



TRABAJO FINAL DE GRADO.

TEMA: Modelo de Caso- Nota Fallo-Medio Ambiente.

TITULO: “LA EVOLUCION DEL DERECHO AMBIENTAL Y LOS CAMBIOS DE PARADIGMAS”

ALUMNO: Gomez Alberto Martin.

LEGAJO: VABG63797.

D.N.I:33.721165.

Fecha de Entrega: 05/07/2020.

TUTORA: Maria Belen Guilli.

CARRERA: Abogacía.

AÑO: 2020.

FALLO: “PROVINCIA DE LA PAMPA C/ PROVINCIA DE MENDOZA S/ USO DE AGUAS”.

TRIBUNAL: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

TEMA: Modelo de Caso- Nota Fallo-Medio Ambiente.

Fecha de la sentencia: 01 de Diciembre de 2017

SUMARIO: I- Introducción. II- Hechos (premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal). III- *Ratio Deciendi*. IV-Antecedentes. V-Postura del Autor. VI- Listado Bibliográfico.

I.- INTRODUCCION:

El fallo elegido, resulta de gran relevancia en materia de derecho ambiental, debido a que el derecho de acceso al agua potable como derecho primario y vital, incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces sobre todo en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia.

El conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el Río Atuel que si bien es de vieja data, y ha sido tratado anteriormente por la CSJN, da origen al presente fallo, no solamente limitándose a un conflicto de índole territorial, entre estas dos provincias sino que a través de la sentencia dictada por el más alto Tribunal, se logran resolver cuestiones ambientales que involucran derechos de incidencia colectiva tales como el ambiente y la lucha contra la desertificación, que requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, ya que va aún más allá, atento a que también se pone en juego el derecho humano al agua de los ciudadanos de la provincia de La Pampa.

La pugna entre las provincias de Mendoza y La Pampa sobre el uso de las aguas del Río Atuel, parte de la denuncia de la provincia de La Pampa por los incumplimientos de la provincia de Mendoza de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en el Año 1987-

Fallo 310:2475-. Asimismo, manifiestan que ello afecta de esta manera el medio ambiente y el acceso al agua a los habitantes de la Pampa; peticionando la fijación de un caudal ambiental en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias y los que le corresponden a la provincia de La Pampa sobre sus recursos naturales; invocando al Estado Nacional para que brinde la colaboración económica, financiera, técnica y toda otra asistencia que resulte necesaria para implementar las obras cuya realización se dispongan tanto en la sentencia definitiva como en la etapa de ejecución.

Cabe advertir, que desde la reforma Constitucional de 1994, se establecen los presupuestos mínimos ambientales, el Acuerdo Federal del Agua suscripto por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en agosto de 2003 y por sobre todo la existencia de las leyes nacionales 25.675 y 25.688 que protegen el ambiente, las cuales al momento de resolver dicha cuestión han sido tenidas en cuenta por la CSJN, y no es dato menor resaltar que en el año 1987 cuando se trató el conflicto entre las mismas provincias, el derecho ambiental y el derecho humano al agua hoy reconocido, no tenían la relevancia y protección legal con que hoy cuentan, lo que me llevan a elegir dicho fallo, por la marca que dejo en el campo del derecho ambiental, teniendo en cuenta la evolución del derecho ambiental y los cambios de paradigmas que se vinieron a imponer y que no pueden ser dejados de lados por ningún tribunal a la hora de resolver una cuestión donde se vean involucrados situaciones que afecten al medio ambiente.

II.- HECHOS (premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal):

El hecho que da origen a la sentencia elegida, surge de un conflicto existente entre las provincias de la Pampa y Mendoza por el uso del Río Atuel. La Pampa denuncia innumerables incumplimientos por parte de la provincia de Mendoza en relación a lo decidido oportunamente en un fallo del año 1987.

La provincia de la Pampa, expresa que además de incumplir lo ordenado en el fallo del año 1987 la provincia de Mendoza, también ha incumplido sus obligaciones emergentes de acuerdos interprovinciales posteriores, que incluyen obligaciones de información, notificación, negociación de buena fe, los cuales regulan la relación interprovincial, en síntesis, que la provincia de Mendoza continúo desarrollando un uso ilegítimo e

irrazonable del agua en cuestión, provocando un inmenso daño ambiental al ecosistema pampeano. Afirma que el daño producido es mayúsculo, por lo cual reclama la reparación del daño ambiental colectivo, incluyendo el daño moral colectivo, daño a la actividad económica y exige la recomposición del ambiente.

La provincia de Mendoza, al contestar la demanda, resalto como planteos expuestos por la demandada en primer lugar respecto de la incompetencia de la CSJN para resolver responsabilidades ambientales, al considerar que lo que se plantea por la actora es una causa típicamente jurisdiccional, asimismo sostiene que la Corte no tiene atribuciones para crear un Comité Intejurisdiccional para la cuenca del Río Atuel, ya que ello afecta a la autonomía de las provincias involucradas. A su vez, también opone excepción de cosa juzgada, manifestando que la cuestión que se expone por la Provincia de la Pampa ya integro el *decidendum* en sentencia firme dictada anteriormente por la CSJN.

La CSJN encuentra fundamento para intervenir en dicho asunto en el art. 127 de la Constitución Nacional, que confiere al más alto Tribunal de la República dicha intervención, a fin de dirimir el conflicto entre las provincias, ordena a estas que fijen un caudal hídrico apto en un plazo determinado de 30 días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de la Pampa. Asimismo, cabe advertir que cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de mayor relevancia, como la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional en el que se halla comprometido el interés general es obligación llegar a dicha instancia y que el Tribunal intervenga.

El fallo elegido denota gran relevancia, toda vez que cambia la visión, y deja bien en claro que el paradigma jurídico actual ha cambiado ordenando la regulación del agua desde un punto de vista ecocèntrico, dejando de tener solo en cuenta intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, tal como lo establece la Ley General del Ambiente.

El ambiente es “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”, dicha calificación modificó el enfoque del problema planteado, cuya solución como he manifestado no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales. Este conflicto, requiere conductas que excedan tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que

mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por la legislación vigente.

El conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. En virtud de ello fue que la CSJN ha resuelto que los hechos y derechos que constituyen este caso, difieren en ciertos aspectos de los resueltos por la CSJN en 1987, lo que implica el rechazo de la defensa basada en la cosa juzgada y ordenar a las provincias intervinientes, la elaboración de un plan para superar las diferencias, a fin de recomponer el ecosistema del noroeste de la Provincia de La Pampa, de acuerdo y en conjunto con la Nación, y que dicho plan sea presentado y aprobado por la CSJN.

III.- RATIO DECIDENDI:

En lo que refiere a los argumentos esgrimidos por los integrantes del Tribunal, en primer lugar es dable resaltar que el único que ha votado en disidencia ha sido el Dr. Carlos F. Rosenkrantz, por lo cual procederé a explicar sus argumentos, que son los que difieren del resto de los integrantes.

El Dr. Rosenkrantz explica que coincide con los considerandos del 1 al 4 del voto de los restantes miembros y luego de los fundamentos expuestos en su voto, resalta que el presente litigio es de “carácter ambiental, policéntrico, multicausal y eminentemente prospectivo”. Explica que la decisión a adoptarse tiene más bien que ver con la existencia del daño ambiental y su necesidad de recomposición antes que por la identificación y determinación de responsabilidades de las partes, asimismo expresa que no se discute quien tiene derecho sobre el río Atuel, tampoco se refiere a esta disputa para las provincias involucradas a un derecho al agua de dicho río, Rosenkrantz, entiende, que concebir de este modo el conflicto que se presenta reduce su verdadera complejidad. Para él, se trata de un litigio en el cual se busca encontrar la mejor manera de resolver un problema medio ambiental que es de todos.

Luego de ello, explica que la asignación de derecho que hizo la CSJN en el año 1987, fue a efecto de solucionar controversias de posesión y precedencia del uso de las aguas del río Atuel, lo cual con el paso de los años y al llegar a la actualidad involucra cuestiones de mayor alcance a derechos de naturaleza ambiental los cuales fueron incorporados con la reforma constitucional de 1994.

Por ello, rechaza la defensa opuesta por la provincia de Mendoza, sobre la base que el mismo conflicto haya sido juzgado por la misma Corte.

Por su parte, el juez Rosenkrantz, en disidencia, consideró que las provincias de Mendoza y La Pampa y el Estado Nacional deben tener absoluta libertad para desarrollar el trabajo cooperativo conjunto en el ámbito en que lo consideren más propicio y enunció unas pautas orientativas que podrían facilitarle la tarea y que tienen como finalidad concientizar a las partes acerca de un modo de garantizar que el plan sea el más beneficioso. También manifiesta que el rol asignado al estado nacional no debe entenderse con un avasallamiento a las autonomías provinciales sino como un aporte técnico y financiero al problema objeto de este litigio.

Por su parte con el voto en mayoría de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti se pronunció sobre cuestiones de suma trascendencia en un proceso vinculado a derechos de incidencia colectiva, enfatizando sobre las características de este tipo de procesos, señalaron que en un litigio entre dos provincias concerniente a derechos de incidencia colectiva tales como el ambiente – que es un macro bien - y al uso del agua – que es un “micro bien” - la solución a adoptar, en cualquier caso, debe atender no solo a las pretensiones de los estados provinciales que son partes en el pleito, sino a los intereses de los afectados que son múltiples y abarcan una amplia región. En tal sentido, recuerda el fallo, toda vez que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, resulta necesario, para la solución del conflicto, enfocar el problema no solo desde las pretensiones articuladas por las provincias sino desde la perspectiva de los múltiples afectados involucrados.

“La visión y regulación jurídica del agua basada en un modelo antropocéntrico y puramente dominial que solo tiene en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella – afirma la Corte en su sentencia - ha cambiado sustancialmente en los últimos años en favor de un paradigma que ordena que la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales sino los del mismo sistema, como bien lo establece, por otra parte, la ley general del ambiente vigente en nuestro sistema jurídico. Por lo demás, el fallo también

aporta trascendentes consideraciones sobre dos cuestiones acuciantes para la humanidad en su hora actual”.¹

IV.-ANTECEDENTES:

El derecho ambiental tiene al decir de Cafferatta² una matriz desconcertante, herética, multidisciplinar, donde lo público se mezcla con lo privado por cuanto los intereses colectivos que abriga en su seno son de naturaleza mixta, es decir, que pertenecen a múltiples esferas (social, colectivo, y personalísimo). Como decía Gozáni, estos derechos poseen “cuerpo privado y alma pública”.³

La causa judicial que analizo refiere en primer y central análisis a la utilización como recurso natural del río Atuel que atraviesa las dos provincias pero que posee el nacimiento de su cauce natural o recorrido en la Provincia de Mendoza (zona de cordillera), arribando a la Provincia de La Pampa luego de transcurrir gran parte de su extensión (790 km) y desembocando en la cuenca que integra con los ríos Salado y Desaguadero.

