



TRABAJO FINAL DE GRADO

Carrera: Abogacía

**“El rio Atuel: El cambio de criterio de la C.S.J.N. hacia una visión
policentrista”**

Alejandro Agustin Peñin Saavedra

Sumario

I. Introducción. II. Hechos de la causa, historia procesal y resolución. III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi. IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes. V. Análisis y comentario del autor. VI. Referencias.

I. Introducción

La protección y preservación del medio ambiente ha alcanzado un desarrollo importante tanto en lo normativo como en lo judicial. Esto se debe a las distintas cumbres y reuniones mundiales sobre el cambio climático.

A través de la reforma de la Constitución Argentina en el año 1994 se incluyeron los derechos de incidencia colectiva consagrados en los art 41 y 43. También se fueron incorporando otras leyes especiales en materia ambiental, como la ley N.º 25.675¹ y la ley N.º 25.688².

En la sentencia: C.S.J.N. “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza Provincia de s/uso de aguas” Fallos: 340:1695 (2017) se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas sobre del uso del río Atuel, que ha sido calificado como interprovincial. En el presente trabajo se analizan las cuestiones sometidas a decisión de la Corte debido a que, en el caso actual, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallo 310:2478), dado que, con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994 (Fallos: 340:1695, considerando 5º).

II. Hechos de la causa, historia procesal y resolución

La Provincia de La Pampa promovió una demanda contra la Provincia de Mendoza debido a que la demandada incumplía con la obligación de negociar y celebrar los convenios para regular el uso del río Atuel. La actora solicitó que se declare la presencia de daño ambiental como consecuencia de los incumplimientos indicados, y que se ordene su cese y la recomposición del medio ambiente. Sostuvo además que la demandada fije un caudal mínimo de agua a ingresar al territorio pampeano, la realización de obras para el

¹ Ley N° 25.675, (2002). Ley General del Ambiente. A partir de ahora, “LGA”.

² Ley N° 25.688, (2003). Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. B.O. del 03/01/2003.

aprovechamiento del agua utilizada en sus sistemas de riego y que se la condene a indemnizar los daños y perjuicios sufridos con motivo de sus incumplimientos. También dispuso que se cree un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, con la participación del Estado Federal, para la administración del uso del agua y tal como quedó dispuesto, el Comité Interjurisdiccional será el encargado de suministrar información de forma periódica a la CSJN. Finalmente, que se prohíba a la demandada realizar cualquier tipo de acción y obras sobre el río Atuel y sus afluentes.

La Provincia de Mendoza contesta la demanda planteando la incompetencia de la Corte para resolver en responsabilidad ambiental, considerando que lo que se plantea es una causa típicamente jurisdiccional. Agrega que la Corte tiene jurisdicción dirimente (art 127, Constitución Nacional) y no puede actuar como Tribunal de Justicia sino como componedor institucional. La demandada también postula que la Corte no tiene atribuciones para disponer de la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, ya que les corresponde a los estados locales (arts 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional). Pone en resalto que la Corte resolvió reconocer en el Fallo: 310:2478 el privilegio a la demandada de los usos consuntivos del agua del Atuel por hasta 75.761 has.

El Tribunal rechaza las excepciones previas de incompetencias y de falta de legitimación activa opuestas por la Provincia de Mendoza; convoca a las partes y al Estado Nacional a una audiencia pública con la finalidad informativa y conciliadora.

El Tribunal (con el voto de la mayoría) se pronunció sobre los derechos de incidencia colectiva. Consideró al medio ambiente como un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. Consideró que el conflicto del río Atuel excede el marco meramente bilateral de las provincias en disidencia para adquirir una visión policéntrica: en este caso, que el uso del agua no debe tener en cuenta solamente los intereses privados, sino que su uso debe estar destinado a la conservación del ecosistema interprovincial y el desarrollo sustentable.

La Corte consideró la cuestión del “problema de desertificación” ocurrido en la región pampeana, indicó que el Estado Nacional debe destinar recursos para combatirla, en virtud de su capacidad técnica y financiera para resolver la problemática ambiental, sin intervenir en la autonomía de las provincias involucradas.

Por ello la Corte decidió que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta días para recomponer el ecosistema afectado en el noroeste pampeano. Ordenó que las provincias y el Estado Nacional elaboren un programa de ejecución de obras a través de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I) en un plazo de 120 días. Además, que las provincias y el Estado Nacional aporten los recursos necesarios a la C.I.A.I, para lograr los fines para la que ha sido creada.

El Dr. Rosenkrantz, en disidencia, indicó que se trata de un conflicto diferente al que se resolvió en el año 1987 y que la actual controversia tiene por objeto la desertificación que afecta todo el ecosistema del noroeste pampeano. También convoca a las partes a que presenten un plan en donde se definan las medidas, sus costos, beneficios y quién los soporta.

