

EL AGUA EN CONFLICTO



UNCUYO
UNIVERSIDAD
NACIONAL DE CUYO

Universidad Nacional de Cuyo
(Mendoza, República Argentina)

Publicación con referato anónimo de pares externos,
recomendada por el Comité Editorial (EDIUNC,
Universidad Nacional de Cuyo)

Federico Sanna Baroli

EL AGUA EN CONFLICTO

*Discusiones sobre
el derecho humano al agua,
la propiedad y el ambiente*

EDIUNC Mendoza, 2022

EL AGUA EN CONFLICTO: DISCUSIONES SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA, LA PROPIEDAD Y EL AMBIENTE | Federico Sanna Baroli; prólogo de Liber Alexis Martín. – 1ª ed. – Mendoza: EDIUNC, 2022. 106 p. ; 23 × 15 cm. - (Indagaciones/22)

ISBN 978-950-39-0397-1

1. Derecho. 2. Derecho del Agua. 3. Agua. I. Martín, Liber Alexis, prolog. II. Título.

CDD 341.483

EL AGUA EN CONFLICTO. Discusiones sobre el derecho humano al agua, la propiedad y el ambiente.

Federico Sanna Baroli

La EDIUNC no necesariamente acuerda con ni se responsabiliza por el contenido o las opiniones, interpretaciones o comentarios expresados sobre hechos, personas o instituciones en esta obra, los cuales corresponden exclusivamente al autor.

Primera edición, Mendoza, 2022

COLECCIÓN INDAGACIONES

ISBN 978-950-39-0397-1

Queda hecho el depósito que marca la ley 11723

© EDIUNC, 2022

<http://www.ediunc.uncu.edu.ar>

ediunc@uncu.edu.ar

Impreso en Argentina · *Printed in Argentina*

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| ÍNDICE DE SIGLAS Y ACRÓNIMOS | 7 |
| PRÓLOGO | 9 |
| INTRODUCCIÓN | 11 |
| | |
| I. LOS DERECHOS EN TENSION | 15 |
| Conflictos de derechos | 15 |
| El derecho humano al agua en el Bloque Federal de Constitucionalidad | 18 |
| La concepción de la propiedad en el ordenamiento jurídico argentino | 21 |
| Los derechos adquiridos como derecho de propiedad | 25 |
| II. ANÁLISIS DE INSTITUTOS JURÍDICOS ACTUALES A LA LUZ DEL PARADIGMA DEL DERECHO HUMANO AL AGUA | 27 |
| Usos comunes y especiales. Su ¿complementariedad? con el derecho humano al agua | 27 |
| Hacia nuevas categorías de usos | 34 |
| Concesiones | 38 |
| Concesiones agrícolas | 44 |

| | | |
|------|---|-----|
| | Compatibilidad e incompatibilidad del sistema de concesiones de agua con el DHA | 50 |
| III. | ADMINISTRACIÓN DEL AGUA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA | 55 |
| | La Observación General Nº 15 y la participación ciudadana | 55 |
| | La participación de los usuarios en la administración del agua | 56 |
| | La participación de los usuarios en el otorgamiento de nuevos usos | 64 |
| | La experiencia de la Secretaría del Agua de San Juan como órgano coordinador | 66 |
| | Hacia nuevos esquemas de participación en el manejo del agua | 68 |
| IV. | LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD Y EL AGUA COMO BIEN JURÍDICO | 71 |
| | El concepto de la función social, su origen y su alcance actual | 71 |
| | El agua como bien jurídico | 74 |
| | Hacia ¿nuevas? concepciones del agua como bien jurídico | 76 |
| V. | POSIBLES ALTERNATIVAS DE RESOLUCIÓN | 79 |
| | Principios generales sobre test de razonabilidad y derecho de aguas | 79 |
| | Análisis de razonabilidad de posibles medidas en torno a las legislaciones locales | 82 |
| | CONCLUSIÓN | 93 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 97 |
| | REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES | 99 |
| | ÍNDICE ALFABÉTICO | 101 |

ÍNDICE DE SIGLAS Y ACRÓNIMOS

| | |
|--------|--|
| Art. | Artículo |
| BFC | Bloque Federal de Constitucionalidad |
| CADH | Convención Americana de Derechos Humanos |
| CAG | Código de Aguas |
| CCyCN | Código Civil y Comercial de la Nación |
| CN | Constitución Nacional |
| CP | Constitución provincial |
| CSJN | Corte Suprema de Justicia de la Nación |
| DDHH | derechos humanos |
| DGI | Departamento General de Irrigación |
| DUDDHH | Declaración Universal de Derechos Humanos |
| DHA | derecho humano al agua |
| LAG | Ley de Aguas |
| OGN 15 | Observación General Número 15 |
| OSSN | Obras Sanitarias Sociedad del Estado |
| PDESC | Pacto de los Derechos Económicos Sociales y Culturas |

PRÓLOGO

El derecho humano al agua y al saneamiento irrumpió en la agenda internacional con la Observación General Número 15 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas en 2002. Esta nueva clave de lectura produjo una formidable transformación e impacto en múltiples ámbitos, especialmente el jurídico, incluyendo innumerables y variadas manifestaciones que se sucedieron en los ámbitos legislativo, jurisprudencial y doctrinario hasta el presente.

El número de producciones doctrinarias, científicas y políticas relativas al tema a nivel global durante las dos décadas transcurridas desde entonces, han desbordado cualquier capacidad o intento de seguimiento y lectura. En el contexto de una literatura dedicada a un tema que, por momentos, aparece como bastante reiterativa y carente de originalidad, todavía parece posible, sin embargo, encontrar algunos aportes valiosos como el que contiene esta publicación.

