



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

ANALISIS DE CASO – DERECHO AMBIENTAL

La Tutela Ambiental del Agua Como Recurso y Derecho Para la Humanidad

“La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”

Vottero Fabián Ariel

ABOGACÍA

2019

Sumario

-I. Introducción. Protección ambiental y futuro sustentable. – II. Historia Procesal. - III. La sentencia: Ratio Decidendi del Tribunal. -IV. Derechos de incidencia colectiva, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. -V. Posición del autor. - VI. Conclusiones Finales. –VII. Referencias bibliográficas.

I- Introducción. Protección ambiental y futuro sustentable.

En la actualidad, el medio ambiente es regulado como un bien jurídicamente protegido para la comunidad en general, desde lo más alto del ordenamiento jurídico nacional, receptado en el art. 41 de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales a ella incorporados mediante el art. 75 inc. 22, como en las diferentes Constituciones Provinciales y legislación local. (Const., 1994, art. 41 y 45 inc.22)

Las Provincias de La Pampa y Mendoza mantienen una controversia de casi un siglo con respecto al uso del rio Atuel como consecuencia de las obras que realizaba La Pampa y que ocasionó el arrebato a los pampeanos del curso del rio provocando consecuencias ambientales, económicas y sociales que a la fecha persisten.

Tal situación motivo que en el año 1.987 la provincia de La Pampa inicie acciones contra la provincia de Mendoza, argumentando que esta última incumplía con la obligación de negociar y establecer un acuerdo a fin de regular el uso del recurso hídrico, así mismo también se solicitó que se declare la presencia de daño ambiental como consecuencia de los incumplimientos señalados y se ordene su cese y la recomposición del ambiente.

Dicho reclamo ante el tribunal máximo del país se fundamentó en el art. 127 de la Constitución Nacional, al ser el rio Atuel un “río interprovincial”

La controversia continuó y en el año 2017 la Provincia de la Pampa recurrió nuevamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solicitando entre sus pretensiones el incumplimiento la sentencia previa por parte de la demandada, la declaración del daño ambiental y el resarcimiento como consecuencia de los incumplimientos alegados.

La protección ambiental es un tema de gran interés y envergadura a nivel internacional y las causas que se originan al respecto merecen especial atención en pos de la tutela que alcanza. Es por ello que resulta necesario estudiar la historia procesal del fallo en cuestión, para dar luego lugar al análisis a la ratio decidendi del tribunal y previa exposición de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, esbozar los fundamentos de la postura del autor, para arribar por ultimo a las conclusiones finales.

II- Historia procesal.

Décadas y décadas de conflicto son los que ambas provincias llevan en relación al uso y aprovechamiento del Rio Atuel. Durante esos años fueron diferentes los intentos por revertir la situación pero pese a lo dicho solo quedaron convenios incumplidos, daño ambiental y derechos vulnerados. Tal situación arrastró a la provincia de la Pampa por el año 1987 a reclamar ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La controversia no quedo zanjada y en el año 2017 la Provincia de la Pampa recurrió nuevamente a la Corte con distintas pretensiones entre las que se destaca el incumplimiento por parte de la vecina provincia de Mendoza, el reconocimiento del daño ambiental existente a raíz de la inexistencia de cause de Rio Atuel en La Pampa, y el resarcimiento indemnizatorio como respuesta de las afecciones ocasionadas como consecuencia de reiterados incumplimientos.

Ante tal planteo y las pretensiones de ambas partes el máximo tribunal rechazó la excepción de incompetencia y de falta de legitimación activa que interpuso la parte demandada y convocó a ambas provincias en conjunto con el Estado Nacional a una audiencia pública en fecha 14 de junio de 2017. Así mismo determinó que se fije un caudal determinado para la recuperación de las zonas afectadas en el territorio pampeano, su ecosistema y el curso hídrico. También ordeno la elaboración de un plan de obras, construcción y distribución del costo que implique su ejecución. Dicho programa se lleva adelante entre ambas provincias con la intervención del Estado Nacional.

