red que se crea a partir de la anterior, por ello su carácter de secundaria (Ruiz Freites, 2007). En este trabajo, se analiza el grado de participación de los usuarios en cada tipo de administración. Cabe señalar que la injerencia en la administración primaria puede ser estudiada, al menos, de dos maneras distintas. La administración tiene una legitimación democrática, en razón de que se está frente a personas que cuentan con el voto popular sea directo o indirecto (Embid Irujo, 2008). La participación de un grupo social puede ser una carta de legitimación adicional. En sentido contrario, puede ser considerada en forma negativa, sobre todo si un sector participa en exclusividad, por el lugar preferencial del grupo sin que ostente una credencial democrática otorgada por la sociedad en su conjunto. Esto no ocurre en la administración secundaria ya que se trata de una distribución enfocada en los usuarios en sí mismos, y no de la planificación a nivel general y/o de cuenca (acción típica de la administración primaria).

Constitución obligatoria-constitución voluntaria: En el primer caso se refiere a la constitución de la organización por imperativo legal. En el segundo la constitución depende de la voluntad de los usuarios.

Fuerza vinculante-no vinculante: En el primer término se incluyen decisiones que obliguen a terceros ajenos a los representantes que la adoptan. Se puede tratar de otros usuarios o ciudadanos en general. La acepción no vinculante refiere a formas de participación en términos consultivos que no generan obligaciones a terceros.

III.7.A. Provincia de San Juan

La ley 13-A establece dos órganos que se pueden identificar con la administración primaria: El Director y El Consejo del Departamento Hidráulica. El DH, conforme al art. 2 de la ley, es definido como entidad autárquica dependiente de la Secretaría de Estado de Recursos Hídricos (actualmente Secretaría de recursos hídricos y energías renovables en el marco del Ministerio de infraestructura, agua y energía). Es una contradicción establecer la autarquía y la dependencia. Ello no estaba en el texto original. En 1977, mediante Decreto Ley 4.362, se reemplazó el texto original que expresaba “perteneciente al Ministerio de Obras Públicas” por “dependiente de la Secretaría de Estado de Recursos Hídricos”. La modificación de perteneciente a dependiente es crucial. La pertenencia no implica una relación jerárquica, sino de coordinación. En cambio, la dependencia sí establece una relación jerárquica, propia de los órganos desconcentrados y no descentralizados. Esta contradicción administrativa ha persistido. En la práctica, se ha atenuado la autarquía del Departamento de Hidráulica.

El Director es elegido y desplazado directamente por el Poder Ejecutivo, sin que tenga una duración determinada de mandato. En el caso del Consejo se establece una composición de cinco consejeros, a los cuales debe sumarse el Director del Departamento (presidente del Consejo); es decir seis totales. Tres consejeros deben ser representantes de los regantes, uno por cada zona establecida en el art. 10 de la Ley 13-A⁸⁹. La Ley habla de regantes, no obstante, en el título específico que regula el derecho de participación se refiere a todos los usuarios (en los términos expuestos en el Cap. III.4). Es decir, quedan incorporados todos los usos privativos; esta doble calificación de la ley deja traslucir el mayor peso que, en la práctica, tienen los usuarios agrícolas. De esta forma, se incorpora por vía legal la participación efectiva de los usuarios en un órgano del Departamento Hidráulica. Los propios concesionarios del agua son también autoridad concedente y de control de las concesiones.

⁸⁹ En el texto original de la ley, los regantes elegían tres consejeros, pero no era requisito ser regante para ser uno de dichos consejeros. El Decreto Ley 57 de 1957 modificó varios artículos de la Ley 886. Entre las principales modificaciones se encuentra la incorporación del requisito de ser regante o representante legal de regante para ser consejero (art. 13).

La figura del consejero personifica la tensión entre el interés público y el interés privado. Esto es distintivo y no ocurre en ninguna de las restantes provincias analizadas en el presente trabajo. Un antecedente de ello se da en el ámbito del derecho comparado. En España, los usuarios también cuentan con derecho a participación en el consejo del agua, autoridad con competencias en planificación en materia hídrica, pero su número es minoritario y sus competencias no son tan amplias, ya que existe una autoridad superior (Del Saz, 2008). En el caso de San Juan, las leyes han sido aún más protectoras para los usuarios, ya que se encuentran en paridad con los representantes del Poder Ejecutivo, con la salvedad de que, en caso de empate, el presidente tiene voto doble.

El Consejo tiene una suma de facultades establecidas en el art. 20 de la Ley 13-A, desde aprobar los reglamentos de riego hasta otorgar concesiones; permisos; fijar el canon y la tasa retributiva (esta última a propuesta de las Juntas departamentales), nombrar y disponer sobre el personal, etc.

Los Consejeros representantes de los regantes (CR) son elegidos de manera indirecta. A tales fines la provincia se divide en tres zonas. Los miembros de Juntas departamentales de cada zona eligen un usuario como representante en el Consejo. La primera zona es la margen derecha del río San Juan, la segunda zona es la margen izquierda, mientras que la tercera zona es una combinación de departamentos de la provincia sin criterio hidrológico. En esta última se ubican lugares de la cuenca del río San Juan (Calingasta), otros de la cuenca del río Jáchal (Iglesia y Jáchal) y la cuenca del Departamento Valle Fértil. Es decir, la tercera zona engloba tres cuencas diferentes, cuya única conexión aparente es su lejanía con la capital de la provincia y la menor cantidad de hectáreas concesionadas.

Se ha sostenido respecto de la participación de los usuarios en órganos de administración primaria que “ello resulta más respetuoso de la participación democrática y la intervención de los interesados en el gobierno y administración de las aguas” (Ruiz Freites, 2007, p.464). En línea similar, se pronunció Guillermo Cano:

La experiencia de Mendoza, de San Juan y de todas las provincias de regadío artificial demuestra los gravísimos inconvenientes que la política ha traído a la administración de las aguas; y dando la facultad de elegir los administradores de las aguas exclusivamente

a los usuarios, se evita la indebida intromisión del gobierno general en la administración de las aguas (1943, p.277).

No se comparten estas posiciones, ya que desde ese cargo debe realizarse una planificación hidrológica tendiente a satisfacer todos los usos especiales otorgados, así como también el derecho humano al agua y la protección ambiental. En contraposición a lo expresado por Ruiz Freites, Embid Irujo expresa que:

La gestión directa del dominio público hidráulico está fuera de la actuación de los órganos nombrados, en cuanto a que el otorgamiento de concesiones o autorizaciones, la imposición de sanciones y otros actos en esta línea, está atribuido al Presidente o la Comisaría (2008, p.32).

En San Juan, la representación que ejerce el CR está asociada directamente a una zona de riego. En esta representatividad general se pierden o quedan subsumidos los usos minoritarios frente al uso que mayor cantidad de hectáreas ostenta. Tampoco existe una representación efectiva de todos los usos otorgados ni una representación que distinga por fuente de abastecimiento (agua superficial o subterránea). No se prevén figuras asociadas a garantizar la participación efectiva de grupos especialmente protegidos conforme lo establece la OGN 15. La ley tampoco regula el mecanismo de elección del CR, en la práctica no hay control previo ni oficialización de las candidaturas. Todo esto implica un margen de discrecionalidad en el ámbito de la administración que, de manera paradójica, puede colisionar con la pretendida seguridad jurídica que tuvieron como finalidad las leyes de aguas decimonónicas.

Las Juntas departamentales y las Comisiones de regantes son organismos permanentes, cuya creación ha sido establecida en la ley.

Las Juntas y las Comisiones tienen competencias legalmente establecidas, al ser organismos públicos estatales, se encuentran alcanzados por el principio de competencia objetiva. Las Juntas presentan competencias vinculantes, mientras que las Comisiones tienen atribuciones para realizar sugerencias y velar por la correcta distribución, pero sin un efecto vinculante nítido. En el caso de las Juntas (art. 57) se destacan:

-Disponer los turnos de riego entre los acueductos y coordinar la época de desembanque y limpieza de los mismos teniendo en cuenta las propuestas de las Comisiones de Regantes.

-Emplazar a los regantes cuyas compuertas de regadío, se encuentren deterioradas o no se ajusten a las normas vigentes, a efectuar las reparaciones y modificaciones necesarias bajo el apercibimiento de ser ejecutadas por la Junta Departamental por cuenta de los mismos, y con el recargo del cien por ciento, debiendo para este fin solicitar previamente al Consejo la autorización de la partida correspondiente.

-Decidir, en primera instancia en los conflictos internos de las Comisiones de Regantes, en los que se susciten entre las diversas comisiones, y en los reclamos de regantes que se interpongan contra las resoluciones dictadas por dichos organismos.

Las Juntas también pueden adoptar decisiones no vinculantes pero trascendentes que se refieren a las obligaciones económicas y a la propuesta de personal, ambas se elevan al Consejo, que es quien define ello como órgano superior de gobierno.

En síntesis, se puede categorizar a los organismos de usuarios de San Juan como: administración secundaria, de constitución obligatoria con decisiones vinculantes. A su vez, los usuarios también tienen una participación en términos cuasi igualitarios en el máximo órgano del Departamento de Hidráulica (administración primaria): el Consejo.

III.7.B. Provincia de Mendoza⁹⁰

En la provincia de Mendoza, la administración de la red primaria está en titularidad del Departamento General de Irrigación, integrado por la Superintendencia General, el Honorable Tribunal Administrativo y el Honorable Consejo de Apelaciones. El nombramiento del Superintendente, como el de sus Consejeros, es hecho por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 188 CP). No existe una participación directa de los usuarios en la elección de las autoridades

⁹⁰ En trabajos anteriores (Sanna, 2022) se ha estudiado este tema, aquí se profundizará en función de las categorías descriptas.

de la administración primaria del agua. Sin embargo, la doctrina ha incorporado como requisito para ser elegido consejero la necesidad de ser usuario:

Los Consejeros, que integran el Tribunal Administrativo y el Consejo de Apelaciones, amén de los requisitos expresados, deben ser usuarios empadronados, uno en cada una de las cinco cuencas que conforman la provincia, extremo no previsto por la Constitución ni por la ley, pero impuesto por la costumbre como fuente del derecho y por tanto, de cumplimiento obligatorio (Ruiz Freites, 2007, p.444).

Sin embargo, esto parece una clara afirmación del intérprete que no se corresponde con el criterio normativo, por más que en la práctica se haya dado esa particularidad. Cabe citar lo sostenido por parte de la doctrina administrativista:

La costumbre no puede ser admitida como fuente de derecho administrativo a menos que una ley expresamente la autorice (...) A pesar de que una costumbre o práctica administrativa tenga observancia usual y exista el convencimiento de que constituye una norma jurídica de tipo imperativo, la misma carece de todo valor como fuente de derecho administrativo (Gordillo, 2013, p.101).

En la regulación constitucional y legal del DGI no existe mecanismo alguno que asegure la participación de los usuarios entre los órganos de la administración primaria. En cambio, sí participa una de las cámaras de representantes (Senadores) en su elección. El mandato de los Consejeros dura cinco años y sólo puede ser revocado por juicio político. En la CP, las organizaciones de usuarios sí tienen un reaseguro vinculado a la administración secundaria, mediante el art. 187:

Las leyes sobre irrigación que dicte la Legislatura, en ningún caso privarán a los interesados de los canales, hijuelas y desagües, de la facultad de elegir sus autoridades y administrar sus respectivas rentas, sin perjuicio del control de las autoridades superiores de irrigación.

Las organizaciones de usuarios se encuentran a cargo de la administración secundaria sin participación directa en los órganos propios del DGI. La excepción a ello la constituye la Junta Honoraria, aunque como se ha señalado carece de carácter formalmente instituido: “no hay hoy una participación real instrumentada reglamentariamente, con facultades decisorias compartidas y con verdadera inserción” (Ruiz Freites, 2007, p.464)⁹¹. En la provincia de Mendoza, los usuarios

⁹¹ Han transcurrido casi dos décadas desde la cita, pero la situación no se ha modificado.

solo participan en forma directa en la administración secundaria de las aguas. Si bien la doctrina ha sostenido que es requisito para ser consejero del DGI ser usuario empadronado, no existe regulación legal al respecto.

Las organizaciones de usuarios que establece la Ley 6.405 son las inspecciones de cauce y las asociaciones de cauce. Los órganos de las Inspecciones de Cauce son: el Inspector de Cauce; el Cuerpo de Delegados; la Comisión de Vigilancia; y la Asamblea General de Usuarios. Las inspecciones son de creación legal y obligatoria, mientras que las asociaciones resultan voluntarias, conforme al art. 2 y 14 respectivamente. Ambas organizaciones adoptan decisiones vinculantes frente a otros usuarios. Ejemplo de ello es el art. 9, entre las funciones del Inspector de cauce se encuentran: conformar el cuadro de turnos; resolver en primera instancia, con el carácter de juez de canal o hijuela, los conflictos que se planteen entre los usuarios con motivo del uso y la preservación de las aguas; disponer la suspensión de la entrega de dotación del agua y aplicar multas en los casos previstos por la ley de aguas.

En síntesis, en el caso de la provincia de Mendoza, las organizaciones de usuarios tienen a su cargo la administración secundaria del agua, las inspecciones son de constitución obligatoria, mientras que las asociaciones de inspecciones son de constitución voluntaria. A su vez, las inspecciones, a través del inspector, cuentan con competencias vinculantes frente a otros usuarios.

III.7.C. Provincia de Córdoba

La autoridad primaria en la provincia de Córdoba se compone directamente por funcionarios que se encuentran en la órbita del Poder Ejecutivo. Está a cargo de la Administración Provincial de Recursos Hídricos conforme lo regula la Ley 9.867. Esta entidad es un organismo autárquico del Estado Provincial con personalidad jurídica de derecho público y capacidad para actuar pública y privadamente, individualidad financiera y patrimonio propio (art. 1º). El CAG establece, en su art. 268 y ss., la jurisdicción de dicho organismo para todas las cuestiones atinentes al manejo del agua.

En cuanto a la participación de los usuarios, no hay mecanismos específicos vinculados a la administración primaria. En la Ley 9.867, se encuentran previstas ciertas funciones de la autoridad en relación a los consorcios. El art 3 inc. h. expresa: “controlar y supervisar los consorcios de usuarios formados para administrar o colaborar en la administración de agua para riego, canales, lagos y obras hidráulicas”.

El art. 30 del CAg define a los sistemas como “el área territorial dentro de la cual es conveniente y beneficioso el uso de aguas de una fuente determinada”. Además, diferencia entre sistemas explotados y no explotados, distinguiendo según se trate de lugares donde han sido realizadas obras por el Estado (explotados) o ello no ha acaecido (no explotados).

El art. 79 del CAg establece que:

Los concesionarios pueden asociarse formando consorcios para administrar o colaborar en la administración del agua, canales, lagos u obras hidráulicas conforme que lo establezca una ley especial que les acordará derechos de elegir sus autoridades y administrar sus rentas, bajo control y supervisión de la autoridad de aplicación.

La regulación sobre los consorcios de usuarios en el CAg es escasa. La Ley 6.604 la complementa, su art. 2 expresa: “en todos los casos los Consorcios son responsables de cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la Autoridad de Aplicación y ejercer las funciones que le delegue esta autoridad”. El art. 5 consigna que “cada Consorcio de Usuarios se constituirá mediante Asamblea Pública, que será convocada por una Junta Promotora o por la Autoridad de Aplicación”. A su vez, el art. 6 prevé que:

Se constituirá con un quórum no menor del Cincuenta y Uno por Ciento (51%) de los votos que corresponden a los usuarios registrados de la jurisdicción. La autoridad del agua tiene facultades para convocar a la constitución del consorcio, pero si no se alcanza el quórum necesario, el mismo no queda constituido.

Se trata de un sistema de constitución voluntaria con posible impulso de la autoridad. La Ley 6.604 enumera las competencias de los consorcios y aclara que operan dentro del ámbito territorial de su jurisdicción (art. 2): los usuarios pueden intervenir en la administración secundaria del agua. En este punto hay algo distintivo: la competencia que se otorga a los consorcios de usuarios de aguas

subterráneas para controlar volúmenes. Si bien es complejo extrapolar el criterio de administración primaria-secundaria a las aguas subterráneas, el otorgamiento de concesiones sobre un acuífero resulta equivalente a la administración primaria; mientras que el control de volúmenes es equivalente al turno y medición de entregas de agua superficial. Por ende, la citada competencia tampoco es asimilable a la administración primaria. El art 2 sí habilita a la autoridad de aplicación (administración primaria) a delegar funciones en los consorcios.

Los consorcios cuentan con Asamblea ordinaria, Asamblea extraordinaria y Comisión directiva. Un elemento de flexibilidad de estos organismos es que pueden ser disueltos por resolución fundada de la autoridad del agua. El art. 38 de la ley establece las causales por las que pueden disolverse, una de ellas habilita a la misma Asamblea a solicitarlo con 3/4 partes de los votos. Por su parte, el art. 202 expresa que “la construcción y mantenimiento de obras hidráulicas podrá ser encargada o autorizada por la autoridad de aplicación a consorcios de usuarios en la forma y condiciones que en cada caso se establezca”.

Los órganos de los consorcios adoptan decisiones vinculantes para el resto de los usuarios que son parte del mismo, en particular se destaca: “suspender el servicio cuando razones de urgencia y oportunidad lo exijan (art. 24 inc. 1); establecer cuotas extraordinarias para atender necesidades de urgencia imprevistas (art. 2 inc. m)”.

En síntesis, en la provincia de Córdoba, las organizaciones de usuarios participan en la administración secundaria, aunque está prevista la posibilidad que la autoridad del agua les delegue funciones que podrían ser de administración primaria. Su constitución es voluntaria. La autoridad puede impulsarla convocando a la Asamblea, ello queda supeditado a que se alcance el quórum necesario. A su vez, cuentan con competencias vinculantes con efectos directos frente a los usuarios miembros del consorcio.

III.7.D. Provincia de Buenos Aires

La autoridad primaria en la provincia de Buenos Aires se compone directamente por funcionarios que se encuentran en la órbita del Poder Ejecutivo. El art. 3 del CAg crea un ente autárquico de derecho público y naturaleza multidisciplinaria que “tendrá a su cargo la planificación, el registro, la constitución y la protección de los derechos, la policía y el cumplimiento y ejecución de las demás misiones que este Código y las Leyes que lo modifiquen, sustituyan o reemplacen”. Un dato distintivo de este CAg es que establece la posibilidad de delegar en los municipios las competencias de la autoridad del agua (art. 161). En ese caso, el Intendente funciona como primera instancia con recurso de alzada ante la autoridad del agua.

Los consorcios se encuentran en la esfera de la administración secundaria, en razón de las facultades reconocidas en el art. 121 incs. e y f. La autoridad puede obligar a los usuarios a formar un consorcio, pero estos conservan el poder de veto. No se constituirá el consorcio en caso de que se opongan el treinta por ciento de sus eventuales integrantes (art. 126). Las decisiones que adoptan tienen fuerza vinculante, entre ellas se destaca establecer los turnos de riego dentro del sistema colectivo (art. 131 inc. i). El art. 133 refuerza el criterio de obligatoriedad de las decisiones, al expresar que las resoluciones del consorcio obligan a todos sus integrantes, incluso a los disidentes y ausentes.

En síntesis, en la provincia de Buenos Aires, las organizaciones de usuarios participan en la administración secundaria. Su constitución puede ser establecida por la autoridad del agua, es decir que habría constitución obligatoria, pero se establece un poder de veto si se opone el treinta por ciento de sus eventuales integrantes, lo que lleva al sistema, en última instancia, a ser voluntario⁹². Las resoluciones del consorcio son vinculantes y obligan directamente a los usuarios.

⁹² El Decreto Ley del CORFO establece también un sistema voluntario, ya que expresa que la Corporación podrá “promover la constitución de consorcios” (art. 24).

III.7.E. Sinopsis

En el siguiente cuadro se resumen las categorías de participación de los usuarios descripta en este capítulo⁹³:

Provincia	Admin. Primaria	Admin. Secundaria	Constitución Obligatoria	Constitución Voluntaria	Decisiones vinculantes	Decisiones no vinculantes
San Juan	X	X	X		X	X
Mendoza		X	X		X	X
Córdoba		X		X	X	X
Buenos Aires		X		X	X	X

⁹³ Cabe aclarar que, en Córdoba, la autoridad de aplicación puede delegar funciones en los consorcios, por lo que, en ciertos casos, podrían llevar adelante competencias propias de la administración primaria. Mientras que, en Buenos Aires, el CAg habilita a la autoridad a delegar funciones en los Municipios.

CAPÍTULO IV. PRINCIPIOS MATRICES DEL DERECHO DE AGUAS: SU VINCULACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN

En el presente capítulo se estudian tres institutos característicos del derecho de aguas: la perpetuidad de la concesión, el principio de inherencia y la dotación. Se indaga en su impacto como principios matrices estructurantes de la participación⁹⁴.

IV.1 La perpetuidad como estructurante de la participación: derechos perpetuos sobre aguas de dominio público

En forma preliminar, cabe traer a colación que el concepto de dominio público en sí mismo no resulta pacífico en la doctrina. En términos generales, las discusiones doctrinarias pueden agruparse entre quienes identifican al dominio público con una concepción patrimonialista y quienes lo consideran, desde un enfoque funcionalista, un título de intervención de la administración, existiendo posturas eclécticas (Martín, 2022). Marienhoff sostuvo que:

El agua, por sí, no es pública ni es privada (...) Son las características de cada país y las necesidades locales las que influyen en el carácter público o privado del agua, determinando una declaración legislativa en uno u otro sentido (1939, p.104).

Cano, por su parte, desde la defensa de la atribución de las provincias para definir los bienes de dominio público, expresó que:

La naturaleza jurídica de un bien cualquiera, esto es, que él pertenezca al dominio público o al privado, depende de un acto que debe cumplir el Estado: su afectación al uso público. Producido éste el bien integra el patrimonio público y adquiere la condición de bien del dominio público (1943, p.77).

La concepción del dominio público no resulta menor. La defensa de una visión patrimonialista, asociada a los bienes, permite justificar una interpretación más

⁹⁴ Cabe citar que algunos de estos institutos y otros vinculados a las leyes de aguas han sido estudiados, en la doctrina, de manera comparativa (Pinto y Martín, 2020). Aquí se retoman, a los fines de indagar en su vinculación con la participación.

amplia de los derechos de los usuarios. En contraposición, una visión funcionalista, asociada a las potestades, otorga mayores facultades a la administración en la reglamentación de los derechos. Estas consideraciones refuerzan lo sostenido al comienzo de la obra: los subprincipios del test de razonabilidad pueden verse seriamente afectados cuando conviven concepciones diferentes. Los diferentes enfoques de un instituto jurídico impactan en el modo de graduar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la restricción que se analiza.

Las concesiones de bienes de dominio público están, por regla general, sujetas a un plazo determinado. Las concesiones de aguas para usos privativos también se encuentran alcanzadas por ello, con excepción de algunos supuestos.

El CAg de San Juan establece, en su art. 120, que las concesiones para riego serán a perpetuidad. Idéntico carácter revisten las concesiones de uso recreativo cuando se disponen a favor de personas jurídicas de derecho público y las de abastecimiento poblacional otorgadas a entidades públicas.

La LAg de Mendoza, en su art. 127, expresa que:

Las concesiones de aguas hechas individual o colectivamente a los propietarios de las tierras para el riego de estas, serán a perpetuidad, o mientras el concesionario quiera emplear el agua para el riego del terreno para que fue destinada; pero no podrán emplearla para el riego de otro terreno, sin una nueva concesión.

El CAg de Córdoba, en su art. 111, al regular sobre las concesiones agrícolas, establece que son perpetuas y reales. Idéntica regulación se utiliza para las de uso pecuario.

El CAg de Buenos Aires expresa, en su art. 38, que “la Autoridad del Agua fijará la duración de la concesión por todo el tiempo necesario para cumplir su objeto, pero nunca en más de treinta años renovables a su vencimiento”. Es la única de las leyes estudiadas donde el uso agrícola no tiene la nota característica de la perpetuidad.

Cabe citar lo sostenido por la doctrina:

Excepciones al principio general de temporalidad, cuya constitucionalidad ha sido puesta en cuestión, al menos desde un plano teórico, por reputarlas incompatibles con

el instituto del dominio público, por afectar el carácter de inalienabilidad y dejar al Estado obligado a la expropiación y la correlativa indemnización en caso de disponer una nueva asignación; cuestión que pusimos de relieve desde otro punto de vista al ocuparnos de algunas de las disfuncionalidades o paradojas que presentaba el dominio público como título de intervención (Martín, 2022, p.241).

De todas formas, hay doctrinarios que han defendido la posición contraria a la de Martín. Marienhoff expresaba que “de la misma manera, los derechos especiales de "uso" otorgados a perpetuidad, siendo compatibles con el destino de la cosa dominical, en modo alguno implican una "parcial enajenación" del bien, a pesar de la perpetuidad de la concesión” (2003, Tomo V, p.115). Sin embargo, el propio Marienhoff reconocía que “la doctrina, tanto nacional como extranjera, está dividida, en lo que atañe a la legalidad de las concesiones perpetuas” (1939, p.746).

Por su parte, Spota pretendió aclarar la nota del art. 2.341 del Código Civil originario que consignaba “el simple derecho de goce es esencialmente temporario”. El jurista expresó:

Tal concepto del codificador, inspirado en las ideas de Demange -no muy aplicables al caso-, no implica que tales concesiones puedan tener una duración indefinida, siempre que al concedente le corresponda el derecho de declarar la caducidad de las mismas, por causas preestablecidas, el de vigilar el uso acordado concuerde con el destino de la cosa pública y el de ejercer la facultad de revocación en todo tiempo, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan (Spota, 1941, Tomo II, p.833)

Sin embargo, el propio Spota reconocía que

No es posible negar que condice más adecuadamente con la afectación de una cosa a un fin de utilidad pública -como acaece con todos los bienes dominicales- que la concesión de uso de la misma siempre revista los caracteres siguientes: que sea temporal, que esté sujeta a caducidad y que la revocación, en cualquier momento, no esté impedida (Spota, 1941, Tomo II, p. 842).

En función de lo estudiado, se puede afirmar que el carácter perpetuo de una concesión, para utilizar el agua con fines patrimoniales, implica cierto vaciamiento de las potestades de la administración. A la par, provoca que la participación esté direccionada hacia un sector, sin límite temporal. Los actores que conformaron la gobernanza en un determinado momento histórico seguirán

inmutables al tratarse de derechos perpetuos. En los casos de San Juan y Mendoza, esta característica se acentúa producto de las prohibiciones que impiden otorgar nuevas concesiones, salvo autorización y/o modificación legal.

IV.2. Delimitación territorial de la participación: principio de inherencia de la concesión de aguas

En primer término, es necesario traer a colación que:

La inherencia del agua al predio es el principio en virtud del cual el derecho de agua es otorgado en favor del terreno o fundo y no de su titular, por lo que no puede transferirse ni gravarse separadamente del predio beneficiado. Se encuentra consagrado en las Constituciones de Mendoza (art. 186); Jujuy (art. 75, inc. 6°); Santiago del Estero (art. 108); Salta (art. 83); La Rioja (art. 63); San Juan (art. 117); y la mayoría de las leyes y códigos de aguas provinciales (Martín, 2022, p.272).

En San Juan, el CAg incorpora a la inherencia bajo el *nomen iuris* de inseparabilidad. Además, entre los requisitos para el otorgamiento de una nueva concesión, exige que el terreno tenga aptitud para ser irrigado y cultivado (art. 130). El art. 117 de la CP le otorga jerarquía constitucional al principio de inherencia. El art. 144 de la CP agrega que “la tierra es considerada factor de producción y no de renta y debe ser objeto de explotación racional”⁹⁵. El agua es concesionada con la finalidad de ser un elemento para consolidar a la tierra como factor de producción. Este es el paradigma constitucional de la provincia de San Juan que repercute en el título concesional y en el *ius variandi* del Estado en la relación que se traba entre la autoridad concedente y el usuario.

En Mendoza, la inherencia se recepta en el art. 189 de la CP y los arts. 14, 24 y 25 de la LAg. La principal diferencia con San Juan radica en que la CP de Mendoza cuenta con una ínfima regulación constitucional sobre derechos sociales y económicos en comparación al amplio contenido de la CP de San Juan. Tampoco tiene cláusulas que regulen, de forma expresa, a la tierra como factor de

⁹⁵ En virtud de las condiciones climáticas, la única forma de que la tierra sea factor de producción, en el caso agrícola, es que cuente con un título habilitante para el uso de agua, sea de fuente subterránea o superficial.

producción; el *ius variandi* estatal es más cercano al paradigma decimonónico (dominial) clásico.

En Córdoba, el CAg dispone, en su art. 77, que las concesiones otorgadas a un inmueble son inherentes al mismo. Acto seguido establece: “la naturaleza real de las concesiones de abastecimiento poblacional (art. 96), uso agrícola (art. 112), pecuario (art. 119), energético (art. 122) y minero (art. 129)” (Martín, 2022, p.272). En su art. 111 afirma que las concesiones para uso agrícola son reales.

El CAg de Buenos Aires establece que “las concesiones y permisos para usar y gozar del agua constituyen un derecho accesorio e inseparable del inmueble para cuyo beneficio se otorguen y se transmite de pleno derecho a los adquirentes de su dominio” (art. 28).

La inherencia es uno de los principios matrices del derecho de aguas, en particular del modelo dominial de aprovechamiento. Cumple la función de legitimar, en términos políticos y jurídicos, un reparto del agua estático asociado a un sitio determinado. Esto ha constituido la base sobre la que se forjó la construcción de las sociedades de oasis⁹⁶. En otros países, como es el caso de Chile, la regulación de un mercado de aguas ha provocado la desaparición del principio de inherencia. La doctrina chilena ha sostenido:

Si miramos esto en perspectiva histórica, visualizaremos que esta situación del agua ligada a la tierra es claramente artificial, pues tal ligazón, y de ahí hasta los usos actuales, ha dependido de decisiones de los primeros usuarios de las aguas, y de las eficiencias o ineficiencias de tales usos de aguas en los predios (Vergara Blanco, 2002, p.67).

Desde el punto de vista económico, la inherencia implica una transferencia (en concesión) de un bien de dominio público hacia el sector privado. Genera una doble renta para el titular: i) mejora el precio del inmueble; ii) le permite obtener frutos civiles (una producción) traducidos en ganancias periódicas. Existe una plusvalía hídrica que se obtiene gracias a la transferencia de un bien, en general a

⁹⁶ Ejemplo de ello es lo que ocurre en el Departamento Lavalle de la provincia de Mendoza. Los habitantes de la zona no irrigada venden su fuerza de trabajo para la cosecha de la Vid en las localidades de California y Gustavo André (Katzner, 2020). Los cosechadores, individual o familiarmente, se trasladan de manera agrupada y semanalmente en camionetas regresando en el fin de semana, lo que les permite mejorar su economía al aumentar sus ingresos. “Se trata de individuos o familias que residen fundamentalmente en Asunción, o en puestos cercanos a la ruta” (Katzner, 2020, p.58). El principio de inherencia es un ordenador del territorio y ha generado divisiones de trabajo dentro de los departamentos.

bajo costo, hecha desde la sociedad a un privado a través de la autoridad concedente. El agua en sí misma no se paga, no tiene un precio, pero los productos que se derivan de ella sí lo tienen. En este flujo aparece el plusvalor que se le exprime al bien⁹⁷.

El principio de inherencia también ha provocado un ordenamiento territorial de hecho. En la región de Cuyo, permitió la construcción de la categoría antrópica de oasis vs. secano. En San Juan y Mendoza, mediante la delimitación de los derechos de riego dentro del oasis, su sobre otorgamiento y por ende la extinción de los caudales, se realizó también la creación del secano. Los caudales concedidos, si bien sujetos a disponibilidad, implican la imposibilidad de otorgar nuevas concesiones agrícolas hasta tanto se satisfagan las existentes (San Juan) o se realice el aforo correspondiente (Mendoza). Además, en muchos períodos hídricos, atender a la demanda agrícola ha provocado la interrupción (total) del escurrimiento del agua superficial por el cauce del río.

El principio de inherencia está asociado a procedimientos rígidos en los traslados de derechos. El CAg de San Juan, en su art. 132, aclara que solo puede hacerse si se trata de inmuebles del mismo propietario.

La LAg de Mendoza regula, en su art. 127, que “las concesiones no podrán utilizarse para el riego de otro terreno si no media nueva concesión”. El art. 123 establece como requisito el abandono de la concesión previa para el otorgamiento del nuevo derecho. El art. 26 de la LAg sí habilita los traslados temporarios: “El agua en uso perteneciente a una propiedad puede concebirse temporalmente durante los turnos a otra propiedad cultivada que esté bajo el regadío del mismo canal, cuando las necesidades del cultivo lo requieran y fuere solicitado por el interesado”.

El CAg de Córdoba consigna, en su art. 66, que para la transferencia de concesiones es indispensable la previa autorización de la autoridad de aplicación. Agrega que la autorización se considera implícita en los casos de transferencia de

⁹⁷ El canon ha sido definido como una especie de renta dominial, pero que no constituye el pago del agua en sí mismo (Mathus Escorihuela, 2007). La tasa retributiva y la contribución por mejoras que contemplan ciertas leyes tampoco se vinculan con el pago del agua como tal, sino servicios u obras vinculadas al aprovechamiento.

inmuebles e industrias a los que sean inherentes concesiones de uso de aguas públicas.

El CAg de Buenos Aires establece diversos requisitos en su art. 62, se debe tratar de inmuebles de un mismo titular.

En todos los casos, los traslados son actos que se encuentran sujetos al control y la aprobación previa de la autoridad. La modificación del padrón de usuarios con derecho a participar tampoco se flexibiliza mediante este mecanismo. El desarrollo inmobiliario rural queda circunscripto a un lugar determinado que no necesariamente coincide con la totalidad de la cuenca. La consolidación de los derechos de agua en una zona de aprovechamiento también puede condicionar qué se entiende por cuenca como tal.

Cohen y Davidson (2011) plantean que el concepto de la cuenca hidrográfica - promovido como la unidad ideal de la gobernanza del agua- es impreciso. Las autoras señalan que su definición como «una unidad por donde discurren las aguas» no es exacta, porque en la práctica esta puede variar en tamaño entre un pequeño charco de agua de una acera hasta un gran sistema hidrográfico como la cuenca amazónica. También destacan que sus límites son entendidos como «naturales», pero de hecho son definidos por los humanos y redefinidos por ellos de acuerdo con los avances tecnológicos (En Budds y Roa García, 2017, p.39).

La inherencia constituyó un principio matriz que estableció un punto de partida que fue protección y negación. Este principio dota de seguridad jurídica a la concesión y de valor a ciertos inmuebles. También delimita las zonas con derecho a participar en la gobernanza del agua. Es uno de los elementos que entran en juego a la hora de definir el ordenamiento territorial de sectores de la cuenca e incluso sus propios límites.

IV.3. La regulación de las dotaciones: su impacto en la participación

En los apartados previos se han tratado la perpetuidad y el principio de inherencia como condicionantes de la participación. La regulación de las dotaciones

constituye un elemento crucial en aquellos sitios en los que existen restricciones y/o impedimentos para otorgar nuevas concesiones⁹⁸.

IV.3.A. Las dotaciones en las leyes de aguas locales

“Las dotaciones hídricas pueden normalmente consistir en un volumen fijo determinado con anterioridad o en uno variable —una parte alícuota del caudal del río— de acuerdo con las fluctuaciones del caudal del río” (Martín, 2022, p.255).

Las leyes decimonónicas establecieron sistemas de dotación por superficie que son cuestionados desde hace varias décadas, aunque no se ha podido avanzar en su modificación.

Dicha necesidad de adecuar la distribución a la real demanda del recurso hace aconsejable abandonar el sistema que toma como base la superficie empadronada, sistema que nunca logró -como se pretendió al dictar la ley 1920- estimular el uso lícito del agua; ello en cuanto no alienta al usuario a poner su ingenio para la implementación de una mejor tecnología de utilización que permita obtener más rendimiento por la misma cantidad de agua (Pinto, 1999, p.3).

En la provincia de San Juan, las dotaciones son reguladas en los capítulos dedicados a los distintos usos privativos. En el caso del uso agrícola se establecen en el art. 125: “dotación máxima de 1 litro con 30 centilitros por segundo por hectárea, proporcional a la disponibilidad del recurso, aforado en cada bocatoma o compartimento que arranca la acequia de la propiedad respectiva”. Sin embargo, producto de la extendida crisis hídrica se utiliza un sistema de turnos para tiempos de escasez.

El cálculo de distribución se maneja en función de coeficientes con respecto a la dotación máxima de 1.30 l/s por hectárea. Por ejemplo, “si el caudal total a distribuir es de 70 000 l/s (70 m³/s) y la superficie de dotación es de 100 000 ha, el coeficiente general promedio para todo el sistema será de 0.70” (Miranda, 2015, p.401).

⁹⁸ El agotamiento suele estar asociado al uso agrícola.

La entrega por turnos, habitual en la práctica, no es la regla general. Según la ley, sólo debe ser aplicada en tiempos de escasez o cuando resulta técnicamente inconveniente la entrega continua (art. 160 CAg). Ahora bien, a esto cabe sumar el art. 33:

El acrecentamiento que se obtenga por acción de nuevas obras hidráulicas y mejoramiento de las existentes; por un mayor volumen de aguas subterráneas volcadas por el Estado a los cauces públicos, y por una mejor regulación de las disponibilidades hídricas, será destinado a reducir el déficit existente entre los caudales concedidos nominalmente a los agricultores y los caudales efectivamente entregados.

Todo aumento de caudales, conforme surge de los arts. 125 y 33, debe ser destinado a aumentar coeficientes de riego. No se prevé un manejo integrado de la cuenca hídrica que tenga en cuenta las necesidades ambientales y los demás usos otorgados. En razón de la prohibición de otorgamiento de nuevas concesiones agrícolas de agua superficial por agotamiento de caudales, no pueden reabrirse estos procedimientos, salvo que se declaren caducos o sean renunciados dos tercios de los derechos de riego vigentes. El máximo legal total de las dotaciones agrícolas es 281% más alto que el módulo promedio del río⁹⁹.

Cabe reiterar que, si bien la dotación máxima es de imposible cumplimiento por las condiciones fácticas, sí implica un máximo legalmente vigente que debe tenerse en cuenta al momento de cuantificar la totalidad de los derechos de riego otorgados. Esto se traduce en un cerrojo a cualquier posibilidad de aprovechar los inmuebles con potencial productivo que se encuentran en zonas sin derechos de riego. De este modo, se consolida la valorización de determinadas tierras en desmedro de otras, con carácter de perpetuidad. Ergo, hay zonas con derecho a participación perpetua y zonas que no tendrán posibilidad de acceso a ser parte de los organismos de usuarios. Cabe recalcar que, en 1978, ante este panorama, de igual modo el art. 121 del CAg abolió la distinción entre concesiones eventuales

⁹⁹ Según planilla de distribución del DH, en el valle del Tulum hay 113.527 has bajo riego. En términos legales, los usuarios podrían solicitar hasta 1,3 l/s por ha, esto implicaría un caudal de 147,5 m³/seg. Si se suma el hectareaje de los valles de Ullum y Zonda (5.639) el número asciende a 154,9 ms/seg. Si bien ni siquiera existe capacidad de conducción en la red de canales para ello, los regantes pueden exigir esa entrega máxima (en caso de haber disponibilidad) o en su defecto el máximo que permita la red de Tulum, Ullum y Zonda (cerca a 100 m³). El río San Juan tiene un módulo histórico entre 55 y 60 m³/s, conforme surge de los propios aforos e información disponible en el Departamento de Hidráulica. Recuperado de <https://hidraulica.sanjuan.gob.ar/>. Noviembre de 2024.

y permanentes sin que medie un aforo previo. Además de ello, este artículo, mediante la remisión al art. 282, habilitó a otorgar concesiones a los usuarios clandestinos. Los usuarios clandestinos que acreditaban el pago de obligaciones económicas, el conocimiento del uso indebido por la autoridad administrativa durante los últimos diez años, cultivos con una antigüedad mínima de cinco años y el pago de un derecho especial de concesión, adquirirían un derecho patrimonial subjetivo perpetuo, permanente e inherente a su inmueble.

En Mendoza, la LAg establece que “en toda nueva concesión de aprovechamiento de aguas públicas, se determinará la cantidad que corresponda como *maximum*, si es para riegos, a razón de uno y medio litros por segundo, para cada hectárea de terreno” (art. 122). Establece un máximo uniforme, pero deja abierta la opción para que la autoridad establezca cantidades diferentes o dotaciones diferenciadas en los nuevos otorgamientos. La doctrina ha sostenido que si bien la ley de aguas estableció un volumen fijo máximo de 1,5 l/s por ha; en la práctica se ha invertido el sistema hacia uno de volumen variable, que inicialmente era considerado excepcional en la ley de aguas (Martín, 2022).

