

Procuración General de la Provincia de Río Negro

Sres. Jueces:

I

A fs. 17 se corre vista de las presentes actuaciones a esta Procuración General, a fin de que me expida sobre la naturaleza jurídica, competencia, legitimación pasiva y eventual procedencia formal de la acción promovida en autos (art. 11 Ley K N° 4199).

ANTECEDENTES:

A fs. 1/16 vta. se presentan las Sras. M. I. H. y A. C. en representación del Observatorio de Derechos Humanos de Río Negro, con sede en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, promoviendo "*formal acción de amparo contra el Estado de Río Negro*" para que, atento la escasez de agua y saneamiento cloacal en barrios muy poblados de la ciudad de General Roca (Altas Bardas, Ampliación Barrio Nuevo y Barrio Quinta 25) se les brinde ese servicio.

Expresan que la carencia de un derecho básico como es el acceso al agua potable pone en riesgo la integridad física, la salud y la vida de los vecinos afectando el principio de igualdad y no discriminación, por lo que solicitan se ordene la provisión de agua potable y el saneamiento cloacal.

Asimismo solicitan como medida cautelar, hasta el efectivo y pleno cumplimiento de estos derechos, un plan de contingencia por el cual se asegure a cada familia la provisión de 200 litros de agua por habitante por día, con participación vecinal en el control y monitoreo del cronograma destinado a esa provisión.

Con apoyatura en el caso "H." fundan su legitimación activa señalando que la provisión del agua es un bien colectivo, indivisible e indispensable, cuyo titular no es una

Procuración General de la Provincia de Río Negro

sola persona sino que pertenece a toda la comunidad, de ahí su "naturaleza colectiva".

Mencionan que el art. 43 de la Constitución Nacional indica que la tutela de los derechos de incidencia colectiva corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados (legitimación colectiva), y en ese orden exponen que la norma incluye a las organizaciones que defienden, promueven y protegen derechos humanos, sean asociaciones de consumidores, cooperativas, sindicatos o simplemente organismos de derechos humanos como es el Observatorio de DDHH que representan.

Para el caso de que no sea así reconocido, solicitan se les permita actuar como personas físicas que buscan garantizar el derecho a la salud y a la vida de parte numerosa de la población, especialmente en estos momentos en que el lavado de manos y el distanciamiento social son las medidas más efectivas contra el Covid-19.

Entre otros argumentos, refieren que las Reglas de Brasilia norman el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad y exigen políticas públicas que modifiquen en forma definitiva esas condiciones desfavorables.

Entienden que para tal fin la acción de amparo resulta la más idónea, pero a continuación aluden específicamente al instituto del mandamus, apuntando que esta figura procede cuando el Estado está obligado a hacer y no hace, debiendo interponerse "*como hacemos en el presente*" ante el Superior Tribunal de Justicia.

Por ello, aseguran que el mandamus "*es el más idóneo por la gravedad de la carencia de agua potable y por la urgencia, por esta enfermedad pero por otras que son habituales en esos barrios, como por ejemplo problemas gástricos y pone en alerta cuando hay problemas de desnutrición*".

Más adelante en su exposición, citan jurisprudencia que consideran aplicable a la materia y explican que estiman imprescindible la interposición de esta acción, ya

Procuración General de la Provincia de Río Negro

que el lavado de manos, la higiene y el buen estado de salud, son fundamentales para evitar que las personas sean afectadas por el Covid 19 y en caso de ser afectadas, que el virus no sea letal: *"Para lograr ese fin, el agua potable es esencial y ninguna otra acción legal podría posibilitar el cumplimiento de la provisión del agua requerida y la solución definitiva en los tiempos necesarios para cuidado del barrio y de toda la comunidad"*.

Seguidamente relatan que el Barrio Nuevo -sector ampliación-, el Barrio Quinta 25 y el Barrio Altas Bardas no son asentamientos irregulares, pues están reconocidos sus dominios por el Municipio o poseen el título de propiedad; cuentan con luz y red de gas natural y el único servicio que se provee con irregularidad es el agua ya que solo durante algunos días o semanas hay agua por la red.

Expresan que el gobierno de la provincia envía agua a través de camiones cisterna pero no en forma diaria, mientras que el gobierno municipal contribuye en la proporción de agua pero no es potable.