III. Identificación y reconstrucción de la ratio decidendi

Entre las decisiones de la Corte, vuelve a reafirmar que el río Atuel es interprovincial, pero presenta aspectos diferentes al fallo del 3 de diciembre de 1987 (Fallo: 310:2478). El conflicto ahora involucra cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva incorporados en la reforma de la Constitución Nacional. La Corte establece que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316).

Dentro de los derechos de incidencia colectiva, el Tribunal define al ambiente como un “macrobien” y al agua como un “microbien” de uso común e indivisible. La regulación del agua ya no puede ser antropocéntrica, sino que debe cambiar a un paradigma jurídico ecocéntrico o sistémico, que no tiene en cuenta solo los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General de Ambiente (Fallos: 340:1695, considerando 5°).

Cafferatta (2014) afirma:

El Derecho Ambiental está compuesto por “derechos de incidencia colectiva”, referidos al bien colectivo ambiente (macro bien) o alguno de sus componentes (micro bienes), como dijo la Corte, en la causa “Mendoza, Silvia Beatriz y otros”, “Halabi, Pedro”, entre otros casos emblemáticos. (p.7)

El ambiente es el “macro-bien” del derecho ambiental, y como tal es un “sistema”, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Los “micro-bienes”, son partes del ambiente, que en sí mismo tiene

características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el “macro-bien”; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. Es claro que lo que predomina, es la noción de "interrelación" —ecosistema—, que es esencial para la comprensión. (p. 26)

Por lo tanto, la Corte consideró que se debe buscar una solución desde una mirada policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. La solución no debe limitarse solo a resolver el pasado sino, fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para la cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan (op. cit., considerando 5°)³.

Seguidamente, el Tribunal reconoce el régimen federal consagrado en la Constitución Nacional y la autonomía de las provincias⁴ e indica apropiado que las provincias y el Estado Federal asuman coordinar esfuerzos y funciones dirigidas al bien común general (op. cit., considerando 6°).

Considera también conveniente conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantes naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino). Para cumplir con este objetivo las provincias deben actuar a través de la buena fe federal como principio base del federalismo argentino que comprende la actuación de las provincias de no abusar en el ejercicio de sus competencias (op. cit., considerando 7°).

También la Corte presentó una cuestión jurídica relevante en la relación a la desertificación que caracteriza la región pampeana en la cuenca. Este hecho probado tiene implicancias jurídicas, pues la República Argentina se suscribió a la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía

³ En el considerando 5° se pueden inferir algunos de los presupuestos mínimos de la Ley 25.675, “Ley General de Ambiente”. En su artículo 4° se incorporan el principio preventivo y el principio precautorio. El principio de prevención que indica que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir y el principio precautorio que cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.

⁴ Constitución Nacional Argentina, arts 121 y 122.

Grave o Desertificación, en particular en África, por lo cual la Nación debe otorgar la debida prioridad a la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía y asignar recursos suficientes conforme a sus capacidades y circunstancias (Op. cit., considerando 12°).

La lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta del agua, y no solo en el derecho al agua como demanda. Ello significa que es necesario identificar posibles fuentes de provisión con una mayor amplitud, abarcando toda la cuenca y las regiones afectadas. De ello se desprende la obligación del Estado Nacional a destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito del río Atuel, para comprender toda la cuenca y la región (op. cit., considerando 12°).

IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente en Estocolmo (1972) define que: “Medio ambiente es el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas”.

Así, Rosatti (2012) afirma:

Hay dos formas de interpretar a la naturaleza. O se la concibe como un orden preexistente al hombre y del cual éste no es dueño sino —a lo sumo— “custodio”, en una relación en la que todos sus componentes (“cosas” y seres vivientes, incluido el propio hombre) interactúan; o se trata de un ámbito material apropiable, destinado al exclusivo servicio del hombre, tal como un objeto lo puede estar de un sujeto que es su propietario. (p. 811).

La Corte se apartó de su criterio antropocéntrico en lo decidido por la sentencia del año 1987, en la cual exhortaba a las partes a celebrar convenios en los usos futuros del agua del río Atuel, es decir de aquellas aguas o caudal que se genere por encima de las 75.671 hectáreas, que son los “usos consuntivos” que la misma Corte en la sentencia mantuvo a favor de Mendoza como usos “actuales”, rechazando la acción posesoria promovida por La Pampa y la pretensión de que se regule la utilización de la cuenca en forma compartida entre ambas provincias (Fallos: 329:2316, considerando 14°).