A su vez, el art. 194 de la CP ha regulado el principio legal de otorgamiento de nuevas concesiones. Para ello se requiere el voto de las dos terceras partes de cada cámara (sin haberse realizado aforo) o de la mitad más uno (realizado el aforo). Las concesiones que se otorguen, sin haberse realizado el aforo, se consideran de carácter eventual.

En el caso de Córdoba, el art. 65 del CAg establece que el volumen de cada concesión será el que la autoridad determine. Para las concesiones agrícolas establece la tasa de uso beneficioso:

En las concesiones para riego, la dotación se entregará en base a una tasa de uso beneficioso, que teniendo en cuenta la categoría de las concesiones, y las condiciones de la tierra, el clima y las posibilidades de la fuente, fijará la autoridad de aplicación para cada sistema (art. 114).

El art. 46 regula, como facultad de la autoridad de aplicación, la posibilidad de declarar el agotamiento de caudales cuando la disponibilidad de agua de una determinada fuente se encuentre totalmente comprometida con concesiones y

permisos acordados. Ello implica que no se recibirán más solicitudes de concesiones ni de permisos.

En la provincia de Buenos Aires, el CAg, en su art. 2 inc. e, establece que es una atribución del Poder Ejecutivo “determinar, cuando la circunstancia lo requiera y justifique, la dotación de agua a acordar a cada categoría o tipo de uso y a cada región”. El art. 31 expresa que:

La dotación de agua se fijará considerando el régimen hidrológico, y los requerimientos de cada aprovechamiento y podrá reajustarse en cualquier momento por resolución fundada. Mientras no se conozca la red hidrométrica provincial, las dotaciones para la concesión serán transitorias y determinadas por la Autoridad de Aplicación.

En este caso, no se declara el agotamiento de caudales ni se faculta a la autoridad para hacerlo, pero sí se lo incluye como una causal de extinción de la concesión, conforme al art. 48 inc. c.

Excede al objeto de esta obra determinar si es correcto entender al agotamiento de la fuente como una causal de fuerza mayor. En muchas situaciones, las modificaciones antrópicas son las que provocan el cambio de flujos superficiales y subterráneos. El debate respecto a cómo categorizar el agotamiento es necesario, quedará pendiente para profundizar en futuros trabajos.

En síntesis, en San Juan opera la situación de mayor rigidez, ello a su vez tiene notas características merecedoras de un especial tratamiento. En Mendoza, se establece un sistema de dotación por superficie (modificado en la práctica) y no se pueden otorgar nuevas concesiones por parte de la autoridad, se requiere la habilitación por vía legal. Si bien no implica una declaración de agotamiento como el caso de San Juan, de igual modo genera que exista un padrón rígido de los actores vinculados a participar. Sin embargo, en la práctica, el sistema se ha flexibilizado mediante el otorgamiento de permisos precarios que, en los términos de la Ley 5.302, no habilitan el ejercicio del sufragio activo ni pasivo. En Córdoba, se regula la tasa de uso beneficioso y la autoridad se encuentra facultada a declarar el agotamiento de caudales, aunque el CAg en sí mismo no declara ninguno. Esta regulación puede deberse a la mayor cantidad y dispersión de las fuentes de agua de dicha provincia, cuyas características son diferentes a la región de Cuyo. En la provincia mediterránea existe una apertura hacia nuevos derechos, ergo, hay

nuevas zonas que pueden ser incorporadas dentro de los términos del propio CAg. En el caso de Buenos Aires, la dotación se determina en función del resultado de la planificación. A su vez, su normativa no prevé la posibilidad de declarar el agotamiento de caudales por parte de la autoridad; únicamente se lo regula como un tipo de fuerza mayor.

La necesidad de contar con sistemas de riego colectivos para practicar la agricultura es un elemento distintivo en todo el territorio de San Juan y Mendoza. En Córdoba y Buenos Aires existen zonas que no requieren sistemas de riego para desarrollar la agricultura. La realidad de los inmuebles situados en la Pampa húmeda y en la región Centro del país es muy diferente a la de los ubicados en Cuyo. Estas diferencias territoriales permiten entender los motivos por los que las provincias cuyanas son más generosas en la regulación de las dotaciones. Buscan otorgar mayor seguridad jurídica al titular del derecho de uso de las aguas públicas. Sin embargo, no se puede soslayar la discutible solución del CAg de San Juan: transformar todas las concesiones eventuales en permanentes sin realizar un aforo previo, equiparando su dotación. Tampoco puede dejar de señalarse la influencia que ejercen y han ejercido, en Cuyo, los titulares de usos privativos. Los usuarios cuyanos son actores que condicionaron históricamente las regulaciones en torno al agua.

En Cuyo, las cláusulas que regulan las dotaciones presentan elementos rígidos y carecen de una visión integrada del manejo del agua. No obstante, estas regulaciones no tienen por qué ser idénticas o adoptar modelos de otras realidades hídricas y sociales. “La diferente configuración geográfica imprime al derecho de cada pueblo una fisonomía especial” (Marienhoff, 1939, p.105). La flexibilidad del CAg de Buenos Aires (en este aspecto) puede ser inaplicable en las provincias cuyanas.

IV.3.B. Rigidez extrema de la dotación: el caso del art. 127 del CAg de San Juan

La normativa de la provincia de San Juan evidencia características de rigidez extrema. El CAg cuenta con un artículo distintivo, es el 127:

Prohibición expresa de criterios diferenciales: La uniformidad en la distribución de las aguas públicas de cada cuenca debe respetarse en términos absolutos, salvo lo dispuesto en el artículo 121 modificado. A este fin se incluyen todas las aguas públicas del territorio de la cuenca, sin distinción entre aguas del río, afluentes, arroyos, vertientes, ciénagas, desagües, drenes o subterráneas. Queda expresamente prohibido disponer coeficientes diferenciales, so pretexto de diversidad de características de tierras, cultivos, categorías de concesiones, salvo lo indicado en el artículo 121 modificado o a favor de cualquier otro hecho o circunstancia con que se pretenda justificar la discriminación.

Esta regulación implica prohibir todo criterio vinculado con la demanda efectiva de los cultivos o tasas de uso beneficioso. La excepción del artículo 121 fue una cláusula transitoria que en la actualidad no tiene aplicación. La unidad de medida de las concesiones es el litro por segundo (art. 55). El respeto a los términos de la concesión implica cumplir con la uniformidad en litros por segundo, con la única excepción de los turnos en tiempos de escasez. No obstante, estos también deben respetar dicha uniformidad en el ciclo total del turnado. Esta rigidez impide pensar en dotaciones mensuales y/o anuales diferenciales según la clase de cultivo. La entrega según la demanda del cultivo no era un concepto desconocido cuando se puso en vigencia esta ley. Guillermo Cano había planteado, en 1943, entre las bases para la legislación de aguas, las condiciones a las que debía subordinarse la concesión de uso de aguas públicas:

1° Determinación precisa del terreno y de la superficie para la cual se otorga; 2° Determinación de la clase de cultivos para la cual se otorga; 3° Determinación de los principios técnicos por los cuales se ha de regar; 4° Determinación precisa del volumen de agua cuyo uso se concede y de la época en que será permitido utilizársele (1943, p.267).

El código de aguas de San Juan, puesto en vigencia en 1978, no cumplió con ninguna de estas condiciones. Establece una uniformidad que no es únicamente una igualdad en términos anuales, sino una igualdad permanente en cada reparto, ya que no es posible fundar ningún criterio diferencial, se encuentran prohibidos de manera expresa.

Sin embargo, el art. 127 no fue plenamente respetado en la práctica. La ley fue dictada en 1978, en el año 1980, el propio Consejo del Departamento de

Hidráulica, mediante el Acta 1511, estableció un coeficiente diferencial para el Departamento de Calingasta. Luego se redujo en el Acta 2059 del año 1996. El Acta 2059 establece que:

En el Departamento Calingasta para caudales menores de 40m³/seg. en el Partidor San Emiliano (repartidor para el Valle del Tulum), el coeficiente de distribución en los canales del Departamento Calingasta será de 0,60 lts. /seg. /Ha.; para caudales entre 40 y 50 m³/seg. en el Partidor San Emiliano, el coeficiente de distribución en los canales del Departamento Calingasta será de 0,80 lts. /seg. /Ha.

Estas regulaciones constituyen un beneficio diferencial, pero, a la par, son un máximo distinto al del propio art. 125. Es decir, conforme al acta del Consejo, los usuarios de Calingasta no tienen derecho a solicitar el máximo legal establecido para la dotación, pero tienen asegurado un mínimo mayor al de los usuarios aguas abajo¹⁰⁰. Cabe aclarar que no se ha encontrado ningún precedente administrativo ni acción judicial de reclamo por este coeficiente diferencial.

Lo expresado en el párrafo precedente demuestra que no existe un coeficiente único en la cuenca del río San Juan. El Acta 1511 expresa que el coeficiente diferencial se otorga en función de diferentes características edafológicas, en franca oposición a la prohibición del art. 127 de invocar al tipo de suelo como motivo para el otorgamiento del coeficiente diferencial. Otro dato particular del Acta 1511 es que estos coeficientes se calculan en el compartó general de cada canal. Otorgado el caudal máximo, incluso si este no llega en cantidad suficiente para satisfacer al último usuario, no puede incrementarse el caudal derivado desde el compartó general. Esto puede provocar conflictos entre los usuarios del acueducto, quienes se encuentran aguas arriba pueden hacer uso del coeficiente diferencial, no obstante, quienes se encuentran al final del canal podrían recibir

¹⁰⁰ ARTÍCULO 125.- Dotación. Coeficiente único: Todas las concesiones permanentes de uso de agua para riego, salvo las excepciones que se indican más adelante en este artículo, dan derecho a la utilización de una dotación con un coeficiente uniforme de hasta un litro con treinta centilitros por segundo de tiempo y hectárea de terreno, que será proporcional a las disponibilidades del recurso de la respectiva cuenca, aforados en cada bocatoma o compartó en que arranca la acequia para la propiedad respectiva. Se exceptúan las concesiones de aguas accidentales y las permanentes de arroyos y vertientes transformadas por el artículo 121 y hasta tanto se cumplan los objetivos señalados en dicho artículo, las que tendrán derecho a la utilización de una dotación proporcional a las disponibilidades del recurso hídrico, pero con el coeficiente que se señala en dicho artículo.

un coeficiente menor¹⁰¹. Esta regulación es contraria al art. 126 del CAg¹⁰². También resulta cuestionable porque, al establecer el punto de medición en un sitio distinto al ingreso del inmueble, vulnera, de forma indirecta, el principio de inherencia de la concesión.

El art. 127 tiene otro posible impacto. Los coeficientes se equiparan en la cuenca, pero no se tiene en cuenta que se encuentra conformada por un conjunto de tributarios con caudales diferentes. Un usuario podría reclamar, sujeto a disponibilidad, que se le otorgue el coeficiente máximo. Sin embargo, equiparar coeficientes en ríos con caudales notoriamente disímiles puede traer aparejado un impacto ambiental en el cauce natural. En forma ejemplificativa, se puede afirmar que no es lo mismo otorgar 2.000 hectáreas de concesión con coeficiente máximo de 1,3 l/s sobre un curso de agua con caudal promedio de 40 m/s que sobre un río con caudal promedio de 1 m/s. La ley declaró el agotamiento de caudales (art. 123), pero no se revisaron las concesiones existentes al momento de su sanción.

Los coeficientes se definen en toda la cuenca en términos uniformes pero la oferta hídrica de cada tributario no es uniforme. En Calingasta existe un sistema de coeficientes únicos con fuentes diferenciales¹⁰³.

Por su parte, el art. 55 del CAg establece una garantía a favor de los concesionarios. Ya que sólo exime de responsabilidad al Estado cuando la disminución del caudal se deba a causas naturales. En caso de que la autoridad de aplicación dispusiese priorizar usos que no se encuentren inscriptos previamente,

¹⁰¹ Esto último toma especial relevancia si tenemos en cuenta que muchas de estas pérdidas se dan en canales de dominio público y no en ramos comuneros de propiedad de los usuarios.

¹⁰² ARTÍCULO 126.- Lugar de determinación del coeficiente único legal: Las pérdidas de agua por evaporación, por infiltración o cualquiera otra causa permanente o accidental que ocurra en embalses, obras distribuidoras, y cauces de ríos, arroyos y canales principales, será a cargo de la masa de concesionarios. La igualdad legal del coeficiente único, será la establecida mediante aforos en el compartó en que comienza la acequia para la propiedad respectiva.

¹⁰³ En el Departamento Calingasta se encuentran los tributarios del río San Juan que forman pequeños oasis de altura, teniendo caudales notoriamente diferentes entre sí. El principal afluente es el río de los Patos que irriga las localidades de Barreal, Tamberías, Sorocayense, Hilario, La Isla y Alcaparrosa. El segundo es el río Castaño que irriga Villanueva, Puchuzún y Villa Corral. El tercero es el río Calingasta que irriga Barrealito y Villa Calingasta. Solo hay datos sostenidos de aforos del río de los Patos, no del resto de los tributarios. No obstante, de dicha sistematización surge que más de dos terceras partes del caudal del río San Juan se nutre del río de Los Patos, siendo el resto provisto, en mayor medida, por el río Castaño y, en menor medida, por el río Calingasta y otros arroyos menores. Recuperado de <https://hidraulica.sanjuan.gob.ar/datos%20y%20estadisticas/aforos.php>. Octubre de 2024.

por ejemplo, dotaciones de aguas para que ciertos grupos realicen prácticas de subsistencia, al no tratarse de una causa natural, obligaría al Estado a responder por la garantía del art. 55 (Sanna, 2022).

El CAg de San Juan también tuvo la particularidad de equiparar a todas las concesiones sin realizar el aforo correspondiente, mediante el mencionado art. 121. Se estableció un proceso gradual de incorporación de las concesiones al sistema de coeficiente único:

Aquellas concesiones citadas, válidamente inscriptas y en uso efectivo, se irán incorporando al sistema de coeficiente único, en forma gradual, conforme a las mejoras que se obtengan en el aprovechamiento del recurso hídrico con las obras en construcción y a construirse, que posibiliten el funcionamiento integral del sistema.

En la práctica, las concesiones se han equiparado pese a que ningún aforo podría convalidar la dotación máxima del art. 125.

El título concesional perpetuo, inherente al predio y con una dotación de hasta 1,3 l/s por hectárea, incorporado al patrimonio del usuario como derecho adquirido, genera escaso margen de acción para el concedente y no se corresponde con el paradigma de la Constitución Provincial de 1986. La ley suprema de la provincia reguló a la tierra como factor de producción y dinamizador de la economía. A los fines de aumentar la productividad de la tierra, es necesario contar con cierta flexibilidad y con coeficientes que se ajusten a las demandas y no habiliten un uso ineficiente del agua.

El art. 61 del CAg podría ser invocado como contrapeso a las cláusulas antes mencionadas, con la finalidad de exigir una mayor eficiencia a los usuarios. Sin embargo, debe señalarse que las obligaciones allí establecidas son abiertas y genéricas. La ausencia de reglamentación las transforma en obligaciones cuasi abstractas¹⁰⁴.

En términos de Alexy (2017), la concesión para uso agrícola que instituye el CAg de San Juan asegura un grado de seguridad en la realización del derecho de los

¹⁰⁴ ARTÍCULO 61.- Obligaciones del concesionario: Son a cargo del concesionario, las siguientes obligaciones: 1) Cumplir las obligaciones legales y reglamentarias y usar el agua en forma racional y eficaz. 2) Construir y conservar las obras y contribuir a la conservación y limpieza de los acueductos. 3) Suministrar los datos, planos e informes que solicite la autoridad competente y facilitar las inspecciones que correspondan. 4) No contaminar las aguas. 5) Cumplir todas las obligaciones económicas derivadas de la concesión.

concesionarios que se corresponde con la categoría de seguro. Por su parte, el grado de no realización de otros derechos asociados a ese curso de agua es también seguro en el sentido inverso. En particular en lo que refiere al ambiente sano (caudales ecológicos) y al acceso al agua para usos enmarcados en la agricultura de subsistencia por parte de las comunidades que no cuentan con título concesional.

En ciertos casos, podría disminuir el grado de seguridad de los concesionarios agrícolas. El CAg imposibilita el otorgamiento de nuevas concesiones agrícolas, pero no de los restantes usos. Si bien toda nueva concesión está sujeta a la regla de que sea otorgada sin perjuicio de terceros, esto es de imposible cumplimiento si la dotación agrícola se pretende acrecentar hasta 1,3 l/s por hectárea. Entonces, la cláusula sin perjuicio de terceros se flexibiliza producto de la propia rigidez de las concesiones agrícolas. Sólo parece cobrar operatividad en el caso de no permitir una dotación mínima. Cabe preguntarse ¿cuál es la dotación mínima a la que se tiene derecho? El otorgamiento de nuevos usos, aguas arriba de los oasis agrícolas, podría implicar la afectación de las dotaciones de los concesionarios agrícolas. En el caso hipotético de que se otorgasen una cantidad de usos mineros e industriales que en tiempos normales representan solo el 5% del total del escurrimiento, pero en tiempos de escasez pudiesen llegar a representar el 20% del escurrimiento, su porcentaje de influencia sería significativo para los concesionarios agrícolas ubicados aguas abajo.

El CAg tiene una regulación que provoca un grado de seguridad en la satisfacción del derecho de los usuarios agrícolas respecto a las actividades aguas abajo. En relación a actividades aguas arriba, la situación es diferente ¿es posible que un mismo instrumento legal contenga grados de satisfacción cuasi opuestos sobre un mismo título concesional? La respuesta afirmativa se impone, en este caso se asocia a un criterio geográfico. La rigidez extrema del CAg estuvo pensada en desmedro de los sectores ubicados aguas abajo del oasis agrícola. En cambio, no tuvo previsiones suficientes para delimitar con claridad nuevos usos que pudieran otorgarse aguas arriba.

En síntesis, la forma en que se estructuran los derechos políticos de los usuarios, asociados a la cantidad de hectáreas, sumado a este tipo de cláusulas (art. 127) impide diseñar cronogramas de riego destinados a los cultivos minoritarios. Esto

provoca una esfera de conflicto dentro de la propia categoría de usuarios privativos. Además, el sistema de coeficientes únicos (en litros/segundo) no brinda la seguridad jurídica pretendida en el siglo XX ya que la rigidez de esta regulación legal, de imposible práctica, se ha sorteado recurriendo a instrumentos infralegales, como las actas del Consejo del Departamento Hidráulica. En la práctica, se han regulado coeficientes mínimos mayores y disminuido los coeficientes máximos, en franca oposición a la ley. Estos antecedentes, lejos de robustecer la seguridad jurídica, constituyen un ejercicio arbitrario y prohibido por la ley, por parte de un órgano encargado de la administración primaria del agua.

CAPÍTULO V. DERECHOS POLÍTICOS EN LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS

En este capítulo se estudian los derechos políticos en las organizaciones de usuarios. Este trabajo se realiza teniendo en consideración los modelos políticos constitucionales descriptos en la primera parte de la tesis. Luego, se examina la situación de los distintos usos privativos y de los usuarios de aguas subterráneas. Por último, se analizan los sistemas electorales y las consecuencias del derecho de propiedad constitucional (derechos adquiridos patrimoniales) en la gobernanza del agua.

V.1. Los derechos políticos en las organizaciones de usuarios

El constitucionalismo originario argentino se caracterizó por excluir al modelo que ha sido caracterizado como radical-republicano. Ello implicó la ausencia de controles exógenos a los distintos poderes reconocidos en la Constitución, así como también la concepción restringida de los derechos políticos.

A continuación, se tendrán en consideración dos visiones de la participación, una restrictiva y otra amplia. La primera de estas alternativas, a la que se llama restrictiva, se basa en:

Una concepción estrecha sobre la democracia (...) Esta afirmación propone la lectura más restringida imaginable del principio arriba expuesto, referido a la "voluntad popular" como fuente originaria de poder: en los hechos, la "voluntad del pueblo" queda confinada así a la periódica elección de aquellos que van a decidir en su nombre (Gargarella, 2016, p.4).

En contraposición a ello, el autor expresa que:

La posición amplia considera que las decisiones públicas más relevantes deben tomarse a través de procesos inclusivos y deliberativos (...) a través de formas caracterizadas por la conversación entre "todos los potenciales afectados", antes que por la "imposición" desde arriba (Gargarella, 2016, p.6).

En el bloque federal de constitucionalidad, si bien persisten cláusulas de la concepción restrictiva, ha operado una ampliación de la participación. “Desde la modificación de 1994, la balanza se inclina a favor de la participación ciudadana en cuestiones políticas y, derivadamente, a favor de un modelo de democracia más robusto” (Giuffré y Linares, 2019, p.26)

A los fines de determinar si la concepción que adoptan las leyes regulatorias de la participación de los usuarios es restrictiva o amplia, se tomará en consideración si existen instancias que trascienden los derechos al sufragio (activo y pasivo) para elegir representantes de los usuarios; o si, caso contrario, la participación se centra exclusivamente en el ejercicio del sufragio para elegir a los representantes.

En el caso de San Juan, la Ley 13-A limita la participación de los usuarios al ejercicio del sufragio. En particular a la elección de miembros de las Comisiones de regantes (art. 59). En la regulación de estos organismos no se prevén instancias assemblearias ni mecanismos de rendición de cuentas a los usuarios. Por su parte, las Juntas departamentales sólo contemplan una instancia abierta que consiste en convocar semestralmente a una reunión de regantes para “hacer conocer la marcha de la Junta” (art. 57 inc. o). Esta es la única instancia extra al sufragio, aunque no se establecen mecanismos de rendición de cuentas ni de participación. La redacción del artículo denota la pasividad del usuario, ya que la Junta lo convoca para hacer conocer la marcha, pero nada dice sobre el derecho a expresarse sobre dicha marcha, sugerir, etc.

En el caso de Mendoza, la Ley 6.405 prevé la existencia de dos tipos de asambleas de usuarios. La Asamblea ordinaria y la extraordinaria, la primera de ellas con facultades para “votar la conformidad al presupuesto anual de gastos y cálculo de recursos y rendición de cuentas que presente la inspección de cauces del ejercicio anterior, quedando sujetas a la aprobación del departamento general de irrigación” (art. 5). Las extraordinarias tienen competencia para:

- a) sugerir aquellas medidas tendientes al mejoramiento de la distribución y utilización del recurso hídrico; b) disponer la fusión o exclusión y asociación o separación con otras inspecciones de cauces; c) expedirse sobre los demás asuntos que requieran las autoridades de las inspecciones o determinen esta ley o su reglamentación (art. 6).

Es decir que los usuarios, sin perjuicio de que eligen a los inspectores de cauce conforme lo regula la Ley 5.302, tienen decisiones directas que ejercen mediante las Asambleas. Existe una participación que trasciende la instancia del sufragio. La Inspección de cauce debe rendir cuentas ante la asamblea.

En el caso de Córdoba, la Ley 6.604 también establece la existencia de Asambleas de usuarios en el marco de los consorcios: ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias tienen competencia para:

La aprobación de la Memoria, Balance e Inventario correspondiente al ejercicio vencido; las cuotas que deban abonar los consorcistas y demás asuntos incluidos por la Comisión Directiva o por no menos del diez (10) por ciento de los miembros del Consorcio, en condiciones de votar y todo asunto que le competa resolver conforme la presente Ley, y en todos los casos la responsabilidad de los miembros de la Comisión Directiva, siempre que se plantee en la asamblea por cualquier consorcista en condiciones de votar (art. 10).

Nótese que además de las facultades decisorias directas en titularidad de los usuarios, pueden introducir temas en la propia asamblea con el diez por ciento de los miembros y resolver sobre las responsabilidades de la Comisión Directiva. Se trata de una participación que trasciende la instancia del sufragio.

En el caso de Buenos Aires, el art. 130 del CAg establece que la Asamblea es el órgano supremo del consorcio y decidirá “en las materias previstas por el artículo 112 y los incisos e y f del artículo 121 y en toda otra que determinen los estatutos”. Esto se traduce en atribuciones para:

Analizar y gestionar el financiamiento de las acciones mencionadas en el inciso c, conducentes al desarrollo de la región, sea dicho financiamiento de fuentes municipales, provinciales, nacionales o internacionales; evaluar anualmente la marcha del Programa y el cumplimiento de los objetivos de desarrollo y transformación de la región y someter un informe para el conocimiento y consideración de los Poderes Provinciales.

Si bien las facultades decisorias más concretas están en titularidad del Consejo Directivo (art. 131), la posibilidad de evaluar anualmente la marcha del programa por la Asamblea permite a los usuarios una instancia decisoria directa. Es más reducida que lo regulado en las leyes de Mendoza y Córdoba, pero no deja de estar

presente, lo que implica un criterio de representatividad que trasciende el mero ejercicio del sufragio.

En lo que respecta al CORFO, el Decreto 1806/1998 establece las funciones de las Asambleas de los consorcios:

Aprobar la rendición de cuentas presentada por el Directorio; Considerar el presupuesto de gastos y recursos para el próximo período; Aprobar la forma en que deberá llevar a cabo la limpieza del canal; Elegir Directorio y Presidente para el período de un año; Cualquier otro asunto sometido a su consideración por el Directorio; Designar dos miembros para suscribir y aprobar el acta de reunión (art. 20 inc. h. 9).

En esta norma sí se regulan facultades con un grado de amplitud similar al de Córdoba y Mendoza.

Las leyes de Mendoza y Córdoba, en relación a los aspectos analizados en este acápite, evidencian una concepción amplia de la participación. Los usuarios no se limitan a ejercer el derecho al sufragio activo o pasivo, sino que, mediante las asambleas, tienen facultades decisorias directamente vinculadas a la administración secundaria del agua. En el caso de Buenos Aires, la concepción que surge del CAg¹⁰⁵ es más restrictiva, pero de igual manera implica una visión amplia, ya que se puede evaluar la marcha del plan de gestión y sus objetivos en una instancia de participación directa. Las regulaciones del CORFO encuentran un paralelismo con lo regulado en Mendoza y Córdoba. En Mendoza, Córdoba y Buenos Aires los usuarios cuentan con facultades que implican controles exógenos sobre los órganos directivos de las inspecciones o consorcios.

¹⁰⁵ Se realiza tal aclaración ya que el CAg contiene una apertura en relación a las facultades que los estatutos de los consorcios establecerán para la Asamblea, cuyo análisis excede el objeto de esta obra. Cabe traer a colación que el Decreto Reglamentario del CAg (3.511) al reglamentar el art. 126 expresa:

Una vez aprobado el Consorcio por la AUTORIDAD DEL AGUA deberá presentarse un anteproyecto de estatuto conteniendo:

- a) El proyecto de la obra y detalle de su funcionamiento
- b) La justificación analítica del proyecto
- c) El financiamiento de la obra, de su funcionamiento y mantenimiento
- d) Las obligaciones de mantenimiento de las obras ejecutadas
- e) El sistema de regulación en el manejo del agua
- f) Un sistema de alarma y de medidas inmediatas ante el peligro de emergencia
- g) La creación de los órganos de conducción, a saber la Asamblea y el Consejo Directivo
- h) Los derechos políticos de los consorcistas, entre otros, el derecho de ser convocado a las asambleas, el derecho de participar con voz y voto en las mismas, y el derecho a integrar el Consejo Directivo.

El caso de San Juan es el único que evidencia la reducción de la participación al ejercicio del derecho al sufragio pasivo y/o activo en la elección de los miembros de las Comisiones de regantes. No existen instancias decisorias directas; mecanismos claros de rendición de cuentas ni controles exógenos en titularidad de los usuarios.

V.2. Las organizaciones de usuarios bajo el tamiz de los estándares internacionales del derecho de participación

Los derechos políticos se encuentran reconocidos en los arts. 37, 38 y 39 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados, entre los que se destaca el art. 23 de la CADH. A partir de estas normas se pueden sistematizar una serie de características: universalidad; no discriminación; formas semidirectas de democracia y acciones positivas para favorecer a ciertos grupos. Estas notas son típicas del modelo constitucional asociado a los derechos colectivos. Mientras que el BFC ha dado claros pasos en ese sentido, complementando y superando la concepción restringida del modelo liberal-conservador, los términos bajo los que se estructuran los derechos en las organizaciones de usuarios evidencian ciertas ausencias.

El art. 23 de la CADH expresa que “la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. Por su parte, el art. 2 inc. 1 de la DUDH consigna que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

La OGN 15 también da pautas sobre cómo debe ser la participación. El art. 37, al enumerar las obligaciones básicas de los Estados, incluye: “adoptar y aplicar 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”. Cabe citar el art. 38:

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 medio ambiente que esté en posesión de las autoridades públicas o de terceros.

La OGN 15 funciona, por un lado, como un limitante a la participación exclusiva de los usuarios, pero es, a su vez, un reaseguro convencional de su derecho a tener algún grado de participación. El art. 38 incluye a particulares o grupos que puedan ser afectados en su ejercicio del derecho al agua. La OGN 15 no ha mencionado de manera expresa a los usuarios, como sí lo hizo la Directiva Marco del Agua 2000/60/CE, en cuyo art. 14 incluye el término usuario dentro de los sujetos legitimados a participar. No obstante, la amplitud que otorga a las instancias de participación hace imposible excluir a los usuarios.

En otro orden, con jerarquía infraconstitucional, pero supralegal, el Acuerdo de Escazú regula estándares de participación en materia ambiental. Desarrollar el contenido de este acuerdo con la profundidad que merece requeriría un trabajo específico complementario. Cabe traer a colación los principales puntos susceptibles de impactar en la participación en la gobernanza del agua. El art. 4 inc. 5. expresa que “cada Parte asegurará que se oriente y asista al público —en especial a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad— de forma que se facilite el ejercicio de sus derechos de acceso”.

El art. 5 inc. 3 consigna que:

Cada Parte facilitará el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Se regula que el acceso a la información comprende solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita.

El art. 6 establece la obligación de generar información ambiental y divulgarla. El art. 7 garantiza mecanismos de participación en los procesos de toma de decisiones que tengan un impacto significativo sobre el ambiente, como para la elaboración de políticas, estrategias y planes (entre otros). Las observaciones del público deben ser debidamente consideradas y contribuir en los procesos de toma de decisiones. Este reconocimiento, plasmado con mayor énfasis en los inc. 13 y 14, es más amplio que el contenido del derecho de participación que ya se encontraba reconocido a través de la LGA y de las normas locales complementarias. Otorga una mayor protección al conocimiento local y a la participación efectiva de los grupos en situación de vulnerabilidad. Escazú deja en claro que ya no resulta suficiente crear medios específicos de participación, sino que es necesario que los mismos sean realmente utilizados.

También se reconoce un tipo de saber diferente. Ya no se trata sólo del conocimiento ciudadano general, sino que se incorpora el concepto de conocimiento local. Se abren múltiples debates, pero este reconocimiento implica receptar las especificidades propias de cada grupo comunitario¹⁰⁷.

El art. 8 inc. 2 regula la obligación de acceso a la justicia, estableciendo que se debe garantizar el derecho a impugnar y recurrir, en cuanto al fondo y al procedimiento:

- a) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con el acceso a la información ambiental; b) cualquier decisión, acción u omisión relacionada con la participación pública en procesos de toma de decisiones ambientales; y c) cualquier otra decisión, acción u omisión que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente o contravenir normas jurídicas relacionadas con el medio ambiente.

El art. 8 inc. 4 incorpora la obligación de establecer medidas para reducir o eliminar las barreras del derecho de acceso a la justicia; el art 8 inc. 5 va aún más

¹⁰⁷ Vale citar los inc. 13 y 14:

13. Cada Parte alentará el establecimiento de espacios apropiados de consulta en asuntos ambientales o el uso de los ya existentes, en los que puedan participar distintos grupos y sectores. Cada Parte promoverá la valoración del conocimiento local, el diálogo y la interacción de las diferentes visiones y saberes, cuando corresponda.

14. Las autoridades públicas realizarán esfuerzos para identificar y apoyar a personas o grupos en situación de vulnerabilidad para involucrarlos de manera activa, oportuna y efectiva en los mecanismos de participación. Para estos efectos, se considerarán los medios y formatos adecuados, a fin de eliminar las barreras a la participación.

allá, establece una protección especial mediante la asistencia técnica y jurídica gratuita destinada a los grupos en situación de vulnerabilidad¹⁰⁸.

A continuación, se resumen los estándares bajo los que se debe analizar a las leyes locales:

- i) Si existen distinciones sospechosas, es decir por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Se tratará en el Cap.V.3.
- ii) Si existen institutos jurídicos que regulen una estrategia y un plan de acción nacional sobre el agua para toda la población (incluidos los ciudadanos), en concordancia con la OGN 15 y el Acuerdo de Escazú, en base a un proceso participativo y transparente, que respete el principio de no discriminación y de participación popular. Se tratará en el Cap. VI de la presente tesis.
- iii) Si existen institutos jurídicos que tomen nota de la existencia de otros actores, en particular los grupos especialmente protegidos. Será estudiado en el Cap. VI.
- iv) Si existen mecanismos de generación de información ambiental y divulgación en las leyes que regulan a las organizaciones de usuarios. Sobre este punto se profundizará a continuación.

V.2.A. Generación de información ambiental y divulgación en las organizaciones de usuarios

En forma preliminar, cabe señalar que si bien la participación de los usuarios, en la mayoría de los casos, se encuentra asociada a la administración secundaria del agua, su impacto en términos acumulativos resulta significativo para el manejo de las cuencas. En consecuencia, la obligación de contar con información ambiental no finaliza en el compartó de ingreso a la Inspección de cauce, Consorcio o Comisión de regantes; sino que se extiende hasta el efectivo uso del agua y sus

¹⁰⁸ Art. 8 inc. 5. Para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia, cada Parte atenderá las necesidades de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad mediante el establecimiento de mecanismos de apoyo, incluida la asistencia técnica y jurídica gratuita, según corresponda.

efectos. Es decir que, ya sea producida por el órgano de contralor (administración primaria) o por el propio órgano de administración secundaria, resulta necesaria la generación de información ambiental sobre el impacto de los aprovechamientos en zonas sujetas a usos privativos (por ejemplo, distritos de riego). A su vez, debe generarse la divulgación pertinente, para cumplir con los estándares que ha regulado el Acuerdo de Escazú.

En el caso de San Juan, respecto a la obligación de producción de información y de divulgación, la Ley 13-A, en su art. 30, entre las atribuciones del Director, refiere a la realización de estudios hidrológicos y de estudios sobre el clima y el suelo en relación a los cultivos. Caben dos observaciones, en primer término, no se pretende estudiar y obtener información sobre los efectos de los usos privativos en sí mismo. En segundo lugar, la divulgación de tales estudios no está prevista con un criterio amplio sino restringido a la Dirección General de Industrias de la provincia (art. 31). Por otro lado, no se ha instituido estudio alguno vinculado con el impacto de los usos consuntivos desde la red secundaria. El art. 30 inc. c expresa que se deberá determinar para cada tipo de suelo su balance hídrico, composición físico-química, fertilidad y labrabilidad. Sin embargo, esta cláusula no es equivalente a un estudio del uso del agua en los distritos de riego, sino un balance en términos generales.

En Mendoza, el art. 203 de la LAg expresa que “los Ingenieros del Departamento están a las órdenes del Superintendente, y ejecutarán las condiciones y estudios que éste les recomiende para el mejor régimen de las aguas y el cumplimiento de la presente Ley”. Caben idénticos comentarios que los realizados para San Juan. En la Ley 6.405 no se encuentra obligación alguna en relación a la actividad de las inspecciones de cauce vinculada con estudios e informes sobre la situación ambiental. Ergo, no hay regulación sobre la divulgación.

En el caso de Córdoba, el CAg contiene referencias a estudios de impacto ambiental solo para actividades relacionadas con la extracción de áridos. En la Ley 6.604 no se regula obligación alguna vinculada con estudios e informes sobre la situación ambiental vinculada a los usos del consorcio. Por ende, tampoco hay regulaciones sobre la divulgación.

En Buenos Aires, el CAg deja a criterio de la autoridad los casos en que resulta necesario la EIA. A su vez, su art. 35 regula el otorgamiento de permisos para estudios sobre el agua y las cuencas; elemento distintivo respecto al resto de las legislaciones analizadas. Por su parte, los comités de cuenca tienen atribuciones para fijar las pautas para la preparación y ejecución de un programa de desarrollo integrado de la cuenca o región y atender su marcha (art. 121 inc. a). También existe una competencia concurrente entre los comités de cuenca y los consorcios para evaluar anualmente la marcha del Programa y el cumplimiento de los objetivos de desarrollo y transformación de la región y someter un informe para el conocimiento y consideración de los poderes provinciales (art. 121 inc. f). Es el único caso en que, si bien no se habla de estudios sobre información ambiental en sí misma, los consorcios deben realizar procesos de evaluación y emitir los informes pertinentes. No obstante, la cláusula no detalla que se trate de informes con contenido ambiental. Por otro lado, no hay divulgación sino elevación de los informes al Poder Ejecutivo.

En función de lo expuesto, se puede afirmar que, en las organizaciones de usuarios de San Juan, Mendoza y Córdoba, no están previstas obligaciones de generación de información y divulgación en materia ambiental. Es decir, ni la administración primaria ni las propias organizaciones generan estudios que cuantifiquen el impacto ambiental de los usos privativos en su conjunto. El acto de irrigar, o en su defecto, dejar de irrigar amplias zonas del territorio puede impactar en el suelo; las aguas superficiales y subterráneas; y flora y fauna del lugar. Sus efectos no se encuentran debidamente monitoreados.

La ausencia de información se traduce en la carencia de datos sobre el impacto ambiental (positivo o negativo) que esta actividad produce en su entorno. El modelo dominial de aprovechamiento hídrico no se interesó por los efectos ambientales. A su vez, el derecho ambiental, en sus inicios, se centró en las actividades que, en sí mismas, significaban un mayor impacto ambiental, ergo, hay concesiones que requieren DIA y otras que no. Las concesiones agrícolas no requieren DIA, salvo por el caso de Buenos Aires, si así lo decidiese la autoridad. Este apartamiento de los principios ambientales ocurre por dos motivos. Por un lado, el impacto de una concesión agrícola puede ser menor. Por otro lado, es cierto que la mayoría de las concesiones ya habían sido otorgadas previo a la

entrada en vigencia de las normativas ambientales. Ambos argumentos son rebatibles, sobre el primero de ellos se puede señalar que en la actualidad se tiende a cuantificar el impacto acumulativo. Esta característica ha dado mayor auge a las evaluaciones ambientales estratégicas, aunque aún tienen escasa recepción normativa. El segundo de ellos lleva a reconocer que, si bien no sería posible aplicar las EIA y DIA como condición previa, ello no debería obstar a procesos de investigación y monitoreo concomitantes al desarrollo de la actividad.

En síntesis, excepto por la provincia de Buenos Aires, que tiene previstos informes sobre los programas de desarrollo de cuenca como obligación de los consorcios de riego, el resto de las provincias no regulan esta obligación en cabeza de las organizaciones de usuarios ni de la administración primaria. Ello se traduce en la ausencia de información y monitoreo sobre los impactos de la actividad agrícola. Esta omisión no resulta concordante con los compromisos que el Estado argentino ha asumido, mediante el Acuerdo de Escazú, en materia de generación y divulgación de la información ambiental.

V.3. La cualidad de propietario como requisito para participar

En este apartado se estudia la vinculación entre la legitimación para participar en la gobernanza del agua y la cualidad de propietario. “La carga de la teoría de la legitimidad consiste en explicar por qué es apropiado que estos individuos, y no otros, tengan el privilegio de participar en la toma de decisión” (Waldron, 2017, p.100). En la gobernanza del agua, la legitimidad originaria estuvo asociada (mayormente) a la cualidad de propietario. Ejemplo de esto era el requisito que se instituía durante el siglo XIX para ser juez de canal en la provincia de Mendoza. “Los jueces de canal debían ser propietarios regantes por el respectivo cauce, y eran electos anualmente por los vecinos que regaban por el canal” (Cano, 1943, p.24). Este paradigma entró en crisis cuando se reconocieron los derechos sociales y colectivos, ampliando los actores con derecho a participar.

Los derechos adquiridos se consolidaron a la par de la codificación. Esta ha sido caracterizada como el fenómeno que permite el tránsito de la razón metafísica a la razón calculadora, busca la previsibilidad y la seguridad del derecho (Marí,

2014). Sin embargo, la búsqueda de certeza, completitud y seguridad jurídica pretendida por el liberalismo, mediante el proceso codificadorio, ha sido contraria a las interpretaciones del derecho basadas en asociaciones estamentales o corporativas (organizaciones de usuarios).

Las comunidades de usuarios protegen la posición corporativa de ciertos grupos. Justificar la participación corporativa en el propio derecho liberal implica un sincretismo jurídico que, si bien no tiene por qué ser denostado de por sí, lleva a tomar nota de las particularidades de esta síntesis.

El modelo conservador pregonaba por la necesidad de acreditar determinados requisitos económicos como garantía de libertad y arraigo con la Patria. En un primer momento, se excluyó a las masas de la vida pública, situación que a nivel general comenzó a ser factor de diversas luchas sociales que concluyeron en la sanción de la Ley Sáenz Peña en 1912 (ejercido en 1916), instituyendo el sufragio universal, limitado a los hombres.