El conflicto posee una raíz histórica que se remonta a mediados del siglo XX y que continuó hasta nuestros días pero que toma una vitalidad novedosa a partir de la pretensión ambiental que ilumina toda la causa y permite el uso de potestades y soluciones pragmáticas y de resultados reales.

La historia data del año 1918, cuando la provincia cuyana hizo una serie de obras de infraestructura que dejó sin agua al territorio pampeano, limitando la cantidad de agua que entraba a La Pampa a través de los cinco brazos del Río Atuel.

En el año 1947, la Provincia de Mendoza, terminó con la construcción del complejo hidroeléctrico Los Nihuales, cuyo centro es la represa El Nihuil, en las cercanías de la ciudad de San Rafael, el cual fue el que terminó por cortar el curso del agua hacia La Pampa. Es decir, que durante aproximadamente 25 años no ingreso agua al cauce de dicha provincia.

Cabe destacar que de acuerdo a la ley 1.532, el territorio pampeano todavía no era considerado provincia, alcanzando dicho estatus recién en el año 1952, motivo por el

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de Jurisprudencia. Fallo “Provincia de La Pampa, Provincia de c/ Mendoza (Río Atuel) 01 de Diciembre de 2017,

² CAFFERATTA, Néstor A. *El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Revista de Derecho Ambiental N°40. 2014. Pág. 1-46

³ GOZÁNI, Osvaldo, *Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal*, LL 2005-B-1393.

cual durante todo este proceso, no contaba con representantes en el Congreso Nacional y dependía directamente del Gobierno central. Esta situación, ubico a La Pampa en una situación de inferioridad frente a la Provincia de Mendoza.

Durante la Presidencia de Perón en el año 1949, se dicta una resolución, que ordenaba que tres veces por semana se permita el paso equivalente al 2% del caudal del Atuel hacia La Pampa, no obstante, un tribunal mendocino anulo dicha medida y como no se apeló por el gobierno nacional (de quien dependía la hoy provincia de La Pampa) la situación se mantuvo.

Con el antecedente de la resolución del gobierno de Perón, la pelea por el agua del Rio Atuel nunca se detuvo y fue así que en el año 1973, se sancionó el Decreto N° 15/60 que estableció que las regalías del complejo Los Nihuales pertenecían en un 50% a La Pampa, a lo que una vez más la Provincia de Mendoza rechazó y nunca puso en práctica.

El conflicto reconoce como el precedente más relevante el fallo del 3 de diciembre de 1987 (*Fallos 310:2478*) donde la CSJN emite un fallo en el cual declaro al Atuel como un rio interprovincial y por lo tanto otorgó derechos a ambos distritos sobre sus recursos hídricos. No obstante, el Máximo Tribunal ordeno a las provincias llegar a un acuerdo que no tuvo su primer paso hasta el Protocolo de Entendimiento de 1989, y que fue el origen de diversos acuerdos sobrevinientes pero, que conforme lo alega la actora, no han sido cumplidos generando un impactante daño ambiental.

El fallo del caso “*Atuel*”, es de gran interés doctrinario a partir de resultar ser un fallo de Corte Suprema que resuelve un problema de los denominados nuevos conflictos colectivos y donde se verifica el cruzamiento de diversas materias jurídicas como la constitucional, ambiental, procesal, etcétera. Resulta una causa compleja donde se ponderan – en una búsqueda de coherencia y eficacia- colisiones entre derechos individuales, sociales y colectivos. La Corte hará referencia a esta tarea como una función compatibilizadora entre la protección ambiental y el sistema federal lo que resulta muy propio del nuevo Código Civil y Comercial que rige en la República Argentina desde el año 2015, en particular, del art. 240.

Asimismo para llegar a la resolución la Corte ha utilizado un bagaje de experiencias anteriores en materia procesal que le sirvieron para ordenar y dirigir el proceso, así

como para zanjar algunas cuestiones planteadas por las partes, como por ejemplo, la cosa juzgada.⁴ Este punto, el cual es realmente significativo, para mi investigación en razón que: la percepción de cualquier caso que haya pasado en autoridad de cosa juzgada se modifica cuando se advierte que no se aplicó la nueva perspectiva ambiental.

El matiz ambiental permite, por su existencia novedosa, volver a ponderar las cuestiones resueltas en su oportunidad pues su peculiar aplicación exige adaptaciones interpretativas. La injerencia del derecho ambiental conlleva mutaciones a dogmas otrora intocables.

Esta nueva posibilidad de revisar sentencias posee altísimo impacto social como prácticamente todas las resoluciones de los asuntos ambientales complejos.

V.- POSTURA DEL AUTOR:

Luego del estudio del fallo en cuestión, comparto la postura adoptada por la CSJN, partiendo de la base que la llave maestra para lograr obtener una sentencia válida y eficaz resultó ser la perspectiva ambiental, pues su análisis como nuevo derecho de incidencia colectiva –no existente legalmente en el momento histórico de la primera sentencia- convirtió a esta causa en una nueva y por consiguiente en el rechazo de la excepción de cosa juzgada. Se trata de una nueva pretensión pues el planteo ya no tiene que ver con el uso como recurso del río sino con una visión más integral y que incluye intereses policéntricos.

Sin embargo, el estudio del presente fallo, me ha llevado a razonar y entender que la cosa juzgada claramente no es un instituto absoluto y su rigurosidad deberá ser tenida en cuenta de acuerdo al contexto, más si tenemos en cuenta que están en juego derechos relacionados al medio ambiente. No se trata de negar la Cosa Juzgada, sino de redefinirla en atención a los nuevos valores que surgen de la Constitución Nacional, las

⁴ Ver CSJN “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo) M. 1569. XL Originario. Fallos 326:2316 del 20/06/2006; Fallos 331:1622 de fecha 8/7/2008; CSJN “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia y Estado nacional s/ amparo” S. 1144. XLIV. Originario. Fallos 331:2797 del 19/12/2008; 331:2925 del 29/12/2008 y 332:663 del 26/3/2009; CSJN “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas bonaerenses SA y otros s/ amparo. CSJ 42/2013 (49-K) Recurso de hecho de fecha 2/12/2014; CSJN. “Asociación de Superficiales de la Patagonia c. YPF S.A. y Otros s. Daño Ambiental”. 13/7/2004; CSJN “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable v. Comisión Nacional de Energía Atómica”. 26/05/2010. A.1032.XLII. Recurso de hecho (Fallos, 333:748) entre otros casos.-*

Convenciones sobre Derechos Humanos y nuevas concepciones como la inclusión, la vulnerabilidad y los derechos de tercera y cuarta generación

La injerencia del paradigma ambiental, supone reinterpretar los derechos humanos en juego, las soluciones brindadas a conflictos aún existentes, el nivel de eficacia de las sentencias en relación a derechos que no fueron tenidos en cuenta y para ello es necesario flexibilizar el concepto de cosa juzgada.

Es por ello que debemos valorar los efectos sociales de ésta revisión, pues permitió impregnar el problema con contenidos de sustentabilidad y sus elementos económicos, sociales y especialmente ambientales y con ello brindar una respuesta integral. La revisión válida de un acto pasado provee de enormes y valiosos efectos hacia adelante en sus dimensiones individuales, sociales, colectivas y políticas.

Esta apertura de la Corte establece un precedente muy relevante para poder revisar algunas cuestiones que, habiéndose judicializado en su momento, no hayan previsto – porque no existía- la aplicación del paradigma ambiental. El fallo posee una perspectiva de neto corte colectivo y con evaluación de las posibles consecuencias sobre generaciones futuras.

La Corte tiene por probada la existencia de un daño ambiental – la desertificación- que pone en serio riesgo toda la región y es por ello que se enfoca en establecer mecanismos de recomposición del sistema con responsabilidad de las partes y del Estado Nacional. Estas acciones se traducen en deberes positivos a favor del ambiente, es decir, tienen obligaciones de hacer.

La resolución expresa que los sujetos deberán garantizar la llegada a la región afectada de un caudal de agua mínimo a determinarse a partir de un plan de gestión y de obras a fijarse en un tiempo también determinado.

Entre las más relevantes afirmaciones en materia ambiental recurre a la determinación del “derecho al agua” y su consecuente derivación en el derecho a un caudal básico de agua para el mantenimiento de la sustentabilidad del ecosistema. La relevancia social del acceso al agua potable nos exime de mayores comentarios.

Reconoce en forma expresa el derecho humano al agua potable y a la necesidad de la existencia del río. Incluso puede interpretarse que la CSJN reconoce al Río Atuel como sujeto de derecho pues hace referencia a los intereses del sistema.

Define los contornos del derecho a un ambiente sano y la necesidad de compatibilizar ello con deberes positivos, es decir, hacer obras con esa finalidad, sobre todo de los diferentes niveles de organización estadual más allá de las divisiones políticas o jurídicas ya que la problemática excede el interés de las provincias y alcanza a toda una región.

En este caso la recomposición del ecosistema resulta esencial y la puesta en marcha de un plan de obras en el menor tiempo posible para lograr asegurar un caudal hídrico que combata la desertificación es vital. Al decir de Cafferatta "...recomponer es tomar medidas de reconstrucción o restauración... es sinónimo de sanear, restaurar, clean up. En la ingeniería se lo identifica con la remediación. Lo cierto es que para un ambiente muy deteriorado es ineludible la acción restauradora”.

Las implicancias ambientales son enormes, y las histórico-culturales también porque la Corte pretende poner fin a un conflicto de décadas y, en conjunto con la Nación, poner a funcionar concreta y positivamente el federalismo de concertación necesario.

En lo ambiental la determinación de la existencia del derecho al agua y lo que denomina intereses del sistema revisten una relevancia notable. Refiere al término compatibilización –propio del nuevo código civil y su art. 240- cuando pretende quitar del análisis del uso del agua de una mirada exclusivamente antropocéntrica.

Destacamos el rol del derecho ambiental para compatibilizar las diferentes posiciones en el proceso de tal manera que no haya vencedores y vencidos (en términos teóricos) se le ofrezca una solución a toda la región (asegurando la existencia de los ecosistemas) y se pueda pensar verdaderamente en un futuro sustentable.