III – La Sentencia: Ratio decidendi del tribunal

El tribunal se ha valido de distintos argumentos para arribar a la resolución definitiva, por un lado en consonancia con el artículo 127 de la Carta Magna Nacional la Corte rechazó el pedido de incompetencia realizado por la provincia de Mendoza.

Así las cosas, el tribunal entiende que el problema abarca más allá de los requerimientos esgrimidos por las partes, puesto que además de ordenar un porcentaje de cause regular del rio Atuel con el fin de recomponer el ecosistema afectado en la zona Pampeana y revertir el problema de la desertificación, también entiende que el mismo debe fundarse en la obligación de cumplir con la protección de los derechos humanos que posibiliten el acceso al agua potable, para las generaciones presentes y venideras en pos de un futuro sustentable.

Con respecto al problema de la desertificación, la Corte brinda cooperación, control y monitoreo en relación al plan de acciones que deben articular las provincias con el Estado Nacional a fin de definir costos, obras y acciones a desarrollar a través de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior.

El emblemático fallo cuenta con un voto en disidencia en cabeza del Dr. Rosenkrantz, quien reflexionó que ambas partes en conjunto con el Estado Nacional necesariamente deberían de articular de modo conjunto el trabajo a realizar y que la Corte puede determinar fácilmente la normativa o derecho aplicable al litigio. Por último, cabe destacar una cuestión relevante del Dr. Rosenkrantz quien entiende que el daño ambiental y la necesidad de recomposición prevalecen sobre la determinación de un responsable.

IV- Derechos de incidencia colectiva, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

La degradación del medio ambiente constituye uno de los problemas fundamentales que la humanidad viene enfrentando desde la segunda mitad del siglo veinte y en la actualidad, la preocupación alcanza dimensiones mundiales.

El hombre es parte de la Naturaleza y debe vivir en armonía con ella. Esto significa que las actividades humanas deben desenvolverse de tal manera que ellas sean compatibles con el mantenimiento y el mejoramiento del entorno ecológico, que lo sustenta y lo condiciona, y, además, con el respeto y el progreso de los factores culturales que son el fruto de su conciencia moral y de su ser racional. (Bustamante Alsina, 1995)

El concepto de sustentabilidad con relación al agua, implica la utilización del recurso hídrico en el presente, de modo racional sin comprometer los intereses de generaciones venideras con el fin que las mismas puedan aprovecharlo en cantidad y calidad.

Al decir de Hirschman (2008), se impone la utilización más eficaz de los recursos, tratando de evitar que los adelantos, el progreso y el desarrollo producen se vean reducidos por los perjuicios que pueden provocar al desarrollo humano y a los derechos de las generaciones futuras.

Dentro de las normas más relevantes para la cuestión problemática que aquí atañe, se hace mención de las siguientes: Ley N°25.675: Ley General del Ambiente; Ley N°25.688: Régimen de Gestión Ambiental de Aguas

En el plano internacional dentro de las convenciones y declaraciones de mayor relevancia que se aficianan en la tutela ambiental encontramos la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano; Convención de Ramsar y la Conferencia de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Río +20).

Hirschmann (2008) por su parte explica que los Derechos Humanos de tercera generación – entre los que se encuentra la protección del ambiente – acompañan a la sociedad posindustrial y se han desarrollado en las últimas décadas del siglo XX. Estos tipos de derechos no se superponen, sino que se complementan (p.86)

En relación a la tutela, Cafferatta (2009) sostiene que el panorama comparativo acusa una modalidad de tutela que se orienta hacia un juez con —responsabilidad sociall, o sea, independiente a cabalidad pero comprometido, no desde luego con la orientación política circunstancial del gobierno del Estado, sino con el sentido de ayudar a facilitar, lógica y razonablemente, la trascendente evolución del Derecho.

La Corte ha determinado que “(...) los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”. (“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo) CSJ (329:2316)”

Lo primero es prevenir, y si no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente), y disuadir mediante sanciones pecuniarias disuasivas, para que aquellas conductas con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. (Cafferatta, 2015)

Falbo (2009) entiende que en cuanto a la función preventiva y precautoria, la misma se da frente a un mal que la ciencia puede mensurar, y la precaución se enfrenta a la naturaleza de la incertidumbre.