El modelo conservador proponía asociar los derechos políticos a la propiedad de la tierra. Los conservadores argumentaban que ser titular de la tierra era ser titular de una porción de la Patria, por ende, la falta de titularidad de inmuebles equivalía a la falta de interés en la Patria. Ergo, quienes tenían un asiento físico en el país iban a ser los mayores defensores de la Nación (Gargarella, 2010). Los representantes del modelo republicano respondieron con dos posiciones diferentes (Gargarella, 2010). La primera de ellas consistía en negar los vínculos entre titularidad de la tierra y titularidad de los derechos políticos. Este criterio es el que ha persistido en el derecho constitucional y convencional actual. La ciudadanía y los intereses en defensa de la Patria no se encuentran asociados a ser propietarios. Caso contrario, se podría llegar al extremo de entender que, sin ser titular de la tierra, por ende, sin ser titular de la Patria, no hay pertenencia a la misma y se cae en la figura de un apátrida. Si bien esto último no surge literal de los enunciados del modelo conservador, se evidencia como una consecuencia posible. La otra respuesta del modelo republicano era conceder la razón en cuanto al vínculo entre ser titular de la tierra y ejercer los derechos políticos, pero hacer hincapié en la desigual distribución de los inmuebles, proponiendo una reforma agraria (Gargarella, 2010).

En Mendoza y San Juan, el usuario de aguas para fines agrícolas debe ser titular dominial del inmueble¹⁰⁹.

El dominio como derecho real es el mayor sometimiento de que puede ser objeto una cosa a una persona, y correlativamente el mayor, más extenso y más completo poder que su titular puede tener sobre la misma cosa; los demás derechos reales no son sino cada uno de ellos un fragmento de esta totalidad que es el dominio (Kiper, 2017, Tomo I, p.244)

En los casos de Córdoba y Buenos Aires, se encuentran incluidos los permisionarios que pueden ser poseedores y no titulares registrales. De igual modo, el permisionario está en una posición jurídica más precaria respecto al concesionario. La participación se estructura en base a una relación de poder con la tierra. La excepción a esta regla se encuentra en Buenos Aires, el término beneficiario, utilizado en el CAg, no exige necesariamente la existencia de una relación de poder con el inmueble. Puede haber consorcios constituidos por asociaciones civiles destinadas a proveer agua potable.

La irrupción de los derechos públicos subjetivos ha generado una esfera de legitimación en torno al interés colectivo que trasciende las categorías decimonónicas. Esto no ha tenido suficiente repercusión en los esquemas de gobernanza del agua, mayormente, siguen estructurados en base a acreditar un derecho subjetivo como propietario o poseedor de un inmueble con título habilitante para usar el agua. Esta afirmación no implica negar que los usuarios puedan tener garantizadas instancias específicas de participación; lo que se pretende poner de relieve es que el eje estructurante de la participación no puede seguir asociado, de forma exclusiva, a una relación de poder con la tierra.

El modelo liberal-conservador originario se mantiene vigente en la mayoría de las normas provinciales (bajo análisis) que estructuran la participación en la gobernanza del agua. En San Juan, Mendoza y Córdoba sólo los propietarios o poseedores pueden ser parte de las organizaciones de usuarios, ni siquiera los usuarios domiciliarios están legitimados para participar de estas organizaciones. En cambio, el bloque federal de constitucionalidad permite afirmar que la

¹⁰⁹ En Mendoza, se han otorgado permisos para el uso agrícola. No obstante, los permisionarios no cuentan con derecho a elegir ni ser elegidos en las organizaciones de usuarios.

legitimidad para participar en la toma de decisiones no puede seguir basada, de manera exclusiva y excluyente, en la calidad de propietario y/o titular del uso privativo.

V.4. La representación de los distintos usos privativos

La CN establece el derecho a la igualdad formal en el art. 16. En la reforma de 1994, se agregaron una serie de regulaciones tendientes a alcanzar la igualdad real. Entre ellas, se destaca el art. 75 inc. 23. Desde el plano constitucional, ya no es suficiente con garantizar la igualdad ante la ley.

Los CAg de San Juan, Córdoba y Buenos Aires establecen nueve usos diferentes, (arts. 31, 59 y 55 respectivamente) aunque estos no son coincidentes entre sí, ni en el orden de preferencia. Por su parte, la LAg de Mendoza regula cinco (art. 115)¹¹⁰.

Las leyes que organizan la participación de los usuarios no distinguen entre los distintos usos, utilizan de manera genérica el término usuario; únicamente realizan la aclaración de la conversión del hectareaje (San Juan, Mendoza y Córdoba). En la provincia de San Juan, todas las dotaciones son expresadas en hectáreas y el art. 69 aclara cómo debe realizarse la transformación en las concesiones hidroenergéticas. En Mendoza, el art. 8 de la Ley 6.405 faculta al Departamento General de Irrigación a establecer la conversión. En Córdoba, ello surge del art. 30 inc. h de la Ley 6.604:

Los votos de los titulares de otros usos, se computarán siempre por un (1) voto. Si un usuario tuviera varios predios o aprovechamientos en la misma jurisdicción, aquellos se considerarán como un solo fundo y se sumarán todos los derechos de agua para adjudicar el número de votos que correspondan.

Las leyes evidencian una doble ausencia:

¹¹⁰ El Honorable Tribunal Administrativo del DGI ha adicionado categorías de uso. Ejemplo de ello es la Resolución 620/18 mediante la cual se aprueba la creación de categoría de uso recreativo-urbano. Sin perjuicio de estas prácticas, los usos con jerarquía legal no han sido modificados. La Ley 4.035 de extracción de aguas subterráneas regula 6 usos que no son coincidentes con los de la LAg.

- i) No se distingue entre los distintos usos privativos.
- ii) Dentro del uso agrícola no hay subcategorías, ni siquiera entre hectárea cultivada o sin cultivar.

En torno al punto i, con la excepción de Buenos Aires, la representación de los distintos usos privativos está diagramada bajo el enfoque de la igualdad formal. La equiparación encubre desigualdades reales, no tiene en cuenta la importancia económica y social de la actividad (indicadores productivos). La forma de cuantificar el derecho a participar no permite reflejar la complejidad y la importancia de cada uso. Esto dificulta la implementación de acciones positivas hacia el interior de las organizaciones de usuarios.

En torno al punto ii, es posible trazar dos críticas. La primera de ellas es que la equiparación de todos los usuarios agrícolas, sin distinción de cultivos, favorece a quienes practican el cultivo mayoritario. Al no existir una categorización de cultivos, no es posible pensar en un cupo mínimo de representación. Aquí se nota claramente la influencia de la igualdad formal que invisibiliza las diferencias reales y la situación de subordinación en la que pueden quedar los cultivos minoritarios. Esto tiene un impacto directo en los cronogramas de riego, las épocas de distribución, etc¹¹¹.

Respecto a los problemas de representación generados por la universalización, se ha dicho:

El problema de la ciudadanía universal es que en la práctica, sostener que la ciudadanía es la misma para todos se traduce en el requisito de la homogeneidad, lo que necesariamente es excluyente. Sobre todo en sociedades desiguales. Allí donde algunos grupos son privilegiados mientras otros están oprimidos, seguir insistiendo en que las personas asuman un punto de vista general refuerza los privilegios de clase, género, etnia, etc., puesto que las perspectivas e intereses de los privilegiados tenderán a dominar la discusión pública (Vita, 2021, p.113).

¹¹¹ Estas apreciaciones se complementan a lo trabajado en el Cap.IV.3.

Este criterio es trasladable a la homogeneización de los usuarios agrícolas. Además, debe tenerse presente lo expresado por la doctrina constitucional al comentar el art. 75 inc. 23 de la CN¹¹²:

Esta norma podrá ser utilizada, entonces, también por los tribunales como regla de aplicación de la razonabilidad (...) si una ley o su interpretación establecen repartos desiguales, ello será razonablemente constitucional; en cambio, si no los establece, cabe la posibilidad de considerarla inconstitucional. También se abre una vasta gama de posibilidades interpretativas de cara a las inconstitucionalidades por omisión, toda vez que una ley no establezca medidas de acción positiva, siendo ineludible su disposición para resolver razonablemente un pleito (Quiroga Lavié, 2009, p.418).

La segunda crítica a realizar es que, en la mayoría de las normas, no se regulan condiciones de uso efectivo para participar (hectárea cultivada). Hace décadas, ya se planteaba el problema que generan las concesiones sin uso. “Las concesiones no utilizadas no causan sino perjuicios a la economía general, porque impiden el aprovechamiento de esas aguas, que son así económicamente improductivas” (Cano, 1943, p.273).

A continuación, se expondrá la situación en cada una de las provincias.

En San Juan, la Ley 13-A, al regular las competencias de las Juntas departamentales (art. 57), pone en evidencia que están pensadas para el uso agrícola (riego). Ejemplo de ello son los incisos e, f, g, que contienen competencias vinculadas con la red de riego. No se prevén atribuciones para otro tipo de usos privativos. La equiparación de todos los usos en abstracto demuestra que se trató de un centro pensado alrededor del uso agrícola y de una periferia constituida por el resto de los usos privativos.

Todos los concesionarios están sujetos a las obligaciones establecidas en el art. 61 del CAg. De estas obligaciones, la única vinculada al uso efectivo, en términos productivos, es la que surge del inc. a, expresa: “cumplir las obligaciones legales

¹¹² Art 75 inc. 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

y reglamentarias y usar el agua en forma racional y eficaz”. El art. 20 del CAg también establece que ningún concesionario o usuario dará un uso distinto al que se autorizó, pero no brinda mayores precisiones. El art. 61 tiene la particularidad de hablar de uso racional y eficaz, debe ser entendido como una cláusula abierta sujeta a interpretación según la situación hídrica y el avance tecnológico. No establece un método concreto de uso del agua, sino una facultad amplia en favor de la administración para controlar que el aprovechamiento sea el mejor posible. Sin embargo, esta cláusula no ha sido reglamentada, conforme se expuso en el Cap.IV.3.B.

Los arts. 43 y 67 de la Ley 13-A regulan los requisitos para ejercer el sufragio pasivo y activo respectivamente, no contienen ninguna obligación vinculada al uso efectivo. Un concesionario que no esté haciendo uso de su derecho, pero aún no haya sido alcanzado por la caducidad, se encuentra equiparado a aquel que realiza un uso efectivo. También puede darse el caso de un usuario que haga un uso parcial de su derecho, pero a los fines participativos ostente la cantidad total de votos según el título concesional; por ejemplo, tener únicamente una hectárea bajo riego efectivo, pero votar por el total de cincuenta hectáreas concesionadas. Cabe mencionar que el plazo de caducidad establecido por no uso es de tres años (art. 137 CAg).

En Mendoza, la Ley 6.405, en su art. 2, habla de usuarios con derecho a uso sin exigir que se haga uso efectivo. El art. 7 agrega que tendrán derecho a votar aquellos usuarios que se encuentren al día con sus tributos. El resto de los usuarios tendrá derecho a voz. A diferencia del caso de San Juan, el art. 8 de la Ley 6.405, al regular las competencias de las inspecciones de cauce, establece que el agua se debe administrar y distribuir en función de los distintos usos. Demuestra una terminología más amplia que la utilizada en la Ley 13-A, la cual solo habla de turnos de riego. No obstante, cabe señalar que la propia LAg de Mendoza contiene una sucinta enumeración de usos, más acotada que el resto de las leyes analizadas y cuya categorización proviene, de manera indubitable, del contexto de producción de dicha norma en 1884. El plazo de caducidad por no uso es de cinco años (art. 16 LAg), también puede darse el caso de sujetos que participen sin estar realizando un uso efectivo. La ley 1.920, al regular sobre las concesiones eventuales para uso agrícola, en su art. 8, establece una enumeración de diferentes

cultivos, sin embargo, ello no ha sido utilizado para establecer cupos en las instancias participativas.

En Córdoba, la Ley 6.604 no establece el requisito de uso efectivo. El CAg regula, en su art. 78, que el agua deberá utilizarse conforme a los términos de la concesión. El plazo de caducidad por no uso es de dos años (art. 2). Puede darse el caso de un titular de concesión que no esté haciendo uso y ejerza su derecho a participar. La caducidad parcial no está prevista, de mediar un uso parcial este instituto no es viable y el concesionario puede seguir ostentando el derecho con los correspondientes votos asociados al total de las hectáreas que consten en el título. Por su parte, la Ley 6.604, al enumerar las competencias de la comisión directiva de los consorcios, lo hace de un modo genérico; es más abierta que Ley 6.405 de Mendoza y, por ende, que la Ley 13-A de San Juan. Las competencias no están direccionadas con exclusividad al uso agrícola.

En Buenos Aires, los usuarios de los consorcios son los beneficiarios de obras hidráulicas de beneficio común o servicios hidráulicos (art. 126 del CAg). El art. 45 contiene una obligación de uso efectivo. El párrafo segundo inc. a expresa que “el concesionario debe usar el agua efectiva y eficientemente para el destino para el cual fue concedida”. A su vez, el art. 50, al regular la caducidad, establece como causal “no cumplir con las obligaciones esenciales”; en este caso sí es concordante el artículo y no se da la situación descripta en el CAg de Córdoba. El art. 131, al enumerar las funciones del consejo directivo, expresa que tiene atribución para: “establecer los turnos de agua, sin alterar los derechos otorgados por la Ley y la Autoridad del Agua y de acuerdo a sus instrucciones”. Esta redacción demuestra una amplitud comprensiva de los distintos usos.

Cabe agregar que la solución para que la participación sea realizada por usuarios efectivos del agua no es sencilla. Tampoco es claro el modo en que pueden adoptarse indicadores productivos.

Trabajos doctrinarios recientes proponen entender a la eficiencia como una obligación inherente al derecho humano al agua:

La traducción jurídica de esa idea es que, en el actual grado de evolución del DHA, la ineficiencia en la gestión del agua constituye un hecho ilícito internacional que activa en cabeza del Estado las obligaciones de cesación y reparación, para cuyo cumplimiento

deben desplegarse estrategias inmediatas y concretas que permitan revertir esa situación (...) Si la eficiencia en la gestión del agua es una obligación básica, ella resulta inmediatamente exigible. Eso significa que los casos de ineficiencia constituyen una violación a las obligaciones internacionales, es decir, un hecho ilícito internacional (Justo, 2025, pp.60 y 70)¹¹³.

A priori, puede esgrimirse que lo más simple es constatar si existe algún grado de uso efectivo asociado a la concesión, hasta allí parece no haber demasiados problemas. Ahora bien, si se suma el análisis de la concesión en términos socio-productivos, la situación puede ser muy disímil entre diversas actividades económicas. Entonces, puede resultar discutible, en términos jurídicos, tomar indicadores productivos que pueden beneficiar una actividad por sobre la otra, por ejemplo: cuántos puestos de trabajo registrados se generan a partir de una dotación minera vs. una dotación agrícola. En contraposición, descartar todo tipo de indicadores productivos para medir la eficiencia en el uso puede devenir en la falta de reconocimiento a quienes realizan un uso eficiente del agua.

Cabe recordar que los usos privativos (tal como están concebidos), salvo el poblacional, tienen una finalidad eminentemente económica. Sin embargo, no es compatible con la OGN 15 someter el derecho de grupos especialmente protegidos a indicadores de productividad propios de actividades de mercado. La contracara es que resulta un beneficio injustificado para el titular de una concesión de un bien de dominio público escaso, el hecho de no tener que dar cuentas de los rendimientos productivos vinculados con dicho bien. El concepto de huella hídrica, así como su metodología de determinación, pueden ser útiles para responder algunos de los interrogantes planteados en el párrafo precedente. Al momento de realizar este trabajo, la huella hídrica no se encuentra presente en las legislaciones estudiadas. Otra alternativa, cuyo tratamiento excede a esta tesis es modificar el régimen económico-financiero de los usos del agua. “Los usuarios

¹¹³ La OGN 15 en su art. 28 inc. f expresa entre los programas que deben adoptar los Estado parte “aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores”. Desde este punto de vista, la obligación de eficiencia parecería más cercana a una obligación de medios que de resultados. A su vez, tendría un carácter progresivo. Por lo que, lo sostenido por el autor puede ser puesto en discusión o, al menos, atenuado, si se entiende el carácter progresivo de esta obligación. Esto no quita importancia a la eficiencia como un pilar básico para el manejo del agua, sino que busca reflejar cómo muchos conceptos en materia de derechos humanos llegan por interpretaciones doctrinarias o jurisprudenciales, más que por el reconocimiento de los órganos pertinentes, con competencias suficientes, para regular con carácter general.

aportan independientemente de la tecnología de aplicación consiguiente consumo de agua que se produzca, no existiendo incentivo económico alguno que favorezca la adopción de mecanismos ahorrativos de agua” (Pinto, 2009, p.257).

En función de lo expuesto en el presente apartado se puede afirmar:

- i) La equiparación actual de todos los usuarios es coherente con la igualdad entendida en términos formales, pero no reales.
- ii) El bloque federal de constitucionalidad actual agrega a la categoría de igualdad formal (art. 16 CN) el enfoque de la igualdad en términos reales (art. 75 inc. 23). La equiparación actual de todos los usos no es coherente con ello. Tiene un efecto negativo frente a usos no agrícolas y, dentro del uso agrícola, genera un beneficio a los cultivos mayoritarios.
- iii) A excepción de la provincia de Buenos Aires, puede darse el caso de usuarios que no estén haciendo uso efectivo, sin que aún se haya cumplido el plazo de caducidad, y participen en las organizaciones de usuarios.

V.5. Los usuarios de aguas subterráneas

En este apartado se analiza la situación de los usuarios de aguas subterráneas en las organizaciones participativas. Previo a tratar su regulación en las leyes locales, se estudia la situación de esta fuente de agua en el derecho nacional.

V.5.A. Las aguas subterráneas en el derecho argentino

Durante el siglo XX, se sostenía en la doctrina que:

Son aguas subterráneas todas las que se encuentran o corren por debajo de la tierra (...) son subterráneas todas las aguas que no sean exteriores. Cualquier diferenciación hidrológica o geológica que se haga respecto a las aguas subterráneas es intrascendente en el orden legal (Marienhoff, 1939, p.585).

Esta definición era previa a la reforma del Código Civil que estableció el dominio público de las aguas subterráneas. Sin embargo, las premisas principales para catalogar al agua subterránea continúan siendo idénticas. Resulta ejemplificativo la expresa exclusión de cualquier diferencia basada en criterios hidrológicos o geológicos. Ello denota la pretensión del derecho de regular institutos legales sin atender (necesariamente) al ciclo hidrológico, características que ha persistido en el actual Código Civil y Comercial.

Las relaciones sociales en torno al agua subterránea pueden ser totalmente diferentes de las que existen alrededor del agua superficial. Los recursos de agua subterránea son “invisibles, lo que los hace más complejos de evaluar y medir - ya sea por hidrólogos o por usuarios- y también más aptos para extraerlos clandestinamente” (Budds y Roa García, 2018, p.40). “El ciclo hidrosocial reconoce los diferentes estados, formas y cualidades del agua, que producen diferentes dinámicas y significados” (Budds y Roa García, 2018, p.40).

Desde el antiguo derecho romano, las aguas subterráneas presentaban un régimen diferente. Los cursos de agua más considerables se consideraban públicos, no así las aguas subterráneas (Spota, 1941). “Las aguas subterráneas correspondientes a predios privados pertenecían a los dueños de éstos, ya que tal es lo que se deduce con relación a las aguas provenientes de excavaciones de pozos” (Spota, 1941, Tomo I, p.174)

En los orígenes del derecho argentino, las aguas subterráneas eran de propiedad del superficiario. La reforma del Código Civil de 1968 les otorgó el carácter público, hasta entonces eran propiedad privada (Marienhoff, 2003).

El CCyCN, en su art. 235, enumera los bienes de dominio público, entre ellos menciona al agua subterránea: “comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales”.

En la República Argentina, la afectación al dominio público es realizada por el Congreso Nacional. Si bien existen autores que plantean la posible afectación provincial, no es la corriente mayoritaria en la doctrina ni se ha afianzado como práctica dentro del país. Guillermo Cano sostenía que:

Cuando el Código Civil estatuye sobre la clasificación de las aguas del dominio público del Estado nacional o provincial, excede de la competencia que la Constitución le ha discernido, porque la delegación ha sido hecha para legislar sobre derecho privado; más no sobre derecho público y si las aguas son bienes de dominio público, es al derecho constitucional a quien corresponde determinar cuáles son las aguas públicas (1943, p.279).

Marienhoff, en cambio, justificaba esta competencia del Congreso Nacional expresando que:

De modo que, en nuestro país, la facultad de determinar o establecer cuáles bienes son dominiales y cuáles privados, es de exclusiva incumbencia de la Nación, porque, implicando aquélla una cuestión civil, de fondo o substantiva, integra los poderes delegados por las provincias a la Nación para dictar los códigos substantivos, entre éstos el "civil" (2003, Tomo V, p.52).

El autor ya había sostenido, al momento de realizar su tesis, esta posición, y hacía la siguiente aclaración: “todo ello sin perjuicio del derecho exclusivo de las provincias para legislar sobre el uso de los bienes públicos” (Marienhoff, 1939, p.100).

En la actualidad, a la par que se ha declarado el carácter público de las aguas subterráneas, también se ha instituido un plus de protección para el propietario del suelo en relación a las aguas subterráneas. ¿Pueden las leyes locales ser prohibitivas de la explotación del agua subterránea? ¿Se necesita regular un espacio separado para la participación de estos usuarios?

Es posible señalar la contradicción, en términos hidrológicos, en que incurre la legislación histórica y actual sobre aguas subterráneas. El Código Civil (luego de 1968), previo a la sanción del nuevo CCyCN, establecía en su art. 2340 inc. c que las aguas subterráneas eran pertenecientes al dominio público. Sin embargo, el art. 2350 expresaba que “las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad”. Entonces, podría darse el caso de una vertiente privada que al infiltrarse en la propiedad (agua subterránea) pasaba al dominio público. Por ende, si el titular del dominio superficial quería utilizar el agua mediante una perforación, ubicada a pocos metros de distancia del sitio donde percolaba la vertiente, debía pedir autorización por ser agua pública. En cambio, si ese mismo titular contenía y/o desviaba la

totalidad del agua que escurría superficialmente por la vertiente, sólo estaba sujeto a reglamentos de poder de policía, ya que se encontraba en ejercicio de su derecho de propiedad. Esto evidencia que los legisladores, producto del momento de sanción del Código, no tuvieron un enfoque del ciclo hidrológico. Caso contrario, jamás podría haberse dado carácter privado a dicha vertiente, pero carácter público al agua subterránea que se recarga a partir de la misma. Marienhoff no veía contradicción en este tipo de regulaciones:

Cuando un río se insume y no vuelve a aflorar, desde el punto en que esto ocurra las aguas deben considerarse legalmente como subterráneas, quedando sometidas en un todo al régimen jurídico de éstas (...) en casos como este ya no hay motivo alguno para establecer una interdependencia legal entre el agua del río y las subterráneas, claro está que de hecho esa agua subterránea dependerá del río en cuestión, pero entonces corresponde advertir que entre todas las aguas del globo existe una indiscutible interdependencia física (1939, p.296)

Es decir, para parte de la doctrina del siglo XX, las distintas categorías legales y la transformación de la naturaleza jurídica del agua sin atender a la interdependencia del ciclo hidrológico no resultaba un problema. Cabe remarcar que el contexto social, económico e hidrológico era diferente al actual. Problemáticas como la escasez y el cambio climático no se encontraban en el centro de la agenda de las sociedades.

El CCyCN no ha resuelto esta situación, pese al cambio de redacción en el artículo que refiere a aguas privadas¹¹⁴. El actual art. 239 ha establecido que las aguas que formen cauce natural no podrán ser consideradas aguas privadas. Esto tiene dos interpretaciones posibles:

i) Se trata de un mero cambio terminológico, reemplazando el lenguaje vetusto de aguas que nacen y mueren dentro de una misma heredad, por un término con mayor precisión técnica “cauce natural”. Esta referencia al cauce natural

¹¹⁴ En el siglo XX, Marienhoff expresó sobre las aguas privadas que “la administración pública sólo tiene las atribuciones de carácter policial o reglamentario que las respectivas leyes le hayan puesto a su cargo” (1939, p.119). El contexto se ha modificado, no obstante, esta afirmación sigue siendo válida, demuestra la diferencia en la capacidad de actuación del Estado entre aguas públicas y privadas. De igual manera, la incorporación del derecho ambiental ha reforzado el poder de control del Estado, inclusive en las aguas privadas.

también está asociada a un cauce que trascienda los límites de la propiedad, por ende, si el escurrir de las aguas no trasciende la propiedad no hay cauce natural.

ii) El segundo criterio es aquel que incorpora el término cauce natural en forma independiente a que ese cauce se encuentre delimitado o no por la propiedad. Esto podría ser perfectamente habitual y ordinario, incluso en cauces con extensión de decenas de kilómetros pero que escurren a través de una única parcela privada. Esta situación ocurre en la zona cordillerana de Cuyo, producto de la extensión de ciertos títulos de propiedad. Este es el criterio que se debería adoptar para defender una visión publicista de las aguas.

Entonces, si se adopta la segunda interpretación, se puede afirmar que sí ha operado un cambio respecto a la redacción anterior. Esta ampliación debió haberse hecho mediante la vía expropiatoria, este tema quedará pendiente para ampliar en futuros trabajos. Este problema ya ocurrió en reformas legales realizadas durante el siglo XX en materia de aguas. Miguel Marienhoff, en relación a la reforma del Código Civil de 1968, sostuvo que:

En ambos supuestos (aguas subterráneas, art. 2340, inc. 3º, y aguas que nacen en una heredad privada y siguen corriendo por fundos inferiores, art. 2637), aguas del dominio privado fueron transferidas al dominio público. Pero en ninguno de esos casos se hace referencia a que los dueños de las aguas que se transferían al dominio público serían indemnizados. En diversos trabajos que publiqué sostuve que esas nuevas normas legales eran inconstitucionales, por cuanto vulneraban la inviolabilidad de la propiedad garantizada por la Constitución Nacional (art. 17) (2003, Tomo V, p.59).

Cabe remarcar que la última modificación no ha eliminado la contradicción respecto a las aguas subterráneas. Esta división del CCyCN entre aguas privadas y aguas públicas parece entrar en colisión con los conceptos de cuenca que la CSJN ha expresado en fallos recientes:

Calificada doctrina define a la cuenca como la unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común"; y también se ha sostenido que es "la región de la tierra que la abastece por medio de sus afluentes y subafluente. Es un área determinada que tiene cierta inclinación, de resultas de lo cual todas las aguas se dirigen directa o indirectamente a un determinado río que hace de colector general de las mismas, el que a su vez, en general desemboca al mar" (La Pampa c/ Mendoza, 2017, p.35).

La CSJN no se ha detenido a analizar la compatibilidad de esta definición con la diferenciación que realiza el propio Código. Es decir, si la cuenca está constituida por todas las aguas, incluso las freáticas, entonces no habría prácticamente agua que no constituya una cuenca hídrica, por más que no forme estrictamente cauce natural. Resultaría difícil sostener que las aguas que no formen cauce natural son privadas, pero son parte de una cuenca hídrica pública; a menos que se trate de una cuenca que funciona como una especie de consorcio público-privado, instituto no previsto en la legislación.

La propia CSJN expresa que “la unidad de un sistema de curso de agua está basada en la naturaleza del ciclo hidrológico” (La Pampa c/ Mendoza, 2017, p.36). Pero ¿cómo puede respetarse el ciclo hidrológico si parte de las aguas de la cuenca son privadas? Quizás la respuesta está asociada al poder reglamentario del Estado: establecer fuertes limitaciones al uso de esas aguas. Tampoco es una solución pacífica, en ciertos casos podría significar la vulneración del derecho de propiedad e incluso, cumplidos ciertos requisitos, dar lugar a acciones de expropiación inversa. Esto refuerza la posición de quienes sostienen que la categoría de aguas privadas debió desaparecer del derecho argentino para facilitar el manejo integrado de cuencas hídricas. En su defecto, hubiese sido positivo que la CSJN tome nota de esa posible contradicción. La mantención de esta categoría también dificulta el diseño de políticas públicas en torno al nexo agua, ambiente y energía¹¹⁵. “Un jurista no puede dejar de destacar la dificultad de proclamar derechos colectivos, de contenido público, sobre aguas que fueran formalmente privadas” (Embid Irujo, 2006, p.31).

En trabajos doctrinarios previos se ha sostenido que se perdió la oportunidad de avanzar en la tendencia publicista del agua y abandonar el sistema mixto de propiedad instituido en la legislación histórica y aún vigente (Pinto y Martín, 2015). Es importante señalar, que en el derecho comparado también hay autores que se pronuncian sobre la innecesariedad de las extensas declaraciones de

¹¹⁵ Quedarán para futuros trabajos profundizar sobre este aspecto. El nexo agua, ambiente y energía ha sido trabajado en diversos estudios. Puede verse:

-Embid Irujo, Antonio y Martín, Liber. (2018). Lineamientos de políticas públicas. Un mejor manejo de las interrelaciones del Nexo entre el agua, la energía y la alimentación. Naciones Unidas, Santiago: Ed. Naciones Unidas.

-Pinto, Mauricio y Martín, Liber (Dir.). (2017). Ambiente, Agua y Energía. Aportes Jurídicos para su vinculación. Buenos Aires, Argentina: Ed. Lajouane.

dominio público. Vergara Blanco, al analizar los aciertos del derecho chileno (previo a la reforma de 2022) sostenía que:

Y todo ello se ha realizado sin necesidad de realizar definiciones sobre la propiedad estatal, pública o nacional del agua; pues muchas regulaciones se quedan estancadas en tales definiciones, que nada agregan al problema de fondo; la definición legal previa pareciera ser un apriorismo innecesario, a partir de la experiencia chilena (2018. p.344).

Sin perjuicio de las discusiones sobre la importancia o no de la ampliación del dominio público, cabe aclarar que, en Argentina, sí ha operado una ampliación del mismo. La incorporación del término cauce natural como limitante a las aguas privadas es ejemplo de ello. De igual manera, esta modificación, si se adhiere a una visión publicista, resulta insuficiente para poder administrar el agua de manera integral con un criterio acorde al ciclo hidrológico de cada cuenca hídrica, ajeno a diferencias ficcionales escritas en un momento histórico cuyo avance científico no demostraba la conexión entre el agua superficial y subterránea¹¹⁶.

Como corolario, cabe agregar que los acuíferos se enfrentan a la difícil situación de ser explotados sin que su recarga esté garantizada. La recarga se encuentra en riesgo por dos motivos:

- (i) Respecto a las aguas públicas, por las concesiones superficiales otorgadas sin atención al mantenimiento de caudales ecológicos y/o caudales de recarga; tema que se estudiará en profundidad en el Cap.VI.3.
- (ii) Puede darse el caso de acuíferos que se alimenten a partir de aguas privadas sin tener asegurada su fuente proveedora.

V.5.B. La participación de los usuarios en las leyes locales

El grado de participación de los usuarios de aguas subterráneas en Argentina es menor que el desarrollo que han tenido los usuarios de agua superficial (González

¹¹⁶ Desde una visión no publicista o netamente liberal, esto es refutado “Para regular los recursos naturales es innecesario declararlos previamente del dominio del «Estado»” (Vergara Blanco, 2018, p.361). Esta posición también puede ser rebatida, en particular si se entiende al dominio público como un título de intervención desde una concepción funcionalista.

Del Solar, 2007)¹¹⁷. Esta situación se repite en otros países, testigo de ello es el caso de España, donde los usuarios de aguas subterráneas gozan de escasa o nula implicación pública (García Vizcaíno, 2008).

La Ley 13-A de San Juan no hace ninguna mención explícita a los usuarios de agua subterránea. Están comprendidos dentro del concepto de todo concesionario de agua pública que recepta el art. 67. En la Ley 13-A, dentro de las competencias de los organismos de usuarios (Comisiones y Juntas), no se encuentra explicitada ninguna que pueda estar vinculada con velar por el interés común de los usuarios de aguas subterráneas ni el control de la explotación de los acuíferos. Cabe aclarar que, en 1978, el CAg declaró el agotamiento de las aguas subterráneas para uso agrícola. En 1999, la ley 6.946 modificó el art. 123 para limitar el agotamiento de caudales al agua superficial, permitiendo otorgar nuevos derechos para uso agrícola con fuente de aguas subterráneas.

Existe cierta contradicción entre equiparar a los usuarios de aguas subterráneas con agua superficial, ya que los organismos de usuarios están estructurados para velar por el mantenimiento de un sistema colectivo de distribución para riego, inexistente, en la mayoría de los casos de uso de las aguas subterráneas. El art. 183 del CAg aclara que, en el caso de las aguas subterráneas, el Departamento de Hidráulica es quien podrá establecer un sistema de turnos. El CAg, al referir al turno del agua superficial (art. 160), no aclara que será realizado por el Departamento de Hidráulica, ello queda abierto, ya que la Ley 13-A, de sanción previa, ha establecido dicha competencia en titularidad de las Juntas departamentales. En cambio, el CAg sí se encarga de clarificar que, en el caso de conflictos y ser necesario el turnado para la utilización del agua subterránea, será dispuesto por el Departamento de Hidráulica y no por los organismos participativos (art. 183).

La provincia de Mendoza cuenta con la ley 4.035 que regula las aguas subterráneas y adopta el criterio de división entre usos comunes y especiales. La prelación de usos establecida en su art. 4 no coincide con la de la LAg (art. 115)¹¹⁸.

¹¹⁷ Si bien la cita es del año 2007, la situación no ha variado.

¹¹⁸ Artículo 4 (Ley 4.035). A los efectos de esta ley. Los usos o aprovechamientos especiales de que pueden ser objeto las aguas subterráneas son:

a) Abastecimiento de población
b) Agricultura y ganadería

La ley 4.035 aclara que los usos de aguas subterráneas sólo pueden ser adquiridos por concesión (art. 3). Entre los derechos del concesionario, además del uso del agua en sí mismo, se incorpora: “solicitar y obtener información técnica relativa a límites de acuíferos, niveles, calidad de las aguas, métodos hidráulicos y toda otra información especializada que se encuentre documentada en la administración” (art. 18 inc. b). El art. 23 habilita a la autoridad de aplicación a declarar el agotamiento de la fuente, además establece que puede ordenar el sistema mediante turnos. En términos generales, la facultad de los turnos suele estar en titularidad de las organizaciones de usuarios. La ley 6.405 lo establece como una de las competencias de las inspecciones de cauce. En este caso, al igual que ocurre en San Juan, su regulación, al tratarse de aguas subterráneas, es competencia de la administración primaria sin que exista una participación consultiva y/o decisoria, previa, concomitante o posterior a lo establecido por la administración.

Si bien la Ley 4.035 establece que los turnos estarán a cargo de la administración, la Ley 4.036, en su art. 3 inc. g, entre las competencias del DGI menciona que debe:

Promover y autorizar la creación de consorcios de usuarios que tengan a su cargo la administración de sus rentas, la distribución del agua subterránea y la elección de sus autoridades en la forma, condiciones y con los sistemas de control que fija la reglamentación.

La Ley 6.405, de sanción posterior, también prevé la existencia de organizaciones específicas de los usuarios de aguas subterráneas. El art. 1 segundo párrafo expresa que:

Los usuarios de aguas subterráneas alumbradas por perforaciones, podrán constituir una inspección para su explotación, bajo el régimen de la presente ley, quedando el

-
- c) Industria
 - d) Minera
 - e) Recreación y turismo
 - f) Termal o medicinal

Artículo 115 (LAg). En las concesiones de aprovechamiento especiales de aguas públicas, se observará el siguiente orden de preferencia:

- 1) Abastecimiento de poblaciones
- 2) Abastecimiento de ferrocarriles
- 3) Riegos
- 4) Molinos y otra fábricas
- 5) Estanques para diversos o criaderos de peces

departamento general de irrigación facultado para disponer su constitución cuando circunstancias excepcionales así lo requieran.

Es decir que, si bien en principio se trata de un órgano de constitución voluntaria, puede llegar a ser obligatorio. “El usuario de agua subterránea no está contenido en las inspecciones de cauce, lo que por definición es lógico, sin embargo, sufre las consecuencias de las políticas, opiniones, dictámenes globales que ellas toman respecto a una cuenca o subcuenca” (González Del Solar, 2007, p.322). El resto del texto de la Ley 6.405 está estructurado en función de los usos del agua superficial, la única mención que hay del agua subterránea se encuentra en el art. 9 inc. h. González del Solar (2017) sostiene que la regulación de la Ley 6.405 transformó una obligación del DGI en una facultad discrecional para situaciones excepcionales. Es posible disentir con esta afirmación, la ley 6.405 ha establecido una facultad en titularidad de los usuarios que no se encontraba prevista con claridad en la ley 4.036; deben interpretarse como disposiciones complementarias. La Ley 4.036 establece la obligación de promoción del DGI, mientras que la Ley 6.405 faculta a los usuarios de aguas subterráneas a constituir inspecciones.

En síntesis, a diferencia de San Juan, en Mendoza sí se encuentra prevista la existencia de organizaciones de usuarios de aguas subterráneas. Sin embargo, no hay regulaciones propias para estas inspecciones de cauce, que deben regirse por la estructura y las funciones diseñadas para las organizaciones de agua superficial. Existe una evolución en la Ley 6.405 respecto a las leyes anteriores, no obstante, la experiencia y la práctica no demuestran lo mismo (González Del Solar, 2017)¹¹⁹.

El CAg de Córdoba regula el uso de las aguas subterráneas en base a la distinción entre uso común y uso especial. El art. 163 aclara que se trata de concesiones eventuales. El art. 178 prevé la opción de la operación conjunta de una perforación. La Ley 6.604 establece la existencia de consorcios específicos de usuarios de aguas subterráneas, con competencias diferenciadas. El art. 2 expresa que:

¹¹⁹ Si bien la cita es del año 2017, no han existido cambios significativos que permitan afirmar lo contrario.

Tendrán como fin principal la administración y control de los volúmenes utilizados por cada usuario, colaborar con el control de la calidad del agua, la detección de nuevas obras realizadas o a realizarse, la búsqueda del asesoramiento que fuera necesario para el mejor funcionamiento de la jurisdicción.

La otra mención que realiza la ley es en el art. 30 inc. h para aclarar el cómputo de los votos de usuarios de aguas subterráneas. En Córdoba, además de prever la figura de una organización específica, también se encuentran delimitadas sus funciones. Si bien es cierto que el artículo no tiene un detalle de las mismas, sí brinda pautas de las características propias que debe tener su labor. Un ejemplo efectivo de consorcio de aguas subterráneas es el de Zona I de la provincia de Córdoba, lo que demuestra que la regulación jurídica ha tenido aplicación práctica (González Del Solar, 2017).

El CAg de Bs. As., en su art. 126, establece que la autoridad podrá crear consorcios para “realizar, administrar, conservar, mantener u operar obras hidráulicas de beneficio común previstas en el presente Código o prestar servicios hidráulicos”. Entonces, para que existan consorcios de aguas subterráneas es necesario que haya un sistema de distribución común a partir de la extracción realizada por una o más perforaciones. Según el texto de la ley, no es posible la existencia de un consorcio cuya finalidad común sea velar por intereses asociados a la conservación y recarga del acuífero si no media la existencia de una obra hidráulica de beneficio común.

En síntesis, en el caso de San Juan, hay una equiparación de los usuarios de aguas subterráneas que los termina subsumiendo bajo los organismos estructurados y pensados, de manera unívoca, para los usuarios de agua superficial. En Mendoza y Córdoba, se encuentra prevista la opción de que se creen organizaciones específicas de usuarios de aguas subterráneas, a su vez, en Córdoba se aclara que dichos consorcios contarán con competencias específicas. Por último, en el caso de Buenos Aires, la regulación de los consorcios es abierta pero limitada a las obras de aprovechamiento común o la prestación de servicios hidráulicos.

En España, García Vizcaíno (2008) plantea que no existe un modelo de comunidad de usuarios de agua subterránea, de ahí que se ha aplicado el modelo pensado para comunidades de agua superficial sin que resulte satisfactorio. Es

posible trazar una conclusión similar para las provincias argentinas analizadas, a excepción de Córdoba.

En conclusión, las regulaciones en torno a la participación de los usuarios de aguas subterráneas, si bien muestran avances en las leyes de Mendoza y Córdoba, son menores y más recientes que las normas vinculadas a la participación de los usuarios de agua superficial. En cuanto a las competencias de las organizaciones de usuarios, la legislación local, con la salvedad de Córdoba, no ha tomado nota de la especificidad de funciones e intereses que estas asociaciones pueden tener.

V.6. Sistemas electorales aplicados en las organizaciones de usuarios

En el presente apartado se analizan los sistemas electorales de las organizaciones de usuarios. La importancia de un sistema electoral es tal que puede tornar sin aplicación práctica a la mejor de las constituciones (Manili, 2021).