Luego indican que la provincia de Río Negro tampoco desconoce el derecho de los mismos, pues hubo intentos concretos de solucionar esta carencia a partir de la construcción de una cisterna que muy pocos días ha funcionado correctamente, pese al continuo reclamo de los vecinos desde el año 2017.

Jurídicamente, argumentan sobre derecho al agua citando la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 14 Inc. 2 h); la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24 Inc. 2 c), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11) y Disposiciones 14 y 15 de su Comité DESC, con mención del fallo "K." (CSJN Fallos: 337:1361). Aluden a su vez al Código Alimentario Argentino en su Artículo 982 y a la ley provincial N° 4270, Art. 1, Anexo B.

Refieren a la Responsabilidad del Estado en relación al derecho al agua y destacan que el Estado rionegrino debe adoptar las medidas necesarias y suficientes para que

Procuración General de la Provincia de Río Negro

desde ARSA se solucione este problema de larga data.

Finalmente, ante la urgencia y las graves implicancias de la carencia de agua –particularmente en este tiempo de pandemia- solicitan como medida cautelar innovativa que el Tribunal disponga de un plan de contingencia que garantice 200 litros de agua potable por habitante diariamente y se controle a través de un cronograma con la debida difusión de días y horas de suministro para que cada vecino sepa cuándo proporcionarán el agua y firme su recepción.

Piden también un control con participación comunitaria hasta que se concluya la obra verificando que el agua sea efectivamente potable y se disponga de un cronograma para la finalización de obra que asegure la provisión regular del servicio de agua con saneamiento cloacal para la totalidad de las viviendas.

II

Ingresando al análisis del caso que nos ocupa, y ateniéndome a los estrictos términos de la vista conferida, comenzaré liminarmente por desentrañar la naturaleza jurídica de la acción interpuesta, lo que permitirá luego determinar el Tribunal que resulta competente para intervenir en autos, la legitimación pasiva y la eventual procedencia formal de la vía intentada.

Así, encuentro oportuno señalar que ese Superior Tribunal de Justicia tiene dicho que a los fines de precisar la naturaleza jurídica de una acción debe estarse a “...*la determinación del objeto esencial o principal del recurso en trámite...*” (conf. STJRNCO, Se. 20/08 STJ, entre otras).

En ese orden, advierto que al inicio de su demanda las presentantes manifiestan que interponen “formal acción de amparo” contra el Estado de Río Negro para

Procuración General de la Provincia de Río Negro

luego enfatizar que la provisión del agua es un bien colectivo que da lugar a un derecho de incidencia colectiva.

Citan el caso "H." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y fundan su legitimación activa en el art. 43 de la Constitución Nacional, considerándose incluidas en el vocablo "Asociaciones" que se menciona en la norma en cuestión. Más adelante señalan incluso que, de acuerdo a lo que se establece en el fallo citado, la acción de amparo resulta la más idónea para viabilizar su petición.

Como bien puede advertirse, resulta dificultosa la lectura e intelección del objeto de la demanda en función de los diversos encuadres que mencionan las accionantes al momento de fundar el objeto de su pretensión.

No obstante, el Acápite IV del escrito inicial (v. fs. 3 vta.) titulado "Idoneidad de la acción de amparo" parece contribuir a esclarecer la naturaleza jurídica del proceso iniciado.

En efecto, allí se sostiene que puede hablarse genéricamente de amparo y específicamente de mandamus: "*La diferencia, surge de que el mandamus procede cuando el Estado está obligado a hacer y no hace, y en tal caso, necesariamente debe interponerse como hacemos en el presente, ante el Superior Tribunal de Justicia. Es el más idóneo por la gravedad de la carencia de agua potable y por la urgencia...*" (el destacado me pertenece).

En consecuencia, y pese a las contradicciones en que incurren las requirentes al invocar las normas y fundamentos del amparo genérico y colectivo, estimo que la presentación en estudio debe ser subsumida en la figura del mandamiento de ejecución reglado en el art. 44 de la Constitución Provincial.

Sentado ello, corresponde señalar que el STJ resulta ser la autoridad competente para entender en las presentes actuaciones en virtud de la competencia originaria y

Procuración General de la Provincia de Río Negro

exclusiva que le atribuye el art. 40 inc. e) de la Ley N° 5190 (Orgánica del Poder Judicial).