Haciendo mención a jurisprudencia nacional, en el caso “Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso” aplica la función del principio precautorio y la necesidad de efectivizar la protección al medio ambiente.

En relación al Atuel, en este caso se pretende una solución al conflicto suscitado entre dos provincias, respecto del uso y aprovechamiento del cauce del Río Atuel, en tanto por sus particulares condiciones resulta una fuente de recursos hidroeléctricos de suma importancia para la Provincia de La Pampa, pero a su vez la Provincia de Mendoza pretende sostener su uso en cuanto a las relevancia para el riego de todo el valle de zona sur de su jurisdicción, tornándolo un recurso indispensable para el desarrollo económico y comercial de la región (Esain, 2018).

V - Postura del autor

A consideración del autor, es oportuno destacar la sentencia de la Corte en materia de protección ambiental, por cuanto el agua pese a ser un recurso renovable, de no arbitrar los medios para su uso y aprovechamiento racional, puede verse afectado con consecuencias irreparables para el territorio pampeano, para sus habitantes y para el medio ambiente en general, afectando la sustentabilidad de las generaciones futuras. Asimismo resulta de suma importancia la regulación que el Alto Tribunal efectuó respecto del aprovechamiento de tan valioso recurso en circunstancias en que su cauce atravesase dos o más provincias, de forma que todos puedan servirse del mismo sin perjudicar a una

comunidad por sobre otra, respetando el principio de igualdad entre los habitantes de la Nación Argentina.

El marco jurídico-normativo que tutela la protección del agua en general y la proyección de un futuro sustentable abarca desde el uso racional, la gestión y administración de los recursos hídricos tanto superficiales como subterráneos, la contaminación y degradación del mismo, la prevención, la eventualidad de la aplicación de sanciones por daños ocasionados a dicho recurso y por ende al ambiente, hasta la proyección para un futuro sostenible tal como estipula la ley N° 25.688¹ que tutela la protección de las aguas y propende al desarrollo sustentable.

Con la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 se incorporó en el artículo 41 lo que se denomina la cláusula ambiental, que acogió el concepto de desarrollo sustentable y los principios del moderno Derecho Ambiental, además de establecerse normas nacionales que determinan las condiciones mínimas de defensa del medio ambiente como la ley N° 25.675²; que en cuanto a las provincias se refiere, las mismas deben adaptar sus normativas a fin de integrar las disposiciones federales.

El artículo 41³ de la Ley Suprema sienta el principio que todos los habitantes de la Nación, tanto como las generaciones futuras, tienen garantizado el derecho a un ambiente sano que permita satisfacer las necesidades sin comprometer al porvenir.

Así las cosas, esta parte adhiere a la resolución adoptada por tribunal en las cuestiones que se referenciaron ut supra, mas considera acertada y relevante la opinión vertida por el Dr. Rosenkrantz en cuanto a importancia de determinar la existencia de un

¹Ley 25.688 Régimen De Gestión Ambiental De Aguas. Sancionada: Noviembre 28 de 2002. Promulgada: Diciembre 30 de 2002.

² Ley General del Ambiente - Sancionada: Noviembre 6 de 2002 Promulgada parcialmente: Noviembre 27 de 2002

³Artículo 41 - Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

daño y la necesidad de su recomposición, por sobre la culpabilidad de tal o cual parte. Vale decir que al verse afectados intereses colectivos, deben priorizarse dichos intereses por encima de las pretensiones de parte.

VI - Conclusión Final

El fallo seleccionado por el autor para su análisis, corresponde al denominado caso “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas” cuyo reclamo se inicia a partir de los conflictos e incumplimientos en el uso y aprovechamiento del río Atuel que atraviesa ambas provincias. La Corte, que había declarado su competencia en el pronunciamiento del año 2014 sostuvo que su intervención en el litigio se establecía según el artículo 127 de la Constitución Nacional, por cuanto tiene facultades para dirimir la controversia interjurisdiccional en relación al Atuel.