Los sistemas electorales se clasifican de acuerdo al modo en que se distribuyen las bancas sujetas a elección. Se ha establecido una clasificación en sistemas de lista completa, incompleta, proporcional y combinados (Manili, 2021).

San Juan, Mendoza y Córdoba eligen, para ciertos cargos, a un único candidato por circunscripción, se trata de sistemas de lista completa y circunscripción uninominal. En las comisiones de las inspecciones de cauce de la provincia de Mendoza sí resulta electo más de un candidato.

Las leyes 13-A, 6.405 y 6.604 establecen mecanismos de elección similares, asociados a una ponderación según la cantidad de hectáreas que posea el titular de la cuenta.

Hectáreas	Votos	Provincia
1/2	1	Mendoza ¹²⁰

¹²⁰ Se ha tomado la escala de la ley 6.405, no obstante, para la elección de autoridades de la inspección se aplica la ley 5.302 que contiene otra cuantificación.

1/2 a 5	2	Mendoza
Hasta 2	1	Córdoba
2 a 4	2	Córdoba
1 a 5	1	San Juan
4 a 6	3	Córdoba
5 a 10	3	Mendoza
6 a 8	4	Córdoba
8 a 10	5	Córdoba
5 a 15	2	San Juan
10 a 20	4	Mendoza
10 a 15	6	Córdoba
15 a 20	7	Córdoba
20 a 30	8	Córdoba
15 a 30	3	San Juan
20 a 30	6	Mendoza
30 a 50	4	San Juan
Más de 30 ¹²¹	9	Córdoba
30 a 40	8	Mendoza
50 a 75	5	San Juan

ART. 6 - El derecho de voto se establece tomando en consideración cada inmueble beneficiado con una o más concesiones siempre que se encuentre empadronado en el cauce respectivo. Los votos serán ponderados de la siguiente forma: a) de un mil (1.000) M2 a cinco (5) ha: un voto. b) de cinco (5) ha. A diez (10) ha: dos votos c) de diez (10) ha. A veinte (20) ha: cuatro votos. d) de veinte (20) ha. A treinta (30) ha.: Seis votos. e) de treinta (30) ha. O más ha.: Ocho votos.

Esto demuestra el alto grado de discrecionalidad que el sistema de voto ponderado significa. Ni siquiera en la misma provincia hay coherencia entre la correspondencia de votos y el hectareaje.

¹²¹ En Córdoba, el art. 30 de la Ley 6.604 aclara que, en el caso de los Consorcios de Riego Subterráneo, si un usuario tuviere varios predios o aprovechamientos en la misma Jurisdicción, se considerarán como un solo fundo y tendrán derecho a un solo voto.

+ de 40	10	Mendoza
75 a 100	6	San Juan
100 a 125	7	San Juan
125 a 150	8	San Juan
150 a 175	9	San Juan
175 a +	10	San Juan

En Buenos Aires, el CAg no establece ningún tipo de sistema electoral ni mecanismo de votación para los consorcios. Por su parte, el Decreto Reglamentario del CORFO, al regular la elección de autoridades del Directorio del Consorcio, en el art. 20 inc. f.4 expresa: “el sistema de elección será en Asamblea General, por voto secreto, directo y por simple mayoría de acuerdo a lo que se establece en el apartado h), 3), de este artículo”. No surge del apartado h que exista ponderación de acuerdo al hectareaje; expresa que al “efecto de determinar la mayoría de cada miembro le corresponderá un voto”. Sí se regula que los permisionarios tendrán voz, pero no voto.

El análisis de San Juan, Mendoza y Córdoba merece mayores precisiones. En la provincia de Mendoza, las inspecciones de cauce cuentan con los siguientes órganos: la asamblea general de usuarios, el inspector de cauce, el cuerpo de delegados y la comisión de vigilancia. El sistema de voto ponderado se utiliza para todas las decisiones en asambleas ordinarias o extraordinarias, entre las que se encuentran la designación del inspector y la selección de la comisión de vigilancia. La comisión se compone de tres miembros elegidos a simple mayoría de sufragios. El cargo de inspector es unipersonal. Los votos se ejercen acorde a padrones que son realizados por la Superintendencia, lo cual surge del art. 189 bis de la ley de aguas de 1884 y del art. 8 de la ley 5.302. Las inspecciones de cauce pueden agruparse en asociaciones de inspecciones, estas tienen carácter voluntario y requieren la conformidad del DGI, su Directorio se compone de la suma de los inspectores de cauce que son parte de la asociación.

En el caso de las Comisiones de regantes de San Juan, órgano de primer grado, se requiere 300 hectáreas bajo riego y un mínimo de seis usuarios, pudiendo asociarse distintos canales en una misma comisión (art. 59, Ley 13-A)¹²². El distrito se divide en tres secciones: inferior, media y superior. Corresponde un representante a cada sección. Por su parte, las Juntas departamentales se componen de un representante de cada distrito en que se divide el departamento (inferior, medio, superior). Los representantes son elegidos por el voto de los miembros de Comisiones de regantes y los encargados de canal de cada distrito. Por último, los consejeros son elegidos por los miembros de Junta departamental de cada zona de riego. Este sistema puede ser catalogado como un sistema de voto indirecto (Juntas y Consejo) por circunscripciones y voto uninominal. “Lo impugnado de estos sistemas es que se pueden distorsionar en la práctica al confeccionarse las circunscripciones de forma tal de romper los distritos opositores” (Quiroga Lavié, 2009, p.251). Esta crítica recobra importancia si se tiene en cuenta que la Ley 13-A define, en su art. 75, que el padrón electoral de cada acueducto estará formado por todos los concesionarios de agua o usuarios con derecho a voto según lo determinado en el art. 65; no obstante, no indica cómo se deberán conformar los distritos, salvo por la distinción genérica en inferior, medio y superior. La división queda a criterio de la aprobación por el Consejo del DH, organismo con representación de los propios usuarios. Nótese que este Consejo es quien convalida, en última instancia, el proceso electoral, así lo establecen sus propias actas, entre ellas se destaca el Acta 3384 del año 2022 que expresa en su art. 10: “Aceptados los resultados por el Consejo del Departamento de Hidráulica”. El Consejo es el órgano fiscalizador de elecciones que definen a los electores de los propios consejeros.

En la provincia de Córdoba, conforme lo regula la Ley 6.604, los consorcios cuentan con dos órganos: asamblea y comisión directiva. Esta última es elegida por el primero de los órganos mencionados. La asamblea también tiene potestad para revocar los mandatos, para ello debe alcanzar el 60% de los votos (art. 18). Los padrones son confeccionados por la comisión directiva, pero deben ser aprobados por la autoridad de aplicación (art. 27). Este control, por parte de la

¹²² En caso de que no se alcance el número de usuarios y/o hectáreas, se elige un encargado de canal.

autoridad, brinda mayor transparencia, al menos desde el plano legal, respecto a lo estipulado en la provincia de San Juan.

V.6.A. Los sistemas electorales bajo el tamiz de los estándares del bloque federal de constitucionalidad

Los sistemas electorales deben ser analizados bajo el tamiz de lo establecido en el bloque federal de constitucionalidad. El art. 37 de la CN expresa, en su segunda oración, que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. Esta cláusula se refiere al acceso a cargos electivos dentro de la estructura de poderes regulada por la Constitución. El resto de las entidades públicas también están obligadas a respetar ciertos estándares sobre el sufragio. Este criterio no es extensivo a todas las personas jurídicas, ejemplo de ello son las sociedades comerciales. En las sociedades anónimas, los votos se contabilizan en función de las acciones que se ostentan: “en principio es unitario (un voto por acción) y por imperio de expresa norma estatutaria puede ser múltiple (hasta cinco votos por acción” (Muguillo, 2023, p.484). Esta participación puede reducirse total o parcialmente en las acciones preferidas o con privilegio patrimonial. En un plano intermedio, se encuentran las entidades públicas no estatales, si bien pueden tener origen y conformación privada, por delegación del Estado, cumplen funciones asociadas al interés público. Ejemplo de ello son los Colegios Profesionales y, en este caso, las inspecciones de cauce de la provincia de Mendoza y los consorcios de las provincias de Córdoba y Buenos Aires.

El art. 75 inc. 23 establece la obligación del Congreso de regular medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real y el acceso a los derechos reconocidos en la CN. La CADH recepta, en su art. 23 inc. c., “el derecho de todos los ciudadanos a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. El texto refiere a las funciones públicas, es clave retomar un aspecto referente a si las funciones de las organizaciones de usuarios son públicas o privadas. En principio, en aquellos casos que las organizaciones de usuarios son propiamente personas estatales, como es la provincia de San Juan, no hay duda de que se trata de funciones públicas. En los restantes casos, también

se trata de funciones públicas llevadas adelante por una organización de naturaleza pública no estatal ¹²³. Esta afirmación se justifica en la naturaleza jurídica que las leyes locales les han otorgado, conforme se desarrolló en el Cap. III.2. Es por ello que deben respetar principios básicos del sufragio.

La cuantificación de los votos, según las hectáreas que se ostentan, es una reglamentación que no resulta concordante con las condiciones generales de igualdad establecidas en la CADH. Esta causal (cuantía de bienes) no está prevista en el apartado segundo del artículo 23 de la CADH. Es jurídicamente una categoría sospechosa.

En general, puede sostenerse que la nota común es que estas categorías se refieren a un grupo vulnerable o desaventajado, en tanto encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, en razón de circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, o bien en razón de su edad, género, estado físico o mental (Treacy, 2011, p.199).

Un grupo de pequeños propietarios puede ser considerado como grupo desaventajado, descripción que se refuerza en los sectores que practican la agricultura de subsistencia protegida por el DHA. Cabe traer a colación lo sostenido por la CSJN en el caso Hooft:

La mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podía ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto (2004, p.15).

La doctrina, al analizar la jurisprudencia de la CSJN sobre la aplicación del test de razonabilidad a categorías sospechosas, ha sostenido que:

Cuando la norma es en apariencia neutral, pues no surge de su letra ningún tipo de discriminación. Sin embargo, en su aplicación práctica genera un trato desigualitario hacia un grupo. Frente a ello, el examen de constitucionalidad de la norma debe incluir también la valoración de sus efectos. Es la comprobación fáctica de ese impacto desproporcionado lo que dispara la aplicación del escrutinio estricto con presunción de inconstitucionalidad (Saggese, 2018, p.4).

¹²³ Incluso se ha sostenido que “frente a una situación de discriminación en el ámbito privado, se pueda aplicar no sólo el examen de mera razonabilidad, sino también, y muy especialmente, el escrutinio estricto, con su carga agravada de justificación” (Treacy, 2011, p. 215).

Entonces, ante una categoría sospechosa cabe aplicar el escrutinio estricto para analizar su razonabilidad.

En el escrutinio estricto, si luego de la argumentación subsisten las dudas, la regla es que la norma es inconstitucional. En cambio, en los supuestos en que se aplica un test de mera razonabilidad, la regla es la inversa: la duda es a favor de la validez de la norma que realiza la distinción (Treacy, 2011, p.211).

La CSJN ha sostenido que:

Hay supuestos en los cuales las normas no contienen una distinción sospechosa en sentido estricto, sino que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros. A pesar de su apariencia —que por sí sola no ofrece ningún reparo de constitucionalidad—, puede ocurrir, sin embargo, que prima facie la norma — aplicada en un contexto social— produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado (Mantecón Valdés, Cons. 20 a 22, extraído de Saggese, 2018).

En otros fallos, la CSJN ha mencionado que la posición económica es una categoría sospechosa que implica la aplicación de un examen más riguroso (Nuevo Triunfo, 2009). En este caso agregó que es:

Obligación de los Estados realizar acciones positivas que tiendan a evitar dicha discriminación. Por lo tanto, el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales — antes que meramente convenientes— y que se trata del medio menos restrictivo y no sólo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad (2009, p.7).

En torno al escrutinio estricto de razonabilidad se ha señalado que:

Ello obliga a una argumentación de tres pasos, que se refieren a los siguientes aspectos: a) la existencia de fines sustanciales (y no meramente convenientes) b) la existencia de medios que promueven efectivamente esos fines c) la inexistencia de medios alternativos, menos restrictivos de los derechos en juego. Resulta difícil definir a priori algunos de los conceptos que entraña la aplicación de este tipo de examen, ya que, en los casos reseñados, las autoridades públicas demandadas han omitido satisfacer la carga argumental que se les imponía (Treacy, 2011, p.195)¹²⁴.

¹²⁴ Es posible disentir parcialmente de esta afirmación. En función de lo estudiado, se puede afirmar que los requisitos b y c aplican a todo test de razonabilidad y no solo al escrutinio estricto,

Sin perjuicio de lo señalado, aquí hay un conflicto entre derechos constitucionales. Si tomamos el criterio del fallo Horta (1922) es indudable que cambiar la escala de votos no podría afectar a titulares en uso de la concesión (derechos adquiridos patrimoniales), e incluso, siendo la misma inherente al inmueble, tampoco podría establecerse que empieza a regir con un nuevo titular. Desde una visión liberal-conservadora, el titular actual podría plantear la desvalorización del inmueble por haber disminuido su capacidad decisoria en la administración secundaria.

En conclusión, la distinción del voto según la cantidad de hectáreas (San Juan, Mendoza y Córdoba), tal como está planteada, fue coherente con el marco constitucional previo a 1994. En la actualidad, es susceptible de ser rechazada si se aplica un escrutinio estricto en el examen de razonabilidad. Las organizaciones públicas (estatales y no estatales) no pueden establecer distinciones en el grado de participación y decisión basado en la capacidad económica de los participantes. No se encuentra ninguna razón sustancial (y no meramente conveniente) que permita justificar la ponderación del voto, según la cantidad de hectáreas que un usuario titulariza. Se trata de una regulación que entra en contradicción con el art. 37 de la Constitución y con el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Las leyes locales que adoptan el esquema de voto ponderado en entidades públicas (estatales y no estatales) colocan a la Argentina ante una potencial responsabilidad internacional por establecer una escala electoral para acceder a funciones públicas, a partir de una condición económica. No obstante, el cambio de este sistema electoral puede afectar derechos adquiridos patrimoniales, por ende, se está ante una esfera de conflictividad entre los derechos.

V.7. Las consecuencias del derecho de propiedad constitucional en la gobernanza del agua

Lo expuesto a lo largo de la presente sección permite concluir que, en términos generales, el derecho de propiedad constitucional, a través de los derechos

el requisito a es el que lo diferencia, ya que requiere un interés sustancial, lo que implica una mayor carga argumental. A estos requisitos se les debe sumar el de proporcionalidad en sentido estricto.

adquiridos patrimoniales, representa el título habilitante para participar en la gobernanza del agua. El estudio de las potencialidades relevantes de los DAP sirve para entender su contenido como credencial legitimadora en titularidad de los usuarios.

Las organizaciones de usuarios evidencian la tensión y relación dialéctica entre el interés público y el interés privado (Martín, 2022). No se han regulado institutos que los vinculen con el interés colectivo propio de los derechos de tercera generación.

El reconocimiento del interés colectivo no conlleva la necesidad de incorporar a otros actores sociales dentro de las organizaciones de usuarios, pero sí delimita un nuevo marco para sus competencias. Es decir, no necesariamente un grupo de pueblos indígenas que practican la agricultura de subsistencia debe participar de un consorcio. Sin embargo, si en la zona de explotación del consorcio existe una posible incidencia a estos pueblos indígenas, la organización de usuarios debe cumplir con la entrega de la información ambiental sobre el impacto de su actividad. A la par, deberían existir otros canales que garanticen la participación de los ciudadanos y los grupos especialmente protegidos.

Por otro lado, al interior de las organizaciones de usuarios, es menester realizar ajustes para que su conformación sea coherente con el bloque federal de constitucionalidad. En particular, se deben modificar los sistemas electorales con voto ponderado asociado a la cuantía de hectáreas.

Por último, a los fines de facilitar el análisis de razonabilidad en los conflictos de derechos, se propone la siguiente categorización de los derechos adquiridos patrimoniales:

- i. Derechos adquiridos que no implican la entrega prestacional directa del Estado. Permiten exigir, en mayor medida, acciones negativas. El ejemplo típico es la no eliminación de la calidad de titular del dominio, salvo la excepción de la expropiación.

- ii. Derechos adquiridos que implican la entrega prestacional directa (acción positiva) del Estado.

Se dividen en dos tipos:

- a) Derechos adquiridos patrimoniales sobre bienes de dominio privado del Estado y/o recaudación. Dentro de esta categoría se encuentran subsidios, salarios de empleados públicos, incluso derechos sociales que también son protegidos por el amplio paraguas del derecho de propiedad constitucional.
- b) Derechos adquiridos patrimoniales sobre bienes de dominio público. Dentro de esta categoría ingresan las concesiones que el Estado brinda para el aprovechamiento de bienes que no salen de su dominio, esto lo diferencia del grupo anterior. Cuando el Estado vende un bien de dominio privado, el derecho que nace de dicho contrato implica la salida del bien del patrimonio estatal. En cambio, en los bienes de dominio público, el bien está fuera del comercio, es inalienable, imprescriptible e inembargable¹²⁵. Ello está asociado a la finalidad pública vinculada con dicho bien. Esta finalidad pública debe ser compatible con el interés colectivo.

Las categorías expuestas permiten analizar, de manera diferencial, los estándares de razonabilidad. La injerencia del interés público y del interés colectivo es mayor en los derechos adquiridos patrimoniales descritos en el punto ii.b. El prisma de derechos a ponderar también resulta más complejo, ya que ningún derecho patrimonial puede significar la apropiación directa o indirecta de bienes de dominio público sujetos a satisfacer múltiples derechos fundamentales.

¹²⁵ Marienhoff expresaba que:

Los bienes dominicales son inalienables e imprescriptibles. Trátase de caracteres inherentes a los bienes públicos, pertenecientes a la esencia de la dominicalidad. Tales caracteres existen por principio, aunque la respectiva legislación los silencie. La inalienabilidad nació en el siglo pasado, simultáneamente con la distinción entre dominio público y dominio privado; apareció como una regla no escrita de origen consuetudinario y jurisprudencial (...) Lo que define un bien "público" y le imprime sus notas correlativas -entre ellas la inalienabilidad y la imprescriptibilidad- es su afectación al uso público, directo o indirecto, de lo cual me ocupé en páginas anteriores (2003, Tomo V, p.101)

Entonces, cuando se realiza una ponderación en la que entran en juego derechos sobre bienes de dominio público, estas características especiales deben ser consideradas para evaluar la afectación leve, media o alta. Si bien no se comparte con Marienhoff la afirmación de que esos principios existen más allá del reconocimiento legislativo, estando reconocidos en el derecho positivo, no puede soslayarse su importancia.

SECCIÓN B. LOS ACTORES EMERGENTES

En esta sección se estudian los derechos incorporados a partir de la reforma constitucional de 1994: derecho humano al agua y derecho al ambiente sano.

CAPÍTULO VI. LA GOBERNANZA DEL AGUA AMPLÍA SUS FRONTERAS

En este capítulo se desarrollan los antecedentes, debates doctrinarios y las potencialidades relevantes del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano. Se describe el contenido del derecho humano al agua en titularidad de grupos especialmente protegidos (indígenas, mujeres y agricultores de subsistencia) y el derecho al ambiente sano en titularidad de los ciudadanos. Este análisis se vincula con la participación de los actores emergentes en la gobernanza del agua. El estudio se realiza teniendo en cuenta la categoría de derechos a acciones positivas (fácticas y normativas) y su faceta vinculada con el derecho a la organización y a la formación de la voluntad estatal.

VI.1. El reconocimiento de los derechos sociales y colectivos

Los derechos sociales fueron introducidos por primera vez en la Constitución Nacional a través de la reforma de 1949, dejada sin efecto mediante la proclama de 1956. Luego reincorporados en 1957, de manera reducida, en el artículo 14 bis.

El constitucionalismo social y la socialización de los medios de producción fueron distintas respuestas (podríamos decir opuestas) al mismo problema. A partir de allí se comenzaron a incorporar los DESC en las constituciones, que, como ya estudiamos, se dirigen a proteger lo que el individuo "hace" en el marco de la sociedad en la que habita (Manili, 2021, Tomo III, p.253).

En 1994 se incorporaron los derechos de incidencia colectiva, colectivos o públicos subjetivos (términos que se usarán de manera indistinta), creando un tercer grupo con características propias.

Se trata de derechos que, además de pertenecer a cada individuo en particular, pertenecen, del mismo modo y con el mismo alcance, a los demás miembros de la sociedad donde ese individuo vive o del grupo humano que ese individuo integra por determinadas características comunes (Manili, 2021, Tomo III, p.255).

En la última reforma constitucional se modificó la concepción de la igualdad. Al concepto de igualdad formal propio del modelo liberal, se incorporó el concepto de igualdad real. Además de su reconocimiento en términos generales que surge del art. 75 inc. 23; se receptó especial protección a ciertos grupos sociales: mujeres (art. 37) y pueblos indígenas (art. 75 inc. 17). Los IIDH jerarquizados incorporaron al bloque federal de constitucionalidad la especial protección de otros grupos sociales mediante la Convención sobre derechos del niño; la Convención Americana sobre derechos de los adultos mayores y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A su vez, se reafirmó la especial protección a la mujer mediante la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Estas modificaciones operaron como una nueva fusión constitucional que incorporó una generosa carta de derechos a acciones positivas, sin establecer mecanismos nuevos de limitación a los derechos a acciones negativas, en particular al derecho de propiedad. Es importante señalar que, como contrapunto histórico, se puede citar la reforma de 1949 que se preocupó de incorporar mecanismos que permitieran la limitación de la propiedad privada¹²⁶. Esta carencia se ha intentado suplir por la vía infraconstitucional, en el CCyCN se incorporó el art. 240¹²⁷. También se ha sostenido que el art. 14 del CCyCN es una de las disposiciones más significativas en materia de relación entre ambiente y propiedad (Peretti, 2014). Esta afirmación se justifica en el reconocimiento de dos tipos derechos (individuales y de incidencia colectiva). De todas formas, estas regulaciones no cierran los debates, su interpretación se encuentra sujeta a los distintos modelos plasmados en la Constitución Nacional.

¹²⁶ Se introdujo el Capítulo IV “La función social de la propiedad, el capital y la actividad económica”.

¹²⁷ Art. 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;
b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

En torno a los derechos sociales se han señalado dos características que resulta crucial traer a colación:

En lo que hace a la operatividad de estos derechos, deben establecerse, al menos, dos precisiones: a) en primer término, que se encuentran, como el resto de los derechos y garantías reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, comprendidos en el principio general de autoejecutoriedad, en el caso de que la estructura normativa de dichos derechos lo consienta o permita; y b) en segundo término, que se encuentran alcanzados por algunos principios de actuación específicos como el de progresividad y su correlativo de no regresividad. Ambos principios, por su parte, deben encuadrarse dentro del marco general que marca las obligaciones básicas de los Estados nacionales en materia de derechos humanos (González Moras, 2023, p.78).

La distinción entre derechos sociales y colectivos resulta debatible en ciertos casos. Estas categorías pueden tener implicancias prácticas en las vías procesales por las que se ejerciten los derechos, en particular, en los requisitos a la luz de los que se evalúe la legitimación de los accionantes. En términos teóricos, la distinción está dada por el sujeto titular del derecho. Los derechos sociales tienen como titular al grupo social determinado por ciertas características. Los derechos colectivos tienen como titular a la sociedad en su conjunto en un sentido amplio. Hay ciertos derechos, como es el caso de los derechos indígenas, que son generalmente catalogados como de tercera generación, no obstante, sus características son coincidentes con los derechos de segunda generación. No se encuentran diseminados en la sociedad en su conjunto, sino que pertenecen a un grupo social cuyos individuos tienen un lazo específico en común: su procedencia étnica. Situación similar ocurre con parte del derecho humano al agua, su contenido está asociado a ambas categorías de derechos.

Los derechos sociales y los derechos colectivos tienen características propias que los alejan de los conceptos del constitucionalismo clásico. Exigen al Estado otro tipo de actividad e intervención en la regulación de la vida social. Un caso testigo es lo que sucede con la propiedad indígena. El texto constitucional reconoce a la propiedad indígena, en la misma medida que mantiene incólume la propiedad liberal receptada en los arts. 14 y 17. Los derechos de uso de agua otorgados, integrantes del patrimonio del usuario, persisten en la amplia protección de la

propiedad liberal. No existe ningún instrumento constitucional concreto que permita intervenir los DAP en pos del cumplimiento de los nuevos derechos reconocidos a los indígenas; con la salvedad del poder reglamentario explícito en los arts. 14 y 28 de la CN¹²⁸. Entonces, si resulta insuficiente la faz reglamentaria, el único remedio preciso que la Constitución otorga para compatibilizar los derechos de la propiedad indígena con el marco actual de la propiedad liberal es recurrir al instituto de la expropiación. Aunque, resulta discutible equiparar la causal de utilidad pública con la protección de un grupo social.

“La CSJN ha sido constante en excluir del universo de cuestiones justiciables, sujetas al control de constitucionalidad, las razones tenidas en cuenta por el Congreso para declarar la utilidad pública de un bien, con dos excepciones” (Sáenz, 2019, p.554). En una de dichas excepciones, en el caso *Municipalidad de la Capital c/ Elortondo* (1888), la CSJN sostuvo que la facultad del Congreso de declarar la utilidad pública no debe ser entendida de manera ilimitada, en particular para disponer arbitrariamente de la propiedad de una persona para darla a otra. Es cierto que el citado fallo es del año 1888 y que, en el caso bajo estudio, no se trataría de una disposición arbitraria, sino sustentada en otro derecho fundamental. No obstante, no es sencillo intentar resolver el conflicto de la propiedad indígena mediante la expropiación. Es posible que esto también se deba a que el instituto de la expropiación (art. 17) fue concebido bajo el marco del constitucionalismo liberal-conservador.

En síntesis, en la Constitución Nacional de la República Argentina se han incorporado los derechos sociales y los derechos colectivos. El paso de la igualdad formal a la igualdad real está asociado a un nuevo poder de policía del Estado. Sin embargo, las cláusulas que lo regulan son idénticas a las de la Constitución originaria. Tampoco se han receptado mecanismos limitativos de la propiedad que hayan sido pensados para ser compatibles con los derechos sociales y colectivos

¹²⁸ Se puede mencionar, como ejemplo contrapuesto a ello, lo que sí ocurrió con el DAS, el art. 41 además del reconocimiento del derecho en sí mismo, estableció la existencia de leyes de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental, lo cual brinda una nueva faz reglamentaria específica. Esto, si bien no hace desaparecer toda contradicción entre los modelos plasmados en la CN, ya que tampoco incorpora de manera explícita a la función social y ambiental de la propiedad, es un elemento que permite acotar el accionar de los poderes constituidos. En cambio, la ausencia de instrumentos específicos, en el caso indígena, constituye una carta discrecional para los poderes constituidos.

incorporados en sus sucesivas reformas. Sí se ha establecido la competencia de la Nación para dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, como limitante a la actividad estatal y privada en pos de la preservación del ambiente sano. El modelo constitucional excluido en el siglo XIX, con los avances propios del siglo XX, ha tomado vida, pero no ha impactado de forma directa en las cláusulas redactadas bajo el enfoque liberal-conservador.

VI.2. Grupos especialmente protegidos por el derecho humano al agua

El análisis de este título se centra en el contenido del derecho humano al agua en titularidad de grupos especialmente protegidos (indígenas, mujeres y agricultores de subsistencia). Cabe aclarar que existe un contenido mínimo del DHA, en titularidad de todos los miembros de la sociedad que se nutre de un curso de agua para satisfacer sus necesidades básicas. Por ello, los Estados tienen el deber de crear mecanismos de participación popular en el marco de la planificación hídrica. A los fines de analizar la situación de los grupos especialmente protegidos, se debe citar el art. 7 de la OGN 15 que establece la obligación de los Estados de “garantizar que mujeres, pueblos indígenas y agricultores de subsistencia tengan un acceso equitativo al agua y a los sistemas de gestión del agua, incluidas las técnicas sostenibles de recogida del agua de lluvia y de irrigación”. Esta diferenciación es un tipo de acción positiva constitucional.

Las acciones positivas son aquellas medidas especiales de carácter temporal adoptadas por el Estado encaminadas a acelerar la igualdad de facto en los distintos ámbitos de la sociedad, las cuales cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato (Quiroga Lavié, 2009, p.415).

La necesidad de modificar los esquemas de participación surge del art. 11 de la OGN 15 que obliga a entender al agua como un bien social y cultural y no fundamentalmente económico (Sanna, 2022). El texto es claro, no niega que el agua tenga una finalidad económica, sino que no debe ser fundamentalmente económica.

VI.2.A. Los pueblos indígenas en la gobernanza del agua

En este apartado se analiza la situación de los pueblos indígenas. El estudio comienza por su situación antes de la reforma constitucional de 1994. Luego, se avanza en el impacto de la reforma. Por último, se examina la posible influencia del derecho indígena en el derecho de aguas.

VI.2.A.A Previo a la reforma de 1994

El Proyecto de Constitución propuesto por Alberdi contenía varias menciones a los indígenas, si bien no todas llegaron a plasmarse, resultan demostrativas de la discusión en los orígenes del derecho constitucional argentino.

El art. 21 que regulaba los requisitos para obtener la ciudadanía expresaba: “obtienen naturalización, residiendo dos años continuos en el país; la obtienen sin este requisito los colonos, los que se establecen en lugares habitados por indígenas ó en tierras despobladas”. Nótese, por un lado, el interés en poblar sitios habitados por pueblos indígenas, por otro lado, la equiparación respecto a las tierras despobladas. El art. 67 inc. 3 consignaba, entre las atribuciones del Congreso, proveer lo conducente para: “la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas”. Ninguno de estos artículos se plasmó en la Constitución aprobada en 1853, pero sí se incorporó una competencia referente al tema entre las atribuciones del Congreso, el inc. 15: “proveer a la seguridad de las fronteras; conservando el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”. “Ese objetivo constitucional de conversión de un grupo humano a un determinado culto chocaba con el derecho a la igualdad y a la libertad de culto consagrado en la misma ley fundamental” (Manili, 2021, Tomo III, p.368).

El resultado de la CN de 1853 fue más atenuado que la propuesta de Alberdi, de igual modo, no hubo reconocimiento alguno a los derechos de los pueblos indígenas. Al contrario, se plasmó una mención explícita sobre su conversión al catolicismo. Este enfoque se ubicó en las antípodas del proyecto de Constitución

de 1819 que contenía una norma llamativamente avanzada (Manili, 2021). El art. 128 expresaba:

Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa ó servicio personal, bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El Cuerpo Legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado.

El contexto constitucional de 1853 fue la base jurídica a partir de la que se instrumentó un proceso de aprovechamiento y regulación del agua en franco desconocimiento a los habitantes de ciertas zonas geográficas. El reconocimiento del instituto de los usos comunes fue ineficaz, ya que no constituía en sí mismo un derecho subjetivo y por ende carecía de una acción en titularidad de quien lo ejercía (Sanna, 2022). El principio de inherencia de la tierra al derecho de agua, sumado al requisito de contar con el título de propiedad para el otorgamiento de la concesión, fueron la combinación jurídica que excluyó a los pueblos indígenas del acceso al agua¹²⁹.

El proceso de despojo del agua de los indígenas ubicados en las Lagunas de Guanacache de Cuyo no se dio en sí mismo con la colonia, sino con el impulso de desarrollo de las sociedades de oasis coincidente con las primeras leyes de agua de San Juan y Mendoza a fines de siglo XIX (Escolar, 2021). “El tema de la propiedad de la tierra era la preocupación constante de los puesteros y laguneros. Todos ellos se sentían con derecho a la tierra en donde habían nacido y estaban asentados desde múltiples generaciones” (Roig, et al, 1990, p.29, en Escolar, 2021, p.242). Las leyes provinciales post coloniales reforzaron la exclusión de los indígenas.

Ahora bien, sí resulta un dato relevante que parte de estos sectores puede que sí hayan tenido títulos de propiedad sobre los inmuebles en los que realizaban el uso del agua. Ejemplo de ello es el caso que Escolar (2021) analiza. El autor ha

¹²⁹Al respecto se ha dicho:

La jerarquización de las poblaciones siguiendo la división del trabajo moderno/colonial, en el caso de América Latina ponía en ese punto de “dominación ventajosa y natural para los bárbaros” a los europeos en América. Aquí la manifestación colonial del poder federativo convergerá con los poderes domésticos y propietarios (ya que la única forma de propiedad considerada existente era la de tipo europeo, de apropiación individual) provocando su dilatación a expensas de los pueblos originarios americanos (Medici, 2012, p.59).

investigado la existencia de una merced real de Isabel Montesinos de Sayanca sobre la que se otorgaron títulos de propiedad que no respetaron el orden sucesorio y luego desconocieron la existencia de tal merced. Escolar expresa, en relación a los Laguneros, que “los vacíos legales que por un lado postergaron la ratificación definitiva y efectiva de sus derechos también impidieron la completa apropiación de sus tierras y les permitió, paradójicamente, mantener la ocupación de la mayoría del territorio” (2021, pp.211 y 212). Sin embargo, la ausencia de títulos de propiedad fue uno de los factores que impidió la adquisición de derechos de uso privativo de las aguas y los excluyó del modelo de aprovechamiento hídrico que permitió la construcción de la sociedad de oasis. Por ende, si bien no hubo una completa apropiación de su territorio, la ausencia de título sí provocó la pérdida de un elemento esencial: el agua.

En sintonía con lo expresado, existen distintos testimonios sobre la presencia de indígenas en la zona de Guanacache con varios siglos de antigüedad. Katzer cita la recuperación realizada por Vignati (1973, p.53) de un testimonio de Ximénez Inguanzo (1789) en el que refiriéndose a las huarpes en la zona del actual Departamento Lavalle señala que:

Habitan de una u otra banda del expresado río (...) sobre un médano alto (...) que eligen estos (...) para vivir baxo de unas chozas bastante reducidas que por necesidad fabrican de paja y lo más sencillo que pueden para poder con felicidad mudarse cuando el agua se retira (2020, p.41).

En sentido contrario, en otros países de Latinoamérica han existido leyes que han pretendido realizar una reparación histórica. Se puede citar el caso de la ley de Aguas de México de 1910. “Reguló en tercer lugar el agua para riego, en un contexto de restitución de tierras y aguas en el que se buscaba la dotación de tierras a aquellos pueblos, comunidades y personas que carecían de ellas” (Domínguez, 2009, p.121).

En 1985 se sancionó la Ley 23.302 que marcó el primer hito legal en el cambio de concepción del Estado Nacional argentino hacia los indígenas. Se reconoció a las comunidades, el respeto a sus principios y valores. Se creó el instituto nacional de pueblos indígenas y se reguló sobre la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país (debidamente inscriptas) de tierras

aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad.

En 1992 se aprobó, mediante la Ley N° 24.071, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que reconoce diversos derechos a los pueblos indígenas, en su art. 15 expresa que “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

VI.2.A.B. La reforma de 1994 y la actualidad

En 1994 se eliminó el inc. 15 del art. 64 (texto originario) y se incorporó, entre las atribuciones del Congreso (art. 75), el inc. 17, por medio del que se reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas. Esta cláusula establece que se debe asegurar su participación en la gestión referida a los recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Es una competencia concurrente de la Nación con las provincias.

En el diario de sesiones de la Convención Constituyente puede notarse la unanimidad que el tema generó. No existió dictamen de minoría al momento del tratamiento en el plenario de la comisión. El convencional Álvarez, en sintonía con el resto de los constituyentes, expresó:

Fueron retirados los dictámenes de minoría, hay una voluntad política muy fuerte en esta Convención. Entonces, votemos este dictamen, leámoslo como único y aprobémoslo por unanimidad y por aclamación, que es lo que quieren estas poblaciones postergadas de la Argentina (Diario de Sesiones, 1994, p.4062)¹³⁰.

¹³⁰ Un dato que resulta llamativo es que, producto de la organización de la Convención, los discursos no fueron desarrollados durante el debate, se insertaron posteriormente en el diario de sesiones. Esto muestra el nivel de aceptación que tuvo la propuesta, aunque no deja de evidenciar cierta extrañeza: una reforma de tal magnitud no es debatida ni tiene tiempo suficiente de discusión en el propio plenario de la Convención. Es importante señalar la presencia de los pueblos indígenas en la sala, los siguientes fueron mencionados por el Secretario de la Convención:

Los pueblos indígenas que nos acompañan son: Pilagá, de Formosa (*Aplausos*); Wichi, de Formosa, Salta y el Chaco (*Aplausos*); Toba, de Formosa, Salta, el Chaco y Santa Fe (*Aplausos*); Mocoví, de Chaco y Santa Fe (*Aplausos*); Guaraní, de Misiones, Salta y Jujuy (*Aplausos*); Kolla, de Jujuy y Salta (*Aplausos*); Calchaquies, de Salta, Tucumán y Catamarca (*Aplausos*); Huarpes, de San Juan (*Aplausos*); Chañés, de

El convencional Díaz expresó que “de lo que se trata precisamente, es de respetar un modo específico de relación de los pueblos indígenas con la tierra que no necesariamente queda bien contenido en el Código Civil Argentino con sus tradiciones romanistas” (Diario de Sesiones, 1994, p.4083). Es claro que, si la relación de los indígenas con la tierra no se regía por el Código Civil, resulta imposible, de manera previa como posterior a la reforma, que su acceso al agua se realice mediante los institutos tradicionales del derecho de aguas local, con fuerte conexión con la visión del Código Civil originario. El convencional agregó que:

Creo que la decisión correcta, responsable, es decirle al Congreso: señores, así como al hecho de la posesión individual, el Código Civil le aporta determinadas consecuencias jurídicas, es su responsabilidad que a este hecho de la posesión comunitaria que se da en las comunidades indígenas, se le encuentre la manera de sea reconocida y que se le puedan atar consecuencias jurídicas, no por el Código Civil sino por una serie de normas específicas que respeten este tipo particular de relación de los indígenas con la tierra.

Entonces estamos diciendo claramente que el Congreso de la Nación debe hacerse cargo de que hay un modo diferente de ejercer la posesión de la tierra y necesariamente deberá dictar las leyes que aten las consecuencias jurídicas a este modo diferente (Diario de Sesiones, 1994, p.4084).

El Congreso Nacional no cumplió con este mandato, tampoco las legislaturas locales¹³¹. La tarea de la Convención Constituyente no borró toda contradicción, más bien, la mantuvo latente. Sin embargo, ello no es motivo para que, en las legislaciones bajo estudio, no se haya estructurado ninguna forma diferencial de acceso y participación en la gobernanza del agua a favor de los pueblos indígenas. Es importante señalar que “en Argentina buena parte de la jurisprudencia

Salta (*Aplausos*); Tapiete, de Salta (*Aplausos*); Chorote, de Salta (*Aplausos*); Mapuches, de Neuquén, Río Negro, y Chubut (*Aplausos*); Rankuches, de La Pampa (*Aplausos*); Tehuelches, de Chubut y Santa Cruz (*Aplausos*); y Onas, de Tierra del Fuego. (*Aplausos prolongados en las bancas y en las galerías.*) (Diario de Sesiones, 1994, p.4065)

Nótese la presencia del pueblo Huarpe de San Juan y de Mapuches de provincias patagónicas. Este dato demuestra que estos pueblos indígenas sí fueron tenidos especialmente en cuenta en 1994, no puede desconocerse su calidad de tal.

¹³¹ El Congreso sancionó la ley 26.160 (actualmente sin vigencia) pero fue un remedio de emergencia y no una reglamentación del acceso y ejercicio de la propiedad comunitaria. Similar conclusión se puede esgrimir respecto a otras normas provinciales en los tópicos vinculados al acceso al agua.

responsabilizando al Estado por incumplimiento del derecho humano al agua tiene como protagonista población indígena” (Martín, 2022, p.259).

Por último, cabe mencionar la inserción de la convencional Vallejos, que aludió al derecho de participación:

Y es en esa construcción social del respeto del OTRO como distinto, del derecho a la diferencia, donde hoy estamos todos los argentinos comprometidos. La necesidad de estas acciones positivas surge como superación de procesos discriminatorios sistemáticos en la relación con la sociedad nacional en su conjunto. Acciones que llevan necesariamente al tema de la PARTICIPACIÓN que se inserta en la escena del proceso democrático nacional (Diario de Sesiones, 1994, p.4092).

La realidad, durante la primera parte del siglo XX, se encontraba en las antípodas de lo que se evidencia en los discursos citados, en el caso Lorenzo Guari de 1929, la CSJN sostuvo que:

Las comunidades indígenas invocadas en la demanda no tienen personería jurídica para actuar en juicio, porque no son de existencia necesaria ni de existencia posible, atento los claros preceptos del libro 1º, sección 1a, título I del Código Civil; y su existencia legal anterior a la vigencia de éste debió ser consagrada y acomodada a sus normas fundamentales (p.2).

