

Título: El acceso al agua en el Código Civil y Comercial

Autor: Sozzo, Gonzalo

Publicado en: *RD Amb* 46, 08/06/2016, 65

Cita Online: [AR/DOC/4286/2016](#)

Sumario: I. Introducción.- II. La visión liberal del siglo XIX y los códigos.- III. Los bienes colectivos.- IV. La visión del Código Civil y Comercial.- V. La tragedia de los bienes comunes.- VI. Derechos de incidencia colectiva.- VII. El derecho del agua.

### I. Introducción

El objetivo que se intenta alcanzar aquí es sintetizar cuatro o cinco ideas que a mi entender resultan importantes respecto de la visión que el Código Civil y Comercial tiene sobre el ambiente y particularmente sobre el asunto del agua.

Resulta importante plantear que en el campo del derecho no se ha reflexionado lo suficiente acerca de cuál era la cosmovisión que el Código del siglo XIX tenía sobre los bienes ambientales.

Es imposible escribir un libro que organice a las sociedades humanas, que es lo que intentan hacer los códigos civiles, sin referirse a la lógica de la modernidad. Es imprescindible que al mismo tiempo que se diseña el mundo humano, los códigos se ocupen del mundo natural.

### II. La visión liberal del siglo XIX y los códigos

Para la filosofía política liberal, que es la base de los códigos civiles del siglo XIX, siempre se trató de naturalizar la visión que la modernidad tiene del mundo natural. Es por eso que no ha sido un tema sobre el cual haya habido una reflexión crítica y hemos convivido con una visión dentro del derecho privado en virtud de la cual en el mundo hay cosas, objetos infinitamente apropiables.

No hay que olvidar que en los códigos del siglo XIX las cosas que forman parte del mundo de la naturaleza son o propiedad pública o propiedad privada. Absolutamente todo va camino a la apropiación. Son programas de apropiación infinita del mundo.

La apropiación para el uso y la explotación por parte de los seres humanos y la idea de progreso que está detrás de eso y que fue plasmada en la cláusula del progreso de la Constitución Nacional, da el norte a la apropiación del mundo natural que está en los códigos civiles.

Sin embargo, hay escasos trabajos acerca de la conexión que existe entre la cláusula de progreso de la Constitución y la idea de cosas naturales que existe en los códigos civiles.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, que fue un gran Código Civil, se ocupó de regular las cosas *res nullius*, pero no consagró la categoría de *res communis*, que sí estaba en el Código francés y que es una de sus principales fuentes. En este sentido, el Código de Vélez Sarsfield es aún más liberal e iluminista que el propio Código Civil francés.

### III. Los bienes colectivos

Los bienes comunes, llamados por la Corte Suprema de Justicia "bienes colectivos" han sido introducidos en el derecho argentino a partir de la reforma constitucional del año 1994, que al consagrar los derechos de incidencia colectiva, también reconocen los bienes que son comunes o colectivos, que se caracterizan por eso, por ser bienes de uso común, pero al mismo tiempo bienes indivisibles e inapropiables. Los dos bienes más importantes en ese campo son la cultura y la naturaleza. Es decir, la Constitución en la reforma de 1994 viene a establecer otra idea sobre las cosas, sobre el mundo natural, sobre los bienes. Se introdujo una reforma implícita de lo que establecían los códigos civiles.

Sin embargo, si miramos la jurisprudencia de la década del 90, notamos que el Código Civil se encargaba de poner en estado gaseoso eso que la Constitución sólidamente explicaba acerca de cómo debemos mirar a los bienes naturales y a los bienes culturales. Son varios fallos que muestran claramente cómo el derecho civil con una concepción de la propiedad y una teoría de los bienes que no daba cuenta de la existencia de esos bienes comunes, terminaba desdibujando y borrando, poniendo en un estado gaseoso esa concepción de la Constitución luego de la reforma. Ella intentaba que nuestra mirada sobre la naturaleza y la cultura fuera diferente a la mirada que existía en los siglos XVIII y XIX, o sea, la mirada de la primera modernidad.

### IV. La visión del Código Civil y Comercial

Esa situación antes mencionada es la situación con la que se encuentra el Código Civil y Comercial. Por eso es que tiene el mérito de ser el primer código que asume el desafío de la invisibilidad de la cuestión de la naturaleza en el campo del derecho privado. Y hace todo lo contrario, se hace cargo del asunto, lo hace visible,

hace visible la necesidad de proteger los bienes naturales y lo hace a través de algunos instrumentos que pone en marcha y que son verdaderas innovaciones para el campo del derecho privado.

Es decir, lo que hace el Código es ajustarse a la idea constitucional sobre los bienes naturales, según la cual la sociedad, todos los colectivos sociales, tienen un derecho colectivo a esos bienes comunes.

Por eso considero que artículo más bonito del Código es el art. 240, puesto que es en él donde el Código explica y pone bien en claro cuál es su cosmovisión.

