

UNA VEZ MÁS SOBRE EL DERECHO AL AGUA POTABLE PARA USUARIOS (Y CONSUMIDORES)¹

Por Dr. Guillermo F. Rizzi²

SUMARIO

I. De nuevo sobre el agua 1	01
II. El agua como derecho humano fundamental	03
III. El derecho al agua para usuarios -y consumidores- en la jurisprudencia reciente	04
IV. De nuevo sobre el agua 2	07

I. DE NUEVO SOBRE EL AGUA 1

En el caso bajo análisis, se plantea como situación fáctica el pedido de un vecino rojense que considera necesario solicitar la provisión de agua potable, ya que entiende que los niveles de arsénico en el agua superan los valores establecidos por la ley. El mismo ha despertado mi interés no solo por sus particularidades, sino porque pone en tela de juicio el derecho humano al agua potable como insumo vital para la existencia de la propia humanidad.

El juez en lo contencioso administrativo del Departamento Judicial Junín, doctor Juan Bazzani, decidió acoger la pretensión promovida en el caso en estudio y condenar a la Municipalidad de Rojas a presentar, dentro del lapso de noventa días, con el asesoramiento previo y monitoreo de la Autoridad del Agua -artículos 14 inc. b del decreto 878 y 58 de la Ley N.º 14.989-, un plan integral que refleje la incorporación tecnológica y las obras de infraestructura de rigor tendientes a

1. Comentario a fallo JUCA 1 Junín en autos "Pereyra Queles Juan Ignacio c/ Municipalidad de Rojas s/Amparo", Expte. 7488/12, sentencia definitiva del 29-X-2018.

2. El autor es Especialista en Derecho Administrativo (UNLP); Profesor de grado por concurso de oposición y antecedentes en la materia Derecho Administrativo II, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, cátedra Dra. Claudia Milanta; Profesor invitado de postgrado en las Especializaciones de Derecho Administrativo que se dictan en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de La Plata y en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP; Autor de varios artículos, ponencias y diversas publicaciones en revistas especializadas de derecho público; Co-autor del libro "Tratado de las Medidas Cautelares", Ed. Abeledo Perrot 2012, bajo la dirección del doctor Carlos E. Camps; Co-autor del "Tratado de Derecho Municipal", Ed La Ley, bajo la dirección del Dr. Jorge Luis Bastons; Coautor del libro "Derecho Administrativo", Ed. EDULP 2017, bajo la dirección del doctor Carlos Alfredo Botassi, manual de cátedra; Director y Co-autor del libro "Ética pública y sistemas de responsabilidad del Estado y del agente público" (<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/69703>); Co-autor en México del libro "Retos de la Administración Pública en el Estado Contemporáneo"; actualmente se desempeña como Abogado Inspector en la Suprema Corte de Justicia Bonaerense y fue ternado por el Consejo de la Magistratura, para acceder al cargo de juez en lo Contencioso Administrativo para el Juzgado N.º2 del Departamento Judicial de La Plata.

adecuar el nivel de arsénico hacia el 0.01 mg/l que tolera el artículo 982 del Código Alimentario Argentino, en el agua que consumen los habitantes del Partido de Rojas. Asimismo, decidió imponer las costas causídicas en un 70% a la Municipalidad en su carácter de prestataria del servicio y en un 30 % a la provincia, en su carácter de reguladora de la actividad.³

La legitimación pasiva de la Municipalidad de Rojas se focaliza en su carácter de prestataria directa del servicio (artículo 3 inc.2 del decreto 878/03) y la del Estado provincial se justifica en su doble rol de regulador a través del Ministerio de Infraestructura (artículo 4 del decreto 878/03) y de controlador del servicio por intermedio del ente autárquico OCABA, actualmente remplazado por la Autoridad del Agua, Ley N.º 14.989 (artículos 5, 14 inc. b y 80 del decreto 878/03).⁴

Lo resuelto, a más de la falta de resolución aun de su apelación⁵, pone en evidencia nuevamente una situación que ubica al agua potable en una suerte de fino equilibrio, por qué no decir en la cornisa, entre la necesidad y obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma como derecho humano fundamental, en tensión directa con el concepto del derecho desde la óptica del consumidor.