Esta jurisprudencia se modificó luego de la reforma. La CSJN ha dictado distintos fallos que reconocen la legitimación de las comunidades. Se puede mencionar el caso Comunidad Wichí de 2002 que trata específicamente sobre la participación en el aprovechamiento de los recursos naturales:

Chiacchiera sostiene que la Corte Suprema confirmó la *operatividad* de los derechos contenidos en el art. 75 inc. 17 de la CN, ya sostenida por parte de la doctrina y la jurisprudencia, en especial en relación con los derechos de consulta y de participación que tienen las comunidades indígenas frente a la adopción de medidas que puedan afectarles (Manili, 2021, Tomo III, p.374)¹³².

En particular, referido a participación y consulta, la CSJN ha dictado dos fallos que la doctrina ha considerado pautas en el tema (Manili, 2021). Se trata de

¹³² La cita refiere al caso Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'O'i (fallos de 2002 y 2003).

Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos c/ Provincia de Jujuy s/amparo y Confederación Indígena del Neuquén, ambos del año 2011.

Los pueblos originarios son, en términos constitucionales, un grupo en situación de vulnerabilidad. Esto implica tener especial consideración ante posibles categorías sospechosas que los excluyan del ejercicio de sus derechos.

Aunque no existen casos que aborden la situación de este colectivo desde el punto de vista de la igualdad, existen fuertes razones constitucionales para considerarlos un grupo vulnerable y necesitado de especial protección desde el sistema jurídico (...) Tal conducta estatal debería ser evaluada a la luz del escrutinio estricto (Treacy, 2011, p.204).

Además del texto de la CN, los pueblos indígenas son mencionados en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional: Convención sobre los derechos del niño (art. 17 inc. d, art. 29, art. 30) y en la Convención sobre las personas con discapacidad (preámbulo inc. p). En relación a los conflictos de derechos planteados en el presente trabajo, cobra mayor relevancia el reconocimiento que la OGN 15 realiza (arts. 7 y 16). En particular, el art. 16 inc. d expresa:

El acceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua.

Además, con jerarquía infraconstitucional, pero supralegal y aprobado luego de la reforma de 1994, se puede mencionar el Acuerdo de Escazú. En su artículo 5 inc. 4, se consigna que “cada Parte garantizará que dichas personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta”.

VI.2.A.C. Las implicancias del derecho indígena para el derecho de aguas

La Constitución Nacional, mediante el art. 75 inc. 17, habilita la posibilidad de discutir el propio derecho positivo. Esto último no constituye en sí mismo una

novedad; el rígido derecho decimonónico también tuvo sus licencias. El reconocimiento de las organizaciones de usuarios dio lugar a sistemas con reglas propias que no debían necesariamente ajustarse al derecho positivo. Las organizaciones de usuarios contienen un germen corporativo ajeno al derecho liberal. Por ello es que la incorporación de elementos rupturistas con la visión liberal no es privativa del art. 75 inc. 17, sino que proviene de la génesis del derecho de aguas local. No obstante, se pueden esgrimir dos diferencias fundamentales:

(i) Los pueblos indígenas se encuentran en una situación de exclusión respecto al acceso al agua. Los usuarios estaban en una situación de apropiación.

(ii) Las leyes decimonónicas reconocieron a las organizaciones de usuarios a la par que condicionaron la participación al requisito de contar con título de propiedad o acreditar la relación de poder con el inmueble en términos del derecho civil liberal. El reconocimiento a la propiedad comunitaria indígena es un elemento herético respecto al derecho liberal.

El derecho de los pueblos indígenas, en términos subjetivos, implica el reconocimiento de un derecho indígena en términos objetivos. Los derechos indígenas incluyen un contenido diverso y amplio. El Estado tiene obligaciones prestacionales, a la par que debe respetar el modo en que cada comunidad se organiza. El derecho indígena es, en mayor medida, consuetudinario; entre sus elementos esenciales se encuentra la reglamentación sobre el acceso y la distribución de los recursos, entre ellos el agua (Frites, 2011). A fin de salvar las contradicciones entre el derecho estatal y el derecho indígena se ha propuesto la existencia de un pluralismo jurídico sin preeminencias injustificadas (Frites, 2011).

Las formas de participación hacia el interior de las comunidades indígenas no pueden ser plenamente preconcebidas desde la organización estatal. Tampoco resulta posible un sistema pleno de horizontalidad, el reaseguro del derecho de los pueblos indígenas se da a partir del bloque federal de constitucionalidad. La pluralidad jurídica sólo es posible de manera infraconstitucional. La normativa inferior debe dar un margen de acción para que las comunidades decidan ciertas cuestiones. Ese margen de acción no equivale a silencio, sino a garantizar el

ejercicio básico del derecho y la coexistencia con otros derechos. Se deben dejar a criterio de la comunidad las cuestiones atinentes a su organización y reparto interno. El conflicto puede ocurrir ante dos situaciones:

(i) En caso de que la propia comunidad no cumpla con ciertos estándares constitucionales y convencionales en su interior. Afirmar esto implica una paradoja ya que para analizar este límite no quedará más remedio que recurrir a los estándares de razonabilidad del derecho constitucional que no son los mismos que los del derecho consuetudinario indígena. No obstante, es la forma efectiva de garantizar la supremacía del BFC. Tal examen debe realizarse bajo un escrutinio diferente y teniendo en especial consideración la regulación consuetudinaria de la comunidad.

(ii) En caso de conflicto entre la comunidad y terceros, con derechos fundamentales en juego, por ejemplo, los derechos patrimoniales de los usuarios. Esta situación exige un examen que tome nota de ambos ordenamientos jurídicos.

La dificultad del segundo caso radica en las diferencias ontológicas que la concepción indígena tiene respecto al derecho positivo del Estado. En estudios latinoamericanos sobre la concepción de los indígenas en torno a los glaciares se ha señalado que “delimitar el área de influencia del glaciar forma parte de una visión dicotómica de la realidad compartimentada entre lo que es no es, opuesto a los conocimientos y saberes mapuche” (Pilquimán Vera, Ramírez y Rodríguez Jaramillo, 2022, p.423). Es decir que las categorías jurídicas de delimitación y construcción de normas se ponen en jaque ante esta visión holística. Por ejemplo, para el derecho positivo resulta crucial delimitar el área de influencia del glaciar, a los fines conocer en qué ámbito se encuentran prohibidas ciertas actividades producto de los presupuestos mínimos de protección ambiental, en particular de la Ley 26.639. Ello es, según las autoras, opuesto a la cosmovisión indígena. Ergo, si bien en los conflictos de derechos entre la protección constitucional de los pueblos indígenas y los DAP de los usuarios deben atenderse ambos tipos de normas; pensar en el desarrollo de un argumento racional partiendo de conceptos que se encuentran en las antípodas resulta, cuanto menos, difícil de imaginar. La fusión de modelos constitucionales genera pretensiones en pugna que pueden justificar soluciones contrapuestas perfectamente razonables.

En San Juan y Mendoza, los derechos de agua para uso agrícola se consolidaron previo a la última reforma de la Constitución Nacional, mientras que en Buenos Aires y Córdoba existen títulos previos y posteriores¹³³. Las estructuras de las organizaciones de usuarios no deben ser necesariamente modificadas para cumplir con los derechos indígenas, pero sí deben existir nuevos límites a su accionar, a la par, se deben crear otras instancias participativas en la gobernanza del agua. El bloque federal de constitucionalidad obliga a garantizar la participación indígena, sin caer en excesos reglamentarios que despojen de importancia a las normas consuetudinarias propias de cada comunidad.

El caso de los pueblos indígenas tiene tales particularidades que, incluso sin recurrir a los diferentes lentes de cada modelo, pueden surgir fuertes conflictos. Por ejemplo, si se presenta una disputa territorial entre grupos campesinos no indígenas que practican la agricultura de subsistencia y son titulares de una concesión formal para el uso de agua, y pueblos indígenas que reivindican su ocupación ancestral sobre las mismas tierras.

Las competencias reservadas por las provincias deberían ajustarse a los estándares convencionales y constitucionales. Desde que la Constitución Nacional se volvió permeable a los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados y a los órganos encargados de su interpretación, el panorama se ha modificado. Sin embargo, la aplicación de los estándares no debe eliminar el margen de acción federal (Bazán, 2019). Hay quienes han señalado que “la concurrencia de facultades entre el Estado federal y las provincias resulta un problema a superar” (Frites, 2011, p.106). No se comparte la idea de que la concurrencia resulte un problema en sí mismo, sino que en el marco de un Estado Federal resulta más complejo definir los límites de los estándares que deben aplicar los Estados locales¹³⁴.

¹³³ En Mendoza también existe la figura del permiso para uso agrícola, que ha sido utilizada durante el siglo XXI para saltar, mediante un título precario, el requisito de la concesión otorgada por ley.

¹³⁴ Estas afirmaciones no omiten la existencia de un debate más profundo y una contradicción en sí misma, en el hecho de reconocer al derecho positivo constitucional como un mecanismo de garantía del pluralismo jurídico. Profundizar en ello excede el objeto de la presente obra.

Las cuatro legislaciones analizadas no contienen ninguna mención vinculada con garantizar la utilización y/o participación de los pueblos indígenas en torno al agua. Las ideologías étnicas que propugnaban la superioridad racial y cultural de los europeos por sobre la población autóctona se reflejaron en los conflictos regionales por el agua y la tierra (Escolar, 2021). La ausencia de los pueblos indígenas como un sujeto con derecho a participar en la gobernanza del agua no evidencia meramente un descuido, sino que resulta coherente con el modelo constitucional originario y sus leyes inferiores. En un primer momento, se impuso un paradigma asociado a fomentar la inmigración europea y la propiedad liberal, para ello fue necesario la exclusión de grupos sociales que ya hacían uso del agua.

El modelo originario era coherente con los objetivos pretendidos en su época por el sector social dominante. El desarrollo de los modernos oasis requería excluir a ciertos habitantes para garantizar la seguridad jurídica a otros. El modelo actual incluyó a los antes excluidos, sin mecanismos que compatibilicen intereses contrapuestos sobre un bien (agua) que, en ciertos lugares, es escaso y ha sido objeto de la declaración de agotamiento de caudales. Esta superposición de derechos, de haber existido desde el momento primigenio del constitucionalismo argentino, hubiese dificultado y/o impedido el desarrollo geográfico de las sociedades de oasis.

En el marco del BFC, los pueblos indígenas sí han sido incorporados a la gobernanza del agua, mediante normas que ostentan supremacía frente al derecho local. Existe un mandato constitucional y convencional de garantizar la participación de este grupo social, incumplido en la normativa local.

La provincia de Mendoza sancionó la Ley 6.920, no obstante, a más de veinte años de su entrada en vigencia no se le ha dado efectivo cumplimiento a la expropiación prevista. Conforme esta ley, la provincia debía expropiar inmuebles, pero no preveía la inscripción de ellos como propiedad comunitaria. A su vez, tampoco se reguló un proceso de acceso al agua ni se estableció concesión alguna a favor de dichos inmuebles en caso de que no la tengan¹³⁵.

¹³⁵ Teniendo en cuenta que en la provincia de Mendoza rige el procedimiento de otorgamiento legal de la concesión, la Legislatura pudo avanzar sobre ello al tratar este proyecto y no lo hizo.

En la provincia de Buenos Aires, cabe señalar que durante el siglo XIX se recurrió al instituto del otorgamiento de inmuebles en concesión a favor de las comunidades indígenas. Ejemplo de ello son las leyes 392, 474 y 476. No existe normativa actual destinada específicamente a regular el acceso al agua de los indígenas.

En San Juan y Córdoba tampoco hay leyes que protejan el acceso al agua de las comunidades indígenas.

La total ausencia de regulación permite hablar de una inconstitucionalidad por omisión, producto de no haber regulado las acciones que surgen del bloque federal de constitucionalidad. En estos casos, “la violación constitucional puede producirse no por incompatibilidad de normas infraconstitucionales con la Constitución, sino por ausencia o falta de regulación, estando ésta prescripta por la propia Constitución” (Quiroga Lavié, 2009, p.601)¹³⁶. Cuando la norma constitucional no prevé un plazo, “ante la falta de parámetro objetivo predeterminado, el intérprete deberá evaluar qué lapso debe aguardarse para que la demora o inacción se torne inconstitucional” (Quiroga Lavié, 2009, p.603). No cabe lugar a dudas que el plazo de 30 años ha sido más que suficiente para entender que la inacción se torna inconstitucional.

Bidart Campos sostenía "si hay cláusulas que imponen funciones a ciertos órganos del poder la exigibilidad del deber de cumplir tales funciones no puede detenerse en el terreno de la responsabilidad política, sino que debe propiciarse también ante el poder judicial para que compruebe la inconstitucionalidad por omisión y la subsane. Urge sobremanera que las modernas cláusulas económico-sociales de las constituciones alcancen en los hechos la supremacía constitucional que la teoría constitucional contemporánea ha elaborado doctrinalmente y ha tecnificado positivamente" (Citado en Manili, 2021, Tomo VI, pp.510).

Manili agrega que:

¹³⁶ El autor agrega que:

La omisión inconstitucional se puede consumir por incumplimiento (demora, inacción, abstención) tanto del Poder Legislativo (omitir reglamentar una norma constitucional o de un tratado internacional, ambos programáticos) como del Poder Ejecutivo (omitir reglamentar una ley). En cualquiera de esas hipótesis, la omisión inconstitucional se puede reparar de dos formas por el juez: compeliendo al órgano remiso a dictar la reglamentación legal en el plazo que se fije o, directamente, procediendo a integrar la “laguna” al resolver el caso con efecto limitado al mismo. En ambos casos, la facultad judicial es supletoria (por la inactividad de los órganos políticos) para disponer (en mayor o menor medida) y no sólo para impedir (2009, p.602).

La tarea de los jueces en el ámbito de las omisiones inconstitucionales debe tener dos facetas, una individual y reparadora, y una colectiva y preventiva.

(i) La primera es la de garantizar el derecho al justiciable en el caso concreto, ayudándolo a acceder al goce y ejercicio del derecho lesionado por la omisión estatal. Frente a la lesión de un derecho, el juez provee una solución, por eso la denominamos individual y reparadora.

(ii) La segunda es la de procurar, a la vez, compeler a las ramas políticas del gobierno que están en mora con el cumplimiento de sus obligaciones para que adopten las medidas necesarias a fin de sanear la inconstitucionalidad que se genera por esa mora y por esa omisión y que esta no afecte derechos en casos futuros. Esta segunda tarea es más compleja y va a depender de los mecanismos legales y procesales que se utilicen, según analizamos a continuación. Es la que denominamos colectiva y preventiva (2021, Tomo VI, p.515).

Por último, es menester señalar que la efectiva participación de los indígenas es un elemento disruptivo que pone en debate a los institutos jurídicos que regulan la gobernanza del agua (derecho a la organización) y a todos los esquemas legales en torno a los que se han otorgado y ejercido los de derechos para el uso privativo del agua. Dicha revisión, como principio general, no podría tener carácter retroactivo, pero sí importantes efectos hacia el futuro¹³⁷.

VI.2.B. Las mujeres en la gobernanza del agua

En el caso tratado en este acápite, a diferencia de los pueblos indígenas, la especial protección no se basa en razones étnicas, sino de género. El art. 37 de la Constitución Nacional establece una acción positiva para garantizar la igualdad

¹³⁷ Al momento de realizarse esta tesis, la CSJN ha declarado su competencia originaria en el caso Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental (2025). Se encuentra pendiente la resolución de las medidas cautelares y de la cuestión de fondo. Es importante resaltar que uno de los motivos por los que fue incorporado el Estado Nacional por las actoras es debido a que “es el encargado de la coordinación e implementación del Plan Nacional del Agua en todo el territorio nacional y quien según sostienen, incumplió los deberes a su cargo de garantizar la efectividad y ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas” (p.5).

real de oportunidades entre varones y mujeres. La Convencional Marcolini, al momento de incorporar esta cláusula, expresó:

El voto femenino fue establecido en la Argentina por la ley 13.010, sancionada en 1947, aunque recién se puso en práctica con la ley 14.302, de 1951, como expresara anteriormente. En 1983 el cuerpo electoral estuvo integrado por un 53 por ciento de mujeres. Sin embargo, los más altos organismos colegiados muestran aún una dispar presencia de mujeres en situación de gravitar sobre el desarrollo de políticas fundamentales para la vida de nuestro país (Diario de Sesiones, 1994, p.4.379).

La Convención de Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer recepta, en su art. 14 inc. h., el derecho de “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones”. Ello se suma a lo establecido en el art. 7 de la OGN 15.

La participación de las mujeres en la temática ambiental ha sido trabajada en la doctrina:

En cuanto a género y medio ambiente, centrada con el enfoque de género en el desarrollo (GED), es una corriente que tiene en cuenta las diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres existentes en la realidad, pero no en cuanto a diferencias biológicamente determinadas, sino en cuanto a diferencias socialmente configuradas en funciones y expectativas (Vargas, 2015, p.777).

En tal sentido, cabe analizar si, en las leyes locales, existe alguna previsión que garantice la protección establecida en el bloque federal de constitucionalidad.

En San Juan, la Ley 13-A no prevé ninguna acción positiva para favorecer el acceso igualitario a los cargos en los organismos de usuarios¹³⁸. Existe una dificultad asociada al propio sistema electoral utilizado. Al ser de tipo uninominal

¹³⁸ La provincia de San Juan reconoció el voto femenino en su constitución de 1927, durante el gobierno de la Unión Cívica Radical Bloquista, luego conocido como Partido Bloquista (Ramella S., 1986). Fue el primer reconocimiento de este tipo que se hizo en el constitucionalismo provincial, se adelantó 20 años a la sanción de la ley N 13.010 que habilitó el voto femenino a nivel nacional, ejercido por primera vez en 1951. En 1928, la provincia centralizó la gestión hídrica, por lo que no es posible analizar si este reconocimiento constitucional tuvo o no impacto en los organismos locales vinculados al agua, los cuales recién volverían a tener competencias descentralizadas con la ley de 1942.

no hay posibilidad de establecer cupos de participación. En el listado de los 54 miembros de Juntas departamentales no aparece ninguna mujer¹³⁹.

En San Juan, los concesionarios llegan hasta el Gobierno primario del agua, mediante tres consejeros, uno por cada zona de riego. También se trata de un sistema uninominal que no cuenta con ninguna acción positiva. En la actualidad, tampoco hay mujeres entre dichos consejeros. En los últimos 25 años no ha habido mujeres como representantes de los usuarios en el Consejo¹⁴⁰. En el caso de los miembros elegidos por el Poder Ejecutivo, la ley establece una distinción en función del título profesional, debe ser un ingeniero civil y un ingeniero agrónomo. Tampoco hay un cupo establecido y resulta difícil regularlo porque se trata de profesiones diferentes. Es necesario mencionar que sí hay antecedentes de participación de mujeres en carácter de consejeras nombradas por el Poder Ejecutivo.

Por fuera de los organismos de usuarios, tampoco existe otra instancia destinada a garantizar la participación de las mujeres en las decisiones vinculadas al agua.

En el caso de Mendoza, la Ley 6.405 no regula ninguna acción tendiente a garantizar la participación de las mujeres en las inspecciones de cauce.

En el DGI, la selección de los consejeros prevista por la CP, en su art. 188, a diferencia de San Juan, no establece requisitos de idoneidad asociados a un título. Entre los cinco miembros del Consejo parece factible regular una acción positiva sin necesidad de modificar el número ni el método de selección. Sin embargo, ello no se desprende de la CP; sí se encuentra la posibilidad abierta para que una ley inferior pueda reglamentarlo. Tampoco se han regulado otras instancias en las que se proteja, de modo efectivo, la participación de las mujeres en la gobernanza del agua.

La Ley 6.604 de Córdoba no prevé ningún mecanismo específico que garantice la participación de las mujeres en los consorcios de usuarios. En la conformación del Consejo Consultivo sería posible establecer algún tipo de cupo, aunque ello no ha

¹³⁹ Los datos son del mes de abril de 2025. Corresponden 3 miembros a cada departamento que cuenta con Junta (18).

¹⁴⁰ La información verificada se reduce a ese período temporal, pero surge de testimonios que, en principio, nunca habría existido una mujer consejera en representación de los usuarios.

sido regulado en la Ley 9.867. Idénticas apreciaciones se pueden realizar en torno al Título VII del CAg de Buenos Aires; la participación de las mujeres no cuenta con ningún cupo en los consorcios ni en los comités de cuenca. Ninguna de las provincias ha regulado otras instancias por medio de las que se pueda garantizar la participación de las mujeres.

En conclusión, las legislaciones locales de aguas no tienen previstos cupos y/o mecanismos que garanticen la presencia de las mujeres en las organizaciones de usuarios. Esta afirmación se hace extensiva a los organismos colegiados de administración primaria de Mendoza y San Juan: Consejo del DGI y Consejo del DH respectivamente. Tampoco se encuentran instituidas otras instancias que, por fuera de las organizaciones de usuarios, garanticen la participación de las mujeres en la gobernanza del agua.

VI.2.C. La agricultura de subsistencia en la gobernanza del agua

La Observación General N° 15, en su art. 7, expresa:

El Comité señala la importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada (...) los Estados Partes deberían garantizar un acceso suficiente al agua para la agricultura de subsistencia y para asegurar la de subsistencia de los pueblos indígenas.

Los agricultores de subsistencia se encuentran protegidos dentro del derecho humano al agua. El lazo común de este grupo no se debe a razones étnicas ni de género, sino a una determinada forma de vida y una práctica social compartida. El art. 7 no deja dudas de que estos usos agrícolas sí están incorporados en la OGN 15. Esto permite disentir de lo que se ha dicho en la doctrina sobre el contenido del DHA: “en modo alguno se introducen en el mismo las utilidades industriales, agrícolas y mucho menos las relativas al ocio u otras” (Embid Irujo, 2006, p.30). La utilización agrícola de subsistencia sí está incorporada de forma expresa. En cambio, las otras utilidades referidas no lo están. Sin perjuicio de que el paradigma expansivo de los derechos humanos puede, mediante la vía interpretativa, justificar la ampliación del contenido de este derecho. La Ley

nacional 27.118 establece el concepto de agricultor/a familiar¹⁴¹. Es cierto que no es idéntico hablar de agricultura de subsistencia que, de agricultura familiar, pero al analizar el concepto legal de esta última, resulta indubitable que abarca a la primera¹⁴². La definición brindada por la Ley nacional no es coincidente con otras regulaciones locales, ejemplo de ello son la Ley 8.435 (Mendoza) y Ley 1413-J (San Juan). En cambio, la Ley 14.845 de Buenos Aires adhirió a la ley nacional sin mayor desarrollo, de manera similar a lo realizado por la Provincia de Córdoba mediante la Ley 10.657. La dificultad se presenta al momento de trazar los límites de la actividad. Sin embargo, ello tampoco debe transformarse en un argumento para impedir y/o retardar cualquier tipo de acción positiva, en franca oposición a lo que establece el marco convencional vigente.

El art. 4 inc. i de la Ley 27.118 expresa entre sus objetivos: “garantizar los derechos de acceso y a la gestión de la tierra, el agua y los recursos naturales en general”¹⁴³.

En Córdoba, el título IV de la Ley 10.657 reglamenta el acceso a los bienes comunes y recursos naturales, pero no menciona al agua. El CAg regula el uso agrícola en el art. 111 y concordantes, sin ninguna distinción específica a favor del uso agrícola de subsistencia.

La Ley 14.845 de Buenos Aires sólo realiza una adhesión genérica a la Ley 27.118. No reglamenta las formas de acceder a los derechos garantizados en la ley nacional. El CAg regula el uso agropecuario en términos generales, sin mención

¹⁴¹ El art 5 define como agricultor y agricultora familiar a:

Aquel que lleva adelante actividades productivas agrícolas, pecuarias, forestal, pesquera y acuícola en el medio rural y reúne los siguientes requisitos:

- a) La gestión del emprendimiento productivo es ejercida directamente por el productor y/o algún miembro de su familia;
- b) Es propietario de la totalidad o de parte de los medios de producción;
- c) Los requerimientos del trabajo son cubiertos principalmente por la mano de obra familiar y/o con aportes complementarios de asalariados;
- d) La familia del agricultor y agricultora reside en el campo o en la localidad más próxima a él;
- e) Tener como ingreso económico principal de su familia la actividad agropecuaria de su establecimiento;
- f) Los pequeños productores, minifundistas, campesinos, chacareros, colonos, medieros, pescadores artesanales, productor familiar y, también los campesinos y productores rurales sin tierra, los productores periurbanos y las comunidades de pueblos originarios comprendidos en los incisos a), b), c), d) y e).

La técnica legislativa es cuestionable, el inc. f no es un requisito, sino otra categoría de agricultores familiares. Los requisitos van del inc. a al e (inclusive) y deben ser cumplidos de forma conjunta.

¹⁴² Quedará para futuros trabajos profundizar en estas diferencias terminológicas y sus alcances.

¹⁴³ El Decreto 462/2025 derogó múltiples artículos de la Ley 27.118. Su tratamiento excede al objeto de esta obra y quedará pendiente para futuros trabajos. En particular, el art. 19 expresa: “Derógase los artículos 2, 6, 7 y del 10 al 32 de la Ley N 27.118 y los artículos 1 a 9º, 13, 15 y 16 del Decreto N 729 del 3 de noviembre de 2022”

a la agricultura familiar. La única distinción posible es la que habilita el art. 60 cuando no existe caudal suficiente. Debe hacerse en función del beneficio comunitario que presupone el cultivo (inc. b). Esto puede utilizarse para justificar distinciones a favor de usos agrícolas de subsistencia, aunque no constituye en sí mismo una garantía en favor de tal grupo social. Es, más bien, una carta para dotar de discrecionalidad a la administración.

En Mendoza, la Ley 8.435, cuyo objeto es el fomento de la economía social y solidaria, no contiene ninguna mención al agua. La Ley de Aguas no realiza referencias específicas sobre la agricultura familiar. El uso agrícola es regulado de manera uniforme, sin categorizaciones, bajo la figura de riegos contenida en el art. 115 de la LAg.

En San Juan, la Ley 1413-J, en el art. 3 inc. h, establece que se deben promover políticas que faciliten “el acceso a la tierra, el agua y otros recursos productivos desde una perspectiva amplia”. Esto último resulta llamativo, ya que el propio CAg de San Juan ha establecido el agotamiento de caudales (superficiales) para nuevos usos agrícolas en las dos principales cuencas de la provincia (art. 123). El agotamiento de caudales implica la imposibilidad de otorgar nuevas concesiones. A su vez, el art. 22 establece la prohibición de otorgar permisos para riego. Es decir, no puede otorgarse ningún tipo de nuevo título habilitante para uso agrícola con agua superficial. Las concesiones han sido declaradas irrevocables (art. 49). Incluso, el agotamiento de caudales no cesa por la declaración de caducidad de los derechos vigentes. Tampoco se prevén, dentro de las regulaciones del uso agrícola (art. 117 y concordantes), distinciones que establezcan alguna acción positiva a favor de la agricultura familiar.

Los estudios realizados permiten sostener que, salvo por Mendoza que no cuenta con una ley de adhesión a la Ley 27.118, el resto de las provincias prevé, ya sea mediante la adhesión (Córdoba y Buenos Aires) o leyes propias (San Juan), una garantía de acceso al agua para la agricultura de subsistencia. Sin embargo, en los casos de adhesión no se prevén mecanismos concretos. En la legislación cordobesa ni siquiera se encuentra reglado su acceso dentro del título de recursos naturales de la ley. Mientras que, en el caso de San Juan, el enunciado de la ley se contradice, de manera parcial, con las propias regulaciones del CAg que establecen la prohibición de nuevos otorgamientos de agua superficial (cuena de

río San Juan y río Jáchal). Limitación que sólo puede ser salvada recurriendo a inmuebles que ya cuenten con concesiones o mediante la utilización del agua subterránea.

En todas las provincias existe un denominador común: con o sin reconocimiento a la agricultura familiar, ello no ha tenido repercusión dentro de los Códigos de Aguas. Es decir, mediante la adhesión a leyes nacionales o la sanción de normas específicas, se busca proteger un grupo social, pero los esquemas de participación, uso y aprovechamiento del agua se mantienen incólumes. El uso agrícola se encuentra regulado de manera homogénea bajo el mismo régimen legal, sin incorporar categorías vinculadas a la agricultura familiar.

VI.3. El impacto de los presupuestos mínimos ambientales en la gobernanza del agua

En el presente acápite se estudia el impacto de los PMPA en la gobernanza del agua. Se indaga si, en la legislación provincial, se han establecido limitaciones ambientales en pos de cumplir con los umbrales mínimos fijados por la Ley General del Ambiente (25.675) y la Ley de presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional (25.688).

La Constitución Nacional regula en el art. 41 una competencia concurrente complementaria en materia ambiental (Quiroga Lavié, 2009). Las normas de presupuestos mínimos ambientales son de carácter obligatorio sin que medie necesidad de adhesión por parte de los Estados Provinciales. “La llamada cláusula ambiental (...) ha incorporado una excepción más al principio general de la competencia provincial en materia de aguas” (Mathus Escorihuela, 2007, p.151).

En el sistema federal argentino, las competencias delegadas al Estado Federal se interpretan en un sentido restrictivo. Producto de la regla general, contenida en el art. 121 de la CN, la competencia nacional es técnicamente la excepción, debe estar plasmada en la Constitución para poder ser ejercida por alguno de los poderes

que componen el Estado Federal¹⁴⁴. A su vez, las provincias se han reservado expresamente el dictado de su régimen administrativo (art. 123 CN) y el dominio originario de los recursos naturales (art. 124 CN).

Los presupuestos mínimos han sido definidos como normas que permiten establecer principios comunes y un nivel básico de protección ambiental:

La Constitución le otorga al Gobierno federal la facultad de establecer una protección ambiental mínima y común a todo el territorio; a la vez que permite a las provincias y los municipios realizar ajustes a ese piso mínimo, para hacer frente a las problemáticas locales (Saulino, 2019, p.1115).

“El constituyente diseñó un reparto de competencias entre el gobierno federal y las provincias, para que todos los órdenes de gobierno se ocupen del tema” (Manili, 2021, Tomo III, p.288). López Alfonsín sostiene que “dictar bases no significa regulación completa, sino definir los objetivos que el legislador quiere proteger (...) o alternativas válidas, entre las cuales pueden las legislaturas provinciales elegir la más conveniente a sus necesidades” (2019, p.177).

La competencia complementaria provincial encuentra dos límites. Por un lado, no puede establecer una protección ambiental menor que la ley nacional. Tampoco puede invadir materia delegada en forma exclusiva al Congreso Nacional, por ejemplo, delitos ambientales (Saulino, 2019).

Las provincias han conservado el dominio originario de los recursos naturales, a la par que han delegado el dictado de normativa de fondo para regir las relaciones civiles, comerciales y áreas específicas como la minería. Se han reservado facultades para regular el uso y aprovechamiento de otros de sus recursos naturales, entre ellos, el agua.

La CSJN ha ratificado una visión amplia respecto al alcance de las normas de presupuestos mínimos. Cabe citar el fallo *Barrick c/Estado Nacional* (2019), si bien se rechazó la acción por falta de caso, ya que no había agravio posible en quien ataca la constitucionalidad de la ley de glaciares, pero a su vez expresa que su actividad no queda comprendida por ella; se pronunció a favor de la existencia

¹⁴⁴ Artículo 121°. Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

regulaciones con altos estándares de protección en este tipo de normas. Este criterio también fue adoptado en Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (2021). La CSJN rechazó la acción promovida por la provincia e hizo suyos los argumentos de la Procuradora que avalaban una competencia amplia de la Secretaría de Ambiente de la Nación para dictar la Resolución 1238/11 en pos de la defensa del ambiente sano.

La incorporación de los PMPA impacta en la actividad de los organismos públicos y de las personas físicas y jurídicas particulares. Se trata de una limitación transversal a lo público-privado. El poder de policía, originalmente plasmado en los arts. 14 y 28 de la Constitución Nacional, en la actualidad cuenta con una faceta ambiental, legitimada por el art. 41. Una ley de presupuestos mínimos de protección ambiental, dictada por el Congreso Nacional, puede condicionar la legislación provincial vinculada a los derechos para uso privativo del agua.

El derecho público local puede ser objeto de limitaciones por parte de los PMPA. Estas limitaciones son constitucionales, pero deben ser evaluadas bajo un estándar restrictivo triple:

- (i) La regla general de reparto de competencias (art. 121 CN) implica que la competencia del Estado Federal sea la excepción.
- (ii) El régimen administrativo es propio de cada Provincia (art. 123 CN).
- (iii) Las Provincias conservan el dominio originario de los recursos naturales (art. 124 CN), más allá de todas las disquisiciones sobre su alcance, implica un plus de protección a la relación de la provincia con dichos bienes.

VI.3.A. Los principios del derecho ambiental y las aguas interjurisdiccionales en las leyes locales

Desde hace décadas, la doctrina se ha encargado de estudiar la situación de los ríos interprovinciales. Guillermo Cano sostenía que:

Los ríos interprovinciales no navegables pertenecen en condominio público a las provincias que cruzan o limitan. Completada por el aserto de que su uso debe ser reglado

por tratados interprovinciales, y en defecto, de acuerdo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. E integrada por la negación de competencia al Congreso para legislar sobre la materia (1957, p.39)¹⁴⁵.

En la actualidad, cuando se trata este tema, deben tenerse en cuenta las leyes de PMPA. Si bien, desde el punto de vista del dominio público, la tesis de Cano puede tener vigencia, las competencias regulatorias del poder de policía se han complejizado.

A continuación, se indagará si las leyes provinciales han tomado nota de los principios planteados en el art. 4 de la Ley 25.675: congruencia, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad y cooperación. También se estudiará si han regulado mecanismos de participación de otra provincia en los casos del art. 6 de la Ley 25.688¹⁴⁶. En San Juan no existen obligaciones ni limitaciones ambientales específicas en el marco de la Ley 13-A que se vinculen con los principios de la Ley 25.675. Los arts. 57 y 65 establecen las competencias de las Juntas departamentales y las Comisiones de canales respectivamente, no contienen menciones vinculadas a la conservación en términos ecosistémicos. Tampoco se encuentra previsto en el CAg. La contaminación es el único factor a tener en cuenta desde una incipiente perspectiva ambiental (arts. 12, 14, 74, 92, 114 y 181 del CAg). En relación al mandato de la ley 25.688, no hay ninguna mención a la posibilidad de que existan aguas interjurisdiccionales ni a la participación y/o coordinación con otra provincia. Esto último puede encontrar cierto atenuante en el hecho de que la provincia sostiene que sus cuencas son endorreicas¹⁴⁷. Sin

¹⁴⁵ Es menester traer a colación que el autor hablaba de tres posiciones. En las antípodas a su postura ubicaba la solución de la CN de 1949. La cual ha sido mencionada en el Cap III.1. También mencionaba una posición intermedia: “algunos autores santiagueños han sostenido una doctrina intermedia: que compete al Congreso decidir la cuota global de agua que cada provincia debe recibir, y a los gobiernos de éstas estatuir sobre el reparto interno del caudal que el Congreso le asignase” (Cano, 1957, p.40).

¹⁴⁶ ARTÍCULO 6. Para utilizar las aguas objeto de esta ley, se deberá contar con el permiso de la autoridad competente. En el caso de las cuencas interjurisdiccionales, cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo, será vinculante la aprobación de dicha utilización por el Comité de Cuenca correspondiente, el que estará facultado para este acto por las distintas jurisdicciones que lo componen.

Esta última ley ha sido criticada por crear una entidad jurídica supraprovincial de carácter obligatorio que no está prevista en la Constitución. Sin perjuicio de que tal observación puede ser acertada, el concepto del ambiente como macrobien implica la necesidad de participación de otras provincias cuando existe una posible afectación a aguas interjurisdiccionales.

¹⁴⁷ Este criterio ha sido adoptado en el Plan de Gestión Integral de los Recursos Hídricos. Recuperado de <https://hidraulica.sanjuan.gob.ar/sistemas/plan.php>. Noviembre de 2024.

embargo, esta posición depende, en gran medida, del concepto de cuenca que se adopte.

En la provincia de Mendoza, tampoco se encuentran previsiones ambientales específicas, vinculadas con los principios de la Ley 25.675, en las leyes que regulan el aprovechamiento del agua, pero sí, dentro de las facultades del inspector de cauce se establece un deber genérico que puede significar la puerta de ingreso de las obligaciones ambientales. El art. 9 inc. n de la Ley 6.405 expresa: “adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, impedir y reducir la contaminación de las aguas o el deterioro de los cauces y preservarlos de cualquier otro efecto nocivo”. Los términos incluyen a la contaminación, pero son más amplios, se habla de deterioro de los cauces, lo que denota una mayor cantidad de acciones comprendidas.

La LAg de Mendoza no contiene menciones a la perspectiva ambiental, solo una incipiente protección a través del art. 131¹⁴⁸. En relación a la ley 25.688, no se encuentra ninguna mención a la posibilidad de que existan aguas interjurisdiccionales ni a la respectiva participación de otra provincia. A diferencia de San Juan, Mendoza sí ha reconocido el carácter interjurisdiccional de varios cursos de agua. Además del río Atuel, la provincia es parte del Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO). En tal sentido, resulta llamativo que la ley de aguas continúe sin mención alguna a las aguas interjurisdiccionales.

En la provincia de Córdoba, la Ley 6.604 no prevé ninguna obligación específica en cabeza de los consorcios respecto a la preservación del agua en términos ambientales. El art. 24 inc. e. expresa como atribución de la Comisión Directiva “mantener y mejorar el sistema de distribución de agua”. Si bien podrían incorporarse obligaciones ambientales a partir de una reglamentación de este artículo, no es algo que surja del texto de la ley. Tal como se ha señalado en el Cap. III, las regulaciones ambientales en este CAg están presentes, pero sin demasiadas precisiones (arts. 101, 134, 183 y 193). Representa un avance respecto a las leyes de Cuyo, pero no deja de ser una muestra de la falta de sistematicidad

¹⁴⁸ Artículo 131. Cuando un establecimiento industrial comunique a las aguas sustancias o propiedades nocivas a la salubridad o a la vegetación, el Superintendente de Aguas dispondrá que se haga el reconocimiento facultativo, y si resultare cierto el perjuicio, se mandará suspender el establecimiento industrial hasta que sus dueños adopten el oportuno remedio.

del paradigma ambiental y de la ausencia de las evaluaciones de impacto ambiental (como regla) en el otorgamiento de derechos de agua. El CAg establece, en su art. 13, que “La Provincia de Córdoba reafirma su dominio y jurisdicción sobre las aguas interprovinciales que discurren en su territorio reconociendo idéntico derecho a otras provincias partícipes de una cuenca común”. Si bien esta regulación no es plenamente concordante con la del art. 6 de la Ley 25.688, se diferencia de las provincias cuyanas. La provincia de Córdoba reconoce el derecho de otras provincias a participar en los asuntos vinculados con las aguas de una cuenca compartida.

En Buenos Aires, las asambleas de los consorcios tienen competencia para evaluar la marcha de los programas de desarrollo realizados por los comités de cuenca. En cambio, no se prevén competencias vinculadas con la faceta ambiental y el desarrollo sostenible. Esto constituye una omisión dentro del CAg que más ha desarrollado la perspectiva ambiental. El CAg sí prevé la EIA, con las limitaciones señaladas en el Cap.III. En los programas de desarrollo, previstos en el CAg, hay lugar para que ingresen los conceptos de sostenibilidad, pero se perdió la oportunidad de regularlo de manera expresa. Cabe tener en cuenta que, si bien el CAg es previo a la Ley general del ambiente, es el único posterior a la reforma de 1994. Es decir que el ambiente ya era considerado un derecho fundamental. En lo que refiere a la Ley 25.688, este CAg regula de manera expresa la participación de otras provincias, su art 9 establece que:

Cuando se proyecte realizar una obra susceptible de afectar a otra provincia o a la Ciudad de Buenos Aires, el Poder Ejecutivo deberá consultar previamente al Poder Ejecutivo de la afectada sobre el proyecto de la obra, el programa de operación y los efectos que pueda producir en ella.

Este artículo, a diferencia del CAg de Córdoba, brinda mayor precisión sobre el alcance de las aguas compartidas. No es una enunciación genérica de jurisdicción común, sino que contiene un mandato preciso: la consulta previa al Poder Ejecutivo de la provincia afectada.

En síntesis, ninguno de los principios establecidos en el art. 4 de la LGA se encuentran contenidos, de manera explícita, ni complementados en las leyes locales de aguas. La existencia de cláusulas con algún grado de apertura se

evidencia en Córdoba y con mayor desarrollo en Buenos Aires, pero tampoco presentan recepción explícita de los principios ambientales. En cambio, respecto a la participación de otras jurisdicciones, el CAg de Córdoba y el de Buenos Aires sí contienen normas, aunque su regulación no coincide plenamente con lo fijado por la Ley 25.688. San Juan y Mendoza no han establecido, en sus leyes de aguas, ningún tipo de procedimiento de coordinación con otra jurisdicción.