VI.- LISTADO BIBLIOGRAFICO:

- BERIZONCE, Roberto O. “Inmutabilidad de la cosa juzgada y nuevas circunstancias de hecho o de derecho” Rev. de Derecho Procesal. Tomo: 2018 2 Revisión de la cosa juzgada civil y penal. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. RC D 1433/2018”.
- Conf. ROSATTI, Horacio. “Derecho Ambiental Constitucional”.
- CAFFERATTA, Néstor A. *El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Revista de Derecho Ambiental N°40. 2014.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons Arg. Buenos Aires 2009.
- CSJN “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo) M. 1569. XL Originario. Fallos 326:2316 del 20/06/2006; Fallos 331:1622 de fecha 8/7/2008; CSJN “Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia y Estado nacional s/ amparo” S. 1144. XLIV. Originario. Fallos 331:2797 del 19/12/2008; 331:2925 del 29/12/2008 y 332:663 del 26/3/2009; CSJN “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas bonaerenses SA y otros s/ amparo. CSJ 42/2013 (49-K) Recurso de hecho de fecha 2/12/2014; CSJN. “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF S.A. y Otros s. Daño Ambiental”. 13/7/2004; CSJN “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable v. Comisión Nacional de Energía Atómica”. 26/05/2010. A.1032.XLII. Recurso de hecho (Fallos, 333:748) entre otros casos.-
- DE LOS SANTOS, Mabel; CALMON, Petrônio. “La urgencia y la evidencia como fundamento de nuevas estructuras procesales”. SJA 6/7/2011 ABELEDO PERROT N°: 0003/015488 JA 2011-III, fascículo I.
- GIULIANO, Diego. “*Derecho Ambiental y Federalismo*” en “Cuestiones actuales de derecho ambiental” COSSARI Nelson y LUNA Daniel coordinadores. 1° ed. El Derecho. Buenos Aires. 2007. Págs. 33-42; ESAÍN, José. “*El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente*” SJA 7/1/2004 JA 2004-I-776.

- GOZAÍNI, Osvaldo, Tutela de los Derechos de Incidencia Colectiva. Conflictos de interpretación en las cuestiones de legitimación procesal, LL 2005-B-1393
- MORELLO, Augusto M. “El derecho en el primer tramo del siglo XXI” en Rev. de Derecho Procesal “El derecho procesal en vísperas del bicentenario”. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. “*Teoría General del Derecho Ambiental*” 1° ed. Buenos Aires. La Ley. 2008 pág. 88; CAFFERATTA, Nestor A. “*Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación*” Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 273, AR/DOC/3833/2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. “*Justicia Colectiva*”. 2° ed. Revisada. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2017.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. “*Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*”. 1° ed. 1° reimpr. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2008.
- ROSATTI, Horacio D. “*Derecho Ambiental Constitucional*” 1° ed. 1° reimpr. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2007.
- ROSATTI, Horacio Daniel. “*El código civil y comercial desde el derecho constitucional*” 1° ed. Revisada. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2013.

Voces: AMBIENTE ~ AUTONOMIA PROVINCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ COMPETENCIA ORIGINARIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ DERECHO AL AGUA ~ DERECHO CONSTITUCIONAL ~ ESTADO NACIONAL ~ FEDERALISMO ~ GUERRA ~ INTERPRETACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ LEY ~ LEY GENERAL DEL AMBIENTE ~ PROVINCIA ~ RIO ~ SEQUIA

Tribunal: Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS)

Fecha: 01/12/2017

Partes: Provincia de La Pampa c. Provincia de Mendoza s/ uso de aguas

Publicado en: LA LEY 22/02/2018 , 2, con nota de Ricardo Ramírez Calvo; LA LEY 2018-A , 354, con nota de Ricardo Ramírez Calvo; LA LEY 21/03/2018 , 4, con nota de José Alberto Esain; LA LEY 2018-B , 113, con nota de José Alberto Esain;

Cita Online: AR/JUR/84781/2017

Hechos:

Se suscitó un conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el uso del río Atuel. La Pampa denuncia incumplimientos de parte de la Provincia de Mendoza con relación a lo decidido por la Corte Suprema en 1987 que habría afectado el medio ambiente pampeano, el acceso al agua potable de los habitantes, al cortar el cauce del río que ingresaba al territorio de la provincia de La Pampa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación determinó, en uso de su competencia dirimente, el plan de acción para dar por finalizado el conflicto.

Sumarios:

- 1 . La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de dirimir el conflicto suscitado por el uso del río Atuel entre las provincias de La Pampa y Mendoza ordena a estas que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de 30 días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa; deben elaborar, en forma conjunta con el Estado Nacional, por intermedio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas con relación a la problemática del río, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución; el programa deberá ser sometido a la aprobación de la Corte Suprema dentro del plazo de 120 días.
- 2 . La competencia dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reviste diversa naturaleza de la jurisdiccional y reconoce las siguientes pautas para su ejercicio: es una función de naturaleza prudencial; deben ejercerse las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, lo que implica reconocerle “amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio” y modular la estructura procesal de su ejercicio de acuerdo a las características de la situación; la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial no debe conducir a la arbitrariedad; se deben utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución de modo gradual y las decisiones tomadas por el tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de “buena fe”, siendo este estándar un factor relevante al momento de ponderar las responsabilidades que pueden emerger en caso de incumplimiento.
- 3 . La solución de un conflicto interprovincial por el uso del agua de un río requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales; debe tenerse en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad, considerando el interés de las generaciones futuras, ello con una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados; no debe limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura.
- 4 . La intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un conflicto interprovincial entre la provincia de La Pampa y Mendoza, por el uso del Río Atuel, encuentra fundamento en el art. 127 de la Constitución Nacional, que supone conferir al más alto tribunal de la República la trascendente misión

de dirimirlos máxime cuando el disentimiento se ha mantenido durante décadas, siendo necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias y cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia, como la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional —art. 41 de la Constitución Nacional—, en el que se halla comprometido el interés general— art. 32 de la ley 25.675—.

5 . La Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a la existencia de tensiones en las relaciones interjurisdiccionales, debe asumir una percepción conjunta o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas, ello porque es un inevitable surgimiento de disentimientos e incluso hostilidades entre las provincias en el ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía, en los cuales ninguna de ellas podría erigirse en juez de su propia causa; la Constitución Nacional en su art. 127 ha previsto un mecanismo de solución de conflictos, una “competencia dirimente” del Máximo Tribunal.

6 . La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado; esta visión ha cambiado: ahora el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente.

7 . El ambiente no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, ello surge del art. 41 de la Constitución Nacional, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente, deberes que en el derecho infraconstitucional se desarrollan en la Ley General del Ambiente y en el Cód. Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

8 . La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría, “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”; la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales, como el que demarca la extensión de la cuenca de un río, debe ser conjugada con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural, esto es aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino.

9 . Cuando el art. 127 de la Constitución Nacional menciona el término “guerra”, debe ser interpretado no sólo limitado a situaciones bélicas propiamente dichas, sino a conflictos entre las provincias en los que la persistencia temporal y tensión del vínculo federativo no ha sido superada por la interacción de los respectivos Estados locales.

10 . El derecho al agua potable —micro bien ambiental colectivo— tiene una especificidad en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema.

11 . La obligación del Estado Nacional con relación a la lucha contra la desertificación es destinar recursos para combatir la sequía grave o desertificación, con una visión que excede el ámbito de un río interjurisdiccional, para comprender toda la cuenca y la región; implica un enfoque en la oferta de agua, y no sólo en el derecho al agua como demanda.

12 . La solución de un conflicto ambiental interprovincial por el uso de un río requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales; la importancia de la ausencia de agua y la desertificación en esas áreas excede el interés de las provincias para implicar a una amplia región.

13 . Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común; la cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca; comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular y deben ser usados y conservados de manera integrada.

14 . La competencia dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no debe verse como una

actividad arbitral discrecional ni como un juicio de equidad, pues ella, a diferencia de estas últimas, está claramente enmarcada por el derecho vigente; es una actividad que comprende atribuciones de carácter conciliatorio en la cual el tribunal cuenta con amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio, el que, en principio y como ella lo ha dispuesto, será “el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina common law federal y el derecho internacional público” (Del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

15 . El ejercicio de la competencia dirimente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un conflicto ambiental interprovincial, en uso de las facultades conciliatorias asignadas por el art. 127 de la Constitución Nacional no obsta a que en una etapa ulterior pueda resultar procedente ejercer la jurisdicción propiamente judicial en el marco de los arts. 116 y 117 de la Carta Magna (Del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

16 . La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la etapa preliminar de la solución al conflicto ambiental interprovincial por el uso de un río, tiene un objetivo ordenatorio y consiste en generar las condiciones que hagan posible la apertura de una instancia de trabajo cooperativo conjunto entre las provincias involucradas —La Pampa y Mendoza— y el Estado Nacional con el propósito de trazar un plan general que proporcione una solución definitiva a los reclamos de recomposición ambiental levantados por la provincia de La Pampa; a esos fines, deben tener absoluta libertad para desarrollar el trabajo cooperativo en el ámbito en que lo consideren más propicio (Del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

17 . El Estado Nacional tiene deberes propios y directos en el combate contra la sequía grave o desertificación, aun así se requerirá su participación en la solución del conflicto ambiental interprovincial suscitado por el uso de un río, en la búsqueda de una conciliación de los intereses de las partes, en virtud de su mayor capacidad técnica y financiera para hacer efectivas las acciones que se acuerde llevar a cabo en relación con la problemática ambiental invocada, rol que no debe verse como un avasallamiento de las facultades reservadas por las provincias —arts. 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional—, puesto que no se trata de la creación de una unidad burocrática de carácter permanente que se imponga a las provincias, sino de su eventual aporte técnico y financiero a la solución del problema que involucra necesariamente a más de una jurisdicción (Del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

Texto Completo:

Dictamen del Procurador Fiscal:

- I -

A fs. 5/205, la provincia de La Pampa demanda a la provincia de Mendoza en los términos del art. 127 de la Constitución Nacional, a fin de que V.E.:

I. declare el incumplimiento de la provincia de Mendoza: 1) al punto 3ro. de la sentencia dictada el 8 de diciembre de 1987, publicada en Fallos: 310:2475, es decir, a la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel; 2) a distintos puntos de los convenios celebrados durante 1989 y 1992, y se considere la maliciosa demora en el tratamiento y el posterior rechazo del convenio marco de 2008, como un nuevo incumplimiento al fallo citado y de las obligaciones asumidas en los acuerdos anteriores y; 3) a distintas normas constitucionales y de derecho internacional aplicables a la relación que mantiene con la provincia de La Pampa por la cuenca del río Atuel, como las relacionadas con la afectación del derecho humano al agua, del principio de crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias, etc.;

II. se declare la presencia de daño ambiental, como consecuencia de los anteriores incumplimientos, y se ordene su cese y recomposición;

III. se fije un caudal ambiental en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias y los que le corresponden a la provincia de La Pampa sobre

sus recursos naturales;

IV. se disponga la realización de las obras para: 1) alcanzar dicho caudal, fijándose los plazos de ejecución y; 2) optimizar la utilización del recurso del agua en el sistema de riego;

V. se condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos en los que incurrió la provincia de Mendoza, tomando como base el estudio de la Universidad Nacional de La Pampa que se ofrece como prueba documental, así como aquellos que se produzcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental;

VI. se disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de que administre, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos, y con el cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias;

VII. se prohíba a la provincia de Mendoza que efectúe cualquier tipo de acción u obra sobre el río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua que deba llegar a la provincia de La Pampa, sin la previa autorización del Comité a crearse; y

VIII. se ordene al Estado Nacional que brinde la colaboración económica, financiera, técnica y toda otra asistencia que resulte necesaria para implementar las obras cuya realización se dispongan tanto en la sentencia definitiva como en la etapa de ejecución.