Entre otras cosas, en mi trabajo de años en el actual Ministerio de Infraestructura aprendí que no es fácil darle solución plena y segura a esta problemática que aparece principalmente en la zona noroeste de la provincia de Buenos Aires. Las obras que deben realizarse para controlar el nivel de arsénico no se reducen sólo a plantas depuradoras en los municipios, sino a una obra general de derivación que implica un gasto presupuestario de proporciones monstruosas, pero que obviamente deberá encararse por el tipo de derecho en juego y por el riesgo que corre la población.

En razón de ello, la Suprema Corte provincial ya ha condenado varias veces a la provincia -también a ABSA (como gestora del servicio público de agua potable en

3. Recomiendo ampliar fundamentos leyendo la sentencia y pasos posteriores a la misma, fuente web: mev, SCBA, ver Expte. 7488.

4. Puede ampliarse sobre cuestiones de litigio estructural y legitimación pasiva en fuente web: <https://classactionsargentina.com/2019/01/28/litigio-estructural-y-tutela-colectiva-del-derecho-a-la-saludcondenan-a-la-municipalidad-de-rojas-y-la-provincia-de-buenos-aires-a-presentar-un-plan-integral-para-a-decuar-el-nivel-de-arsenico-en-el/>

5. Observar fundamentos de apelación en fuente web: mev, SCBA, ver Expte. 7488.

algunas jurisdicciones)- para que presenten un plan integral de obras y gestión que contemple, en general, un estudio, proyecto y construcción de la infraestructura adecuada; y/o la gestión adecuada del servicio, para lo cual se debe contar con un presupuesto acorde a fin de garantizar el funcionamiento constante y continuo de las obras planificadas.

Obviamente para ello se debe contar además con partidas presupuestarias para cumplir las etapas de su ejecución, control de calidad y cantidad de la prestación.

Y todo ello debe ser logrado en plazos razonables.

II. EL AGUA COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

En el marco internacional, a través de la sanción de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció como derecho humano esencial al agua potable y el saneamiento para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

La Observación General N.º 15, emitida en el año 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dada en el marco de la interpretación de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha puesto en discusión su carácter de principal derecho humano porque su efectivo goce permite la concreción del resto del plexo de derechos humanos que son fundamentales para la vida. Es que ya no se discute que el 75% del planeta es agua y más del 95 por ciento de ella es salada. Ni que casi el 3 % restante es dulce pero solo el 0,5% se encuentra al alcance del ser humano, bien porque no toda es potable o quizás porque se encuentra en lugares aun inaccesibles para el hombre.

De ahí que, quizás, estemos posicionándonos frente a una visión más global del mundo que habitamos en nuestro carácter de consumidores de bienes claramente escasos, pero que al mismo tiempo tiene relación con el derecho a un ambiente sano y equilibrado. Sin embargo, esta visión de los recursos como cosas dentro del comercio hace que aparezca el mercado como forma superior de gestión de la economía, que ordena y resuelve los problemas sociales. Así, al problema de la

falta o insuficiencia de agua potable se agrega una nueva complicación vinculada al mercado, pues se cobra un precio por el agua que se consume.

Frente a esta postura debe anteponerse el rol activo del Estado, porque es él quien debe intervenir en garantía de los Derechos Humanos. Es claro que es responsabilidad de todos los Estados -sea nacional, provincial o municipal- a través de sus políticas públicas, el deber de proyectar, delinear, estructurar, coordinar y solucionar el abastecimiento de este recurso esencial.

III. EL DERECHO AL AGUA PARA USUARIOS -Y CONSUMIDORES- EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Aunque no se trate de un derecho expresamente reconocido por la Carta Magna local, desde la causa A. 70.011, “Conde”, sent. de 30-XI-2011, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha venido advirtiendo que este tipo de casos resulta de fundamental importancia para el efectivo derecho de acceso al agua potable.