VI.3.B. El caudal ecológico en las leyes locales

El caudal ecológico puede ser definido como “un caudal (...) capaz de mantener el funcionamiento, composición y estructura del ecosistema fluvial que ese cauce contiene en condiciones naturales” (García de León y Gonzales del Tánago, 1998, p.3). Este instituto no ha sido recepcionado en ninguna ley de presupuestos mínimos dictada por la Nación. Sin embargo, su necesidad puede justificarse desde los principios del art. 4 de la LGA, en particular los de prevención, equidad intergeneracional y sustentabilidad.

El caudal ecológico es uno de los institutos surgidos, a raíz del paradigma ambiental, que mayor limitación implica para las formas tradicionales de aprovechamiento hídrico. Mediante esta figura se pretende atemperar los efectos del modelo dominial y netamente extractivo de utilización de las aguas.

La CSJN, al tratar el tema en el caso La Pampa c/Mendoza (2017), no brindó una definición precisa de caudal ecológico. En la parte resolutive del fallo, se limitó a expresar que debía tratarse de un “caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa”. Luego, en el auto interlocutorio del año 2020 estableció como meta interina un caudal mínimo permanente del río Atuel de 3,2 m³/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza. Tampoco dio una definición precisa, aunque sí hizo mención a las distintas metodologías existentes para la determinación de estos caudales: “métodos con enfoques hidrológicos, métodos basados en criterios hidráulicos, métodos con enfoques ecológicos, métodos de simulación del hábitat o eco-hidráulicos y métodos holísticos” (2020, p.12).

Finalmente, en función de la metodología de carácter hidrológico adoptada por el Instituto Nacional del Agua (INA) y promediando las distintas variantes internacionales de la misma, la CSJN adoptó el caudal mencionado.

La necesidad de incorporar jurídicamente el caudal ecológico obedece a distintos motivos. Por un lado, la faceta de protección ambiental de ecosistemas circundantes al río. Por otro lado, la función de las aguas superficiales como fuente de recarga de los acuíferos. La falta de inyección de nuevos volúmenes de agua, en paralelo a que continúa la extracción, provocan una explotación no sostenible de los acuíferos con impactos ambientales para la flora y fauna del lugar e incluso para la población que se abastece de las aguas subterráneas.

En el caso de la región de Cuyo, la desaparición del agua superficial en la zona media e inferior del río Mendoza y del río San Juan también ha afectado seriamente a las Lagunas de Guanacache catalogadas como Sitio Ramsar, en virtud del convenio ratificado por la Ley N° 23.919. El art. 5 de dicho convenio establece que “las partes contratantes se esforzarán por coordinar y apoyar activamente las políticas y regulaciones actuales y futuras relativas a la conservación de los humedales y de su flora y fauna”. La modificación y sequía del humedal del sitio Ramsar Lagunas de Guanacache se debió en parte a causas naturales (sequía e inundaciones), pero en mayor medida por efectos antrópicos (Sosa, 2012).

En la República Argentina, los principales antecedentes de aplicación del caudal ecológico se encuentran en los ríos Limay y Neuquén, a cargo de la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas.

En la provincia de San Juan, no existe ninguna previsión sobre caudales ecológicos en el CAg ni en las restantes leyes que regulan el agua. Si bien hay normas vinculadas a la preservación del ambiente (513-L; 606-L, entre otras), no se regula sobre este instituto, lo cual ha traído aparejado diversos conflictos (Sanna, 2016). En la actualidad, la falta de recarga del acuífero del Valle del Tulum ha provocado el volumen más bajo en varias décadas¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Esta información ha sido publicada en el Plan de Gestión Integral de los Recursos Hídricos publicado en el año 2023. Recuperado de <https://hidraulica.sanjuan.gob.ar/sistemas/plan.php>. Noviembre de 2024.

En la provincia de Mendoza, tampoco se habla de caudal ecológico en la LAg ni en la normativa vinculada a la temática hídrica. Al igual que el caso de San Juan, la Ley 5.961 establece obligaciones ambientales, pero no la de garantizar un caudal ecológico.

En el caso de Córdoba, el art. 45 del CAg regula como limitante al otorgamiento de nuevos usos que “no generen un perjuicio a la ecología regional”. El art. 46 establece que la autoridad podrá declarar el agotamiento de la fuente. En tal sentido, surge la duda en torno a si el CAg permite declarar agotada una fuente para garantizar la circulación de un caudal. La interpretación conjunta de ambos artículos lleva a inferir que lo señalado es una lectura posible, aunque no es algo que se regule de manera explícita. El caudal ecológico no se encuentra previsto en el CAg.

En el CAg de la provincia de Buenos Aires tampoco se encuentra previsto el instituto del caudal ecológico. La EIA y DIA, previstas en los art. 97 y 98 respectivamente, pueden ser un portal de ingreso para este instituto, aunque no se encuentra incorporado como tal.

La ausencia de previsiones legales en torno al caudal ecológico en la administración primaria del agua genera la posibilidad legal y fáctica de que los usos se otorguen hasta el agotamiento de la fuente de agua superficial. En tal sentido, la interpretación sobre cuándo debe entenderse que existen caudales insuficientes para satisfacer las dotaciones máximas de cada concesión, se realiza sin atender los caudales ambientales que no han sido incorporados en los CAg. Esto tiene su correlato en los órganos de administración secundaria, que reciben y/o pueden exigir una dotación de agua para los usuarios que agrupan, sin respetar la cuota necesaria para mantener el flujo del río aguas abajo. La ausencia de caudales ecológicos ha consolidado los aprovechamientos en ciertos sectores de las cuencas. En Cuyo, se fortalecieron los sectores medios asociados a los oasis, en detrimento de los sectores inferiores que han sido desecados al no reconocerse usos privativos ni garantizar flujos de agua para el mantenimiento ecosistémico. A su vez, este direccionamiento de los caudales condiciona las opciones de reconocer nuevos usos privativos ubicados aguas abajo. Incluso, de mediar disponibilidad de agua, subsiste el debate en torno a si estos caudales deben

mantenerse con fines estrictamente ecosistémicos o si deben permitir aprovechamientos consuntivos de los grupos que son especialmente protegidos en el bloque federal de constitucionalidad.

VI.3.C. Presupuestos mínimos ambientales y derecho humano al agua¹⁵⁰

La suscripción de los instrumentos internacionales de derechos humanos implica que el Estado asuma responsabilidad en el plano internacional. Esto ocurre pese a que el Estado Federal, en ciertas ocasiones, no cuenta con todas las herramientas para velar por el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas, a raíz del reparto de competencias del derecho interno. En el caso argentino, una herramienta con la que sí cuenta el Estado Federal es la de los PMPA. La conexidad de ciertos derechos con el derecho al ambiente sano puede implicar un efecto expansivo de los presupuestos mínimos que debe ser estudiado con cautela.

Cabe preguntarse si puede acudirse a una norma de PMPA para regular cuestiones relacionadas al derecho humano al agua. En la actualidad, es aceptado que el DHA es un derecho autónomo, pero también se lo puede entender como un medio necesario para garantizar otros derechos, con una relación recíproca con el derecho al ambiente sano. La autonomía del DHA e incluso los posibles conflictos con el DAS generan que esta opción no sea la óptima. Los excesos en las normas de PMPA vulneran los límites de competencias establecidos en la Constitución Nacional (Rodríguez Salas, 2004).

El derecho humano al agua es parte del bloque federal de constitucionalidad, si bien un reconocimiento normativo, mediante una ley en sentido formal por el Congreso Nacional, sumaría para su cumplimiento, no es estrictamente necesaria para su efectiva aplicación. En cambio, sí es necesario contar con herramientas de gestión concretas y categorías concordantes en las leyes locales. Ahora bien ¿podría el Congreso Nacional dictar una ley que ordene a las provincias suspender el otorgamiento de nuevas concesiones de agua hasta que informen un

¹⁵⁰ Parte de este apartado ha sido publicado en el trabajo “Los desafíos del Derecho Humano al agua en los Estados federales: el caso argentino” (Sanna, 2022).

plan progresivo de satisfacción del derecho humano al agua? Sin dudas eso afecta directamente al manejo y aprovechamiento de los recursos naturales y al derecho público local. No obstante, también podría ser entendida como una restricción razonable que no vacía el contenido del dominio originario ni invade las competencias locales. El fundamento se puede hallar en el art. 75 inc. 19 de la CN que otorga competencia al Congreso Nacional para dictar normas tendientes a “Proveer lo conducente al desarrollo humano”. El contenido de esta ley debiese ser acotado y no avanzar en temas propios de la gestión de aguas. En tal sentido, si bien podrían existir pautas sobre los procesos participativos, la regulación de este tema es propia del derecho público local. Las posibilidades que tiene el Congreso Nacional para sancionar una ley que busque garantizar efectivamente el derecho humano al agua, incluso en su contenido normativo vinculado a la participación, son limitadas.

Existe otra opción: fortalecer el Consejo Hídrico Federal (COHIFE). Este organismo se encuentra conformado y ratificado mediante la Ley 26.438. Entre los principios rectores que el COHIFE menciona se encuentra el DHA, sin embargo, en su carta orgánica no hay mayor desarrollo sobre el mismo ni mención a posibles acciones positivas¹⁵¹. Esta propuesta también debe enfrentar dificultades en el terreno práctico: la posibilidad de que las provincias no participen activamente, de que no existan consensos, de que no haya mecanismos de decisión por mayorías y minorías, de que dichas minorías no acaten lo resuelto, etc. Es decir que sería positivo avanzar en el fortalecimiento del paradigma del derecho humano al agua en el COHIFE, aunque debe aclararse que ello no asegura el efectivo cumplimiento de las obligaciones emanadas del DHA.

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

¹⁵¹ Tampoco se menciona el contenido del derecho humano al agua relacionado a los usos agrícolas de subsistencia.

El Estado nacional no cuenta con medios claros y directos para lograr el cumplimiento del DHA. Ello, además del problema interno que genera, puede significar un incumplimiento a sus obligaciones internacionales.

En este contexto de opciones acotadas, queda abierto el debate a la posibilidad de regular parte del contenido del DHA mediante una ley de PMPA, o de hacerlo en base a la competencia del art. 75 inc. 19 que la Constitución Nacional le otorga al Congreso Nacional. Sin embargo, ambas medidas deben ser analizadas bajo un estándar restrictivo, respetuoso del sistema federal y por ende de los gobiernos de las provincias. Esta situación pone de manifiesto las profundas desconexiones en el sistema federal argentino y las dificultades para alcanzar el pretendido federalismo de concertación que permita cristalizar acuerdos para cumplir progresivamente con todo el contenido del derecho humano al agua en las distintas Provincias.

Respecto a las leyes de presupuestos mínimos, además de la discusión competencial, se suman las diferencias en el contenido de ambos derechos. El derecho humano al agua no siempre es coincidente con el derecho al ambiente sano, puede haber pretensiones antinómicas.

Por otro lado, surge como alternativa posible, el fortalecimiento del contenido del derecho humano al agua en la carta orgánica del COHIFE. Tampoco es un camino exento de complicaciones, pero en razón de las obligaciones contraídas en el plano internacional por el Estado argentino, debiese comenzar a transitarse¹⁵².

VI.4. Los ciudadanos: un actor en pos del interés colectivo al ambiente sano

La irrupción de la categoría del interés colectivo, asociado al ambiente, implica una ampliación de los legitimados para participar en la gobernanza del agua. Este

¹⁵² Esto no desconoce que esas obligaciones están también limitadas por el propio art. 27 de la Constitución Nacional: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

proceso ocurre en el marco de una nueva ontología con el surgimiento de deberes, derechos y límites al ejercicio de derechos individuales, fundados en la protección del bien colectivo (Lorenzetti, 2017). El interés jurídico en materia hídrica ya no se encuentra asociado, de manera única, al derecho subjetivo de ser titular de una concesión, sino que se expande a todos los miembros de la sociedad que pueden verse afectados por la gestión hídrica. No es necesario acreditar una afectación personal, exclusiva ni directa. Hay una doble faceta de lo colectivo, por un lado, en cuanto a la legitimación para accionar y por otro lado en la naturaleza del bien.

La incorporación de un derecho fundamental, asociado al ambiente, limita otros derechos fundamentales (propiedad) sobre el mismo bien. Es decir, el reconocimiento del agua como microbien ambiental limita sus usos consuntivos.

Cabe aclarar que la Constitución Nacional utiliza el término habitantes, el cual es más amplio que el término ciudadanos. En este sentido, de una interpretación armónica entre los arts. 41 y 20, surge que personas que habiten en el país (de manera legal) aunque no hayan obtenido la ciudadanía, podrían incoar ante los tribunales la defensa de estos derechos. Sin embargo, en la mayoría de la doctrina analizada, se utiliza la terminología de participación ciudadana y/o de los ciudadanos. En esta tesis se ha respetado esa categoría, ya que, al fin de cuentas, los ciudadanos son los que ostentan los derechos políticos. Ello sin perjuicio de que para ciertos actos podría estar legitimado cualquier habitante.

Los derechos a la participación ciudadana en sentido amplio pueden catalogarse, dentro del haz de prestaciones del derecho al ambiente sano, como un derecho a la formación de la voluntad estatal (Alexy, 2017).

Los derechos fundamentales, al asegurar el procedimiento democrático, expresan una confianza en la razón que puede resultar de dicho proceso, pero esta confianza no es ilimitada. Por lo tanto, existe una conexión interna y una relación de tensión entre los derechos fundamentales y el principio democrático (Alexy, 2017, p.443).

El término afectado se encuentra en el art. 43 de la CN. La corriente amplia de interpretación entiende que “se trata de un sujeto que tiene un interés compartido con otros integrantes del grupo (...), no obsta a que el afectado pueda acreditar un daño diferenciado” (Lorenzetti, 2017, p.209). Esta diferenciación no es en términos individuales, sino sociales y si bien el autor habla de afectación a

integrantes del grupo, no debe equipararse dicho concepto de grupo con el de los derechos sociales, sino en una acepción más amplia, siendo el único elemento aglutinante ser parte de una sociedad que puede sufrir un daño colectivo. “Quien invoca la legitimación debe señalar un móvil distinto del mero interés en el cumplimiento de la ley” (Lorenzetti, 2017, p.209). La categoría de interés colectivo ha ampliado la legitimación sin llegar a reconocer la acción popular en sí misma¹⁵³. “El interés para obrar y la legitimidad procesal tienen hoy una connotación mucho más amplia, debido a la indeterminación de la titularidad de los derechos intereses difusos o colectivos” (Guerra Cerrón, 2018, p.122).

Embid Irujo (2008) sostiene que nada autoriza a identificar los intereses de los ciudadanos con el interés general, los distintos grupos (ambientales, consumidores, vecinos) representan intereses sectoriales como los de los usuarios mismos, siendo la administración la única que representa el interés general. También se ha señalado que “en la relación interés público-interés privado constituye un error el establecer tanto una identificación como una contraposición de tipo absoluto entre ambos tipos de intereses que resulta en ocasiones maniquea o ideológica” (Martín, 2022, p.204). Esto puede complementarse con lo que sostiene Ostrom:

Muchas de las instituciones de los RUC¹⁵⁴ son fértiles mezclas de instituciones “tipo privado” o “tipo público”, que desafían las clasificaciones en una dicotomía estéril. (...) Ningún mercado puede existir por mucho tiempo sin instituciones subyacentes que lo mantengan. En escenarios de campo, más que existir en mundos aislados, las instituciones públicas y privadas con frecuencia están entretejidas y dependen una de la otra (2000, p.43).

Cabe agregar que existe una diferencia entre el interés colectivo y el interés público que es representado por la administración, el primero implica la protección de bienes de titularidad colectiva. La existencia de bienes colectivos

¹⁵³ Es importante remarcar que, sin perjuicio de lo señalado, la acción popular ha tenido recepción en el derecho argentino para casos específicos previstos en el art. 30 tercer párrafo de la Ley General del Ambiente. Toda persona puede solicitar la cesación de las actividades generadoras del daño, en cambio, la recomposición sólo puede ser solicitada por el afectado, el defensor del pueblo o las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. El término toda persona, en el caso de la cesación, evidencia que se trata de una acción popular.

¹⁵⁴ La autora utiliza la sigla RUC para referirse a recursos de uso común.

con sujetos legitimados para su defensa genera un nuevo marco de limitación con el que deben convivir los usos privativos del agua.

En la actualidad, el problema del interés público se traslada a los mecanismos y procedimientos para su determinación (Martín, 2022). Existe una dificultad agregada con la irrupción del interés colectivo que rompe la dialéctica tradicional de mutua definición y limitación entre interés público e interés privado, para generar una especie de triángulo en donde existen tres aristas (tipos de interés) que se definen entre sí con límites difusos.

El reconocimiento del interés colectivo ha reforzado el fenómeno de pérdida de poder del Estado. Si bien el Estado es la entidad que, con mayor o menor intensidad, debe resolver las tensiones entre interés privado e interés público (Martín, 2022); el interés colectivo trasciende ello y legitima para su defensa a los afectados y a las organizaciones no gubernamentales. Es cierto que, en todos los casos, terminará siendo una instancia del Estado (administrativa o judicial) la que defina si existe realmente un interés colectivo y/o si debe resolverse la tensión de manera favorable a la pretensión. Sin embargo, son los grupos sociales, al invocar la existencia del interés colectivo, quienes pueden excitar el mecanismo de resolución de controversias. Esto implica que el Estado debe aceptar que ser miembro de una sociedad ya es legitimación suficiente para interponer una acción de amparo colectiva ante un daño ambiental consumado o posible¹⁵⁵.

El Estado está obligado a garantizar instancias con la finalidad que estos intereses sean efectivamente protegidos. Ello implica reconocer que la sociedad misma, pero no a través de la representación del Estado, puede ser defensora de intereses que trascienden el particular, mediante la invocación de un derecho público subjetivo (interés colectivo). El bienestar general ya no se identifica sólo con el interés público o con la interrelación de este con el interés privado, sino también con el interés colectivo. Este es perseguido e invocado, de manera primigenia, por la sociedad y no por el Estado, aunque las autoridades estén obligadas a atenderlo. El interés público puede ser limitado por el interés colectivo. El Estado no sólo articula tensiones entre lo público y privado, sino que el accionar de la

¹⁵⁵ Este fenómeno encuentra su punto culmine con la incorporación del principio precautorio, en donde no sólo se invierte la carga probatoria sino la legitimación misma.

administración puede ser limitado por el interés colectivo esgrimido por una ONG. Entonces, si bien el Estado sigue siendo quien en última instancia resuelve las tensiones, se encuentra condicionado y limitado por el interés colectivo.

Se ha señalado que los diversos mecanismos de participación son elementos que permiten superar la profunda crisis de representación y legitimación del Estado (Martín, 2022). Si bien esta posición es mayormente compartida en este trabajo, cabe notar que existe cierto germen en dichos mecanismos que también alimenta la crisis de legitimación.

Cabe traer a colación lo expresado por otros autores: “el juez, ante la colisión de un interés difuso (verdadero derecho social), y un derecho subjetivo individual en cabeza de un particular y aún del Estado mismo sujeto de derecho, debe dar preeminencia a aquel” (Guerra Cerrón, 2018, p.128). En la misma línea, Rodríguez Salas, al estudiar el examen de proporcionalidad en los fallos de la CSJN, concluye que “se advierte en los fallos el mayor peso abstracto que se adjudica a la sustentabilidad (...) Es una regla que se relaciona con el mayor peso del principio frente a otros derechos, dadas la titularidad colectiva y la indivisibilidad del bien ambiente” (2024, p.337). La afirmación de Salas no explicita qué argumentos, surgidos a partir del texto del bloque federal de constitucionalidad, permiten justificar el mayor peso en abstracto de los derechos colectivos como regla general. Sin perjuicio de esta crítica, dichas posiciones demuestran la existencia de interpretaciones que implican el debilitamiento del Estado producto del interés colectivo.

“La relación dialéctica entre interés público (y privado) constituye la lógica que articula los derechos de uso especial” (Martín, 2022, p.202). Las competencias de las organizaciones de usuarios han sido estructuradas bajo la dialéctica interés público-interés privado. Buenos Aires puede considerarse la excepción (parcial) a dicha afirmación. El derecho ambiental engloba un interés colectivo que trasciende la clasificación dicotómica entre interés público e interés privado.

Los ciudadanos cuentan con cartas suficientes para ser un actor con derecho a participar en la gobernanza del agua y exigir el respeto de parámetros de sostenibilidad ambiental. Estas cartas funcionan como una limitación a los usuarios privativos y al propio Estado.

VI.4.A. Acceso a la información pública e instancias participativas en las leyes locales

Realizado el desarrollo conceptual anterior, se analizará la presencia de los siguientes institutos en las leyes locales: acceso a la información pública e instancias participativas (de los ciudadanos) en la planificación y administración hídrica.

El Acuerdo de Escazú, en su art. 7 inc. 13, expresa como obligación de los Estados “el establecimiento de espacios apropiados de consulta en asuntos ambientales o el uso de los ya existentes, en los que puedan participar distintos grupos y sectores”. Torchia, al tratar el contenido de Escazú, expresa: “queda claro que la participación ciudadana no puede ser una mera formalidad, que no basta con efectuar una convocatoria a audiencia pública, sino que el Acuerdo pretende la participación efectiva del público” (2023, p.13).

En San Juan, la Ley 13-A y el CAg no garantizan mecanismos de participación ciudadana. El art. 36 del CAg establece el requisito de publicidad previo al otorgamiento de nuevos usos, mientras que el art. 223 regula la publicidad de los registros y catastros de aguas. Sin embargo, ello no es garantía suficiente de mecanismo de participación efectiva en los términos del art. 7 de Escazú. Tampoco está reglamentado el acceso público a un sistema de información hídrica ni espacios permanentes de colaboración de los ciudadanos¹⁵⁶.

En la legislación de la provincia de Mendoza no se encuentran previstas instancias de participación ciudadana. La LAg no legisla sobre estos institutos, mientras que la Ley 6.405 se centra exclusivamente en organizar y garantizar la participación de los usuarios. Tampoco hay mecanismos de acceso a la información pública en

¹⁵⁶ El Decreto 2043-MOSP-2022 creó la Mesa Permanente de Gestión Integrada del Agua. Este organismo se compone de dos comisiones, una es la comisión de administración y grupos sociales, pero no hay un espacio abierto a los ciudadanos en general, sino a ciertos actores específicos. De igual manera, este Decreto no ha tenido plena aplicación, en particular durante los años 2024 y 2025.

materia hídrica¹⁵⁷. “Respecto de los planes de erogaciones, de obras, sequía u otros que apruebe la Autoridad Hídrica, como mencionamos, no se encuentra prevista la participación ciudadana” (Torchia, 2023, p.19). En cuanto a las demás instancias participativas previstas en materia ambiental, se ha dicho:

En cuanto al modo de canalizar la participación, la legislación mendocina refiere únicamente a la audiencia pública o a la consulta pública, sin requerir un relevamiento previo de los principales afectados para luego definir un esquema de participación que asegure que la misma sea efectiva (Torchia, 2023, p.15).

En Córdoba, el art. 20 del CAg establece la publicidad de los registros que resulta extensiva al catastro de aguas. Por su parte, la Ley 6.604 solo está destinada a reglar la participación de los usuarios, por lo que son aplicables las consideraciones realizadas para los casos anteriores. En cambio, sí se encuentra regulada la participación de otros sectores en el Consejo Consultivo establecido en el art. 22 de la Ley 9.867, aunque no de los ciudadanos en sí mismos¹⁵⁸. Tampoco hay mecanismos de acceso a la información pública.

En la provincia de Buenos Aires, el CAg regula, en su art. 124, la conformación de los comités de cuenca¹⁵⁹. En particular se destaca el inc. d que garantiza la participación de distintos sectores económicos y sociales que desarrollen su actividad dentro de la cuenca, aunque no de los ciudadanos. El art. 5 también establece que se deberán confeccionar planes hidrológicos de participación. Es cierto que en este caso tampoco hay regulaciones específicas sobre el acceso a la información pública vinculada al agua.

¹⁵⁷ Esto no desconoce el proceso participativo que se dio para debatir el anteproyecto del nuevo Código de Aguas, pero ello no representa en sí una legislación. Este anteproyecto sí contiene regulaciones vinculadas a la participación ciudadana.

¹⁵⁸ ARTÍCULO 22.- La Administración Provincial de Recursos Hídricos (APRHI) debe constituir un “Consejo Consultivo de Políticas Hídricas” conforme lo establezca la reglamentación, contemplando la representación de todos los actores del sector público, académico y productivo vinculados al recurso hídrico, el cual asistirá al Directorio en las definiciones de las políticas estratégicas que deben seguirse para la obtención, conservación y disposición del agua.

¹⁵⁹ Artículo 124º: El Comité será asistido por una Comisión asesora integrada por:

- a) Un representante de cada organismo o sector administrativo, público o privado que ejerza funciones relativas al agua en el área de su competencia.
- b) Un representante de cada organismo nacional o interjurisdiccional que ejerza funciones relativas al agua en esa área, invitado al efecto.
- c) Un representante de cada consorcio que desarrolle su actividad dentro de la cuenca o región hídrica.
- d) Representantes de los productores agropecuarios, la industria, el comercio y demás sectores económicos y sociales que desarrollen su actividad dentro de la cuenca o región hídrica propuestos por las instituciones de la región representativas del sector.

En términos generales, salvo la provincia de Mendoza que no tiene ninguna regulación legal específica sobre registro y catastro de aguas, el resto de las provincias cuentan con leyes que contienen cláusulas vinculadas a registros públicos. En cuanto a la participación, Buenos Aires y Córdoba cuentan con espacios permanentes, creados por ley formal, para incorporar a grupos que no son propiamente usuarios, aunque no a los ciudadanos en sí mismos. No obstante, tampoco regulan mecanismos concretos de acceso a la información pública vinculada al agua ni cumplen con garantizar la participación ciudadana en los términos Escazú. En cambio, San Juan y Mendoza no han regulado, desde el plano legal, ningún tipo de instancia participativa de los ciudadanos en la planificación y administración hídrica.

VI.4.B. Síntesis

El interés colectivo es un elemento disruptivo que además de complejizar la dialéctica interés público-interés privado, limita al propio Estado en su accionar. La regla, durante los siglos anteriores, era que la limitación a la actividad estatal se hiciera en pos de proteger a los derechos individuales. El interés colectivo ha modificado este patrón; en la actualidad, también se limita al Estado para proteger bienes de naturaleza indivisible en titular de la sociedad. Este paradigma no ha sido debidamente recepcionado en las leyes locales vinculadas al agua.

La carencia de reglamentación provincial es una de las causales que genera la necesidad de acudir a instancias judiciales para hacer valer los derechos colectivos. Las leyes locales no han regulado instancias específicas que garanticen la participación ciudadana en materia hídrica. En Córdoba y Buenos Aires se ha previsto la participación de otros sectores sociales, además de los usuarios privativos, mediante el Consejo Consultivo y los comités de cuenca respectivamente, pero no de los ciudadanos en sí mismos. La ausencia de instancias participativas asociadas al interés colectivo es contraria al bloque federal de constitucionalidad y a las obligaciones asumidas en el Acuerdo de Escazú.

Como corolario, se puede afirmar que los derechos colectivos no son necesariamente una carta de lectura unívoca para fortalecer al Estado. El proceso es más complejo y engendra contradicciones. El Estado ha perdido la exclusividad de invocar los fines de bienestar general que trascienden lo individual. En la actualidad, ello puede ser argüido desde grupos sociales paraestatales, como es el caso de las ONG. Si bien esto puede fortalecer el ejercicio de una ciudadanía virtuosa, también erosiona la legitimidad del Estado como ente de representación y ejecución del bienestar general.

VI.5. Las consecuencias del derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano en la gobernanza del agua

En el Cap. V.7 se describieron las consecuencias de los derechos adquiridos patrimoniales. Aquí, se sistematizan las consecuencias del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano en la gobernanza del agua.

La fuerte protección de los derechos patrimoniales en las leyes locales está asociada a la tradición decimonónica vinculada a custodiar el derecho de propiedad de los usuarios privativos. En el caso argentino, ha significado la exclusión de aquellos considerados como “no usuarios” en los términos liberales. El reconocimiento del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano implica un cambio paradigmático. La legitimación para participar en la gobernanza del agua ya no se encuentra circunscripta a poseer un título habilitante para su uso privativo. Mientras que el bloque federal de constitucionalidad permite afirmar ello, las legislaciones locales bajo análisis, con ciertas excepciones en Córdoba y Buenos Aires, no han otorgado una reglamentación acorde. No existen canales específicos para la participación de los ciudadanos ni de los grupos especialmente protegidos. El BFC amplía la legitimación a la par que las leyes locales siguen organizadas, en mayor medida, en base a los derechos patrimoniales de los usuarios. El derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano son credenciales legitimadoras, pero no han tenido aún la recepción correspondiente en las normas provinciales. En razón de que no hay espacios de

participación para los titulares de los derechos estudiados en el presente capítulo, no es posible analizar las competencias y la naturaleza de su función.

Cuando se trata de la participación de los ciudadanos, su reconocimiento trasciende la relación binaria entre el interés público y el interés privado, se trata de un nuevo tipo de interés: el colectivo. No se comparte la visión de los autores que consideran que el interés privado y el interés público deben subordinarse al interés colectivo. Se trata de una limitación recíproca entre distintos intereses. A su vez, existe un tipo de interés que no es propiamente colectivo en los términos de indivisibilidad del bien, pero que trasciende al interés particular y al interés público, este aparece cuando el agua es entendida como un derecho social, susceptible de dividirse para satisfacer las pretensiones de los grupos especialmente protegidos. Este interés se encuentra a mitad de camino entre el colectivo y el particular. No es interés privado porque trasciende al individuo y legitima al grupo social. Tampoco es interés público porque no está asociado a la idea de bienestar general ni representado por el Estado.

El interés colectivo de los titulares del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano también se encuentra limitado por los derechos patrimoniales en titularidad de los usuarios privativos. No existe prelación entre los derechos fundamentales, al contrario, estos se limitan entre sí.

El reconocimiento del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano permite el ingreso de un incipiente pluralismo jurídico que conlleva una contradicción con la pretensión originaria del constitucionalismo. Es posible delinear los aspectos básicos que los mecanismos de participación deben cumplimentar, de acuerdo a lo tratado en el presente capítulo, pero no dar una definición precisa y acabada de los mismos. Cabe recuperar lo que expresa Ostrom:

En lugar de haber una solución única para un solo problema, sostengo que existen muchas soluciones que pueden enfrentar muchos problemas distintos. En lugar de suponer que pueden diseñarse soluciones institucionales óptimas con facilidad e imponerse con costos bajos a través de autoridades externas, argumento que "corregir las instituciones" es un proceso difícil que demanda mucho tiempo y que acarrea conflictos. Es un proceso que requiere información confiable sobre variables de lugar y de tiempo, así como un amplio repertorio de reglas culturalmente aceptables. Los

nuevos planes institucionales no funcionan de la misma manera que los modelos abstractos, a menos que éstos se especifiquen bien y sean empíricamente válidos, y que los participantes en un contexto determinado sepan cómo hacer funcionar las nuevas reglas (2000, p.42).

Cabe remarcar que la búsqueda de estabilidad, mediante un ordenamiento jurídico estructurado como un sistema de validación con la Constitución ubicada en su cúspide, se pone en jaque cuando la propia norma máxima permite validar moldes normativos ajenos e incluso contrarios al propio sistema. Ejemplo de ello es el derecho de los pueblos indígenas a regirse por sistemas de propiedad comunitaria. Se trata de formas de organización y aprovechamiento del agua que escapan a los moldes del derecho de aguas codificado.

El derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano han quebrantado el paradigma clásico de participación en la gobernanza del agua, pero no han emergido junto a un nuevo paradigma unívoco. Esta irrupción no se da precisamente en un sistema diseñado de manera íntegra en torno a la aceptación del pluralismo jurídico, sino como un injerto en un sistema constitucional cuya matriz y estructura proviene de los moldes del constitucionalismo clásico¹⁶⁰. Estas circunstancias, sumadas a los conflictos de intereses que se dan en cada una de las cuencas, son parte de las causas que explican la ausencia de instancias participativas, en la legislación local, que trasciendan el lugar de los usuarios privativos. Afirmar ello no significa que la creación de tales institutos participativos resulte imposible, si bien no los ha regulado de manera expresa, la provincia de Buenos Aires demuestra una mayor apertura hacia el paradigma ambiental y la participación de otros actores sociales. Se puede realizar una apreciación similar (en forma aún más acotada) respecto al Consejo Consultivo de la provincia de Córdoba.

Por último, a los fines de facilitar el análisis de razonabilidad en los conflictos de derechos, se propone la siguiente categorización del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano. Se adoptan dos criterios: si se trata de un derecho prestacional o no y el tipo de interés que se presenta (colectivo o social):

¹⁶⁰ Liberal conservador en la República Argentina. Véase Cap. I.1.

Derechos que implican una actividad prestacional directa del Estado:

- i. Derecho humano al agua en su contenido fáctico mínimo: interés colectivo en titularidad de toda la sociedad (incluidos los ciudadanos). Si bien el agua es divisible, su origen como fuente a potabilizar es común, habiendo aspectos como la calidad que resultan indivisibles y cuya protección radica en la sociedad de manera conjunta.
- ii. Derecho humano al agua en su contenido progresivo material de carácter sectorial: interés social en titularidad de un grupo determinado (indígenas, mujeres, agricultores de subsistencia).
- iii. Derecho al ambiente sano en su contenido vinculado al agua como microbien ambiental asociado a instancias de remediación a cargo del Estado (restaurar un caudal ecológico en un curso desecado): interés colectivo de toda la sociedad (incluidos los ciudadanos).

Derechos que no implican una actividad prestacional directa del Estado:

- i. Derecho humano al agua en su contenido normativo de carácter general (participación popular): interés colectivo de toda la sociedad (incluidos los ciudadanos).
- ii. Derecho humano al agua en su contenido normativo de carácter sectorial asociado a instancias de participación: interés social en titularidad de un grupo determinado (indígenas, mujeres, agricultores de subsistencia).
- iii. Derecho al ambiente sano en su contenido vinculado al agua como microbien ambiental asociado a instancias de participación y/o conservación: interés colectivo de toda la sociedad (incluidos los ciudadanos).

Estas categorías permiten atender el prisma de intereses a tener en cuenta al momento de realizar la ponderación entre los distintos derechos.

TERCERA PARTE. YUXTAPOSICIÓN DE ACTORES Y POSIBLE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

En esta sección, tras estudiar las potencialidades relevantes de los derechos en tensión, se retoma el análisis del rol del Poder Judicial en la solución de los conflictos. También se profundiza sobre la categorización usuario-no usuario. Luego, se diferencian las esferas de conflictividad y de convergencia entre los derechos. Por último, se indaga sobre la necesidad de crear nuevas instituciones en la gobernanza del agua.

CAPÍTULO VII. EL IMPACTO DE LA YUXTAPOSICIÓN DE ACTORES EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

VII.1. El rol del Poder Judicial en los conflictos de derechos

Los tribunales no siempre tienen una línea unívoca en su historial interpretativo. Esto no resulta en sí un problema, ahora bien, sí debe ser motivo para discutir si deben tener la última palabra o cuál es el alcance de esa última palabra. En simultáneo, se abre la puerta a una discusión más profunda: ¿es realmente posible que exista una “última palabra” en los conflictos de derechos que abarcan un haz de pretensiones contrapuestas? Estas consideraciones también se pueden extender al plano de los tribunales internacionales. El interpretativismo de la Corte Interamericana y la discrecionalidad (a favor de los inversores) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) representan visiones opuestas del mismo fenómeno¹⁶¹.

¹⁶¹ Un mayor control del Estado, con una mejor regulación, puede ser entendido por los inversionistas como una afectación a sus inversiones y una violación a la protección que el Estado garantiza en el Tratado bilateral de inversión. El Estado se vería en el dilema de regular y enfrentar una demanda ante el CIADI o bien mantener los pobres controles sobre las concesiones y así violar el derecho humano al agua (Minaverry y Echaide, 2016). La profundización sobre este tema quedará para futuras investigaciones. Se puede ver el siguiente trabajo: Bohoslavsky, Juan Pablo. (2010). Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). Santiago de Chile, Chile: Ed. Naciones Unidas.

Para retratar la variabilidad de la interpretación judicial, cabe traer a colación la ductilidad con que se ha utilizado el término “seguridad jurídica”:

Ha sido utilizada para convalidar o para limitar el mismo tipo de actos. Se la ha invocado en fallos que protegieron el derecho de propiedad, el principio de legalidad o de cosa juzgada, pero también en fallos que convalidaron violaciones a ellos (Manili, 2021, Tomo I, p.547).

A nivel doctrinario conviven diferentes visiones sobre el rol actual del Poder Judicial. Fernando Atria expresa:

En vez de someter la política a los principios, en vez de crear un modo imparcial de solucionar el conflicto polémico, lo que ha ocurrido es las decisiones judiciales ahora se negocian como las decisiones que se obtienen en el Congreso, que el derecho pierde su capacidad de crear artificialmente espacios de imparcialidad y deviene, él mismo, polémico. Jueces neoliberales o conservadores deciden conforme a un derecho neoliberal o conservador mientras jueces progresistas deciden de acuerdo a un derecho progresista. El derecho es cada vez menos común (2024, p.263)

En particular sobre el rol judicial en el ámbito del derecho de aguas se ha dicho:

Lo cierto es que los tribunales Latinoamericanos no se han limitado a resolver en clave ambiental o de derechos humanos los conflictos ambientales o hídricos procurando su eficacia, sino que con frecuencia privilegian la función simbólica o discursiva en desmedro de la producción de efectos concretos, dando prioridad a los principios en detrimento de las reglas o leyes, incurriendo en arbitrariedad, e incluso asumiendo funciones legislativas con afectación de la división de poderes y los principios republicanos y democráticos (Martín, 2022, p.263).

Kennedy afirma que, en el marco del sistema liberal, los jueces tienen privada sus pretensiones ideológicas, las cuales están reservadas para el poder con mayores credenciales democráticas: el legislativo. Esto lleva a los magistrados a tomar dos posiciones: la separación y la mediación (Kennedy, 2010). Ambas posiciones son, para el autor, soluciones de mala fe, porque “evitan el conflicto a través de la negación” (Kennedy, 2010, p.96). En contraposición a ello, reconoce que la posición del juez activista le parece éticamente más plausible. Esto se encuentra en las antípodas de lo sostenido por Atria, ya que aleja al derecho del espacio de imparcialidad. Uno de los problemas que suele ocurrir en el ámbito judicial es que, en muchas ocasiones, el juez activista no se asume como tal. Adopta una

posición que implica una visión ideológica, pero la presenta como resultado de la separación o de la mediación y la defiende como la única razonable.

Kennedy reconoce que su posición es anarquista o, al menos, pluralista, pero entiende que las alternativas que condenan al trabajo judicial a priori, entre las que coloca tanto a positivistas como adherentes a la ponderación, son peores. Estos aportes son valiosos, pero no logran proponer una salida superadora a la ponderación que permita descartarla por completo en el accionar judicial.

En la doctrina nacional, Zaffaroni ha considerado que los jueces deben explicitar sus preferencias. En su voto en el caso *Rizzo c/ Estado Nacional*, sostuvo que “nada hay de vergonzante en que un juez exprese sus preferencias; más aún, esto evita que pueda oscilar sin sanción pública, siendo una condición de la exigencia de mínima coherencia y de prevención de conductas erráticas” (2013, p.64). Esta afirmación es un punto para abrir el debate en torno a si es posible una convivencia entre distintas razonabilidades, sin que ello signifique la destrucción del sistema jurídico. Este interrogante quedará abierto para futuros trabajos. Únicamente cabe acotar que la apertura a dicho pluralismo debiera hacerse manteniendo siempre el terreno del derecho como campo de argumentación, por ende, la ponderación es un elemento necesario, aunque no infalible.

Por su parte, los deliberativistas se inclinan por soluciones que pongan énfasis en los controles ciudadanos, a la par que cuestionan la prelación del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo. No se trata sólo de los mecanismos de selección de sus miembros, sino también del esquema de funcionamiento. Los jueces son sujetos que fallan en solitario o, en el mejor de los casos, en tribunales colegiados que no se encuentran obligados a debatir entre sí. El Poder Legislativo garantiza el intercambio en su estructura institucional, a veces permite síntesis superadoras y en otras oportunidades se presenta como exposición unilateral, pero sin dudas es el único poder del Estado en el cual el debate plural está institucionalizado previo a la decisión. Esta visión ha llevado a autores norteamericanos a proponer la reforma de la constitución para incorporar una norma por la cual el Congreso tenga la posibilidad de contrarrestar la invalidación de una norma federal por parte de la Corte, a través del voto de las dos terceras partes de ambas Cámaras (Tunshet en Manili, 2021). Manili (2021) agrega que ello ocurre en varios sistemas de control de constitucionalidad, sin ir más lejos, el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En función de lo estudiado a lo largo de este trabajo, se puede afirmar que uno de los principales problemas radica en que, a un Poder Judicial, concebido durante el constitucionalismo clásico, se le han otorgado atribuciones del activismo judicial del siglo XXI. El constitucionalismo clásico consideraba que los jueces debían ser carentes de ideología y tener la responsabilidad de aplicar el derecho en el caso concreto. En el sistema argentino, se combinó con un tipo de control de constitucionalidad difuso pero sujeto a efecto inter partes, para evitar que el accionar de un único juez pudiese derogar normas emanadas por el poder dotado de mayor legitimidad democrática. El reconocimiento de los derechos colectivos rompió con ello. Además del efecto *erga omnes*, incorporó en el derecho positivo la noción del juez activista y lo dotó de amplias facultades que se ven plasmadas, por ejemplo, en el art. 32 de la LGA. El resultado de esta situación es un Poder Judicial dotado con herramientas propias del activismo judicial, pero compuesto en base a métodos de selección y rendición de cuentas propios del constitucionalismo clásico. De esta forma, se aleja de los controles suficientes por parte de los ciudadanos, a la vez que aumenta su grado de intervención.