El Tribunal cambió su criterio al paradigma ecocéntrico, considerando la necesidad de un caudal para asegurar la recomposición del ecosistema. Esta decisión

quedó acreditada por los precedentes del caso, las audiencias públicas y los informes sobre la desertificación del área. También arguyó que el problema no está en la demanda de un caudal, sino en la oferta del agua, es decir, de dónde proviene o quién la aporta (Fallos: 329:2316, considerando 15°).

La Corte considera el acceso al agua potable un derecho de incidencia colectiva que está vinculado directamente con la vida, la salud de las personas e indispensable para el funcionamiento y la recuperación de la naturaleza, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces (op. cit., considerando 11°). También considera de suma importancia el problema de desertificación que afecta a la región pampeana de la cuenca. Por consiguiente, el Tribunal debe enfocarse en la oferta del agua, y no solo en el uso del agua como demanda, como sucedió en el fallo anterior.

Este cambio de criterio surge a través de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, que incorpora los derechos de incidencia colectiva en sus artículos 41 y 43.

El artículo 41 de la Constitución Nacional en su primer párrafo⁵ se refiere al “desarrollo sustentable” que se encuentra en consonancia en el artículo 4° de la LGA, que menciona como principios de política ambiental, los principios de sustentabilidad y de equidad intergeneracional. El primer párrafo del artículo 41 de la CN finaliza diciendo “deber de preservarlo”, lo que guarda armonía con los principios de prevención y precaución contenidos en el artículo 4° de la LGA.

Cafferatta (2014) afirma que los principios “‘preventivo’ (frente al riesgo cierto) o ‘precautorio’ (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica), son características salientes del derecho ambiental” (p. 27).

⁵ Art 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. Las autoridades proveerán a la protección de ese 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 aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Siguiendo el análisis del artículo 41, en su tercer párrafo prescribe: “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”.

Esta distribución de competencia, según afirma Sabsay (1997),

surge de la aplicación del art. 121, conforme al cual las provincias conservan todo el poder no delegado a la Nación. Es decir que la Nación posee una competencia de excepción, ya que ella debe resultar de una delegación expresa, hecha a su favor por parte de las provincias. Las provincias tienen una competencia general, conformada por todas las atribuciones remanentes, o sea todas aquellas que no le han sido expresamente reconocidas a la Nación. La Constitución también establece que la competencia nacional tiene una jerarquía superior a la provincial y que en consecuencia es suprema. (p. 785).

El análisis continúa con el artículo 124, que expresa: “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. Sabsay (1997) afirma que “se ha producido una delegación a favor de la Nación en lo que hace a la determinación de ‘presupuestos mínimos’ para la protección ambiental, los que deberán aplicarse necesariamente en relación con el uso de los recursos naturales” (p. 786).

Ahora bien, sobre lo referido al uso de los recursos naturales que corresponden a cada provincia, la Corte vuelve a indicar que el río Atuel es considerado un río interprovincial (op. cit., considerando 5). Por lo tanto, requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general⁶ y no limitadas a las jurisdicciones territoriales (op. cit., considerando 13).

Finalmente, el Tribunal declara tener competencia dirimente, cuyo fundamento se encuentra transcrito en el artículo 127 de la Constitución, que supone conferirle la misión de resolver los conflictos interprovinciales, sobre todo si la causa que se decide es de orden constitucional, como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad

⁶ En sus cuatro primeros artículos, la Ley N.º 25.688, “Régimen de Gestión Ambiental de Aguas”, considera que una cuenca hídrica superficial “es aquella región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas”. Además, establece que “las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles” y añade que se debe crear “para las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas hídricas”.

intergeneracional,⁷ en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675; op. cit., considerando 8°). Las decisiones del Tribunal no deben ser arbitrarias pues sus fines es “constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general”. Las partes en disidencia deben actuar conforme a la buena fe (op. cit., considerando 9°).

Por su parte, el artículo 43, en su segundo párrafo, establece el amparo colectivo como garantía constitucional para la protección del medio ambiente. Estos dos artículos de la CN se complementan con la LGA que “establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable”.⁸

Quedan así constituidas la protección frente a daño ambiental con los arts. 41 y 43 de la CN y una ley especial (LGA). En ambas normas, la legitimación activa es reconocida a: el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones cuyo fin sea la defensa del ambiente.

V. Análisis y comentario del autor

Luego de haber analizado la sentencia, personalmente me encuentro en conformidad con lo resuelto por el Tribunal. Las provincias y el Estado Federal deben cumplir con las consideraciones de la Corte para un desarrollo sustentable y la preservación y protección del medio ambiente. Entre los principios que enumera la LGA, destaco los principios preventivo y precautorio.⁹

Demaldé, Torres Raineri y López (s.f.) afirman que:

La no aplicación de dichos principios traería aparejada la justicia tardía, circunstancia esta que demuestra que la justicia cuando llega tarde no logra la reparación del daño, premisa ésta más que importante en la temática. En ese sentido el principio precautorio, pretende que el daño no se produzca, actuando en forma previa, para evitar la configuración del mismo. (p. 1).