La visión que el Código tiene respecto de la naturaleza y la cultura no es la misma que tenían los códigos del siglo XIX. La visión que este Código recoge es la que trae la reforma constitucional del año 94. Es una visión muy particular, porque considera a la naturaleza como un bien colectivo, como un bien común. Sólo ha sido factible en la Constitución de Brasil o en la de Colombia. Es necesario aclarar que para el derecho ambiental de los países del hemisferio norte, el derecho al medio ambiente sano es un derecho individual.

En el nuevo Código se plantea una revisión de la teoría de los bienes y se dice claramente en los fundamentos del anteproyecto que esta idea de receptar en el Código la teoría de los bienes comunes y los derechos de incidencia colectiva va a cambiar, va a transformar nuestra relación con los recursos naturales. Porque si uno maneja en el campo del derecho ambiental y en el campo constitucional una teoría de los bienes que luego en el derecho privado es contradicha por una teoría de los bienes del derecho privado y una teoría del desarrollo propia del derecho privado, que no se condice con la idea de protección, se termina diluyendo la protección que se pretende construir. Esto pasa no sólo con los bienes ambientales, pasa también con los bienes culturales.

#### V. La tragedia de los bienes comunes

El Código toma como punto de partida la idea de la "tragedia de los bienes comunes". Esa idea es de un artículo de Garrett Hardin, que tenía ese título. Quizás este sea uno de los artículos más criticados en el campo de las ciencias sociales en los últimos treinta o cuarenta años.

Pero la pregunta es: ¿En qué sentido el Código trae la idea de la tragedia de los bienes comunes a la mesa? Definitivamente no en el sentido que le daba Garrett Hardin, puesto que él decía que había que distribuir el derecho propietario individual si queríamos hablar de los bienes comunes.

Según este pensador, la solución sería privatizar los bienes comunes si queríamos hablar de su tutela, porque no hay nadie mejor que el propietario para proteger los bienes que son comunes.

Por supuesto, no es ése el sentido con el cual el nuevo código recoge la idea de la tragedia de los bienes comunes, sino que busca llamar la atención sobre la idea de la crisis ambiental y la relación de la crisis con la necesidad de producir una transición en nuestros modelos de concepción de la relación con los bienes que son comunes.

#### VI. Derechos de incidencia colectiva

Para eso, el Código considera que es muy importante que el derecho civil introduzca la idea de derechos de incidencia colectiva. Por eso el art. 14 dice que hay derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, contribuyendo a una transición de modelos para regular el problema de los bienes comunes en el sentido de evitar su tragedia, distinguiéndose de la posición neoliberal anterior.

Lo que hace el nuevo Código es rediseñar la teoría de los bienes en el Libro Primero, en la Sección 3ª, en los arts. 240 y 241. Estos artículos son una reforma de la teoría de los bienes, pero no en el sentido de establecer que hay bienes comunes que son una tercera categoría entre los bienes privados y públicos. Sino en el sentido de señalar que hay ciertos bienes sobre los cuales hay derechos de incidencia colectiva, es decir, lo que altera la teoría de los bienes no es la clasificación de los bienes, sino que lo que cambian son los derechos que se ejercen sobre los bienes públicos y privados.

Lo que se dice es que sobre bienes públicos y privados hay derechos de incidencia colectiva y que son un límite al poder del propietario. Éste no puede utilizarlos solamente en función de su propio interés, sino que tiene que utilizarlos en el sentido de una función socioambiental que traemos de nuestra constitución.

Eso se traduce en una verdadera revolución para el derecho privado, que es la necesidad de ajustar la teoría del contrato y la teoría propietaria a la existencia de esos derechos de incidencia colectiva que protegen el costado común de bienes sobre los cuales hay propiedad pública y privada, porque todo es apropiable, aun ahora.

No hay bienes inapropiables, las bases materiales de los bienes comunes son apropiables. Entonces lo que dice el art. 240 hay que entenderlo en ese clave, los derechos individuales es decir, la libertad de contratar y el derecho propietario tienen un límite con estos bienes comunes sobre los cuales hay derechos de incidencia

colectiva. A su vez, eso se traduce no sólo en un límite del poder del propietario, sino en un empoderamiento de la sociedad civil, porque ella podrá entablar procesos colectivos y acciones de clase, entrar en relaciones contractuales e interesarse por ejercicios del poder propietario que están violando esos bienes comunes, que subyacen en bienes que en realidad tienen propietario .

Éste es un verdadero cambio de paradigma que no se va a encontrar en ningún otro país del mundo, no se lo va a encontrar porque no hay constituciones que sean como la Constitución argentina. Sólo son similares las Constituciones de Brasil y de Colombia, pero ellos no han modificado sus códigos civiles en función de esas normas fundamentales.

#### VII. El derecho del agua

En esa misma línea, el art. 241 trae el derecho al agua. Si bien el Código no decía que era un derecho humano, la idea era establecer que sobre el agua existe un derecho de acceso cuando se la tiene que utilizar para fines vitales y que sobre el agua existe un derecho fundamental según lo decía el título del artículo, pero no lo decía el texto.

El agua estaba siendo percibida por el Anteproyecto del Código Civil desde algunas perspectivas que están dentro del nuevo Código y era como el ejemplo paradigmático de un microbien o como un macrobien que necesita una protección especial porque es un bien común.