Poco queda para agregar en torno a las dudas sobre su reconocimiento, autonomía, naturaleza, jerarquía, sobre la enumeración de los instrumentos que lo reconocen, o sobre su formulación en un plano más o menos general. Pero aún resta lugar para indagar en profundidad sobre su contenido, límites y contornos con relación a ordenamientos jurídicos concretos y los conflictos generados a partir, no ya de su mero reconocimiento, sino de su aplicación efectiva, su realización, que es en rigor de verdad, la cuenta pendiente, lo que queda por delante.

El libro que prologamos pues, produce dos importantes aportes al campo en este sentido que justifican y recomiendan su lectura o consulta. El primero es poner y analizar el instituto con relación a un ordenamiento y legislación concreta como lo es la Ley de Aguas de San Juan, cuyo funcionamiento, aplicación y no aplicación el autor conoce además de primera mano. Y el segundo es efectuar esa indagación con la aspiración de hacerlo de forma integradora, es decir, no aislada como se lo presenta a menudo, sino con relación y frente a derechos y prescripciones con los que –de ser aplicado– puede entrar en conflicto. El ejercicio es planteado, entre otros, –nada más ni nada menos– que con otro derecho constitucional como es el de propiedad, desde el marco teórico de Robert Alexy.

Federico Sanna propone y acomete así en este texto, que tiene origen en la monografía con la que alcanzó el título de Especialista en Derecho y gestión ambiental y de aguas de la Universidad Nacional de Cuyo en 2021, un gran desafío donde formula interrogantes fundamentales y perfila primeras posibles respuestas que seguramente alumbrarán futuros trabajos sobre la siempre actual problemática del conflicto de derechos en torno al uso del agua.

Liber Martín

Profesor Investigador UNCUYO/UM/Conicet

INTRODUCCIÓN

En este libro se estudiará la relación entre el derecho humano al agua (DHA) y las legislaciones locales de aguas en la República Argentina. Los usuarios de aguas, en determinados casos, se encuentran protegidos bajo el amplio espectro del derecho de propiedad receptado en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional (CN) y en distintas Constituciones Provinciales (CP).

El reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos sociales y de los derechos colectivos rompió la matriz originaria de nuestra carta magna, incorporando una nueva tradición del constitucionalismo superpuesta a la existente. La CN de 1853-1860 puede ser catalogada como resultado de un pacto de tradiciones liberales y conservadoras (Gargarella, 2010). Existió una amplia protección de los derechos individuales, con especial ahínco en el derecho de propiedad, contando con una garantía específica regulada en el art. 17. Se instauró una ley suprema que buscaba el fomento de la inversión extranjera y de la inmigración, que reconocía amplias libertades civiles. Por otro lado, no se receptaron las principales reivindicaciones de la tradición radical-republicana (Gargarella, 2010). Un claro ejemplo de lo mencionado es la ausencia de limitaciones al latifundio y la inexistencia de un plan de reforma agraria, hecho que sí ocurrió en otros países occidentales con el surgimiento del constitucionalismo moderno. Sin embargo, el texto de 1853 no permitió un camino lineal de progreso social y

económico. Ello obedeció a diferentes motivos. Arturo Sampay (2012, p. 92) ha sostenido que cuando «el país se lanzaba a forjar su desarrollo incorporándose al tráfico del capitalismo europeo, ese capitalismo competidor se transforma en un capitalismo organizado con carácter imperialista». Esta situación, sumada al avance del constitucionalismo social, tornó necesario que se reconocieran nuevos derechos en nuestro país.

La CN de 1949 puede tomarse como el paradigma de ingreso del constitucionalismo social a la Argentina (en el ámbito nacional). Si bien no introdujo modificaciones sustanciales en la parte orgánica, sí se preocupó por dotar a los derechos de una base material.¹ Incorporó un capítulo específico de regulación de la propiedad y la economía que reconoció la función social como un limitante al derecho de propiedad individual. El texto de 1949 fue dejado sin efecto por una proclama del gobierno de facto en 1956. Posteriormente, en 1957 se convocó a una convención constituyente que convalidó la derogación realizada e incorporó el art. 14 bis. Se reconoció la estabilidad del empleo público y el derecho a huelga, avances en relación al texto de 1949, pero no hubo una reforma integral que previese los medios para contar con una base material que garantice el efectivo cumplimiento de los derechos. Es decir, se insertaron derechos sociales a la constitución liberal-conservadora del siglo XIX. No se establecieron formas de complementar y armonizar el reconocimiento de derechos que exigen del Estado comportamientos antinómicos. Esto último ha sido señalado como un problema de todas las declaraciones de derechos realizadas en el siglo XX. No obstante, se debe señalar que han existido ordenamientos que tomaron –al menos parcialmente– nota de ello; buscando caminos para compatibilizarlos. Las declaraciones recientes de Derechos Humanos (DDHH) incorporan los derechos sociales –que en muchos casos consisten en prestaciones– y coexisten con los derechos individuales –que consisten en libertades–.

Los derechos individuales requieren por parte de los otros (incluidos los órganos públicos) obligaciones puramente negativas de abstenerse de determinados comportamientos. Los derechos

1 Debe aclararse que hubo modificaciones importantes, la elección directa del presidente, de senadores, la eliminación de la prohibición de reelección inmediata para el Poder Ejecutivo. No obstante, no se modificó sustancialmente el reparto de competencias, ni se crearon institutos de control ciudadano directo sobre los representantes como la revocatoria de mandatos.