Recuerda que V.E. reconoció en Fallos: 310:2475 el carácter interjurisdiccional del río Atuel y determinó que las provincias de Mendoza y La Pampa debían negociar de buena fe para definir las formas a las que se someterían para la utilización común del recurso. Refiere que la demandada no cumplió esa manda jurisdiccional sino que, por el contrario, continuó desarrollando un uso ilegítimo e irrazonable del curso de agua en cuestión. Como consecuencia de ese proceder, denuncia que se ha provocado un inmenso daño ambiental al ecosistema pampeano, que proyecta sus consecuencias sobre los vecinos de esa provincia.

Relata que el 7 de noviembre de 1989 los gobernadores de las provincias de Mendoza y La Pampa suscribieron un “Protocolo de Entendimiento Interprovincial”, a los efectos de tratar el problema de la cuenca del río Atuel. Allí también se previó la creación de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), encabezada por los gobernadores y otros representantes de los estados locales firmantes. Con posterioridad, el 7 de febrero de 1992, ambas provincias junto con el Estado Nacional acordaron un nuevo convenio, posteriormente ratificado por las respectivas legislaturas provinciales y homologado judicialmente ante la Corte, en virtud del cual la provincia de Mendoza se comprometía a entregar el caudal de agua potable necesario para satisfacer la demanda de uso humano de diversas localidades de la provincia de La Pampa, como así también a pagarle a la aquí actora regalías hidroeléctricas derivadas de la explotación del Complejo Hídrico Los Nihuales. Como contrapartida de ello, la provincia de La Pampa prestó su conformidad para la transferencia de la mencionada obra de la Nación a la provincia de Mendoza y se estableció un sistema de control a favor de la cedente respecto de las actividades que allí se realizarían, a los fines de garantizar la debida percepción de regalías y los derechos derivados de la sentencia del año 1987. Asimismo, manifiesta que se dispusieron ciertas obligaciones tendientes a que la provincia de Mendoza cumpla con el aludido fallo de la Corte y se estipuló además que ese acuerdo no afectaría los derechos de la provincia de La Pampa de compartir con la aquí requerida el uso consuntivo de las aguas del río Atuel.

Señala que el día 7 de agosto de 2008 se celebró un convenio marco entre las mencionadas provincias y el Estado Nacional en el que se previeron una serie de obras (que serían financiadas por el gobierno federal), a los efectos de aumentar el caudal hídrico y la calidad de las aguas del río Atuel y se creó la Unidad de Coordinación Técnica del río Atuel. El instrumento fue ratificado por la legislatura de la provincia de La Pampa, mas fue desechado por el mismo órgano de la provincia de Mendoza.

En razón de lo antes expuesto, la actora denuncia que la provincia de Mendoza no ha cumplido los

convenios que suscribió a partir de la manda introducida en la sentencia de 1987 de la Corte sino que, por el contrario, ha continuado desarrollando un aprovechamiento unilateral del río Atuel. Como resultado de lo anterior, revela que se han modificado los caudales fluvioecológicos y ambientales para el territorio pampeano y se han producido diversos daños ambientales, en contradicción con lo prescripto en las leyes nacionales que protegen el ambiente (25.675 y 25.688) y el Acuerdo Federal del Agua, suscripto por provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en agosto de 2003.

Destaca no solo la afectación del ecosistema en los bañados del río Atuel y su desembocadura en el río Salado sino también los daños que se proyectan sobre la cuenca de este último y del río Colorado. Además, puntualiza el impacto social producido sobre los bienes y servicios ecosistémicos y las consecuencias demográficas que la alteración del ecosistema ha generado en la zona. Frente a tales circunstancias, la actora reclama la reparación del daño ambiental colectivo y la recomposición del ambiente.

Funda su derecho en los arts. 16, 41, 43, 75 y 127 de la Constitución Nacional, los convenios y acuerdos celebrados con la demandada y el Estado Nacional, y en las leyes nacionales 24.375, 25.675 y 25.688.

Explica que ante las comentadas negociaciones infecundas, el agotamiento de las vías institucionales y los reclamos del pueblo pampeano —derivados de los problemas existentes en la provincia en materia de acceso al agua potable— se encuentra obligada a iniciar esta acción para resolver el presente conflicto interestatal, cuyo conocimiento entiende que le corresponde a V.E. de conformidad con lo previsto en el art. 127 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, advierte que no existe litispendencia con la causa P.732, XLVI, Originario “Palazzani, Miguel Ángel c. Mendoza, provincia de y otro s/ amparo ambiental”, puesto que no se dan los requisitos de los arts. 87, inc. 3º, y 88 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (CPCCN).

En último lugar, solicita la citación como tercero al pleito del Estado Nacional, con apoyo en los principios de subsidiariedad, solidaridad y cooperación, así como en razón de su responsabilidad histórica en la producción del daño ambiental denunciado, a partir de la realización y puesta en marcha del Complejo Los Nihuiles.

- II -

A fs. 217, V.E. —de conformidad con el dictamen de este Ministerio Público de fs. 215/216— declara que esta causa corresponde a su competencia originaria, corre traslado de la demanda a la provincia de Mendoza y cita al Estado Nacional como tercero.

- III -

A fs. 268/274, se presenta el Estado Nacional y contesta su citación.

En resumen, señala que ha ejercido un rol de coordinación tendiente a facilitar la comunicación entre los estados locales a los fines de conciliar políticas públicas referidas al ambiente en general y al agua en particular. Sin embargo, explica que su participación se encuentra limitada en lo relativo al recurso interjurisdiccional en cuestión, en virtud de que corresponde a las provincias la competencia ambiental respecto de los recursos naturales que se encuentran bajo su dominio.

Puntualmente, en relación con el acuerdo suscripto en el año 2008, reconoce su celebración mas justifica la falta de ejecución de aquél en que la provincia de Mendoza no ratificó su contenido, obstando de tal manera a su ejecución. Ante ello, sostiene que la actora no puede reprocharle incumplimiento alguno.

- IV -

A fs. 278/624, contesta la demanda la provincia de Mendoza.

En primer lugar, plantea la incompetencia de esa Corte para conocer en estos actuados en los términos de lo establecido por el art. 127 de la Constitución Nacional, al considerar que lo que aquí se plantea es una causa judicial, típicamente jurisdiccional. En línea con lo anterior, postula que el Tribunal no tiene

atribuciones para disponer la creación de un comité interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, ya que corresponde a los estados locales —y no al gobierno federal— la integración de poderes de carácter local. Una solución distinta a la que postula, entiende, afectaría la autonomía de las provincias involucradas.

En segundo lugar, esgrime la defensa de cosa juzgada al considerar que la pretensión de la actora no es más que un replanteo de lo ya resuelto en Fallos: 310:2475 bajo el ropaje de una nueva argumentación jurídica. En este punto, manifiesta que es imposible que coexista lo decidido en esa sentencia con lo que aquí requiere la provincia de La Pampa.

En tercer lugar, estima que la peticionante carece de legitimación para accionar a partir de lo establecido en el art. 30 de la ley general del ambiente (25 675). Detalla que en el aludido precepto se prevé que, deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares habilitados por esa norma, no podrán interponerla los restantes. Al respecto, recuerda que ante el Tribunal se encuentran tramitando los autos P.732. XLVI, “Palazzani, Miguel Ángel c. Mendoza, provincia de y otro s/ amparo ambiental”. Refiere que allí se plantea una controversia respecto del mismo bien jurídico en cuestión, en la que se reclama —como en el presente expediente— la recomposición y prevención ambiental. Señala también que en esa causa la actora y el Estado Nacional se encuentran interviniendo en calidad de terceros.

Por otra parte, postula que no le cabe responsabilidad alguna por el actual estado ambiental del territorio pampeano, sino que más bien ese escenario se deriva de las omisiones en materia de políticas públicas de la actora y del Estado Nacional. Con base en ello, opone la defensa de falta de legitimación pasiva.

En subsidio de lo anterior, se refiere al fondo del asunto en cuanto sostiene que no ha incumplido la sentencia de la Corte, ya citada, ni los acuerdos posteriores que vincularon a las partes. Por el contrario, resalta su diligencia y buena fe para las negociaciones que se intentaron y destaca su cooperación brindada a la provincia de La Pampa para resolver sus dificultades en materia de acceso al agua.

Rechaza —por improcedente— la fijación de un caudal ecológico o ambiental permanente como técnica de recomposición del ambiente. Subraya que en este punto presenta graves deficiencias en su consistencia técnica, lo cual impide su consideración seria. Según su punto de vista, el estudio presentado no acredita la existencia de daño ambiental alguno sino que propone la posibilidad de establecer una distribución de aguas alternativa a la actual en miras a beneficiar a la provincia de La Pampa y, ante su eventual admisión, advierte que resultaría contradictorio con lo decidido por la Corte en Fallos: 310:2475.

Con base en lo anterior concluye que no existe el daño ambiental que aquí se denuncia y descarta la responsabilidad ambiental que se le endilga.

- V -

A fs. 671, el Tribunal remite las presentes actuaciones para que este Ministerio Público se expida acerca de las excepciones opuestas por la provincia de Mendoza.

- VI -

Advierto que un orden jurídicamente lógico impone tratar, en primer lugar, la incompetencia de la Corte esgrimida por la demandada para intervenir en estos actuados

Adelanto que, según mi punto de vista, esa defensa no puede prosperar de acuerdo con los argumentos desarrollados en mi dictamen de fs. 215/216, a los que me remito en razón de brevedad.

A lo anterior estimo pertinente agregar que el delicado equilibrio del sistema federal, que asegura la armonía y el respeto recíproco entre los estados provinciales y la de éstos con el poder central, requiere que —como medio de garantizar la paz interior— la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas, como la de autos, entre los organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asuman la calidad formal de una demanda judicial (Fallos: 310:2475 y sus citas).

- VII -

Despejado lo anterior, pienso que corresponde estudiar la defensa de falta de legitimación activa de la provincia de La Pampa, que la demandada funda en lo previsto por el art. 30, segundo párrafo, de la ley general del ambiente.

En este punto, advierto que, por tratarse la resolución de la presente contienda de una jurisdicción conferida al Tribunal para su conocimiento en instancia originaria, según los términos establecidos en el art. 127 de nuestra Norma Fundamental, se trata de una atribución de raigambre constitucional, de naturaleza restrictiva y no susceptible de ser ampliada ni limitada por normas legales (Fallos: 325:3070; 326:3517 y 3642, y 327:446, entre muchos otros).