Si uno observa con atención, todo el Código se encuentra sumergido en una preocupación por el acceso. Al agua se la regulaba en ese sentido, en el sentido de permitir el acceso al agua potable, pero también estaba enfocada el agua dentro de esta cosmovisión de los bienes ambientales que tiene el nuevo Código Civil. Obviamente sobre el agua pueden ejercerse para proteger el derecho de acceso al agua potable, derechos de incidencia colectiva, porque en el fondo el agua constituye un bien común.

Y finalmente, el agua quedaba atrapada por el paradigma de los derechos humanos. Esa humanización que también pasa al Código, desde el art. 1º en adelante; aunque el art. 241 no hablaba del derecho humano al acceso del agua potable, de la interpretación del contexto del nuevo Código, sin dudas que era ésa la conclusión a la que se iba a llegar.

Este intento por regular el agua es un intento que también sigue el constitucionalismo latinoamericano como el de la Constitución de Ecuador o la de Bolivia. Pero éste tiene una cosmovisión muy diferente respecto de los bienes ambientales. Como todos saben, esas constituciones y las leyes derivadas en el caso de Bolivia, tratan a los bienes ambientales no exactamente como bienes, sino como un sujeto. Se regula entonces a la naturaleza como un sujeto y a sus componentes como un sujeto. La Constitución argentina tiene otra concepción y es muy complicado hacer funcionar ahí los préstamos jurídicos, es decir, hacer trasplantes jurídicos.

La línea de trabajo del Código en este tema no es parecida a esa otra línea de trabajo, sino que tiene que ver con el intento que se ha venido llevando adelante en Italia. En este país, en 2007 se crea una comisión presidida por el destacado jurista Stefano Rodotà para intentar reformar el Código Civil italiano, reformar la teoría de los bienes públicos e introducir la idea de bienes comunes.

Uno de los ejes de trabajo era el agua, el derecho de acceso al agua.

El trabajo de esa comisión fracasó en el sentido de que no se terminó reformando la teoría de los bienes del Código Civil italiano, pero tiene repercusiones muy valiosas. Ellos están trabajando una especie de asamblea popular constituyente para intentar reformar la teoría de los bienes comunes. Se ha tomado otro camino, pero la teoría de los bienes comunes que desarrolla la comisión Rodotà es muy similar y se ajusta muy bien a las ideas que ya hemos desarrollado en Argentina. Por eso podemos decir que éste es un Código de vanguardia, puesto que hay luchas en el mismo sentido en otros países en los cuales tienen constituciones con las que es mucho más fácil entrar en un diálogo legal o jurídico.

El episodio del agua no termina con el hecho de que en el Código Civil el texto final la haya excluido, porque quedan otros vestigios que permiten perfectamente reconstruir el derecho de acceso al agua potable. Mientras esa reconstrucción se realiza, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, la Corte Suprema de Justicia en el año 2014 dictó sentencia en el contexto del caso "Kersich".

En la misma se dicen tres o cuatro cosas que van en la misma dirección que traía el Código Civil, que es la misma que está planteando el derecho internacional. Lo que se dice en esa sentencia es que el agua es un microbien ambiental y que es al mismo tiempo un macrobien ambiental. Es en el mismo sentido que lo establece la Ley General del Ambiente, cuando desarrolla el problema del daño ambiental; puesto que es un bien ambiental en sentido amplio, pero también es un componente, de ahí su calidad de microbien.

Existe un derecho de acceso al agua potable y es un derecho humano, que en la Constitución Nacional es

conexo al derecho a la salud y a la vida, que además son derechos implícitos en la Carta Magna. Al mismo tiempo, por eso es bicéfala la mirada que hay sobre el agua. Ella está también protegida por el derecho al medio ambiente sano, sobre el cual existen derechos de incidencia colectiva. Es por eso que es posible entablar acciones de clase basadas en intereses individuales homogéneos o a partir de derechos transindividuales.

A esa mirada bicéfala se le proporciona una posibilidad de una protección muy potente, porque se puede proteger a partir de procesos colectivos y de acciones de clase con todo el peso argumental de los derechos humanos; eso le da una potencia y una entidad muy importante al acceso al agua potable. Y fundamentalmente, la última afirmación es que son utilizables dentro de ese contexto los principios de prevención y de precaución, contenidos en la Ley General del Ambiente, respecto de una acción de clase o de acciones colectivas.

En la sentencia hay avances que van mucho más allá de lo que el mismo Código Civil establecía respecto del derecho de acceso al agua potable.

En definitiva, tenemos que poner en valor la forma en la cual el Código reguló a los bienes ambientales, y esto es una invitación a trabajar en la línea de tutela de los bienes ambientales.

Otra lección es que el problema del acceso al agua potable para la ciudadanía y para las poblaciones es irreversiblemente un derecho humano, porque hay una crisis muy fuerte vinculada al agua y es inevitable que dentro del campo legal se terminen filtrando, por un camino o por otro, las mismas construcciones que la sociedad está reclamando.