Creo necesario asimismo resaltar, en este breve comentario, la posición y decisión de la Corte federal en la causa “Kersich”⁶, también sobre la aplicación del principio de prevención y, aún en la duda técnica, del principio precautorio, como sustento de ese derecho.

Las referencias al derecho del consumo aparecen cuando se analiza el proceso colectivo, el alcance de la sentencia y la representación adecuada, de allí los conceptos vertidos por el señor ministro doctor Soria en “Kersich” -del año 2017-, cuando señala que el art. 15 de la Ley de Amparo provincial, relativo al alcance de la sentencia, incorpora una regla análoga a la prevista en otras legislaciones referidas a derechos de incidencia colectiva, en supuestos de Defensa del Consumidor y de Protección Ambiental (artículos 54, segundo párrafo, Ley N.º 24.240, texto según Ley N.º 26.361; 28 inc. “a”, Ley provincial N.º 13.133; Ley General del Ambiente N.º 25.675). De tal suerte, el pronunciamiento de mérito ha de comprender “...a todo el grupo de afectados, y será oponible al vencido en beneficio

6. Fallos 337:1361

de quienes, a pesar de no haber intervenido en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción”, aclarándose que si la acción fuere desestimada quien no haya tomado parte de la litis podrá intentar, dentro del plazo establecido para su interposición, la misma pretensión con idéntico objeto si se valiere de nueva prueba (ver causa Q. 71.837, “Kersich”, sent. de 27-IX-2017).

Por medio del proceso que aquí se analiza, se destaca como particularidad la legitimación de un único actor, lo que no impide reconocer que, debido a las particularidades del derecho en juego, se intenta lograr la tutela de un derecho de incidencia colectiva, por tanto, insusceptible de apropiación individual y referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente como es, sin dudas, el acceso al agua potable.

De la lectura de la sentencia resulta que el agua que suministra el Municipio de Rojas a sus habitantes para consumo no es potable. Se han constatado serias irregularidades en la calidad del líquido vital, al sobrepasar los límites permitidos de arsénico, nitritos, nitratos, o fluoruros (conf. artículo 982 del Código Alimentario Argentino). Y todas esas irregularidades constituyen serios riesgos para la salud, especialmente para los niños y los sectores de la sociedad más vulnerables.

La acción promovida entonces puede ser calificada como un proceso colectivo en los términos de la causa “Halabi” (Fallos 322:111). La pretensión, en resumidas cuentas, exige que la provisión de agua para consumo se realice con características físicas y micro biológicas -contenido de arsénico, nitratos, flúor y sólidos disueltos- que cumplan con los estándares establecidos en el Anexo A de la Ley local N.º 11.820 y el artículo 982 del Código Alimentario Argentino (Ley N.º 18.284, según Ley N.º 13.230), ello de acuerdo a como ha sido delimitado por la Corte federal en el propio fallo “Halabi” y que la Suprema Corte provincial receptó en el caso C. 91.576, “López”, sent. de 26-III-2014, junto a otro fallo de características similares en autos “Kersich”, de 2017 (cit. más arriba) y, entre otros, el ya destacado “Conde” de 2011.

En el caso bajo análisis, he de subrayar las propias palabras del juez al señalar que “...los principios “*pro homine*” y de promoción de los derechos humanos son

válidos como pautas hermenéuticas, por relacionarse con las condiciones en que se le brinda un servicio a la población, en el marco de un servicio público, en donde se encuentran afectados derechos fundamentales (a la vida, la salud, al medio ambiente)”.

Destacó, además, el juez que las demandadas no habían acreditado que existieran características particulares de la región que justificasen un margen de apreciación local para no aplicar la regulación nacional en la materia, la que establece un plazo razonable para exigir los nuevos parámetros de calidad en el agua potable en aquellas zonas afectadas por un alto índice de arsénico; y que el régimen de defensa del consumidor, de aplicación directa en las relaciones entre la Municipalidad prestadora del servicio y el usuario (artículo 51, decreto 878/03), determina que en caso de duda debe estarse a la normativa más favorable al consumidor (artículo 25 de la Ley N.º 24.240).