⁷ Constitución Nacional Argentina (1994), art 41.

⁸ Ley N.º 25.675, Ley General del Ambiente, B.O. del 28/11/2002.

⁹ El principio precautorio fue consagrado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, Brasil, 3-14 de junio de 1992). El Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo reza: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

En el caso “Mendoza, Silvia Beatriz y otros” (Fallos: 329:2316), se indicó que se debe tener prioridad absoluta en la prevención del daño futuro, ya que se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, se debe perseguir la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento.

No solo se debe recomponer el daño ambiental en el oeste pampeano, sino que las provincias, en forma conjunta con el Estado Nacional, deben realizar las acciones y obras de infraestructura necesarias para prevenir el avance de la desertificación y la optimización del uso del agua en el sistema de riego.

VI. Conclusión

Después de analizado el fallo: C.S.J.N. “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas” Fallos: 340:1695 (2017) y en conformidad con lo establecido por la Corte, se concluye que el paradigmático fallo establece un antes y un después en la doctrina judicial del Tribunal en materia ambiental. La Corte establece un cambio de criterio a un modelo ecocéntrico y sistémico, que tiene en cuenta al medio ambiente por encima de los intereses privados o estatales.¹⁰

Entre los puntos más importantes del referido fallo se pueden establecer los siguientes: 1) Se vuelve a reafirmar la interprovincialidad del río Atuel. Las provincias deberán administrar sus recursos naturales en forma conjunta a través de la creación de un comité de cuenca, creado a tal efecto, junto al Estado Nacional.; 2) Se consagra al medio ambiente y el uso del agua como un derecho de incidencia colectiva, por lo cual debe ser tutelado por los jueces; 3) Se establece la desertificación en el oeste pampeano, por lo tanto, las provincias involucradas junto al Estado Nacional deben realizar las obras necesarias para reestablecer el medio ambiente, optimizar el uso del agua y evitar cualquier daño ambiental que pueda comprometer los intereses de las generaciones presentes y futuras.

¹⁰ El Tribunal, con fecha 4 de junio de 2019, vuelve a considerar su postura de un paradigma ecocentrista o sistémico en el controvertido caso del CSJN “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” Fallos: 140/2011 (47-B)/ CS1 (2019).

En conclusión, a través de la concientización mundial sobre los efectos que produce la actividad del ser humano que inciden en el medio ambiente y la labor de la comunidad científica mundial en la investigación y comprobación del daño ambiental, se ha ido logrando una mayor concientización sobre la preservación y protección del medio ambiente.

En la República Argentina, a través de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, la Corte Suprema de Justicia continúa su labor para la consolidación de los principios y las reglas en derecho ambiental hacia un sistema que contemple la tutela ambiental y el desarrollo sustentable para la protección y la conservación del medio ambiente en contra del ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el medio ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

VI. Referencias

Doctrina

- Cafferatta, N. (2002). “Ley 25.675 General del Ambiente”. Comentada, interpretada y concordada en: *Doctrina Judicial*, 2002-3, 1133.
- Cafferatta, N. (2012). “*Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*”, Editorial La Ley, Buenos Aires. Recuperado de: <https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/41383937/41383937.pdf>
- Cafferatta, N. (2014). *Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina388.pdf>
- Demalde, M., Torres Raineri, M. y López, M. (s.f.). *Principio de precaución en el daño ambiental a la luz del código unificado*. Recuperado de: http://www.aabadigital.org/uploads/5/4/6/6/5466127/p07_-_ponencia_-_m.demalde-m.torres_raineri-m.1%C3%B3pez.pdf
- Sabsay, D. (1997). “El nuevo artículo 41 de la Constitución Nacional y la distribución de competencias Nación-Provincias”. En *Doctrina Judicial*. Año III. N.º 28 (23/07/1997), Editorial La Ley, Buenos Aires, pp. 783-787. Recuperado de: <http://www.farn.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/art11.pdf>

Jurisprudencia

- C.S.J.N. “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. Fallos: 140/2011 (47-B)/ CS1 (2019).
- C.S.J.N. “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas” Fallos: 340:1695 (2017).
- C.S.J.N. “Mendoza, Beatriz S. y Otros c/ Estado Nacional y Otros”, Fallos: 326:2316 (2008).

Legislación

- Constitución Nacional Argentina.
- “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, en Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I).
- Ley N.º 25.675 de Política Ambiental Nacional, B.O. del 28/11/2002.
- Ley N.º 25.688, Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. B.O. del 03/01/03.