Ya en lo atinente a la legitimación pasiva, cabe advertir que ese Alto Cuerpo tiene dicho que la legitimación, desde la perspectiva de sus dos vertientes (activa y pasiva) se vincula con una de las condiciones para el ejercicio de la acción: la calidad. Esta última, enmarcada en el concepto de que la acción debe ser intentada por el titular del derecho y contra quien es el obligado -las partes en la relación jurídica sustancial- (cf. STJRNSC, Se. N° 67, "G., A." del 4-4-95).

La "legitimatío ad causam" es la condición jurídica en la que se encuentra una persona respecto del derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otra circunstancia que justifique su pretensión.

En tal contexto, pasando a considerar la legitimación pasiva conforme fuera solicitado por V.S. al correr vista al suscripto, estimo oportuno recordar que las accionantes dirigen su pretensión contra el Estado Provincial, a quien le reclaman una obra que asegure la provisión regular del servicio de agua y el saneamiento cloacal para el sector Barrio Nuevo (ampliación), Barrio Quinta 25 y Barrio Altas Bardas, todos ubicados en la zona norte de Roca, Fiske Menuco.

Al respecto, vale destacar que si bien la Provincia de Río Negro resulta responsable de la prestación de los servicios que aquí se reclaman, la acción debe dirigirse necesariamente contra AGUAS RIONEGRINAS S.A. (ARSA) en su carácter de concesionaria del servicio de distribución de agua potable y tratamiento cloacal, y contra el DEPARTAMENTO PROVINCIAL DE AGUAS (DPA) como Ente Regulador de tal concesión, como autoridad provincial de control y fiscalización de tal servicio.

Ciertamente, las leyes provinciales 3184, 3309 y 3183 delimitan la competencia de ARSA y el DPA, determinando los roles que cumplen uno y otro organismo en el marco regulatorio para la prestación de los servicios de agua potable, desagües cloacales,

Procuración General de la Provincia de Río Negro

riego y drenaje en la Provincia de Río Negro, razón por la cual entiendo que debe ampliarse la legitimación pasiva en autos para que también involucre a los entes enunciados.

Ahora bien, puesto a considerar la eventual procedencia formal de la acción promovida, es dable apuntar que de modo constante e inveterado se ha distinguido con meridiana claridad la diferente naturaleza jurídica del amparo (art. 43 de la C.P. y 43 de la C.N) y las especies calificadas de los arts. 44 y 45 de la Constitución Provincial, remarcándose que estos últimos contienen los mismos recaudos de admisibilidad formal, pero se diferencian del amparo simple en cuanto al objeto que persiguen.

Así, en tanto la acción de amparo tiende a proteger los derechos y libertades frente a la supresión, restricción o amenaza constitutiva de la lesión, tanto de actos de particulares como de la autoridad (art. 43 C.P.), la protección prevista por el art. 44 de la Carta Magna Provincial se limita a acciones u omisiones provenientes de funcionarios públicos (actos de autoridad), pero derivadas de "un deber concreto" (art. 44 de la C.P.).

Los requisitos indispensables para la procedencia del mandamiento de ejecución en particular se encuentran centrados en: 1) la existencia de un deber legalmente impuesto en la Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución, 2) el rehusamiento para cumplir su ejecución, por parte de un funcionario o ente público administrativo y 3) afectación por tal rehusamiento de los derechos del/los recurrente/s (cf. STJRNS4 Se. 60/98 "Z."; Se. 94/98 "Z.", Se. 16/13 "G.", Se. 47/14 "S.").

En definitiva, conforme reiterada jurisprudencia de ese Superior Tribunal de Justicia, el mandamus resulta ser la vía a utilizar contra actos u omisiones en el plano técnico del campo administrativo del hombre frente al Estado (STJRNS4, AI 40/14 "VIEDMA") pero, además, siempre que no se cuente con otras vías idóneas para ello y, asimismo, se cumplan con los restantes recaudos de procedencia del amparo genérico.

Aplicadas las precedentes conceptualizaciones jurídicas, se tiene que más

Procuración General de la Provincia de Río Negro

allá de las alegaciones genéricas efectuadas en la demanda, no se ha individualizado en forma concreta un obrar ilegítimo imputable ya sea al Estado Provincial, a ARSA o al DPA.