Se ha verificado entonces la prestación del servicio de agua potable por fuera de los módulos de calidad contemplados en el Anexo A del marco regulatorio aprobado por Ley N.º 11.820 y el artículo 982 del Código Alimentario Argentino (conf. adhesión, Ley provincial N.º 13.230), por lo tanto, debe considerarse afectado el derecho a la salud de los habitantes del Municipio en cuestión -comprendido dentro del derecho a la vida, con rango constitucional- (con cita de artículos 36 inc. 8º de la Constitución provincial y 75 inc. 22, CN), habida cuenta que se configura el peligro genérico a la salud colectiva.

La particularidad de la decisión hace que el juez tenga que -en sus propias palabras- “implorar la colaboración de la Autoridad del Agua, ente autárquico dotado de idoneidad técnica para asesorar al Municipio en las obras de infraestructura y la tecnología a utilizarse para reducir el componente químico -arsénico- hacia el límite que pregona el Código Alimentario Nacional (0,01 mg/l)”.

Ello así puesto que el rol revisor y nunca sustitutivo del control judicial sobre el desenvolvimiento de la administración pública (conf. Fallos 331:1369, causa “Camuzzi”) amerita la cooperación de la Autoridad del Agua a efectos de que asesore y monitoree las obras de infraestructura necesarias y la incorporación de tecno-

logía adecuada a fin de ajustar la existencia del componente químico de acuerdo a la cantidad por cada mg./l que postula el Código Alimentario Nacional (artículo 14 inc. b del decreto 878/03).

Ello así desde la sanción de la Ley N.º 14.989 que suprimió el Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (O.C.A.B.A) determinando que la Autoridad de control de la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales será la Autoridad del Agua (A.D.A), quien absorberá todas las funciones atribuidas al primero (artículo 58).

Son, entonces, intereses transindividuales generales y *“como se trata de intereses de titularidad difusa e indivisibles en cuanto a su goce, la legitimación que se reconoce para defender estos intereses es también difusa”*⁷ En tal sentido entiendo que no solo este propio afectado estaría legitimado para el reclamo sino también el Defensor del Pueblo bonaerense (artículo 55 de la Const. pcial.), quien podría representar los intereses de un grupo de vecinos afectados, o bien diversas asociaciones en tanto acrediten los extremos procesales correspondientes (conf. “Halabi”, Considerando 11).

IV. DE NUEVO SOBRE EL AGUA 2

El efectivo acceso al agua potable es un derecho humano indispensable y de primera necesidad, conforme doctrina legal de la Corte federal (causa “Kersich”, cit.) que estableció expresamente en su considerando 10 que: *“...en este sentido cabe recordar que los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales (doctrina de Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros). No hay duda de que, en el caso, existe la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación...”*

7. Lorenzetti, Ricardo Luis, “Las normas fundamentales de derecho privado”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, p. 167.

Es menester destacar el carácter operativo de los derechos fundamentales en cuanto no se puede obstaculizar su efectivización por meras cuestiones procesales, o a través de la reticencia de la propia administración.⁸

Asimismo, debe resaltarse que el derecho al agua reviste una vital importancia, tanto que ha resultado difícil de definir desde el pensamiento netamente jurídico. Así, cuando aparece un reclamo directo por calidad o incluso por cantidad, las discusiones se estancan en planos procesales o en su falta de reconocimiento expreso constitucional.

Sin embargo, a efectos de dimensionarlo como lo que es, incluso más allá del derecho, creo que alcanza con traer a la discusión el hecho de que, en la lucha por la conquista del espacio, el hombre sólo busca agua.

8. Obsérvese la apreciación del Juez respecto a que en el año 2016 el director de Presupuesto del Municipio de Rojas afirmó que, para ese año, no había partida específica para ejecutar obra alguna para reducir los niveles arsénicos, pero luego señala la directora de Servicios Sanitarios que “hay varias obras generales previstas desde servicios sanitarios y además otras en proyectos de ejecución” (sic, informes de fs.281 y 282 respectivamente, según se lee en la sentencia)