A la luz de esa directriz, forzoso es concluir que el argumento de falta de legitimación activa de la provincia de La Pampa, fundada en la ley general del ambiente, no puede prosperar.

- VIII -

Por lo demás, la provincia de Mendoza invocó también las excepciones de cosa juzgada y de falta de legitimación pasiva.

Para su estudio, creo pertinente recordar la doctrina de la Corte según la cual, a falta de una ley que regule el procedimiento en forma específica, las demandas entre provincias se encuentran regidas por la ley de procedimiento nacional (Fallos: 165:83).

Bajo este prisma, considero que resulta de aplicación el punto 6) del art. 347 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación en cuanto prevé: “para que sea procedente esta excepción (cosa juzgada), el examen integral de las dos (2) contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve”.

Con base en tales pautas, observo que establecer la existencia de cosa juzgada exige realizar un examen integral de ambas contiendas a los fines de determinar si la sentencia firme del 8 de diciembre de 1987 ha resuelto ya lo que constituye la pretensión deducida en estos autos pues, en este aspecto, la Corte tiene dicho que lo esencial es determinar si los litigios considerados en su conjunto son idénticos o no, contradictorios o susceptibles de coexistir (Fallos: 316:3126).

A estos efectos, estimo pertinente recordar que el reclamo formulado por la provincia de La Pampa y decidido por la Corte en Fallos: 310:2475, con sentencia firme, tenía por objeto que se condene a la provincia de Mendoza a “no turbar la posesión que ejerce y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto en la resolución 50/1949 de Agua y Energía Eléctrica y que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias” (conf. puntos I. y III. de los antecedentes del fallo citado).

En aquella oportunidad, la Corte resolvió: “1) declarar que el río Atuel es interprovincial —ello, pese a la tesis de la provincia de Mendoza que sostenía su dominio exclusivo en virtud de que aguas debajo de la localidad de Carmensa el río perdía la condición de perenne (conf. cons. 1º) y que el acuerdo celebrado entre el Estado Nacional y la provincia de Mendoza el 17 de junio de 1941 no tenía efecto vinculatorio para la actora; 2) rechazar la acción posesoria promovida por la provincia de La Pampa y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/1949 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del río Atuel, siempre que la provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales; y 3) exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en esa sentencia”.

Por otro lado, a partir de lo requerido en la nueva acción aquí planteada por la provincia de La Pampa (que ha sido descrito en el acápite 1 del presente dictamen) advierto que, si bien entre las causas media identidad en los sujetos y —en parte— en el objeto involucrado (en lo que se refiere a la regulación del uso compartido entre ambas provincias del río Atuel); un adecuado estudio de la pretensión deducida me conduce a afirmar que tanto los fines perseguidos como las bases fácticas invocadas en ambos procesos son distintos.

Cierto es que, por una parte, la demanda se encuentra dirigida a dar cumplimiento al punto 3) del fallo anterior; mas no se me escapa que aquí se denuncia la existencia de daño ambiental en la cuenca del río Atuel, respecto del cual se requiere su cese, así como su indemnización y recomposición. Asimismo, se solicita la creación de un ente para la administración común del recurso y que se fije un caudal ambiental mínimo de calidad y cantidad de agua que debe ingresar al territorio pampeano, entre otras cuestiones ambientales. A más de lo anterior, observo que a partir del escenario que describe la provincia de La Pampa, se estarían produciendo graves incumplimientos de diversas normas constitucionales y de derecho público internacional, a la vez que se estarían afectando derechos y garantías de los habitantes pampeanos.

A partir de tales cuestiones introducidas por la actora —que no fueron objeto de debate en la causa de Fallos: 310:2475— es dable concluir que no se configura una identificación sustancial entre los planteos bajo estudio. Es que, dada la diversidad que se advierte en el objetivo final de cada uno de los procesos, la sentencia a dictarse en autos estimo que no será susceptible de alterar ni resultar contradictoria con lo ya decidido por la Corte.

Así las cosas, razono que la presente excepción debe ser rechazada para amparar así la solución real que se encuentra al alcance del juzgador en cada una de las contiendas (conf. Fallos: 328:3299).

- IX -

Por último, resta tratar la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por la provincia de Mendoza, en cuanto considera que no puede reprochársele responsabilidad alguna respecto de las cuestiones que la actora pretende endilgarle.

De acuerdo con la jurisprudencia citada en el segundo párrafo del acápite anterior, y por aplicación de lo establecido en el punto 3° del art. 347 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, considero que esa defensa tampoco puede ser admitida en esta instancia del proceso, sino que corresponderá al Tribunal evaluar su procedencia en la sentencia definitiva.

Así lo pienso puesto que no puede afirmarse ahora, de forma manifiesta, que la provincia de Mendoza no sea la titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión aquí deducida por La Pampa, con prescindencia de que ésta tenga o no fundamento (Fallos: 310:2944; 327:84 y sus citas).

- X -

En atención a lo aquí expresado, y con la salvedad expuesta en el acápite IX, opino que las excepciones opuestas por la demandada deben ser rechazadas. Buenos Aires, 7 de junio de 2016. — Laura M. Monti.

Buenos Aires, diciembre 1° de 2017.

Considerando: 1°) Que a fs. 5/205 l a provincia de La Pampa promueve demanda en los términos del artículo 127 de la Constitución Nacional contra la provincia de Mendoza, a fin de que:

I. Se declaren los siguientes incumplimientos de la demandada: a) al punto 3) de la sentencia dictada por esta Corte el 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478), es decir, a la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel; b) a distintos puntos de los convenios celebrados durante 1989 y 1992, y se considere la maliciosa demora en el tratamiento y el posterior rechazo del convenio marco de 2008, como un nuevo incumplimiento a la sentencia de referencia y a las obligaciones asumidas en los convenios anteriores, y c) a distintas normas constitucionales y de derecho internacional aplicables a la relación que ambas provincias mantienen por la cuenca del río Atuel (vg. afectación del derecho humano al agua, del principio de crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias, etc.).

II. Se declare la presencia de daño ambiental, como consecuencia de los anteriores incumplimientos, y se ordene el cese y su recomposición.

III. Se fije un caudal fluvioecológico en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre provincias y los derechos que le corresponden

sobre sus recursos naturales.

IV. Se le ordene a la provincia de Mendoza la realización de las obras necesarias para optimizar la utilización del recurso agua en su sistema de riego.

V. Se la condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos, tomando como base el estudio de la Universidad Nacional de La Pampa que se ofrece como prueba, y aquellos que se produzcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental.

VI. Se disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de administrar, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos, y con cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias.

VII. Se prohíba a la demandada efectuar cualquier tipo de acción u obra sobre el río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua que deba llegar a su territorio, sin la previa autorización del Comité a crearse.

VIII. Se le ordene al Estado Nacional brindar la colaboración económica, financiera, técnica y toda otra asistencia que resulte necesaria, para implementar las obras cuya realización se dispongan tanto en la sentencia definitiva como en la etapa de ejecución.

Explica que la sentencia de referencia, declaró que el río Atuel es interprovincial, rechazó la acción posesoria y la pretensión de que se regule la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus afluentes —siempre que la provincia de Mendoza mantenga los usos consuntivos aplicados sobre la superficie afectada al riego de 75.761 hectáreas— y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de sus aguas, sobre la base de los principios generales y pautas fijadas en sus considerandos.

Considera que la demandada ha incumplido la obligación impuesta por la sentencia de 1987, y también le imputa el incumplimiento de las obligaciones emergentes de los acuerdos interprovinciales posteriores, en especial aquellos suscriptos en 1989, 1992 y en el marco de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I), que incluyen obligaciones de información, notificación y negociación de buena fe, los cuales regulan la relación interprovincial y la ratificación del convenio de 2008.

Refiere en síntesis, que la provincia de Mendoza, continuó desarrollando un uso ilegítimo e irrazonable del curso de agua en cuestión, provocando un inmenso daño ambiental al ecosistema pampeano, que proyecta sus consecuencias sobre los vecinos de esa provincia.

Además del incumplimiento de la sentencia y de los acuerdos referidos, señala que la demandada afectó su derecho al agua potable, causó daños ambientales graves, privando a la actora y a sus habitantes de este recurso y afectó el desarrollo humano en todo el oeste pampeano.

También afirma que el Estado Nacional es responsable desde el punto de vista histórico, porque no se hizo cargo de velar por los derechos de La Pampa y sus habitantes cuando era territorio nacional, y desde el punto de vista jurídico por la violación de su obligación de tutelar el medio ambiente.

Sostiene que Mendoza comenzó a utilizar de forma unilateral el río Atuel a partir de 1918, época desde la cual empezó a cortarse el paso del agua hacia el, por entonces, territorio nacional de La Pampa.

Denuncia la existencia de obras clandestinas de captación y desvío ejecutadas al sur de Colonia Alvear (Mendoza), que provocaron la extinción del brazo más oriental del Atuel, como la construcción por un vecino de la provincia de Mendoza, en 1933, del conocido “tapón de Ugalde” —un dique de tierra y monte, por el que procedió a tapar de modo definitivo el Arroyo Butaló—.

Aduce que el corte total del Río Atuel se produjo en la década de 1940. Al comienzo de la misma se sanciona la Ley Nacional 12.650, la cual dispuso la ejecución de la obra “Los Nihuales” y para ejecutarla la Nación y la demandada suscribieron el convenio en 1941. De este modo —continúa—, el río dejó de llegar a La Pampa en el año 1947, al comenzar el llenado del embalse del dique El Nihuil, y desde ese año el Atuel no volvió a ingresar al territorio pampeano sino hasta una gran crecida que tuvo en el año 1973.

Afirma que el daño ambiental generado con motivo del corte del curso de agua es mayúsculo y que la síntesis diagnóstica del informe de la Universidad Nacional de La Pampa del año 2005 es que si bien actualmente gran parte de las características funcionales y estructurales del sistema en estudio, han evolucionado bajo las actuales condiciones morfodinámicas y climáticas, se puede decir que el estado de conservación ecológica del sistema del río Atuel, es crítico. Agrega que los resultados obtenidos en el estudio, indican que las intervenciones antrópicas en el sistema han generado nuevos fenómenos en la región: alteración del patrón estacional de escurrimiento superficial, alteración de las características geomorfológicas y sedimento-pedológicas, alteración de la calidad del agua superficial y subterránea (eutrofización, salinización), disminución de la potencialidad de uso de los recursos (inestabilidad, baja predictibilidad y seguridad), modificación de servicios ecológicos (positivos y negativos).

Señala asimismo cambios del régimen hidrológico, por intervención humana, a punto tal que a pesar de tratarse de una cuenca alimentada por el deshielo de la cordillera, en La Pampa los mayores caudales se registran en invierno, es decir, cuando en Mendoza no se riega. Además, indica que en la situación actual, la discontinuidad e imprevisibilidad en los escurrimientos, impide contar con agua superficial en cantidad y calidad adecuada para el desarrollo socio económico y la sustentabilidad del ecosistema fluvial.