Nótese que ni la más mínima probanza se ha arrojado desde la parte actora en cuanto a haber planteado su reclamo en forma actual ante estos organismos provinciales, a razón de lo cual no se estaría en presencia de un "deber concreto" ni de un "rehusamiento" a su cumplimiento por parte de la autoridad que, en esta instancia, no consta haber sido requerida.

Desde esta óptica, procede señalar que ese Alto Cuerpo ha dicho que: *"La excepcionalísima vía intentada (amparo en cualquiera de sus formas) sólo puede atender a situaciones especiales en las que de ningún modo se presenten medios administrativos o judiciales idóneos, y en las que los actos que supuestamente restringen su derecho se presentan de modo francamente manifiesto, claro y evidente, de una gravedad tal que no admita dilación alguna. En este sentido, es esencial que los jueces sean cuidadosos de la doctrina legal respecto de la notoriedad y constatabilidad de los actos que ameritan la acción, o sea que resulten palmarios, tangibles y manifiestos para acreditar la gravedad, urgencia e irreparabilidad y particularmente la inexistencia de otra vía"* (cf. STJRNS4 Se. 162/12 "S.", Se. 169/14 "CH. A."), cuestiones estas que en modo alguno pueden considerarse acreditadas en estas actuaciones.

Por otra parte, en tanto las requirentes exigen que se ordene la ejecución de una serie de obras para garantizar la continua provisión de agua potable en al menos tres barrios de la ciudad de General Roca, procede aclarar que la razón de ser del amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el control del acierto con que la administración desempeña las funciones que la ley le encomienda válidamente; ni el razonable ejercicio de las atribuciones propias de la autoridad administrativa son bastantes para motivar la intervención judicial por vía de amparo, en tanto no medie arbitrariedad manifiesta de los organismos correspondientes (Cf.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

CSJN., 07-12-83, ED. 107 - 454).

A mayor abundamiento, habiendo verificado los enlaces que se proponen como prueba documental en la demanda, puede observarse que el link <https://www.lasuperdigital.com.ar/2019/12/05/instalan-nueva-bomba-> remite a la noticia periodística en formato digital titulada "Instalan nueva bomba para mejorar el servicio de agua potable en Barrio Nuevo" de fecha 05/12/2019, lo que demuestra la existencia de gestiones realizadas desde Aguas Rionegrinas para dar tratamiento a la problemática suscitada.

Por lo demás, y en lo vinculado al reclamo de saneamiento cloacal, vale recordar que existen numerosos procesos en trámite de similar naturaleza al aquí entablado, iniciados por la Municipalidad de General Roca contra la Empresa Aguas Rionegrinas S.A. (ARSA), el Departamento Provincial de Aguas (DPA) y la Provincia de Río Negro por la constante problemática de desbordes cloacales en diferentes sectores de la ciudad, que *prima facie* podrían alcanzar a alguno/s de los sector/es aquí denunciados.

En virtud de lo hasta aquí desarrollado, encuentro necesario aclarar que el acceso a los servicios básicos, entre ellos el agua potable, configura un derecho inherente a la dignidad humana que debe ser atendido por el Estado en forma eficiente, lo que implica que las acciones del Estado deben ser positivas y las órdenes jurisdiccionales conducentes para garantizar el ejercicio y goce de tal derecho humano.

Sin perjuicio de ello, no puedo soslayar que en autos la ausencia de los recaudos formales para la viabilidad del amparo genérico conlleva indefectiblemente la improcedencia de cualquier otra especificidad (*mandamus*), lo que me lleva a concluir que ese Tribunal debe rechazar la acción interpuesta por no reunir los presupuestos esenciales para la procedencia de la vía constitucional intentada.

Procuración General de la Provincia de Río Negro

III

En concordancia con lo antes expuesto, opino que la presente acción participa de la naturaleza jurídica de un mandamiento de ejecución, competencia de ese Superior Tribunal de Justicia (art. 44 de la Constitución Provincial).

Respecto a la legitimación pasiva sostuve que la misma debía ampliarse para que incluya a la Empresa Aguas Rionegrinas S.A. (ARSA) y al Departamento Provincial de Aguas (DPA).

Sin embargo, considero que en definitiva la acción debe ser rechazada por ser formalmente improcedente a tenor de los argumentos antes señalados.

Es mi dictamen.

Viedma, 30 de Junio de 2020.

Jorge Oscar Crespo
Procurador General
Poder Judicial

DICTAMEN N° 77 /20.