Con un voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz, la Corte dictaminó que debía fijarse un caudal determinado de agua en el territorio pampeano basándose en los derechos humanos de acceso al recurso y como mecanismo para combatir la desertificación ordenó también la realización de las obras necesarias para optimizar el recurso y ordenó a ambas provincias que de manera conjunta con el Estado Nacional desarrollen un convenio de ejecución de obras para resolver el conflicto del Atuel, contemplando el plan de obras y costos de las mismas y debe ser revisado por la Corte.

Resulta oportuno destacar que en materia ambiental, los magistrados deben priorizar la protección y evitación del daño. Así las cosas, cuando el mismo ya ha ocurrido, se deben adoptar las medidas necesarias tendientes a la cesación del daño y la recomposición ambiental. La degradación del medio ambiente constituye uno de los inconvenientes más relevantes que se viene desarrollando en las últimas décadas y la preocupación alcanza dimensiones mundiales. Dicha situación derivó en la planificación y dictado de leyes al respecto, planes de acción y demás herramientas que permitan hacer frente a este tipo de inconvenientes. El derecho ambiental protege la esfera que comprende el agua, el aire, el suelo, la atmósfera, el contexto social y cultural de las personas; éste resulta ser el bien jurídico protegido. Dentro del medio ambiente, el agua es uno de los factores que lo constituye y es un recurso de vital importancia y necesidad para la vida humana y su

desarrollo, motivo que justifica un uso correcto en pos de su conservación, ya que el aprovechamiento desmesurado de los recursos traen como consecuencia el deterioro del ambiente, la calidad de vida y la proyección de un futuro sustentable, bienes jurídicamente protegidos por leyes nacionales y por tratados internacionales con raigambre constitucional.

El desarrollo sustentable o futuro sostenible tiene en miras la utilización presente de los recursos naturales sin comprometer el uso o aprovechamiento de las generaciones futuras y es ese el punto de inflexión que le da importancia al tratamiento oportuno y eficaz de toda problemática que involucre o comprometa de manera perjudicial el ambiente. Es este un apartado de vital consideración ya que mientras las causas se aventuran por años en vaivenes judiciales, el daño y las consecuencias ambientales no cesan y en la mayoría de los casos, la reparación no es posible.

El objeto del litigio jurídico no se limita a los derechos u obligaciones de cada una de las provincias, sino que involucra derechos de incidencia colectiva por cuanto el agua es un recurso que debe garantizarse a la población en general. Así las cosas, el derecho y acceso al agua potable como el cuidado y conservación del ambiente merece la correspondiente tutela jurídica en miras a un futuro sustentable.

VII- Referencias bibliográficas

Doctrina

Bustamante Alsina, J. (1995). Derecho ambiental: fundamentación y normativa. Buenos Aires. : Abeledo Perrot.

Cafferatta, —Daño Ambiental Colectivo: Régimen Legal. A la luz de la LGA 25.675, en —Perspectivas sobre Derecho Ambiental y de la Sustentabilidad. Ed. U. C de Salta, 2007, P. 91.

Cafferatta, N. (2015) La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial. RCyS 2015-IV, 304. LL AR/DOC/556/2015

Ekmekdjian, M.A. (2015) Tratado de Derecho Constitucional (T.III) Buenos Aires: La Ley

Esain, J. A. (21 de Marzo de 2018). Thomson Reuters Información Legal. Recuperado el 2019 de Abril de 16, de AR/DOC/519/2018

Falbo Aníbal J, (2009), *Derecho ambiental. Platense*. S.R.L

Hirschmann, P. (2008) *Constitución de la Nación Argentina. Artículos, comentarios y actividades*. Buenos Aires: Santillana.

Lorenzetti, P. (2015) La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Legislación

Constitución Nacional

Código Civil y Comercial

Ley N°25.675: Ley General del Ambiente

Ley N°25.688: Régimen de Gestión Ambiental de Aguas

Jurisprudencia

“Mamani, Agustín Pío y otros c/ Estado Provincial - Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales y la Empresa Cram S.A. s/ recurso” - CSJ 318/2014 (50-M)/CS1.

“Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” CSJ (329:2316)