Frente a tales circunstancias, reclama la reparación del daño ambiental colectivo (incluyendo daño moral colectivo, daño a la actividad económica, aves, caza, pesca, invasión de especies) y la recomposición del ambiente.

El derecho a la reparación (indemnización de los perjuicios) y los daños al ambiente, son objeto de un título especial de la presentación, que incluye los daños a indemnizar, valoración económica y cuantificación del daño ambiental.

Enumera posibles alternativas para llevar a cabo la recomposición:

a) Permitir la escorrentía en Carmensa; de esta forma en las condiciones actuales, para obtener un caudal ambiental de 4,5 m³/s determinado en el “Estudio para la determinación del caudal mínimo necesario para el restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del Río Atuel” (UNLPA, 2005), sería necesario que en Carmensa se registre un caudal medio superior a 6 m³/s para asegurar una mínima escorrentía permanente.

b) Construcción de un canal entre Carmensa Mendoza La Puntilla provincia de La Pampa, cuyas características se encuentran previstas en el acuerdo de 2008, con la previsión de la construcción de un embalse en La Puntilla, que permitiría una importante zona de riego.

c) Revestimiento de la red de riego, drenaje y retorno para evitar las pérdidas de agua en Mendoza y con ello respetar los caudales necesarios para salvaguardar sus derechos. Indica que la conducción de agua por canales de tierra produce significativas pérdidas por infiltración, las que pueden llegar en caso extremos hasta el 50% del total del agua conducida.

d) Canal “La Marzolina”: se propone la creación de un pequeño canal que conecte el drenaje de La Marzolina con el cauce del río Atuel, con el objetivo de obtener “caudales de retornos”, a fin de sumarlos al escurrimiento del propio río, incrementando los valores medidos en la actualidad, otorgando continuidad en el flujo, disminuyendo las pérdidas.

e) Portezuelo del Viento y Trasvases del Río Grande y del Negro al Río Colorado: explica que el proyecto denominado “Aprovechamiento Integral de los recursos hídricos del río Grande - Traslase del Río Grande al Atuel” es un proyecto que cuenta ya con varias décadas, aunque no se ha logrado su implementación. El río Grande es el principal afluente del río Colorado. En el marco del COIRCO, la autoridad de cuenca del río Colorado, previó la realización de un embalse (Portezuelo del Viento) con capacidad máxima de 3600 hm³, así como la construcción de una central hidroeléctrica. Junto con la realización de ese embalse, se previó un trasvase al río Atuel.

Dado que ese trasvase implicará una reducción equivalente del caudal del Colorado, la obra debe ser realizada en forma conjunta con un trasvase desde el río Negro hasta el río Colorado. Sostiene que hasta

el momento, no es posible avanzar en la obra del trasvase, porque no existe consenso de las demás provincias para llevarlo adelante.

f) Modificación de sistemas de riego en Mendoza, instrumentando técnicas que permitan un mayor aprovechamiento del recurso hídrico, y por lo tanto, una mayor disponibilidad de caudales, a fin de lograr el establecimiento de caudales ambientales en La Pampa.

2º) Que a fs. 278/625 contesta la demanda la provincia de Mendoza y, en primer lugar, plantea la incompetencia de la Corte para resolver responsabilidades ambientales en el marco de la jurisdicción dirimente (artículo 127, Constitución Nacional), al considerar que lo que aquí se plantea es una causa judicial típicamente jurisdiccional.

Sostiene que en este caso, en ejercicio de la función dirimente, la Corte Suprema no actúa como Tribunal de Justicia, sino como componedor institucional. Expresa que el artículo 127 de la Ley Fundamental habilita un poder en la Corte, para ajustar, fenecer, componer controversias entre las provincias, asegurando la paz interior y que cuando este Tribunal dirime controversias en los términos de la cláusula constitucional citada, no se trata de una contienda jurídica sino de decisiones políticas que ante el desacuerdo afectan los intereses provinciales.

En línea con lo anterior, postula que esta Corte no tiene atribuciones para disponer la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel, ya que corresponde a los estados locales —y no al gobierno federal— la integración de poderes de carácter local (artículos 122, 124, 125, Constitución Nacional). Entiende que una solución distinta a la que postula, afectaría la autonomía de las provincias involucradas. Resalta el funcionamiento de la Comisión Interprovincial del Río Atuel Inferior (C.I.A.I.) conformada en 1989, como un ámbito para promover acuerdos.

En segundo lugar, opone la excepción de cosa juzgada (artículo 347, inc. 6º, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) al considerar que es imposible que coexista lo decidido en la sentencia dictada en 1987 (Fallos: 310:2478) con la pretensión de la actora, la que en definitiva procura interferir con lo ya resuelto en aquella oportunidad, reeditando la discusión bajo un nuevo ropaje. Afirma que la cuestión ambiental ya integró el *thema decidendum* en la sentencia firme de esta Corte Suprema, pasada en autoridad de “cosa juzgada” (*res judicata*).

En tercer lugar, opone la excepción previa de falta de legitimación activa para obrar (artículo 347, inc. 3º) en virtud de que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley General del Ambiente (25.675), deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares habilitados señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros en el proceso iniciado.

Este último planteo se efectúa porque se interpuso una demanda con antelación por ante este mismo Tribunal, en el marco de la competencia judicial originaria (artículo 117, Constitución Nacional), por quien invoca la calidad, de afectado (causa CSJ 732/2010 (46-P)/CS1 “Palazzani, Miguel Ángel c. Mendoza, provincia de y otro s/ amparo ambiental”). Refiere que allí se plantea una controversia (con respecto al río Atuel) en la que se reclama —como en el presente expediente— la recomposición y prevención ambiental —incluyendo el requerimiento de un caudal ambiental—. Señala que en esa causa la actora y el Estado Nacional se encuentran interviniendo en calidad de terceros.

En cuarto lugar, opone la excepción de falta de legitimación pasiva, porque entiende que toda la cuestión que plantea La Pampa es producto de las políticas que sobre ese territorio ha desarrollado el Estado Nacional, e incluso la propia actora una vez que se constituyó como provincia autónoma.

En ese sentido, sostiene que en Fallos: 310:2478 quedó probado que a fines del siglo XIX en ambos ámbitos territoriales empezaron desarrollos propios de las políticas de colonización, aunque tuvieron resultados diferentes. Así destaca que mientras que Mendoza tuvo una política integral que llevó al crecimiento y consolidación del actual oasis humano allí existente, en territorio pampeano las políticas desatendieron la colonización del suroeste provincial, prefiriendo el desarrollo de la zona húmeda de la provincia, y con ello, cuando los usos mendocinos crecieron, ya no existían actividades que fueran

afectadas en La Pampa. Con ello, el responsable de tal circunstancia, en todo caso, es el Estado Nacional que ejercía la administración del entonces Territorio Nacional, y ejecutó las políticas que configuraron el ambiente humano allí existente.

En subsidio de lo anterior, plantea la improponibilidad de la acción planteada, con fundamento en que la reclamación ambiental sería ajena a la función dirimente (y con ello la excepción de incompetencia debería prosperar), o en su defecto que la Ley 25.675 impide que se presente una nueva acción —sea dirimente o judicial— con igual causa (y en ese caso la presente demanda sería improponible).

En relación a la cuestión ambiental y el uso del agua, señala que no existe un daño que le sea imputable.

En este sentido expone que el polo de desarrollo en el sur mendocino, fruto de una política decidida de colonización por parte del gobierno provincial y a la contribución del gobierno nacional, muestra un marcado contraste con la situación del noroeste pampeano, donde solo el frustrado intento de la Colonia Butaló puede indicar alguna preocupación de las autoridades federales para promover su explotación agropecuaria. Afirma que incluso, tal como surge del análisis que efectúa la Universidad Nacional de Cuyo, que se acompaña probatoriamente, hoy en día La Pampa tiene agua disponible para más de 100.000 hectáreas en el sector suroeste de su territorio, que desaprovecha absolutamente, sin haber dado lugar a un desarrollo que alcance siquiera el 10% de su potencial, lo que demuestra que la ausencia de desarrollo en el territorio pampeano es ajena al uso que hizo históricamente Mendoza.

En concreto, revisa los antecedentes fácticos del proceso de colonización, para señalar que el oasis mendocino, creció desde 1880 hasta 1930, época desde la cual presenta la actual magnitud de superficie cultivada.

Recuerda las previsiones contenidas en la ley 12.650, que considera un régimen de fomento (artículo 67, inc. 16, Constitución Nacional de 1853, actual 75, inc. 18) respecto del territorio del sur de Mendoza y de la cual deriva el Tratado suscripto en 1941 entre la Nación y Mendoza, para la construcción de un dique de embalse y obras accesorias para almacenar las aguas del Atuel, para aprovechamiento hidroeléctrico, en el lugar denominado El Nihuil.

Afirma que los efectos de políticas de colonización desiguales, no implican un daño propiamente dicho, ni generan injusticias o inequidades, especialmente en cuanto tal desarrollo diferencial se produce sin que se haya afectado la garantía de igualdad entre las provincias.

Pone de resalto que ya la sentencia de la Corte publicada en Fallos: 310:2478 adopta como extensión regada y cultivada —afectada a los usos consuntivos del Agua del Atuel— la de 75.761 has en la provincia de Mendoza (considerando 107), y que el uso que realiza Mendoza no es abusivo y por ello es improcedente la pretensión pampeana (considerando 116).

A su juicio, esa misma sentencia resolvió reconocer la preeminencia de los usos existentes en Mendoza (“usos actuales”) por hasta 75.761 has; no obstante señala que tiene en cuenta además que sería posible al menos hipotéticamente efectuar mejoras que pudieran llevar a ahorros de aguas que permitan eventualmente producir “usos futuros” por sobre las 75.761 has reconocidas como usos actuales preexistentes.

En ese sentido, interpreta que en el considerando 110 del fallo, expresamente se deja en claro que incluso mejorando la eficiencia mediante las obras necesarias y posibles, aun así el déficit hídrico subsistiría para abastecer la superficie de regadío reconocida a favor de Mendoza.

Manifiesta haber sido diligente en el uso del recurso hídrico y que se han realizado onerosos programas de inversión buscando aumentar la eficiencia del uso del agua; así por ejemplo, da cuenta que después de 1987 se ha efectuado el revestimiento de 132 km de canales correspondientes al sistema del río Atuel, con una inversión de más de U\$S 145.045.000, logrando el ahorro de más del 78% del caudal que antes se infiltraba por fallas de eficiencia; aunque ello solo representa un valor de aproximadamente el 8%, cifra no solo inferior al déficit histórico de suministro de los usos actuales, sino también muy menor al impacto que el cambio climático ha tenido en el cauce.