El activista es un free-rider, porque reclama para sí una posición (de independencia) que solo tiene sentido cuando el rol que desempeña es el de juez, no de activista. Y por eso en la medida en que la comprensión del activista se hace progresivamente más dominante, entonces en esa medida la estructura judicial empieza a aparecer progresivamente irracional, y la demanda por reformarla o reinterpretarla como una estructura comisarial es cada vez más fuerte (Atria, 2016, p.241)¹⁶².

Como ejemplo del avance del activismo, se puede citar la siguiente caracterización respecto al control de constitucionalidad: “podemos afirmar en principio que sigue siendo un control difuso, pero que cada día tiene más elementos del sistema concentrado” (Manili, 2021, Tomo VI, p.519). Este paso de un sistema difuso al concentrado es producto del accionar judicial y no de una reforma constitucional que le haya otorgado ese carácter. Las modificaciones que surgen a partir de la

¹⁶² Atria aclara que la figura del Comisario no es defendida explícitamente como sí lo son el juez autómatas y el activista, sino que se trata de un punto de llegada por la exigencia de legitimación material. El comisario tiene las siguientes características:

El funcionario llamado Juez ya no tiene la función del juez (no debe dar a cada uno lo suyo, debe decidir el caso del modo más oportuno y conveniente), ni está sujeto a la ley como el juez (tiene discrecionalidad para determinar el modo adecuado para hacerlo) (2016, pp.241 y 242).

inserción del art. 43 en la Constitución Nacional no permiten afirmar que se haya avanzado hacia un sistema concentrado.

En sus orígenes, el sentido contramayoritario del Poder Judicial estaba asociado a la protección de las minorías¹⁶³. Si bien su función de aplicar el derecho al caso concreto lo mantiene como garante último de la legalidad, cabe poner en tela de juicio ¿qué minorías gozan de especial protección del Poder Judicial? Waldron (2017) sostiene que las mismas presiones sectoriales que influyen en el legislativo explican la negligencia judicial sobre los derechos. Entonces, cabe preguntarse ¿todas las minorías tienen la misma posibilidad de ser escuchadas por un juez? ¿con cuáles de estas minorías el Poder Judicial mantiene un diálogo abierto?

El test de razonabilidad pretende dotar de argumentos racionales a la labor judicial, para establecer el modelo triádico propuesto por Alexy deben existir ciertos consensos mínimos comunes sobre el núcleo esencial de los derechos. Sin embargo, en el constitucionalismo actual no se trata de desacuerdos en cuanto al contenido marginal de los derechos, sino en desavenencias sobre su contenido central (Waldron, 2017). Un caso concreto en que podemos notar esto es en la redacción del segundo párrafo del art. 41 de la CN. El término “proveerá” fue discutido por convencionales constituyentes que plantearon su reemplazo por el término “garantizará”. No obstante esa propuesta del convencional Schroder, el texto no fue modificado, quedando una redacción más elástica, pese a que los convencionales tuvieron la opción de clarificarla.

En los fallos de la CSJN analizados durante esta investigación no es posible saber si existen propiamente distintas razonabilidades o si solo hay distintos resultados. Esto se debe a que la CSJN utiliza los términos ponderación y razonabilidad, pero no explicita los argumentos ni la escala triádica del juicio de ponderación. Es decir que, si bien el constitucionalismo de fusión dificulta cumplir con uno de los requisitos del modelo propuesto por Alexy, vinculado a la universalidad de ciertos conceptos, no se puede afirmar que la CSJN haya construido distintas razonabilidades a partir de ello, sino más bien que no explicita cómo llega a un determinado resultado en el test. El máximo tribunal, al no aplicar la ponderación

¹⁶³ Atria se pronuncia en contra de la utilización de este argumento en la actualidad. “El problema es que las instituciones judiciales no sirven para evitar el terror. Y no sirven porque las instituciones judiciales no son el tipo de instituciones que puedan resistir el terror” (2016, p.261).

en dichos términos, tampoco analiza las potencialidades relevantes de los derechos en tensión, como propone Moreso, ni las reglas de los precedentes como sostiene Clérico. La CSJN ha hecho uso del término razonabilidad como una carcasa vacía.

Adoptar una interpretación originalista y/o formalista tampoco es suficiente para brindar una respuesta. Pretender volver a la concepción decimonónica del juez representa una idealización a la par que es un imposible, ya que la situación fáctica se ha modificado. El formalismo ya no es una opción, por los mismos motivos que hacen impotente test de razonabilidad: la ausencia de universalidad en ciertos conceptos producto del fuerte constitucionalismo de fusión. Sin embargo, el formalismo agota sus posibilidades en sí mismo, mientras que el test puede ser complementado por los mecanismos participativos.

El bloque federal de constitucionalidad ha generado una convivencia cuasi trágica entre los derechos. Han aumentado las facultades de un Poder Judicial que fue concebido y estructurado para garantizar derechos individuales en el caso particular y ha devenido en constructor de estándares de interpretación general de derechos sociales y colectivos.

En conclusión, no hay un método de interpretación o guía del accionar del Poder Judicial que pueda eliminar los altos márgenes de discrecionalidad que el bloque federal de constitucionalidad ha provocado. La universalidad es uno de los requisitos de funcionamiento de la razón práctica. No existe tal universalidad si el contenido de cada uno de los derechos y los términos de redacción de las cláusulas constitucionales pueden ser vistos desde lentes opuestos que la propia Convención Constituyente ha mantenido vigentes. Esto afecta los subprincipios de necesidad e idoneidad, pero más aún al de proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación de una escala triádica de valoración del grado de satisfacción de un principio y de no realización del otro es permeable a las diferentes concepciones que cada modelo político constitucional trae consigo.

Sin perjuicio de lo descripto en el párrafo precedente, existe un límite fundamental: ningún fallo y/o norma, vinculado al conflicto de derechos estudiado, puede negar la existencia de alguno de los derechos en juego (DAP, DHA, DAS) y su jerarquía constitucional. Entre los derechos analizados, los

únicos que cuentan con un amplio desarrollo en la legislación provincial son los derechos adquiridos patrimoniales. Las leyes provinciales permiten completar sus potencialidades relevantes. En cambio, el derecho al ambiente sano y el derecho humano al agua se encuentran parcial o completamente ausentes, dependiendo de la provincia. Su contenido queda circunscripto a lo regulado en el ámbito constitucional, convencional y en las leyes de PMPA (en el caso del DAS). Esto impide describir las potencialidades de estos derechos en el ordenamiento jurídico local a la par que excluye a sus titulares de mecanismos efectivos de participación y acceso a la información. Este escenario facilita la mayor discrecionalidad judicial y abre las puertas a la arbitrariedad.

VII.2. La categorización usuario-no usuario: una distinción en crisis

El usuario privativo, conforme se ha descripto en el Cap. III.4, es el titular de un derecho especial de uso otorgado mediante título habilitante (permiso o concesión). Este concepto de usuario puede ser tomado como un principio matriz del derecho de aguas. Es propio del constitucionalismo liberal, entró en crisis cuando el derecho positivo, a través de su máximo instrumento normativo, reconoció a otros sujetos con derecho a utilizar el agua.

Cabe reiterar que el mantenimiento de categorías de uso basadas en el paradigma dominial dificulta la debida protección del derecho humano al agua. Este último queda subsumido bajo el uso poblacional que comprende desde los abastecimientos sanitarios mínimos hasta los usos de riego de jardines o santuarios de piscinas, excluyendo a los usos agrícolas de subsistencia que son receptados en la OGN 15¹⁶⁴. Este es uno de los elementos (no el único) que, en

¹⁶⁴ Esta situación no ha logrado ser trascendida ni siquiera en las leyes que han reconocido el derecho humano al agua. La ley de la Ciudad de Buenos Aires y la de la Provincia de Santa Fé incluyen expresamente la mención del agua como derecho humano. Ambas lo reducen a usos personales y domésticos, a la par que mantienen la clásica distinción entre uso común y uso especial.

Ley 3.295 (CABA) Artículo 3- La ciudad garantiza a todos sus habitantes el acceso al agua potable en cantidad y calidad suficientes para usos personales y domésticos como derecho humano fundamental.

Ley 13.740 (Santa Fe) Artículo 8 - Derecho humano al agua. El Estado provincial debe garantizar el derecho humano de acceso al agua potable, el cual implica contar con agua suficiente, físicamente accesible y de calidad apta para ingesta humana y usos domésticos, de conformidad con los criterios generales que surgen del Derecho Internacional de los derechos.

ciertos casos, transforma al reconocimiento de los derechos sociales y de los derechos colectivos (en torno al agua) en un acto simbólico y carente de eficacia en las leyes locales. Este simbolismo es superado cuando los actores excitan la vía judicial. Se deposita en los jueces la última carta para dotar de eficacia a los derechos, ello trae consigo los peligros detallados en el apartado anterior.

La participación, en las leyes analizadas, a excepción de Buenos Aires que utiliza el término beneficiario y de un único órgano en Córdoba (Consejo Consultivo), se encuentra planteada en función de la cualidad de usuario en contraposición a aquellos que no son usuarios, es decir que no cuentan con un título habilitante. El reconocimiento de los derechos sociales y de los derechos colectivos provoca que la distinción entre usuarios y no usuarios sea insuficiente. El interés en ser parte de la gobernanza ya no radica únicamente en el usuario privativo.

El constitucionalismo clásico y la reglamentación del derecho de propiedad crearon un sujeto especialmente protegido, que fue el propietario con título perfecto sobre el inmueble. Esto fue fruto del pacto liberal conservador que dio origen a la Constitución de 1853 (Gargarella, 2010). En estos términos, la ausencia de títulos de propiedad significó la negación de la legitimación. A su vez, durante el siglo XX el uso común no daba a quien realizaba su ejercicio ningún derecho subjetivo (Sanna, 2022). El derecho a participar se asoció a ser titular de un inmueble o en su defecto contar con algún elemento que acredite la relación de poder. La medida de esa participación se determinó según la cantidad de hectáreas, es decir la participación es mayor a medida que más tierra se tiene.

En San Juan, el reparto de los derechos de agua fue de carácter discrecional y en muchos casos especulativo (Miranda, 2015). En Mendoza, el modelo vitivinícola invisibilizó el paisaje del tramo inferior de la cuenca del río Mendoza, privando del acceso al agua a los pueblos indígenas (Larsimont y Grosso, 2014). “El Estado cedía o vendía a muy bajo precio a personas influyentes terrenos baldíos a los cuales se les adjudicaban después derechos de riego aumentado enormemente su valor” (Escobar, 2021, p.249). Esta situación desigual nunca fue revisada en los padrones de riego de las provincias cuyanas.

La cláusula sin perjuicio de terceros funcionó como un hito fundacional que no revisó el posible perjuicio a terceros en términos reales, sino en términos formales,

conforme a un concepto liberal de igualdad basado en la existencia de títulos de propiedad como condición previa para el uso privativo del agua¹⁶⁵.

En la actualidad, entender al usuario en forma restringida, reduciéndolo al titular de un permiso o concesión para uso privativo, implica una concepción restringida del sistema representativo. Esta visión ha sido superada en el bloque federal de constitucionalidad. Todos los actores protegidos en el BFC están legitimados a participar en la gobernanza del agua: ciudadanos, usuarios de la red de agua potable, pueblos indígenas, agricultores de subsistencia y mujeres.

También cabe agregar que, al realizar la hipótesis se partió de una concepción homogénea de los usuarios. El desarrollo de la investigación permitió conocer que existen conflictos entre los propios usuarios privativos, por ejemplo, entre usuarios de aguas superficiales y subterráneas, o entre distintas actividades económicas. Inclusive se han detectado situaciones de tensión dentro del propio uso agrícola, los conflictos por el cronograma de riego en la provincia de San Juan y la primacía de la VID sobre los otros cultivos son ejemplo de ello¹⁶⁶.

La equiparación de todos los titulares de permiso y/o concesión bajo el paraguas de la igualdad formal genera la invisibilización de los conflictos y las desigualdades que existen entre los propios titulares de dichos títulos habilitantes. “La premisa por la universalidad no contempla que algunos grupos están más acostumbrados a interrumpir, argumentar en público, o que simplemente se sienten con autoridad para monopolizar el debate” (Vita, 2021, pp.113 y 114).

Las reglas estructuradas conforme a la categoría usuario privativo-no usuario son la base de derechos de participación que pretendían la obtención de un resultado en el Siglo XX: el desarrollo de los sistemas colectivos de riego para el crecimiento agroproductivo, en general con esquemas de un cultivo preponderante. El resultado social que esperamos del agua se ha modificado, el bloque federal de constitucionalidad ha sumado nuevos legitimados. Este cambio

¹⁶⁵ Sin embargo, de acuerdo a lo sostenido en el Cap. VI.2.A, la cláusula sin perjuicio de terceros no sólo afectó a un sector jurídicamente invisibilizado, sino que, en ciertos casos, pudo haber sido ilegal en los propios términos del constitucionalismo clásico y la legislación decimonónica, por la violación a títulos de propiedad preexistentes.

¹⁶⁶ Véase Cap. IV.3.

no ha sido acompañado de elementos de transición que permitan superar a los derechos vinculados con procedimientos excluyentes.

En las leyes locales de Cuyo se han omitido las regulaciones vinculadas a la participación de los sujetos legitimados por el derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano. Mientras que en Córdoba y Buenos Aires su inclusión no es plenamente concordante con el bloque federal de constitucionalidad. En estas provincias hay instancias y cláusulas con mayor grado de apertura que en Cuyo, pero tampoco hay normas sistematizadas sobre la participación de estos actores. Es necesario que las leyes locales establezcan nuevas categorías de uso en concordancia con el bloque federal de constitucionalidad.

VII.3. Esferas de conflictividad y convergencia: distintas razonabilidades posibles

El bloque federal de constitucionalidad ha juxtapuesto los derechos sin construir elementos de vinculación entre sí. Ha dejado para el plano infraconstitucional la responsabilidad de reglamentar un conflicto que tiene su nacimiento en el propio BFC. “Las largas listas de nuevos derechos incorporados por la reforma entran en tensión, en más de un caso, con los derechos ya existentes” (Gargarella, 2015, p.25).

La reforma del 94 insistió con algunas soluciones “acumulativas”, antes que sintéticas. Piénsese, por caso, en un ejemplo sobre el cual voy a volver: la superposición de la defensa del derecho de propiedad, con la defensa de los derechos indígenas-comunitarios, en materia de propiedad (Gargarella, 2015, p.22).

La Real Academia Española define a la juxtaposición como “unión de dos o más elementos gramaticales contiguos del mismo nivel jerárquico y sin partículas intermedias que los relacionen”. En este caso, se trata de la unión de elementos constitucionales. Los actores de esta tensión pueden ser agrupados como: ciudadanos, usuarios privativos, grupos especialmente protegidos (pueblos

indígenas, mujeres y agricultores de subsistencia¹⁶⁷). Estos sujetos tienen pretensiones diferentes en torno a la participación y a los procedimientos para estructurar la gobernanza del agua. “Si *a* tiene frente al Estado un derecho a que este procure una determinada organización (*RaeG*), entonces el Estado tiene frente a *a* el deber de procurar una determinada organización (*OeaG*)” (Alexy, 2017, p.436).

A raíz de la yuxtaposición de derechos, no resulta claro cuál es la organización que el Estado tiene el deber de construir en la gobernanza del agua. Los usuarios privativos, bajo la amplia protección de los DAP, pueden pretender sostener las instituciones actuales sin modificación alguna. Esto colisiona con el derecho a una organización en la que participen, de manera activa, los ciudadanos y los grupos especialmente protegidos. La exclusión total de estos actores es inconstitucional, pero el lugar preferente de los usuarios privativos no resulta necesariamente inconstitucional.

La yuxtaposición de actores sin mecanismos de coordinación también dificulta la tarea de diferenciar el interés público y el interés colectivo de la mera acumulación de pretensiones de los particulares o de los grupos sobre los bienes divisibles o indivisibles según el caso. El interés público no puede estar reducido a la suma de intereses particulares sobre bienes divisibles. Por su parte, el interés colectivo no puede circunscribirse a la suma de intereses grupales sobre bienes indivisibles. En ambos casos, los criterios de bienestar general se incorporan para nutrir a estas categorías de un elemento distintivo a la suma de las partes. Es posible trazar un paralelismo con el tratamiento que se le ha dado a la categoría de voluntad general:

Cuando la idea de voluntad general es desechada y reemplazada por lo que Rousseau correctamente vio cómo su opuesto, la voluntad de la mayoría (y de los representantes, además), la legislación democrática no puede ser entendida como internamente vinculada a la libertad positiva (i.e. como una de las condiciones de la libertad colectiva) y ha de ser interpretada como una amenaza a la libertad, justificable sólo por razones externas, como la necesidad de coordinación, o el aseguramiento de la paz en un sentido hobbesiano u otras similares (Atria, 2024, p.259).

¹⁶⁷ Cabe aclarar que en este trabajo se han adoptado estos tres grupos. No obstante, a partir del BFC también podrían incluirse las protecciones especiales (del acceso al agua) a niños y ancianos.

La acumulación de actores, sin mecanismos de conexión, equipara a la suma de partes con la voluntad general sin un elemento cualitativo que lo diferencie.

En cuanto a los medios para participar, cabe señalar que la intervención de cada actor puede ser ejercida a través de instancias que garanticen la existencia sectorial sin arribar necesariamente a un acuerdo virtuoso entre las partes. Este criterio no es contradictorio con lo señalado en el párrafo precedente. Es la propia Constitución la que debió prever los mecanismos para que existan procedimientos tendientes a que, a través de los representantes y los poderes constituidos, se consolide el salto cualitativo que permita trascender la suma de las partes. Afirmar esta función de la Constitución no implica pretender que sea un texto con niveles de precisión propios de las reglas infraconstitucionales. Es el espacio de institucionalización y regulación del poder, por lo que los procedimientos para la coexistencia de los diversos derechos, como así también la búsqueda del bienestar general, deben contar con directrices básicas en el máximo instrumento jurídico del sistema.

La especial participación de los usuarios también ocurre en el plano comparado. En España se ha dicho que:

A la par que se ha incrementado la participación de los ciudadanos, no por ello se ha producido una interrupción o marcha atrás en la relevancia de los usuarios (...) el derecho sigue otorgando a los usuarios una posición prevalente y ésta aumenta con nuevos signos (Embid Irujo, 2008, p.48).

El punto en conflicto no es que los usuarios tengan una posición prevalente, sino que la participación en la gobernanza del agua se estructure de manera exclusiva en torno a ellos, excluyendo otros sujetos que hacen uso del agua. La consecuencia de la posición jurídica de concesionario, como credencial exclusiva y excluyente en la participación en la gobernanza del agua, es susceptible de entrar en colisión con el derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano que también otorgan credenciales para participar en los procesos de toma de decisiones.

El derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano impactan en los límites de los derechos patrimoniales, aunque tampoco se considera adecuado lo sostenido por otros sectores de la doctrina:

Estos derechos individuales de uso o explotación especiales o privativos serán siempre precarios, sin importar el título mediante el cual sean otorgados (concesiones, licencias o permisos), ya que en cualquier momento podrán ser modificados o dejados sin efecto, en función del interés público ambiental (González Moras, 2023, p.204)

En 1941, Spota ya había traído a colación la tesis afirmativa de la conciliación entre el principio de la inalienabilidad de los bienes de dominio público con el derecho real administrativo (concesionario o permisionario). Se basó en que “la precariedad de tales derechos constituye la esencia de los mismos” (1941, Tomo II, p.863). Es decir que invocar la precariedad como elemento para armonizar estos derechos de propiedad privada sobre bienes de dominio público, ya era un argumento analizado en la doctrina. González Moras propone su reedición, adecuada al derecho actual y al reconocimiento de los bienes colectivos. La tesis de Spota se afirmaba en la naturaleza jurídica de los derechos de agua como derechos reales administrativos. Marienhoff, en cambio, sin negar el carácter de derecho real, entendía que, como derecho público subjetivo, el titular de una concesión contaba con un “derecho perfecto y patrimonial” (1939, pp.739 y 740).

En caso de entender a los derechos de agua como derechos patrimoniales adquiridos puede sostenerse que darles carácter precario a las concesiones implica un vaciamiento del contenido de estos derechos. Para morigerar esta rigidez, se puede adoptar la categorización propuesta en el Cap. V.7. Ello lleva a aceptar que las restricciones y el poder reglamentario del Estado son mayores cuando se trata de un derecho patrimonial que implica la entrega prestacional de un bien de dominio público, sin que esto implique llevar todo título a la precariedad.

En trabajos anteriores (Sanna, 2022) he sostenido que ninguna de las normativas vigentes permite inferir que es parte del patrimonio del administrado una cantidad específica de votos. Esta conclusión permitía afirmar que, siempre que se asegure el derecho a la participación de los usuarios, puede modificarse la forma de ejercerse dicha participación y la ponderación de votos. Se trataba de una conclusión parcial, conforme se expondrá en los párrafos siguientes.

Es posible diferenciar las esferas de conflictividad, es decir situaciones que producirían una afectación del derecho patrimonial y potencial conflicto de derechos; y las esferas de convergencia, áreas en las que no hay propiamente un

conflicto de derechos, sino una ausencia, invalidez o conflicto de reglas. Es decir que, en las esferas de convergencia, no hay una colisión entre las potenciales relevantes de cada derecho. Por ello, no resulta necesario acudir a la fórmula del peso para resolver el conflicto.

La esfera de conflictividad incluye los casos cuya resolución debe fundamentarse en el balance de razones jurídicas (fórmula del peso). La esfera de convergencia abarca los casos que pueden solucionarse mediante una razón perentoria.

(i) Esfera de conflictividad (afectación al derecho de propiedad-derechos adquiridos patrimoniales): la modificación de las categorías de uso para hacerlas concordantes con el derecho humano al agua; la reforma de los sistemas con dotaciones máximas (Mendoza y San Juan) con la correspondiente apertura de los padrones si hubiese caudales disponibles para otros usos consuntivos; la modificación de los sistemas electorales en las organizaciones de usuarios; la restricción de las competencias de estas organizaciones para hacerlas compatibles con las limitaciones ambientales en pos de la sostenibilidad (derecho al ambiente sano).

Señalar que estos temas ingresan dentro de una esfera de conflicto no implica inclinarse a priori por una solución en la ponderación. Ello deberá ser analizado en cada caso concreto y conforme a las potencialidades relevantes de cada derecho.

(ii) Esfera de convergencia: la incorporación de los grupos especialmente protegidos por el derecho humano al agua en los procesos de consulta y/o decisión vinculados con la administración primaria del agua; la incorporación de instancias de participación de los ciudadanos vinculadas a la planificación hidrológica. Siempre que todo ello no afecte el lugar de los usuarios privativos, no habría un conflicto de derechos.

En el primer grupo, se trata de una zona de indeterminación producto del modelo constitucional de fusión y de las cláusulas superpuestas en el bloque federal de constitucionalidad. En el segundo grupo, se trata de la ausencia de reglas que, producto del tiempo transcurrido, permiten hablar de inconstitucionalidad por omisión en las leyes locales.

VII.4. Hacia nuevas instituciones hídricas

En función de lo desarrollado en la presente tesis, se puede adoptar una postura ecléctica respecto al test de razonabilidad. Es un mecanismo útil pero impotente. No es posible afirmar que los vaivenes de la CSJN sean producto del test, sino más bien, de no utilizarlo en los términos desarrollados por Robert Alexy.

Para resolver un conflicto entre derechos fundamentales se deben identificar las zonas de indeterminación que cada derecho trae consigo y definir sus potencialidades relevantes. En línea con ello, en esta tesis se ha propuesto una categorización de los derechos adquiridos patrimoniales, del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano (Cap. V.7 y Cap. VI.5).

La falta de adecuación de las normativas locales al paradigma constitucional y convencional tiene dos causas que pueden diferenciarse con claridad. Cuando se está en una esfera de conflicto, su raíz está en el propio constitucionalismo de fusión. Cuando se trata de una esfera de convergencia y, a su vez, existe una ausencia total de ciertas regulaciones, la causa es el incumplimiento del legislador. En ciertos casos, ello puede ser considerado una inconstitucionalidad por omisión.

En las situaciones que ingresan en la esfera de conflictividad, la participación social es un elemento clave para complementar al test. Esta participación puede darse de diversas formas y no todas representan una deliberación virtuosa ni permiten alcanzar síntesis superadoras. A su vez, esto implica revisar quiénes son los actores que participan en la gobernanza del agua. Resulta una paradoja considerar que un conflicto de derechos en torno al agua debe resolverse con un diálogo entre el Poder Judicial y los sujetos legitimados en el marco decimonónico (usuarios privativos), sin que tengan participación los ciudadanos y los grupos especialmente protegidos.

Es menester regular nuevos mecanismos de participación en la gobernanza del agua, acordes a las categorías que surgen del marco constitucional y convencional. Esto se encuentra en la esfera de convergencia y resulta imperativo para adecuar las normas locales.

Distinto es el caso de la esfera de conflictividad, donde los resultados pueden variar producto de las soluciones acumulativas de la Constitución Nacional. La razonabilidad constitucional es un concepto vago, pero necesario. Los textos constitucionales no pueden tener el nivel de precisión de las reglas¹⁶⁸. La delimitación de los significados se hace mediante el concepto de razonabilidad. La propuesta de Alexy busca llevarlo al terreno de la argumentación; no obstante, se encuentra con limitaciones, en muchos casos, termina siendo un arma de mayor discrecionalidad en favor del Poder Judicial. Incluso en su aplicación más estricta, la propuesta de Alexy evidencia ciertos vacíos que han tratado de ser complementados por otros autores (Moreso, 2011 y Clérico, 2015). Todos estos desarrollos teóricos son valiosos y suman elementos para trazar el camino en la definición de los estándares de razonabilidad; sin embargo, es necesario que los propios actores de la sociedad tengan la opción de participar en las discusiones.

La deliberación no es la única forma de participación. Se puede participar sin deliberar, sólo para garantizar la voz del sector representado. La participación tampoco implica exigir a los ciudadanos que destinen su tiempo vital a la discusión pública, sino, de forma mucho menos ambiciosa, que exista un espacio abierto para que cada actor pueda dar cuenta de su posición. La participación sectorial, garantizada por canales específicos, aparece como un contrapeso a los excesos del Poder Judicial. Sin embargo, hay que tener presente que, en cierta medida, también corroe la legitimación del Estado como defensor del bienestar general.

El reconocimiento del derecho humano al agua y del derecho al ambiente sano, cumple una función institucional destinada a hacer probable la participación de otros actores sociales. En el esquema decimonónico (liberal-conservador), estructurado de manera excluyente bajo los márgenes del derecho de propiedad (derechos adquiridos patrimoniales), los ciudadanos y los grupos sociales (hoy especialmente protegidos) no contaban con espacio alguno para sus pretensiones, por lo que era improbable que los usuarios privativos cediesen cuotas de poder en

¹⁶⁸ Cabe reiterar que la Constitución Argentina, en ciertos casos, ha ido más allá de la mera vaguedad, acumulando pretensiones contrapuestas sin mecanismos claros que permitan compatibilizarlas.

el manejo del agua. No obstante, esta participación no ha logrado ser efectiva en las leyes inferiores.

En las leyes locales hay inconstitucionalidades por omisión. En los casos de San Juan y Mendoza, no sólo hay una participación preferente de los usuarios, sino la ausencia total de instancias participativas para el resto de los actores sociales. En Córdoba y Buenos Aires la situación es diferente, porque si bien no se reconocen expresamente instancias participativas de los titulares del DAS y el DHA, estas leyes presentan mayor permeabilidad mediante la figura del Consejo Consultivo y de los comités de cuenca respectivamente. De igual modo, no se han regulado garantías suficientes que reconozcan expresamente a los ciudadanos y a los grupos especialmente protegidos. Por ejemplo, en lo que refiere a los pueblos indígenas, no se han creado canales que garanticen el cumplimiento del art. 75 inc. 17 de la CN. En este punto, todas las legislaciones locales presentan una inconstitucionalidad por omisión vinculada a este grupo étnico.

El legislador local debe actuar, su inacción impide la participación efectiva de diversos sectores y, de manera indirecta, aumenta la discrecionalidad judicial e incluso, en ciertos casos, facilita la existencia de sentencias arbitrarias. La creación de canales de participación no representa en sí mismo un conflicto, ingresa en una zona de convergencia, no existen impedimentos constitucionales que retarden su regulación en las leyes provinciales. A su vez, en los casos en que sí hay un potencial conflicto de derechos, es crucial que todos los actores puedan ser partícipes en la discusión.

El constitucionalismo liberal conservador logró trascender el marco de la Constitución. En el ámbito hídrico, se sancionaron leyes locales coherentes con este modelo; así nacieron los principios matrices hasta hoy vigentes. El constitucionalismo actual ha sido generoso en el reconocimiento de derechos sociales y colectivos, pero impotente para penetrar en las legislaciones locales y superar los principios decimonónicos. A más de 30 años de la reforma constitucional de 1994, el amplio reconocimiento de derechos no se ha traducido en cambios institucionales significativos en la gobernanza del agua.

CONCLUSIONES

El desarrollo del trabajo ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones:

PRIMERA. La hipótesis planteó que existen conflictos de derechos constitucionales en la gobernanza del agua de la República Argentina. Ello ha sido confirmado parcialmente; en algunos casos, se trata de esferas de conflictividad y, en otros, de esferas de convergencia entre los derechos. En la hipótesis, también se sostuvo que las leyes locales reguladoras de la participación en la gobernanza del agua son instrumentos coherentes con el paradigma del modelo constitucional liberal-conservador. Esto implica la protección exclusiva de los usuarios privativos. Ello ha sido confirmado, con la excepción parcial de la provincia de Buenos Aires y, en menor medida, de la provincia de Córdoba. La ausencia de mecanismos participativos a favor de los grupos especialmente protegidos y de los ciudadanos constituye una inconstitucionalidad por omisión en las legislaciones locales. La hipótesis ha sido insuficiente en un punto: no mencionó los conflictos al interior de los propios usuarios privativos. El desarrollo del trabajo ha permitido entender que existen grados de conflictividad entre los mismos.

SEGUNDA. La hipótesis planteó que el test de razonabilidad, desarrollado por Robert Alexy, es un mecanismo impotente para llegar a una solución correcta. El constitucionalismo de fusión dificulta el cumplimiento de uno de los requisitos de la razón práctica: la universalidad. La impotencia del test de razonabilidad puede ser confirmada parcialmente. No es posible conocer si, en la jurisprudencia analizada, han existido razonabilidades diferentes. Esto se debe a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicita los argumentos de la ponderación.

Las dos objeciones al test de razonabilidad, estudiadas durante el trabajo, no son suficientes para excluirlo por completo, sino para complementarlo. El test por sí solo es insuficiente. No obstante, su total exclusión no brinda garantías de que existan métodos superadores que permitan desentrañar el sentido y alcance de la razonabilidad constitucional.

TERCERA. El constitucionalismo originario fue exitoso en términos de adecuación y coherencia de la normativa inferior de aguas. El constitucionalismo

actual no ha logrado moldear instituciones de la gobernanza del agua a su imagen y semejanza. La ausencia de mecanismos participativos amplios, de acciones positivas y de regulaciones tendientes a alcanzar la igualdad real son parte de este fenómeno.

CUARTA. La codificación decimonónica partió de una premisa diferente al paradigma de los derechos humanos. El intento de leer los códigos de aguas bajo el enfoque de los derechos humanos implica un ejercicio forzado de reinterpretación. En contraposición, la lectura de estos códigos de manera rígida, sin atender a los nuevos derechos reconocidos, puede ser criticada por su falta de coherencia con el bloque federal de constitucionalidad.

QUINTA. En el caso Coihue c/ Santa Cruz (2021), la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió el resultado de la ponderación entre ambiente y propiedad, respecto a lo que había sostenido en el fallo La Pampa c/ Mendoza (2017). El nuevo criterio fue confirmado en el caso Mercau c/ Municipalidad de Merlo (2024). La jurisprudencia argentina en materia de proporcionalidad ambiental ha sido amplia pero imprecisa en ciertos términos. Durante la investigación, no se han encontrado juicios de ponderación (desarrollados) ni metodologías equivalentes que permitan entablar una discusión de argumentos entre los distintos fallos. La discrecionalidad, aunque no constituya la regla, ha existido en las decisiones del máximo tribunal. En ciertos casos, se han excedido los límites de la discrecionalidad y la Corte Suprema ha dictado sentencias arbitrarias por carecer de argumentación suficiente y/o prescindir de la aplicación de leyes vigentes.

SEXTA. Es necesario categorizar los intereses vinculados con los derechos en conflicto.

El derecho de propiedad constitucional, mediante los derechos adquiridos patrimoniales, resguarda el interés privado vinculado con la entrega prestacional del Estado de la porción de un bien de dominio público (el agua) hacia los usuarios privados.

El derecho humano al agua protege distintos intereses. El interés colectivo, en titularidad de toda la sociedad (incluidos los ciudadanos), se encuentra vinculado con su contenido fáctico mínimo (usos domésticos) y su contenido normativo de

carácter general (participación popular). El interés social de ciertos grupos especialmente protegidos se vincula a las normas que regulan la protección diferencial de indígenas, mujeres y agricultores de subsistencia.

El derecho al ambiente sano, en su contenido vinculado al agua como microbien ambiental, se asocia al interés colectivo de toda la sociedad (incluidos los ciudadanos).

El derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano exigen niveles de intervención del Estado diferentes a los que se pretendía en el constitucionalismo clásico. Decir “diferentes” no necesariamente es decir “mayores”. El desarrollo de las sociedades de oasis durante los siglos XIX y XX, mediante el otorgamiento de títulos para uso del agua y la construcción de acueductos, implicó un alto grado de intervención del Estado.

SÉPTIMA. El derecho de propiedad, mediante los derechos adquiridos patrimoniales, otorga el derecho a participar en las organizaciones de usuarios. Las potencialidades relevantes de este derecho se encuentran ampliamente desarrolladas. Su contenido, garantizado por los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, se complementa con el detallado marco que las leyes locales le otorgan. Los derechos adquiridos patrimoniales presentan, en mayor medida, elementos coherentes con la visión del Estado propia de la primera etapa del constitucionalismo argentino. Sin embargo, también tienen ciertas características inherentes a los derechos que exigen actividades prestacionales del Estado. A partir de la última reforma constitucional, las restricciones externas que configuran estos derechos se han modificado, lo que implica nuevos contornos para delimitar su contenido y alcance.

La Observación General N° 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene un doble efecto respecto a los usuarios privativos. Por un lado, protege su derecho a participar, ya que se trata de organizaciones consuetudinarias históricas. Por otro lado, limita la participación excluyente que los usuarios privativos han tenido desde el siglo XIX. La Observación General N° 15 otorga credenciales a otros actores sociales que fueron excluidos al no ser considerados usuarios en los términos decimonónicos. Estas credenciales son reforzadas por instrumentos internacionales supraleales, en particular el Acuerdo de Escazú.

OCTAVA. Las potencialidades relevantes del derecho humano al agua están reconocidas en el bloque federal de constitucionalidad. El derecho humano al agua sigue ausente en las leyes locales estudiadas.

El uso poblacional, tal como está estructurado en las leyes locales, no es una categoría plenamente coherente con el derecho humano al agua. La prioridad del uso poblacional sobre el agrícola, sin distinciones a su interior, podría tener efectos contrarios a la Observación General N° 15. Por ejemplo, al aplicar esta prioridad, tanto para nuevas concesiones como para ponderar la intensidad de las restricciones, podría resultar postergado el uso agrícola de subsistencia de una comunidad y beneficiado el uso domiciliario suntuario para el llenado de piscinas.

La vigencia de leyes locales de aguas estructuradas bajo el marco decimonónico de usos comunes - usos especiales dificulta la plena protección del derecho humano al agua.

NOVENA. Las potencialidades relevantes del derecho al ambiente sano se encuentran reconocidas en el texto de la Constitución Nacional (art. 41) y en las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental. Las normas locales no han receptado ni complementado estos estándares ambientales en materia de aguas, con la excepción parcial de Buenos Aires. La coordinación con otras provincias, en caso de haber aguas interjurisdiccionales, sólo está presente en dos de las cuatro leyes de aguas estudiadas (Córdoba y Buenos Aires).

DÉCIMA. En función de la investigación realizada, se propone categorizar al agua de diferentes maneras:

- (i) Bien común colectivo. Cuando resulta no distributiva, como microbien del ambiente (derecho al ambiente sano) y como contenido asociado a las necesidades domésticas básicas (derecho humano al agua).
- (ii) Bien social. Cuando resulta distributiva pero afectada a satisfacer la necesidad de un grupo especialmente protegido (derecho humano al agua).
- (iii) Bien susceptible de aprovechamiento individual. Cuando resulta distributiva en función de actividades económicas de mercado (derecho de propiedad-derechos adquiridos patrimoniales).

Esta clasificación coexiste con las categorías de dominio público y dominio privado.

DECIMOPRIMERA. Las organizaciones de usuarios siguen siendo el instituto fundamental de participación en la gobernanza del agua. Con la salvedad de la provincia de Buenos Aires, han sido estructuradas a partir del concepto de usuario privativo. Se asocia el derecho a participar con la titularidad y/o posesión de la tierra. Esto permite sostener la idea que los derechos de aguas se otorgaron sin perjuicio de terceros. Otros sujetos sociales no eran considerados terceros jurídicamente protegidos (por carecer de títulos de propiedad) aunque realizaran usos preexistentes del agua.

DECIMOSEGUNDA. Las organizaciones de usuarios son personas públicas. En Mendoza, Córdoba y Buenos Aires son públicas no estatales. En San Juan son públicas estatales descentralizadas, esto ha generado dificultades para su funcionamiento.

Los actos de las organizaciones de usuarios no presentan una naturaleza jurídica pura. La peculiar actividad que llevan adelante y su origen preexistente a muchas categorías jurídicas actuales hace que sus competencias y actos no sean fácilmente catalogables, ni siquiera en aquellas leyes que se han modificado en las últimas décadas. En Mendoza y Buenos Aires, hay instancias recursivas previstas ante la administración, aunque las organizaciones no dictan actos administrativos. En Córdoba, ello no está explícito, pero sí la facultad de control y vigilancia de la autoridad e incluso de intervención. En San Juan, deberían dictar actos administrativos, ello no ocurre en la práctica y los actos quedan en el terreno de la anomia.

DECIMOTERCERA. Hay tres principios matrices del derecho de aguas decimonónico que influyen en la estructura de las organizaciones de usuarios: perpetuidad, inherencia y dotación fija (en Cuyo). Buenos Aires es la excepción parcial ya que solo reconoce la inherencia. Esto define los esquemas de desarrollo y segmenta la participación en el territorio.

La inherencia, asociada a derechos adquiridos perpetuos, genera la valorización de ciertas zonas en desmedro de otras. Los titulares de los inmuebles allí ubicados tienen garantizado el derecho a participar sin límite temporal.

En San Juan y Mendoza subsisten sistemas legales de dotación fija. En Mendoza, el sistema presenta mayor flexibilidad y en la práctica se ha apartado de los preceptos más rígidos de la ley. En Córdoba, las dotaciones se regulan según la tasa de uso beneficioso. En Buenos Aires, las dotaciones están condicionadas a lo que resulte de la planificación; es la única provincia, de las cuatro estudiadas, que cuenta con regulación legal sobre la planificación hidrológica.

DECIMOCUARTA. En todas las provincias, las organizaciones de usuarios toman decisiones vinculantes que obligan a otros usuarios. En San Juan y Mendoza, las organizaciones son de constitución obligatoria. En Córdoba y Buenos Aires, la autoridad puede convocar a su constitución, pero los usuarios o beneficiarios del consorcio tienen poder de veto y/o la necesidad de alcanzar un quórum mínimo. En Mendoza, Córdoba y Buenos Aires, los usuarios participan en la administración secundaria del agua. En San Juan, además de dicha participación, cuentan con el cincuenta por ciento (50%) de los lugares en el órgano de administración primaria; son concesionarios y autoridad concedente de manera simultánea.