Asevera que se ha esforzado diligentemente en reforzar el carácter razonable de su uso, hacer un uso eficiente de los recursos naturales, y aun así no ha logrado alcanzar una situación de excedentes que permita dar lugar a usos futuros por encima de las 75.671 has, lo que demuestra que el presupuesto fáctico de cualquier negociación (posible disponibilidad para usos futuros) no existe de hecho.

Desde la dimensión económica del problema, observa que los costos de obras requeridas (cuya envergadura y magnitud, llevaría al menos tres décadas desde su comienzo) para generar usos futuros en La Pampa, y su financiación, superan ampliamente toda factibilidad económica ante los relativamente magros resultados de producción y beneficios que podrían obtenerse, considerando solamente el noroeste pampeano.

Resulta evidente —dice— que las obras destinadas a regar una superficie de alrededor de 15.000 has de La Pampa son inconvenientes, pues su onerosidad resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener.

También destaca que en el fallo de esta Corte de 1987, con base en jurisprudencia del derecho comparado (considerando 123), reconoce como principio o máxima, que solo pueden resultar exigibles medidas de conservación de caudales que sean económica y físicamente posibles de manera accesible.

Apunta que, aunque en dicha sentencia se pone de resalto que sería posible lograr importantes ahorros de agua reduciendo las pérdidas en Las Juntas, actualmente se entiende que las infiltraciones que se producen en ese paraje son una importante fuente de suministro al sitio RAMSAR y al Área Natural Protegida Laguna de Llanquanelo; por lo que a lo sumo se podrían efectuar encauzamientos sin impermeabilización, que solo mitigan las pérdidas por evaporación y permiten en épocas de sequías ciertos ahorros provisorios.

Por lo expuesto, señala que el 80% de los años resultan signados por una marcada crisis hídrica que obliga a una distribución de caudales a los “usos actuales” muy por debajo de las necesidades, con mecanismos de veda y turnado que dejan a los usuarios sin agua durante el 50% del año; que asimismo, existen estudios científicos que pronostican un descenso significativo del promedio de escorrentías, que incluso ronda el 20% de caudales disponibles.

Alega que estas dificultades además hoy se potencian en un contexto de cambio climático que pronostica una reducción de los caudales disponibles en la región cuyana (así por ejemplo, la Segunda Comunicación Nacional 2007, prevé disminuciones superiores al 10 a 30% para los próximos años para la Cordillera de Los Andes en la zona central; el Inventario de Glaciares, realizado por el IANIGLA, da cuenta de retrocesos de glaciares en la Cuenca del río Atuel).

Expresa que por el contrario, uno de los efectos del cambio climático pronosticado, muestra una mejora del régimen de lluvias en la región pampeana. Así por ejemplo, un estudio del INTA (Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria) publicado en 2004, pone de manifiesto que se ha producido un desplazamiento de la isohieta que ha mejorado sustancialmente la oferta hídrica pluvial en la cuenca baja del Atuel, al punto que las precipitaciones en Santa Isabel duplican la media mendocina.

Sostiene que no ha incumplido la sentencia de la Corte ya citada, ni los acuerdos posteriores que vincularon a las partes. Por el contrario, resalta su diligencia y buena fe para las negociaciones que se intentaron y destaca su cooperación con la actora para resolver sus dificultades en materia de acceso al agua. En particular, esgrime que es prueba de ello que en el año 1989 ambas provincias suscribieron un Protocolo de Entendimiento Interprovincial, que se presenta como un mecanismo institucional de coordinación entre las autoridades administrativas, tendiente a generar procesos de negociación y acuerdo sobre diversos temas.

Destaca que el Tratado del 7 de febrero de 1992 suscripto entre Mendoza, La Pampa y la Nación, ratificado por leyes provinciales 5826 y 137.6 respectivamente, expresamente reconoce ser adoptado en el marco de lo establecido en el Protocolo de referencia. Pone de relevancia que a pesar de que dicho protocolo establecía en el punto 5 la definición de medidas tendientes a restablecer el sistema fluvial del río Atuel y la utilización del curso para abastecimiento de agua potable, lo cierto es que siendo ello

técnicamente imposible en el marco de las pautas brindadas en la sentencia de 1987, por el citado Tratado de 1992 Mendoza cedió gratuitamente un suministro de agua potable externa al río Atuel en un caudal muy superior al que se necesitaba en ese momento y actualmente en beneficio de la población pampeana.

Resalta que buscando soluciones a las necesidades e intereses en juego, Mendoza ha cedido a su vecina provincia, en virtud de dicho Tratado, el uso de agua surgentes existentes en la localidad de Punta del Agua, mediante la construcción de un acueducto, su potabilización y posterior traspaso en beneficio de localidades pampeanas ubicadas en la Cuenca.

Apunta que el acuerdo 2008, suscripto por los gobernadores provinciales, no tuvo vigencia no solo porque finalmente fue desechado por la Legislatura de Mendoza mediante su ley 8681, sino también porque hubo una ruptura de las negociaciones por parte de La Pampa al iniciar esta demanda, que impiden el acuerdo por su imposibilidad física y legal, y además porque el Estado Nacional nunca suscribió con efectividad legal el mismo.

Ante el impedimento en generar usos futuros que sean viables técnica y económicamente, indica que ha postulado diversas alternativas de solución, más allá del suministro de agua extraña a la Cuenca del Atuel acordado en 1992. Así por ejemplo, se ha propiciado que La Pampa asigne sus caudales excedentes del río Colorado, mediante su trasvase conjunto con los caudales que le corresponden a Mendoza, lo que ha sido rechazado por la actora, por entender que debe suministrarse desde ese mismo curso.

El estudio de la Universidad Nacional de Cuyo —pone de resalto— constata que más del 90% de los caudales asignados a La Pampa en el Tratado de 1976 sobre el río Colorado, cuatro décadas después continúan sin aprovechamiento alguno, a pesar de no existir limitación técnica como grandes obras para su uso inmediato (por encontrarse la zona de riego lateral al río) y la escasa parte que se utiliza de esos caudales, se hace con bajos niveles de eficiencia que demuestran la ausencia de programas estables de inversión.

Califica la postura pampeana de intransigente a cualquier solución que no sea desconocer el contenido de Fallos: 310:2478 y lograr un caudal desde el río Atuel a costa de los derechos preferentes reconocidos a Mendoza.

Rechaza —por improcedente— la fijación de un caudal ecológico o ambiental permanente como técnica de recomposición del ambiente.

3º) Que el Estado Nacional en su contestación a la citación como tercero, señala que integra el COHIFE (Consejo Hídrico Federal), esto es, un organismo creado por las provincias y la Nación a fin de ser el ámbito de coordinación y concertación entre las provincias (ley 26.438), pero explica que su incidencia resulta limitada, en virtud de que las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales propios, reservándose la competencia exclusiva respecto de los recursos hídricos conforme lo postulado en el artículo 124 in fine de nuestra Constitución Nacional.

Sostiene que las cuencas hídricas, como la del caso, se regirán conforme a los Convenios que realicen las distintas provincias entre sí; pudiendo haber tantos acuerdos sobre uso de aguas interprovinciales como aguas interprovinciales haya.

Fundamenta su postura en que las provincias son titulares de las aguas existentes en su territorio y están facultadas a dictar la normativa que las regule. También en que, en función de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, se faculta a las provincias a celebrar tratados parciales. Por lo tanto, esta facultad de regular sobre las aguas interprovinciales no le corresponde ni le debería corresponder al Congreso de la Nación, menos aún al Poder Ejecutivo Nacional.

Agrega, citando precedentes de esta Corte (“Roca, Magdalena c. Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad” y “Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c. provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 12 de agosto de 2008), que corresponde a las provincias la competencia ambiental respecto de los recursos naturales que se encuentran bajo su dominio; como asimismo que el artículo 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas.

Desde su visión el ámbito para deliberar, compartir información, acordar en general, es el organismo de cuenca (que para el caso que nos ocupa es la C.I.A.I.) y mediante el cual —como instancia preventiva inclusive— las partes resuelven aspectos potencialmente conflictivos; siendo la voluntad de la Nación, destaca, cooperar y conciliar entre las provincias parte, y en esa dirección ha venido convocando a ambos estados provinciales a concertar y a reunirse, en ámbitos como por ejemplo la Comisión del Desaguadero (cuenca a la que pertenece el Río Atuel).

4°) Que a fs. 217, de conformidad con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, esta Corte declara que esta causa corresponde a su competencia originaria, corre traslado de la demanda a la provincia de Mendoza y cita al Estado Nacional como tercero.

Mediante la resolución del 25 de abril de 2017 (Fallos: 340:526) el Tribunal rechaza las excepciones previas de incompetencia y de falta de legitimación activa opuestas por la provincia de Mendoza en los apartados V.1.a) y V.3.a) de la presentación de fs. 278/625; convoca a las partes y al Estado Nacional a una audiencia pública con arreglo a lo dispuesto en la acordada 30/2017 con finalidades informativa y conciliatoria, y en mérito a las trascendentes circunstancias que se debaten en el presente caso, y con el objetivo de enriquecer la deliberación con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, habilita la participación de los Amigos del Tribunal.

El 14 de junio de 2017 se llevó a cabo la audiencia pública convocada conforme surge del acta labrada a fs. 795 y de la versión taquigráfica agregada a fs. 804/830, que contó con la participación y exposición de los “Amigos del Tribunal”, entre los que se destacan el director del Centro de Estudios en Derecho y Economía de la Universidad de Buenos Aires, los representantes de la Universidad Nacional de La Pampa, el vicerrector de la Universidad de Mendoza, el doctor en Ciencias Geológicas e Hidrología Subterránea, dos representantes de la comunidad indígena Ranquel, el señor superintendente del Departamento General de Irrigación de la provincia de Mendoza, el presidente del Consejo de la comunidad indígena Ranquel y el señor presidente de la Federación Agraria Argentina, filial General Alvear, en representación de los productores agropecuarios mendocinos. También expusieron los señores gobernadores y fiscales de Estado de las provincias de La Pampa y de Mendoza y sus letrados patrocinantes, y por el Estado Nacional la señora Directora General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Energía y Minería.

Asimismo, se autorizó a las restantes personas físicas y jurídicas presentadas en calidad de “Amigos del Tribunal” a efectuar la presentación prevista en el artículo 10 del reglamento aprobado por la acordada 7/2013, las que se integraron a la causa en un legajo complementario.

El 28 de junio de 2017, en virtud de un requerimiento formulado por el Tribunal a fs. 833, derivado del comparendo del Subsecretario de Recursos Hídricos del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Viviendas, se agrega un informe relativo a las medidas y acciones que el Estado Nacional ha llevado a cabo a través de la Subsecretaría a su cargo, con el propósito de alcanzar un acuerdo entre las provincias de La Pampa y Mendoza, junto con una publicación relacionada con el río Desaguadero - Salado - Chadileuvú y otros.