DECIMOQUINTA. Las normas sobre la participación de los usuarios de aguas subterráneas son menores y más recientes que las de los usuarios de aguas superficiales. Mendoza tiene prevista la existencia de estas organizaciones en la Ley 4.036, aunque no ha tenido aplicación práctica. No se establecen funciones diferenciadas de estos consorcios respecto a los de aguas superficiales. En cambio, la Ley 6.604 de Córdoba prevé la existencia de consorcios de usuarios de aguas subterráneas con funciones específicas y ya se encuentra implementada en algunos sectores.

Las leyes de San Juan y de Buenos Aires no han regulado sobre las asociaciones de usuarios de aguas subterráneas.

DECIMOSEXTA. El voto ponderado, según la cantidad de hectáreas, fue coherente con el constitucionalismo originario. En la actualidad, no resulta compatible con el art. 37 de la Constitución Nacional y el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Puede ser considerado inconstitucional si se aplica el escrutinio estricto en el test de razonabilidad.

En Mendoza, Córdoba y Buenos Aires, la concepción de los derechos políticos de los usuarios es amplia ya que trasciende al sufragio. Los usuarios cuentan con espacios de decisión directa. En San Juan, la concepción de los derechos políticos es restringida. Las Juntas departamentales sólo están obligadas a realizar una reunión abierta semestral sin lugar a instancias de decisión directa de los usuarios.

DECIMOSÉPTIMA: La equiparación de todos los usuarios privativos agrícolas bajo la misma categoría está vinculada al paradigma de la igualdad formal. A los fines de garantizar la igualdad real de acceso al agua en la agricultura, se requiere crear subcategorías al interior del uso agrícola.

DECIMOCTAVA. Las leyes locales de aguas no cumplen con las obligaciones asumidas en el Acuerdo de Escazú en materia de participación ambiental. Este incumplimiento es producto de la omisión. No se han regulado instituciones que garanticen la generación de información y divulgación vinculada a los aprovechamientos hídricos. Tampoco hay acciones positivas que permitan la participación efectiva de los grupos especialmente protegidos. Esto último también constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional en su art. 75 inc. 19 y de la Observación General N° 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DECIMONOVENA. Las leyes locales no han previsto la participación de los pueblos indígenas en la gobernanza de los recursos naturales que son parte de su territorio. Mendoza cuenta con la Ley 6.920. Esta norma no se ha aplicado hasta el momento. Además, no autorizó al otorgamiento de nuevos derechos de agua, siendo la habilitación legal un requisito para asignar nuevas concesiones.

VIGÉSIMA. Las leyes locales no cuentan con regulaciones específicas que garanticen la participación efectiva de las mujeres en la gobernanza del agua.

VIGESIMOPRIMERA. Las cuatro provincias cuentan con leyes específicas sobre agricultura familiar y/o economía social. Ninguna de las provincias ha regulado institutos con medios aptos para garantizar el acceso al agua de los usos agrícolas de subsistencia. La especial protección de este sector no ha llegado al ámbito hídrico. La limitación de medios del instituto del uso común lo torna obsoleto para el riego de huertos que requieren canalización y/o extracción mecánica.

San Juan presenta la mayor paradoja. La Ley 1413-J establece que se debe promover el acceso al agua para la agricultura familiar. No obstante, el Código de Aguas, para el uso agrícola, ha declarado agotados los caudales superficiales de las dos cuencas principales de la provincia (río San Juan y río Jáchal). Las concesiones han sido declaradas irrevocables, en caso de caducidad, acrecientan a los titulares actuales. Es decir, resulta imposible otorgar una nueva concesión de agua superficial para la agricultura familiar, aunque la Ley 1413-J promueve el acceso al agua. Las únicas opciones para cumplir con esta norma son: expropiar inmuebles con los derechos de agua inherentes o recurrir a las aguas subterráneas. En este último caso, se debe tener presente que no hay certeza sobre la sostenibilidad del acuífero.

VIGESIMOSEGUNDA. Las leyes locales de aguas no complementan los presupuestos mínimos de protección ambiental. Tampoco establecen medidas de adaptación al cambio climático.

La excepción parcial es Buenos Aires que faculta a la autoridad a solicitar evaluaciones de impacto ambiental para el otorgamiento de nuevos usos. De igual modo, resulta cuestionable que sea una decisión discrecional y no una obligación de la administración. Debieran regularse estándares objetivos que discriminen qué actividad debe cumplir con las evaluaciones de impacto ambiental y cuáles pueden quedar exentas.

VIGESIMOTERCERA. Las provincias analizadas no han regulado el instituto del caudal ecológico, esto tiene consecuencias en términos ambientales. A la par, en ciertas cuencas, impide y/o dificulta la recarga de los acuíferos, lo que perjudica a los usuarios de aguas subterráneas y a la gestión integral de las cuencas. La preeminencia de los usuarios de agua superficial en las instancias participativas puede invisibilizar esta problemática.

VIGESIMOCUARTA. El bloque federal de constitucionalidad brinda distintas razonabilidades posibles para el caso bajo estudio. Cumplidos ciertos recaudos mínimos, es factible que existan soluciones en apariencia contrapuestas. Estos recaudos son: no resolver o legislar como si solo existiese uno de los derechos en cuestión, y tomar nota del contenido de los otros derechos en pugna. Se debe

distinguir entre los conflictos de principios y los de reglas o la mera ausencia de estas.

VIGESIMOQUINTA. Existe una esfera de conflictividad y una esfera de convergencia entre los derechos. La esfera de conflictividad incluye los casos cuya resolución debe fundamentarse en el balance de razones jurídicas (fórmula del peso). La esfera de convergencia abarca los casos que pueden solucionarse mediante una razón perentoria.

(i) Esfera de conflictividad (afectación al derecho de propiedad-derechos adquiridos patrimoniales): la modificación de las categorías de uso para hacerlas concordantes con el derecho humano al agua; la reforma de los sistemas con dotaciones máximas (Mendoza y San Juan) con la correspondiente apertura de los padrones si hubiese caudales disponibles para otros usos consuntivos; la modificación de los sistemas electorales en las organizaciones de usuarios; la restricción de las competencias de estas organizaciones para hacerlas compatibles con las limitaciones ambientales en pos de la sostenibilidad (derecho al ambiente sano).

(ii) Esfera de convergencia: la incorporación de los grupos especialmente protegidos por el derecho humano al agua en los procesos de consulta y/o decisión vinculados con la administración primaria del agua; la incorporación de instancias de participación de los ciudadanos vinculadas a la planificación hidrológica. Siempre que todo ello no afecte el lugar de los usuarios privativos, no habría un conflicto de derechos.

VIGESIMOSEXTA. Los conflictos de derechos no pueden ser resueltos a priori, mediante fórmulas establecidas de manera genérica. Se debe tomar nota de las potencialidades relevantes de cada derecho y de las instancias participativas de los actores sociales. La ausencia de categorías jurídicas adecuadas en las leyes locales aumenta los márgenes discrecionales del accionar judicial, incluso deja abierta la puerta a sentencias arbitrarias. Al Poder Judicial, concebido durante el constitucionalismo clásico, se le han otorgado atribuciones del activismo judicial del siglo XXI.

La ausencia de prelación entre los derechos fundamentales y de cláusulas de síntesis generan que el derecho constitucional sea un complejo encriptado. Los

operadores jurídicos más avezados pueden encontrar diversas salidas según sus preferencias ideológicas. En cambio, los ciudadanos y los grupos sociales se topan con múltiples laberintos hasta lograr el reconocimiento efectivo de sus derechos.

VIGESIMOSÉPTIMA. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no explicita los motivos que la llevan a ponderar de una u otra manera. Tampoco analiza, de manera suficiente, las potencialidades relevantes de los derechos en tensión, ni las reglas de los precedentes. Esto puede ser objeto de dos lecturas:

(i) En defensa de la teoría de Alexy, la explicitación de los distintos juicios del test y, en particular, la escala triádica de la ponderación podría disminuir la discrecionalidad judicial.

(ii) Como crítica a la teoría de Alexy, se plantea la flexibilidad que implica entender a los derechos como mandatos de optimización y, en particular, que la utilización del término ponderación funciona como un cheque en blanco.

VIGESIMOCTAVA. En los ordenamientos jurídicos, enmarcados en el constitucionalismo de fusión, resulta de mayor importancia que existan instancias de participación ciudadana y social. Al momento de resolver los conflictos de derechos, se deben analizar las opiniones vertidas en el ámbito judicial y en las instituciones participativas de la administración primaria y secundaria del agua.

VIGESIMONOVENA. La participación puede operar como garantía de existencia sectorial, sin exigir características virtuosas ni una deliberación que implique pisos ni acuerdos comunes. La objeción deliberativista al test de razonabilidad es valiosa, pero no aporta soluciones superadoras. La objeción crítica sirve para entender los entramados del poder y repensar la participación, pero tampoco permite prescindir por completo del test.

TRIGÉSIMA. El reconocimiento de los derechos colectivos fortalece a la sociedad. A la par, debilita al Estado como agente de representación. El interés público ya no es el único tipo de interés asociado al bienestar general. El Estado ha perdido el monopolio de invocar los fines de interés común. Sin embargo, siguen siendo sus propios poderes los que delimitan, en última instancia, la aplicación del interés colectivo.

TRIGÉSIMOPRIMERA. La presente investigación ha aportado conocimientos en torno a los objetivos planteados. La participación en la gobernanza del agua requiere de nuevas instituciones que sean coherentes con el bloque federal de constitucionalidad.

La claridad del constitucionalismo liberal-conservador y la coherencia lograda en las normas inferiores, con la fuerza propia del poder constituyente originario, fue superior a la del constitucionalismo actual, resultado del poder constituyente derivado.

La yuxtaposición de actores dificulta la tarea, pero no la impide. Las leyes de aguas no poseen contenidos pétreos. Ser titular de un derecho adquirido patrimonial no significa contar con el derecho a impedir la modificación de la ley. La incorporación de los actores sociales, históricamente excluidos de la gobernanza del agua, se enmarca dentro de una zona de convergencia y no de conflictividad. Otras reformas a las leyes de aguas sí pueden entrar en una zona de conflictividad, por lo que deberán ser analizadas con la prudencia que cada caso merece. En esta tesis, han quedado planteadas las potencialidades relevantes para tener en cuenta al momento de tratar los conflictos.

TRIGÉSIMOSEGUNDA. La construcción de nuevos marcos legales requiere de instancias participativas concomitantes. Los sujetos que deben participar de la discusión sobre las normas vinculadas a la gobernanza y uso del agua no son solo los miembros de los poderes públicos y los titulares del derecho de propiedad (derechos adquiridos patrimoniales), sino también los actores legitimados por el derecho humano al agua y el derecho al ambiente sano. Hasta tanto puedan construirse nuevas reglas y categorías plenamente concordantes con el bloque federal de constitucionalidad, deben instituirse mecanismos que garanticen la participación de los grupos especialmente protegidos y de los ciudadanos. El Estado cuenta con las herramientas para ejecutar acciones positivas tendientes a garantizar la igualdad real en la gobernanza del agua. El Estado es el actor central para ordenar este proceso, pero no debe seguir asociado en solitario a los usuarios privativos, sino a todos los sujetos individuales, sociales y colectivos dotados de credenciales para participar desde el bloque federal de constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, Juan Bautista. (2017). Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina. Buenos Aires, Argentina: Ed. Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Alexy, Robert. (2004). El concepto y la validez del derecho. Barcelona, España: Ed. Gedisa.
- (2017). Argumentación, derechos humanos y justicia. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.
- (2017). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Lima, Perú: Ed. Palestra.
- (2017). Teoría de los Derechos Fundamentales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Centro de estudios constitucionales.
- Atienza, Manuel. (1997). Los límites de la interpretación constitucional, de nuevo sobre los casos trágicos. En *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Núm. 6, (pp. 7-30). <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcww7s4>.
- (2017). Las razones del derecho. Ciudad de México, México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atria, Fernando. (2016). La forma del Derecho. Madrid, España: Ed. Marcial Pons.
- (2024). La forma del derecho y el concepto de lo político. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* Núm. 48 (pp. 241-265). <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.8>.
- Badeni, Gregorio. (2006). Tratado de Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina: Ed. Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Bazán, Víctor. (2019). El federalismo argentino en foco: un recorrido crítico. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Tomo II (pp.1113-1166). Buenos Aires, Argentina: Ed. Thomson Reuters.
- Beck, Ulrich. (1998). La Sociedad del riesgo. Barcelona, España: Ed. Paidós.

- Benente, Mauro. (2019). Por un constitucionalismo de izquierdas. El legado bueno y malo de la Constitución de 1949. En Benente Mauro (Comp.), La Constitución maldita Estudios sobre la reforma de 1949 (pp. 283-313). Buenos Aires, Argentina: Ed. UNPAZ.
- Benente, Mauro (Ed). (2018). Los derechos económicos, sociales y culturales en los tribunales superiores de Provincia. Buenos Aires, Argentina: Ed. UNPAZ.
- Bidart Campos, Germán. (1996). Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. Buenos Aires, Argentina: Ed Ediar.
- (1999). Manual de la Constitución Reformada. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar.
- Bielsa, Rafael. (2017). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley.
- Blanco Vizarreta, Cristina. (2017). El derecho humano al agua: apuntes sobre avances recientes en mecanismos internacionales de derechos humanos. En Guevara Gil, A. Urteaga, P. y Segura, F. (Ed.), El derecho humano al Agua, el derecho de las inversiones y el derecho administrativo (pp. 205-222). Lima: Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bobbio, Norberto. (1991). El tiempo de los derechos. Madrid, España: Ed. Sistema.
- Bohoslavsky, Juan Pablo. (2010). Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). Santiago de Chile, Chile: Ed. Naciones Unidas.
- Bouzat, Gabriel. (2019). El principio de razonabilidad como un límite sustantivo a las atribuciones del Congreso. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Dirs.), Constitución de la Nación Argentina comentada, Tomo I (pp.946-961). Buenos Aires, Argentina: Ed. Thomson Reuters.
- Budds, Jessica y Roa García, María Cecilia. (2018). Equidad y justicia hídrica: El agua como reflejo de poder en los países andinos. Lima, Perú: Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Cabra Apalategui, José Manuel. (2005). La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy. En Anuario De Filosofía Del Derecho, Núm.22, (pp. 131-154). <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/2097>.

- Cassagne, Juan Carlos (2017). La teoría del Estado y temas colindantes: formas del Estado y formas de gobierno en la República Argentina. En *El Derecho*, Núm.: 2017 septiembre lv (14.257-14.277). <https://cdi.mecon.gob.ar/bases/jurid/18789.pdf>.
- Cafferatta, Néstor (Dir.). (2015). *Derecho Ambiental Dimensión Social*. Santa Fé, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Cano, Guillermo. (1943). *Estudios de derecho de Aguas*. Mendoza, Argentina: Ed. Abeledo.
- -(1943). *Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas*. Buenos Aires, Argentina: Imprenta de la Universidad de Buenos Aires.
- -(1957). *Las aguas y las minas en el régimen federal argentino*. En *Lecciones y Ensayos*, supl. 01, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones (pp.27-45).
- Clérico, Laura. (2015). Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación. En *Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXI, 12-2015 (pp. 73-99).
- Departamento de Hidráulica de la Provincia de San Juan. *Planilla de Distribución y Actas de Consejo*. Recuperado de <https://hidraulica.sanjuan.gob.ar/>. Noviembre de 2024.
- *Diario de Sesiones Convencional Nacional Constituyente de la República Argentina*. (1994). Recuperado de <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>. Marzo de 2023.
- Del Saz. (2008). La escasa participación de las comunidades de usuarios en la planificación y gestión de los recursos hídricos. Las competencias mínimas de las comunidades de usuarios y las competencias que pueden asumir mediante encomienda de gestión y la firma de convenios de colaboración. En Embid Irujo, Antonio (Dir.), *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua* (pp.71-93). Pamplona, España: Ed. Thomson Civitas.
- Domínguez, Judith. (2019). *La política del agua en México*. Ciudad de México, México: Ed. El Colegio de México.
- Dworkin, Ronald. (2017). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Siglo Veintiuno.

- Elfman, Jonás (2019). Supremacía Constitucional. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Dir.), Constitución de la Nación Argentina comentada, Tomo I (pp.980-1003.). Buenos Aires, Argentina: Ed. Thomson Reuters.
- Embid Irujo, Antonio (2006). El Derecho al Agua. Navarra, España: Ed. Aranzadi S.A.
- (2007). Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las comunidades autónomas. En Embid Irujo, Antonio (Dir.), Agua y territorio. Navarra, España: Ed. Aranzadi S.A.
- (2008). Ciudadanos y Usuarios: Participación e información en el derecho español de aguas. Historia, presente y futuro. En Embid Irujo, Antonio (Dir.), Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua. Navarra, España: Ed. Aranzadi S.A.
- Embid Irujo, Antonio y Martín, Liber. (2018). Lineamientos de políticas públicas. Un mejor manejo de las interrelaciones del Nexo entre el agua, la energía y la alimentación. Naciones Unidas, Santiago: Ed. Naciones Unidas.
- Engels, Friedrich. (2010). El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Barcelona, España: Ed. Diario Público.
- Erice, María Valentina y Andino, Mónica Marcela. (2025). Cambio climático, agua y población vulnerable. En Marinelli, Sergio Leandro y Andino, Mónica Marcela (Dir.), Agua y Poblaciones (pp.31-59). Mendoza, Argentina: Ed. Irrigación Edita.
- Esain, José. (2015). Aproximaciones para una teoría general de derecho ambiental. En ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/1033/2015 (pp.1-30). Buenos Aires, Argentina.
- (2019). El control de complementariedad. En La Ley Año N LXIII N 64 (pp.1-6). Buenos Aires, Argentina.
- (2021). La Corte y los confines del Derecho Ambiental. En La Ley Año N° LXXXVI N° 66 (pp.6-12). Buenos Aires, Argentina.
- Escolar, Diego. (2021). Los indios montoneros. Un desierto rebelde para la Nación Argentina (Guanacache, siglos XVIII-XX). Buenos Aires, Argentina: Ed. Prometeo Libros.

- Filippini, Leonardo. (2019). Las relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Dirs.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, Tomo II (pp. 462-472). Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley.
- Frites, Eulogio. (2011). El derecho de los pueblos indígenas. Buenos Aires, Argentina: Ed. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- García de Jalón Diego y González del Tánago Marta. (1998). El concepto del caudal ecológico y criterios de aplicación para los ríos españoles. Madrid, España: Ed. Departamento de Ingeniería Forestal, Escuela de Ingenieros de Montes Universidad Politécnica de Madrid.
- Galasso, Norberto. (2011). Historia de la Argentina. Buenos Aires, Argentina: Ed. Colihue.
- García Vizcaíno. (2008). Comunidades de usuarios de aguas subterráneas. En Embid Irujo, Antonio (Dir.), Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua (pp.397-412). Pamplona, España: Ed. Thomson Civitas.
- Gargarella, Roberto. (2010). La Sala de Máquinas de la Constitución. Buenos Aires, Argentina: Ed. Katz.
- (2015). Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después. Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad de Buenos Aires.
- (2017). Alexy y la "representación argumentativa" de los tribunales. Recuperado de <https://seminariogargarella.blogspot.com/2017/03/alex-y-la-representacion-argumentativa.html>. Diciembre de 2023.
- (2016). Republicana, representativa y Federal. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Coords.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina: jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria, Tomo I (pp. 3-23). Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley.
- Gobierno de San Juan. (2023). Plan de Gestión Integral de los Recursos Hídricos. Recuperado de <https://hidraulica.sanjuan.gob.ar/sistemas/plan.php>. Noviembre de 2024.
- González Del Solar, Nicolás. (2017). Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Argentina. Mendoza, Argentina: Ed. Lajouane.
- González Moras, Juan Martín. (2023). Bienes Comunes y Colectivos. Los desafíos actuales del dominio público estatal. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad Hoc.

- Gordillo, Agustín. (2013). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Ed. Fundación de Derecho Administrativo.
- Guerra Cerrón, Jesús María Elena. (2018). Dimensionalidad del acceso a la justicia y nuevos desafíos en la legitimación procesal. En Gozaíni, Osvaldo Alfredo (Dir.), Estudios de Derecho Procesal Constitucional (pp.113-130). Buenos Aires, Argentina: Ed. Jusbares.
- Holmes, Stephen y Sunstein, Cass. (2011). El costo de los derechos. Buenos Aires, Argentina: Ed. Siglo XXI.
- Justo, Juan Bautista. (2025). La evolución del derecho humano al agua. La eficiencia como obligación básica. En Marinelli, Sergio Leandro y Andino, Mónica Marcela (Dirs.), Agua y Poblaciones (pp.59-77). Mendoza, Argentina: Ed. Irrigación Edita.
- Katzer, Leticia. (2014). Huellas en la arena Memorias de la cultura lavallina. Mendoza, Argentina: Ed. Ediunc.
- Kennedy, Duncan. (2010). Izquierda y derecho. Buenos Aires, Argentina: Ed. Siglo XXI.
- Kiper, Claudio. (2017). Tratado de Derechos Reales. Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Lafont, Cristina. (2023). Defendiendo la democracia como diálogo inclusivo sin atajos. Algunas respuestas a mis críticos. En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. Núm. 55, abril de 2023, (pp.241-274). <https://doi.org/10.18601/01229893.n55.13>.
- López Ramón, Fernando. (2021). Cambio Climático y Participación a la francesa. En Revista Aragonesa de Administración Pública, España, Núm. 57, (pp. 119-147).
- Organización de las Naciones Unidas (2024). Acerca de la Buena Gobernanza. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/good-governance/about-good-governance>. Noviembre de 2024.
- Peretti, Enrique. (2014). Ambiente y Propiedad. Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Larsimont, Robin y Grosso, María. (2014). Aproximación a los nuevos conceptos híbridos para abordar las problemáticas hídricas. En Revista del Departamento de Geografía. FFyH – UNC, Argentina. Año 2. Núm. 2 (pp.27-48).

- Linares, Sebastián y Giuffré, Ignacio. (2019). El pueblo delibera y gobierna. Defensa de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. En Benente, Mauro (Ed.), Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994: a 25 años (pp.23-52). Buenos Aires, Argentina: Ed. UNPAZ
- López Alfonsín, Marcelo. (2019). Derecho Ambiental. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.
- Lorenzetti, Ricardo. (2017). Justicia Colectiva. Santa Fé, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, Ricardo y Lorenzetti, Pablo. (2018). Derecho Ambiental. Santa Fé, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Manili, Pablo. (2021). Tratado de Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina: Ed. Thomson Reuters.
- Mariátegui, José. (2014). 7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana. Córdoba, Argentina: Ed. Ensayos latinoamericanos.
- Marí, Enrique. (2014). La interpretación de la Ley. Buenos Aires, Argentina: Ed. Eudeba.
- Marienhoff, Miguel. (1939). Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo.
- -(2003). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot.
- Martín, Liber; Pinto, Mauricio; Torchia, Noelia. (2011). El Derecho Humano al agua. Buenos Aires, Argentina: 2º Ed. Abeledo Perrot.
- Martín, Liber y Pinto, Mauricio. (2020). Water permits and concessions for irrigation in Argentina. Status quaestionis and trends in comparative perspective. En Revista De La Facultad De Ciencias Agrarias UNCuyo, Vol.52, Núm.2 (pp. 204-214). <https://revistas.uncu.edu.ar/ojs/index.php/RFCA/article/view/3134>.
- Martín, Liber. (2022). Derecho de Aguas: Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot.
- -(2023). Seguridad hídrica e inseguridad jurídica en Latinoamérica. Transformaciones y reformas recientes en el derecho de aguas de Argentina, Chile y Ecuador. En Embid Irujo, Antonio (Dir.), Seguridad

Hídrica y Cambio Climático (pp.245-266). Navarra, España: Ed. Aranzadi.

- Mathus Escorihuela, Miguel. (2007). Derecho y Administración de Aguas. Mendoza, Argentina: Ed. Zetaediciones.

-(2007). En Embid Irujo, Antonio (Dir.). Agua y Territorio (pp.143-184). Pamplona, España: Ed. Thomson Civitas.

- Mazza Gigena, Ornela. (2019). El recurso extraordinario federal. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Dirs.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, Tomo II (pp. 971-1003). Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley.

- Medici, Alejandro. (2012). Los poderes innominados del constitucionalismo latinoamericano. En Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales Año IV, Núm. 8 (pp.55-75).

- Minaverri, Clara y Echaide, Javier, (Comps.). (2016). Derecho de Aguas y Derecho Ambiental. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot.

- Miranda Omar. (2015). El riego en la provincia de San Juan, Argentina: su dinámica institucional en los últimos dos siglos. En Agricultura, Sociedad y Desarrollo. Vol. 12, Núm. 3 (pp.385-408). <https://www.redalyc.org/pdf/3605/360543277006.pdf>.

- Moia, Ángel Luis. (2007). Los derechos políticos como derechos humanos. Una aproximación desde la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina. En Revista IIDH, Vol. 45 (pp. 353-428).

- Montesquieu, Charles. (2007). El Espíritu de las Leyes. Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada.

- Morales Lamberti, Alicia. (2019). La aplicación de los principios emergentes in dubio pro natura e in dubio pro agua en la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia: dimensiones sistémicas, axiológicas y hermenéuticas. En Revista de la Facultad, Vol. X Núm. 2, NUEVA SERIE II (pp.217 - 241).

- Moreso, José. (2011). Constitución, modelo para armar. Madrid, España: Ed. Marcial Pons.

- Muguillo, Roberto Alfredo. (2023). Ley General de Sociedades. Ley de Sociedades Por Acciones Simplificadas. Contratos Asociativos. Buenos Aires, Argentina: Ed. Thomson Reuters.

- Ostrom, Elinor. (2000). El Gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Pilquimán Vera, Marisela; Ramírez, Stephanie; Rodríguez Jaramillo, Clarena. (2022). Glaciares y cosmovisión mapuche. Propuestas locales para la defensa y protección del patrimonio biocultural. En Cuenca, Tatiana [et al.], Ambiente, Cambio Climático y Buen Vivir en América Latina y el Caribe (pp.393-440). Buenos Aires, Argentina: Ed. CLACSO.
- Pinto, Mauricio. (1999). Consideraciones jurídicas para el aumento de la eficiencia hídrica: la dotación volumétrica. En La Ley Gran Cuyo T 1999 (pp.485-493).
- -(2009). Régimen Económico Financiero del Agua en Argentina. En Embid Irujo, Antonio (Dir.), Régimen Económico-Financiero del agua- Los precios del agua (pp.235-271). Navarra, España: Ed. Aranzadi.
- Pinto, Mauricio y Martín, Líber. (2014). Origen, evolución y estado actual del derecho al agua en América Latina. En Revista Bioderecho.es. Vol. 1, Núm. 1 (pp.1-54).
- Pinto, Mauricio y Martín, Liber. (2015). El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental. En Cafferatta, Néstor. Revista de Derecho Ambiental. Vol. 43. (pp. 109-127).
- Pinto, Mauricio y Martín, Líber (Dir.). (2017). Ambiente, Agua y Energía. Aportes Jurídicos para su vinculación. Buenos Aires, Argentina: Ed. Lajouane.
- Quiroga Lavié y otros. (2009). Derecho Constitucional Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Ramella, Pablo. (1960). Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina: Ed. Standard.
- Ramella, Susana. (1986). El Radicalismo Bloquista en San Juan. San Juan, Argentina: Ed. Gobierno de la Provincia de San Juan.
- Rojas, Facundo y Prieto, María del Rosario. (2020). La variabilidad hídrica en la cuenca del río Atuel, desde la climatología histórica: siglo XVIII a mediados del XX. En Cuadernos de Geografía: Revista Colombiana de Geografía 29 (2) (pp.326-353). <https://doi.org/10.15446/rcdg.v29n2.75960>.

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

- Sáenz, Juan. (2019). Comentario Art. 14. En Gargarella, Roberto y Guidi Sebastián (Dir.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina- Tomo I (pp. 191-197). Buenos Aires, Argentina. Ed. Thomson Reuters LA LEY.

- (2019). Derecho de usar y disponer de la propiedad. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Dir.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina- Tomo I (pp. 200-202). Buenos Aires, Argentina. Ed. Thomson Reuters LA LEY.

- (2019). Atribuciones del Poder Ejecutivo. En Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (Dir.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina- Tomo II (pp. 683-687). Buenos Aires, Argentina. Ed. Thomson Reuters LA LEY.

- Rodríguez Salas, Aldo. (2004). Vigencia y operatividad de la normativa ambiental. El sistema federal ambiental. En La Ley Sup.Amb, Núm. 4.

- (2024). Sustentabilidad y principios jurídicos. La red de reglas de la proporcionalidad en el derecho ambiental argentino. Mendoza, Argentina: Ed. EdiUC.

- Ruiz Freites, Santiago (2007). Legislación y Administración de Aguas en Mendoza. En Mathus Escorihuela, M. (Dir.). Derecho y Administración de Aguas (p. 409-465). Mendoza: Ediciones Zeta.

- Saggese, Roberto. (2018). Control de razonabilidad: luces y sombras en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En La Ley Vol. III, Núm. 11 (pp.24-33).

- Sagüés, Néstor. (2007). Manuel de Derecho Constitucional. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.

- Sampay, Arturo. (2012). Constitución y Pueblo. Buenos Aires, Argentina: Ed. Instituto Superior Arturo Jauretche.

- Sanna, José Federico. (2016). El Caudal ecológico: su posibilidad jurídica y relación con la sociedad civil. En Gamboa, Valeria; Algañaraz, Víctor y Montañó, Franco (Eds.), Jóvenes Investigadores en la Argentina Contemporánea (pp.189-200). San Juan, Argentina: Ed. UNSJ.

-(2020). Los conflictos de derechos y la problemática ambiental en el aprovechamiento del río San Juan. En Sanna, Federico; Derewicki, Agustina; Bonino, Camila; Cheli, Natalia, Problemática Ambiental de la República Argentina (pp. 12-57). Buenos Aires, Argentina: Ed. Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

-(2022). El Agua en Conflicto. Mendoza, Argentina: Ed. Ediunc.

-(2022). Los desafíos del Derecho Humano al agua en los Estados federales: el caso argentino. En Derecho y Ciencias Sociales. Mayo – Octubre 2022. Núm 27. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata.

- Santiago, Alfonso. (2014). Historia de la Corte Suprema Argentina. Buenos Aires, Argentina: Ed. Marcial Pons.
- Sassone, Facundo (Coord.). 2022. Gobierno, administración y políticas públicas. Buenos Aires, Argentina: INCAP, Ministerio del interior.
- Saulino, Florencia. (2019). El derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo. En Gargarella, Roberto y Guidi Sebastián (Dirs.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina-Tomo I (pp. 1105-1121). Buenos Aires, Argentina: Ed. Thomson Reuters LA LEY.
- Sosa, Heber. (2012). Restauración y conservación del Sitio Ramsar Lagunas de Guanacache, Desaguadero y del Bebedero. Buenos Aires, Argentina: Ed. Fundación Humedales / Wetlands International.
- Spota, Alberto. (1941). Tratado del Derecho de Aguas. Tomos I y II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jesús Menendez.
- Torchia, Noelia. (2017). El Tratamiento de las aguas residuales industriales. Régimen Jurídico argentino. Mendoza, Argentina: Ed. EDIUNC.

-(2023). Participación ciudadana en la gestión hídrica a partir del Acuerdo de Escazú. El caso de Mendoza. En Revista RYD República y Derecho, Vol. VIII (pp.1-24). <https://doi.org/10.48162/rev.100.006>.

- Tripolone Gerardo. (2017). La Corte de Justicia de San Juan como Tribunal Constitucional. En de la Torre de Yanzón, Elena (Dir.), El control de Constitucionalidad en la Provincia de San Juan. San Juan, Argentina: Ed. UNSJ.

- Treacy, Guillermo F. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. En Lecciones y ensayos Núm. 89 (pp.181-216).
- Vargas, Ruth Nidia María. (2015). Participación equitativa de las mujeres para el desarrollo sustentable. En Cafferatta, Néstor (Dir.), Derecho Ambiental. Dimensión Social (pp. 771-793). Santa Fe, Argentina: Ed. Rubinzal Culzoni.
- Vergara Blanco, Alejandro. (2018). Bases y dogmas que permiten o impiden mercados de derechos de aguas: mercado en Chile y cuasi mercado en España. En Revista de Administración Pública, 205, (pp.339-380). doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.205.11>
- (2002). Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma. En Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 1, (pp.63-79).
- Vigo, Rodolfo. (2018). Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot.
- Vita, Leticia. (2021). La representación política en el siglo XXI: de la ciudadanía universal a la representación de grupo. En Fernando Calderón et al., Parlamento Futuro reflexiones conceptuales para los desafíos del siglo XXI (pp.111-116). Buenos Aires, Argentina: Ed. Teseo.
- Waldron, Jeremy. (2017). Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Siglo Veintiuno.
- Ynoub, Roxana Cecilia. (2012). Metodología y Hermenéutica. En Díaz, Esther, El Poder y la Vida. Modulaciones Epistemológicas (pp. 233-256). Buenos Aires, Argentina: Ed. Biblos.
- Zaffaroni, Eduardo. (2012). La Pachamama y el Humano. Buenos Aires, Argentina: Ed. Madres de Plaza de Mayo.
- Zíulu, Adolfo. (2015). Reforma Constitucional de 1860. En Pontoriero, María (Dir.), Libro Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario (pp. 157-171). Buenos Aires, Argentina: Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Infojus.

NORMATIVA

- Constitución de la Nación Argentina e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional. Infoleg. Argentina.

- Decreto-Ley 7948/72. Autarquía de la Corporación de Fomento del Valle del Río Colorado. (1972). Normas de la provincia de Buenos Aires. Argentina.
- Decreto 1.806/1998. Reglamentario de la Corporación de Fomento del Valle del Río Colorado. (1998). Sistema Argentino de Información Jurídica. Argentina.
- Decreto 3.511/2007. Reglamentación del Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires. (2007). Normas de la provincia de Buenos Aires. Argentina.
- Decreto Ley 57. Modificación Ley 886. (1957). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina
- Ley 12.257. Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires. (1999). Normas de la provincia de Buenos Aires. Argentina.
- Ley 14.845. Adhesión a la Ley Nacional 27.118. (2016). Normas de la provincia de Buenos Aires. Argentina.
- Ley 13-A. Creación del Departamento de Hidráulica. (1942). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.
- Ley 190-L. Código de Aguas de la Provincia de San Juan. (1978). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.
- Ley 4.362. Modificatoria de la Ley de Ministerios y las leyes 376 y 886. (1977). Digesto Jurídico San Juan. Argentina.
- Ley 513-L. Ley General del Ambiente. (1995). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.
- Ley 606-L. Se regulan todas las actividades tendientes a proteger, conservar, preparar y promover el aprovechamiento sustentable de la Flora y Fauna y la creación, fiscalización y desarrollo de las Áreas Naturales Protegidas. (1998). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.
- Ley 6.949. Modificatoria del Código de Aguas. (1999). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.
- Ley 1413-J. Promoción del desarrollo rural integral de las áreas agrícolas de la provincia de san juan, incorporando a las actividades y personas de la agricultura familiar. (2014). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.

- Ley 1995-A. Ley de Procedimiento Administrativo de San Juan. (2019). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.
- Ley 2648-L. (2024). Digesto Jurídico de San Juan. Argentina.
- Ley de Aguas de 1884. Ley de Aguas de la Provincia de Mendoza. (1884). Departamento General de Irrigación Provincia de Mendoza. Argentina.
- Ley 5.961. Preservación del medio ambiente. (1992). Gobierno de la Provincia de Mendoza. Argentina.
- Ley 6.405. Administración y preservación de canales, hijuelas y desagües de riego de la provincia. (1996). Departamento General de Irrigación Provincia de Mendoza. Argentina.
- Ley 8.435. Creación del programa de promoción de la economía social y solidaria de la provincia de Mendoza. (2012). Sistema Argentino de Información Jurídica. Argentina.
- Ley 9.003. Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza. (2017). Sistema Argentino de Información Jurídica. Argentina.
- Ley 5.589. Código de Aguas para la Provincia de Córdoba. (1973). Legislación Provincial de Córdoba. Argentina.
- Ley 6.604. Consorcios de usuarios de riego y otros usos de agua. (1981). Legislación Provincial de Córdoba. Argentina.
- Ley 9.074. Modifica Ley 6604. (2003). Legislación Provincial de Córdoba. Argentina.
- Ley 9.867. Creación de la Administración Provincial de Recursos Hídricos. Modificación Código de Aguas para la Provincia de Córdoba. (2010). Legislación Provincial de Córdoba. Argentina.
- Ley 10.657. Desarrollo Integral de la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena de la provincia de Córdoba. (2019). Legislación Provincial de Córdoba. Argentina.
- Ley 8.871. De elecciones nacionales. (1912). Infoleg. Argentina.
- Ley 24.071. Apruébase el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (1992). Infoleg. Argentina.

- Ley 25.688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. (2003). Infoleg. Argentina.
- Ley 25.675. Política Ambiental Nacional. (2002). Infoleg. Argentina.
- Ley 26.331. Establécese los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. (2007). Infoleg. Argentina.
- Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la República Argentina. (2014). Infoleg. Argentina.
- Ley 27.118. Agricultura Familiar, Campesina e Indígena. (2014). Infoleg. Argentina.
- Ley 27.520. Ley de presupuestos mínimos de adaptación y mitigación al cambio climático global. (2019). Infoleg. Argentina.
- Ley 27.566. Apruébase el ACUERDO REGIONAL SOBRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN ASUNTOS AMBIENTALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, celebrado en la Ciudad de Escazú. (2020). Infoleg. Argentina.
- Observación General N° 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2002). refworld.org.
- Resolución N° 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas. (2010). Sistema argentino de información jurídica.

JURISPRUDENCIA

Tribunales internacionales

- Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/>. San José de Costa Rica, 17 de junio de 2005.
- Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honda (Nuestra Tierra) vs Argentina. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/>. San José de Costa Rica, 6 de febrero de 2020.

- Opinión consultiva OC-32/25 solicitada por la República de Chile y la República de Colombia. Emergencia Climática y Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/>. San José de Costa Rica, 29 de mayo de 2025.

Tribunales nacionales

- Apen Aike S.A. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.
- Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 2 de julio de 2020.
- Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 21 de diciembre de 2016.
- Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la capital. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 16 de diciembre de 1925.
- Cerámica San Lorenzo s/ Prescripción procedimiento administrativo. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 4 de julio de 1985.
- Coihue S.R.L. c/ Santa Cruz, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y daños y perjuicios. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2021.
- Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/ Jujuy, Provincia de y otro s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011.
- Comunidad Aborigen de Santuario de Tres Pozos y otras c/ Jujuy, Provincia de y otros s/ amparo ambiental. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 16 de octubre de 2025.

- Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de Inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 8 de abril de 2021.
- Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 11 de julio de 2002.
- Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 11 de marzo de 2021.
- De Martin, Alfredo c/ Banco Hipotecario Nacional s/ Reincorporación e indemnización. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 28 de diciembre de 1976.
- Evolución Liberal y otro c/ San Juan, Provincia de s/ acción declarativa de certeza. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 1 de junio de 2023.
- Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de; Estado Nacional y otros s/ acción ambiental meramente declarativa. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 21 de octubre de 2021.
- Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 7 de abril de 1995.
- Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 16 de noviembre de 2004.
- Horta, José c/ Harguindeguy, Ernesto. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 21 de agosto de 1922.
- Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A y otros s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Centro de Información Judicial. Buenos Aires, 2 de diciembre de 2014.

- La Pampa, Provincia de c/ San Juan, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ amparo ambiental. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 23 de noviembre de 2023.
- La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 1 de diciembre de 2017.
- La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Centro de Información Judicial. Buenos Aires, 16 de julio de 2020.
- Guari, Lorenzo y otros c/ Provincia de Jujuy s/ reivindicación. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 9 de septiembre de 1929.
- Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa CRAM S.A. s/ recurso. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 5 de septiembre de 2017.
- Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 12 de agosto de 2008.
- Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 11 de julio de 2019.
- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo). Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 20 de junio de 2006.
- Mercau, María del Rosario y otro c/ Municipalidad de Merlo s/ acción contencioso administrativa. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 20 de febrero de 2024.
- Municipalidad de la Capital c/ Elortondo s/ expropiación - inconstitucionalidad de la Ley del 31 de octubre de 1884. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 14 de abril de 1888.

- Partido Nuevo Triunfo s/ reconocimiento - Distrito Capital Federal. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Centro de Información Judicial. Buenos Aires, 17 de marzo de 2009.
- Rizzo Jorge Gabriel s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Centro de Información Judicial. Buenos Aires, 18 de junio de 2023.
- Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 26 de marzo de 2009.
- Villivar, Silvana Noemí c/ Provincia del Chubut y otros. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 17 de abril de 2007.
- Zorrilla, Susana y otro c/ E.N. - P.E.N. s/ expropiación - servidumbre administrativa. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sistema Argentino de Información Jurídica. Buenos Aires, 27 de agosto de 2013.