5°) Que si bien en el sub examine se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel —que ha sido calificado como interprovincial—, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que sé describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 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.

En efecto, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316). Esta calificación cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no solo debe atender a las pretensiones de los estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región.

Además del ambiente como macro bien, este conflicto se refiere al uso del agua, que es un micro bien ambiental y que, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso

común e indivisible. En este caso, en especial, se advierte claramente que ha disminuido la oferta de agua y ha aumentado la demanda, lo que produce una disputa que es de difícil resolución.

La solución de este conflicto, que, por otra parte, es cada vez más frecuente en el mundo actual y lo será en el futuro, requiere conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial, para que mantenga su sustentabilidad. Asimismo, se debe considerar el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

Esta calificación del caso exige, por lo tanto, una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados.

Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.

El ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal, como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.

Ello surge de la Constitución Nacional (artículo 41), que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras en defensa del ambiente. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Cód. Civ. y Com. de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado.

Por todo lo expuesto, los hechos y el derecho que constituyen este caso, difieren de los resueltos por esta Corte en 1987, lo que implica el rechazo de la defensa basada en la cosa juzgada.

6°) Que el régimen federal consagrado en la Constitución Nacional exige no descuidar el status autonómico de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, cuya consecuencia más evidente radica en reconocerles las atribuciones que, no habiendo delegado en el Gobierno central, se han reservado expresamente, de conformidad con los artículos 121 y 122 de la Norma Fundamental.

Siendo el federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal al sostener que “el sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes” (Fallos: 330:4564, considerando 11 in fine y Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012, entre otros).

La funcionalidad del sistema federal constitucional argentino se funda en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico y dual de competencias federales y provinciales que, para su deslinde riguroso, puede ofrecer duda, debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes; implica asumir una conducta federal leal, que tome en consideración los

intereses del conjunto federativo, para alcanzar cooperativamente la funcionalidad de la estructura federal 'in totum' (Bidart Campos, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, 2007, Tomo I-A, p. 695).

7°) Que en materia de distribución de competencias entre el Estado Nacional y las provincias, las previsiones constitucionales —aún las más exactas— suelen verse, más tarde o más temprano, desafiadas por la creciente complejidad de cuestiones originariamente previstas pero insuficientemente reguladas, y/o por la generación de cuestiones imprevistas en el origen del texto.

En el sub examen es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente 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). La relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de "compatibilización", que no es una tarea "natural" (porque ello significaría, "obligar" a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente "cultural".

En este marco, frente a la existencia de tensiones en las relaciones inter-jurisdiccionales, es necesario asumir una percepción conjuntiva o cooperativa, propia de un federalismo de concertación, que supere los enfoques disyuntivos o separatistas. Por ello, ante el inevitable surgimiento de desentendimientos e, incluso, hostilidades entre las provincias en el ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía, a fin de garantizar la supervivencia del sistema federal en cuanto "unión indestructible de Estados indestructibles" (USSC, Texas v. White, 1869), y dado que ninguna de ellas podría erigirse en juez de su propia causa, la Constitución ha previsto un mecanismo de solución de conflictos, asignando a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la trascendente misión de dirimir, resolver, solucionar y/o componer tales controversias, estableciendo líneas de acción que permitan disiparlas. Se trata de la "competencia dirimente", que surge del artículo 127 de la Norma Fundamental argentina, conforme a la cual Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella.

Se ha dicho en relación a la norma en análisis que "la Constitución quiso que después de largos años de guerra civil entre las provincias, tuviesen un juez común para sus contiendas de derecho para que no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo y, al manifestar que ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia agrega, confirmando los poderes de la Suprema Corte, que sus quejas deben ser sometidas a ella" (González, Joaquín V., "Manual de la Constitución Argentina", ed. 1959, p. 616; Fallos: 310:2478, considerando 62).

El carácter indisoluble de la unión federal gestada en la génesis del sistema constitucional nacional demandó la previsión de un reaseguro, dado que "no es admisible que pleitos que no tendrían sino solución por la vía vedada de la guerra interprovincial, queden sin decisión sin que tal unión devenga por ello ilusoria" (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt, considerando 3°).

En efecto, "el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requería que, como medio para garantizar la paz interior, la Corte Suprema interviniese para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asumieran la calidad formal de una demanda judicial" (Fallos: 165:83; 310:2478, considerando 63). Es a través de la intervención del Tribunal que se procura el "arreglo pacífico de las disputas entre los Estados" (Schwartz, Bernard, "Los Poderes del Gobierno", T. 1, edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 1966, p. 472; Fallos: 310:2478, considerando 64).

8°) Que la intervención de esta Corte en la presente causa encuentra fundamento en el transcripto artículo 127 de la Constitución, que supone conferir al más alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordia entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente

(Fallos: 310:2478, considerando 61). Ello así por cuanto en el sub examine el desentendimiento entre las provincias de La Pampa y Mendoza se ha mantenido durante décadas, siendo necesario encontrar una eficaz canalización racional de la disputa que evite escenarios de ahondamiento de las desavenencias; con mayor razón aun cuando en la causa se dirime una cuestión constitucional de la mayor relevancia, como lo es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional (artículo 41 de la Constitución Nacional), en el que se halla comprometido el interés general (doctrina del artículo 32 de la ley 25.675).

Una lectura dinámica del texto constitucional exige interpretar que el contenido conceptual que corresponde atribuir al término “guerra” de la fórmula utilizada por el artículo 127 de la Norma Fundamental, debe ser interpretado no solo limitado a situaciones bélicas propiamente dichas, sino a conflictos como el presente en los que la persistencia temporal y tensión del vínculo federativo no ha sido superada por la interacción de los respectivos estados locales.

9º) Que la competencia dirimente de esta Corte reviste diversa naturaleza de la jurisdiccional, conforme ha sido sostenido tanto por la jurisprudencia nacional (Fallos: 310:2478) y extranjera (USSC, “Missouri vs. Illinois”, 180 US 208, “North Dakota vs. Minnesota”, 263 US 365, “Connecticut vs. Massachusetts”, 282 US 660, 283 US 336 y 3209 US 383), como la doctrina argentina (Araya, Perfecto, “Comentario a la Constitución de la Nación Argentina”, Buenos Aires, 1908, Librería “La Facultad” de Juan Roldán, p. 308; Montes de Oca, Manuel A., “Lecciones de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Tipo Litografía “La Buenos Aires”, 1917, tomo 2, p. 456; González Calderón, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, Editorial J. Lajouane y Cía. Editores, 1931, tomo III, p. 479).

En miras a la implementación de tan delicada tarea, es preciso reconocer las siguientes pautas para su ejercicio:

- a) se trata de una función de naturaleza prudencial;
- b) el Tribunal debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, dado que “tan enfática como la prohibición de las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y substituto” (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt, considerando 3º), lo que implica reconocer al órgano “amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio” (Fallos: 310:2478, considerando 69) y modular la estructura procesal de su ejercicio, de acuerdo a las particulares características de la situación concernirla;
- c) la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente no debe conducir a la arbitrariedad, pues su ejercicio se orienta a los fines constitucionales de “constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general” y se inspira en la equidad y los principios propios del sistema federal constitucional, en miras a garantizar un federalismo lealmente aplicado;
- d) el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; criterio que resulta especialmente aplicable al caso por tratarse de una cuestión ambiental, regida por el principio de progresividad (Fallos: 329:2316, punto V);
- e) las decisiones del Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de “buena fe”, siendo, este estándar un factor relevante al momento de ponderar las responsabilidades que pueden emerger en caso de incumplimiento.

10) Que, decidida la naturaleza de la intervención de esta Corte y sus implicancias, corresponde avanzar en la definición de las cuestiones pendientes. En este caso, existen aspectos jurídicos ya resueltos en la sentencia de 1987 referidos a la relación entre las partes, otros que deben ser decididos y finalmente, una serie de alternativas propuestas por las provincias involucradas y el Estado Nacional que permiten el ejercicio pleno de la competencia dirimente.

11) Que en relación con el acceso al agua potable esta Corte ha dicho que ese derecho incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y —en particular— en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad

regenerativa y de resiliencia (Fallos: 337:1361).

A su vez, el derecho al agua potable aparece mencionado en documentos internacionales, como en el Plan de Acción ONU sobre el Agua, Mar del Plata, marzo 1977. Por decisión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua (E/CONF.70/29), se aprobó el Plan de Acción de Mar del Plata, en el cual se enuncia, que “todos los pueblos, cualquiera sea su nivel de desarrollo y su condición económica social, tienen derecho al acceso al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas”. Tanto las Naciones Unidas como la OEA han reconocido el derecho al agua por resolución 64/292, “El Derecho Humano al Agua y el Saneamiento”, en 2010, y AG/Res. 2760 (XLII-0/12) “El Derecho Humano al Agua Potable y al Saneamiento”, respectivamente. Esta declaración ha sido reiterada en numerosos encuentros internacionales y nacionales.

En general se dice que los estados deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua; c) vigilancia de las reservas de agua; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución y h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido sobre la materia, señalando: “Las afectaciones (...) del derecho al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia (...), para el ejercicio de otros derechos” (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/2005. Serie C No. 125, Párrafo 167 Paraguay / 2005). También ha establecido: “El derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida” (Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2010. Serie C No. 218, Párrafo 215. Panamá / 2010; ver también 108ª sesión plenaria de 28/07/2010 sobre “El derecho humano al agua y el derecho al agua potable”, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; Corte IDH. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, Párrafo 148. Honduras / 2009, entre otros).

El derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema.

12) Que en el sub examine también se presenta una cuestión jurídica relevante en relación a la desertificación.

De las imágenes proyectadas en la Audiencia Pública, e incluso de las manifestaciones de las partes en el caso, surge de manera clara el estado de sequía y desertificación que caracteriza la región pampeana en la Cuenca.

Este hecho probado tiene implicancias jurídicas. Nuestro país suscribió la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África”, adoptada en París, República Francesa, y la ratificó mediante la ley 24.701, por la 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.

Esta materia también ha sido tratada en el ámbito de Naciones Unidas en la última Conferencia sobre Desarrollo Sustentable del año 2012, titulada: “El Futuro que queremos” (Río + 20), en especial parágrafos 205-209. Así se destaca en dicho documento que los procesos de desertificación, la degradación de la tierra y la sequía son problemas con una dimensión mundial que siguen suponiendo un serio desafío para el desarrollo sostenible de todos los países, en particular los países en desarrollo. También se reconoce la necesidad de que se tomen medidas urgentes para revertir la degradación del

suelo. Asimismo, se reafirma la determinación, de conformidad con la “Convención de las Naciones Unidas” citada, de tomar medidas coordinadas a nivel nacional, regional e internacional para vigilar, globalmente, la degradación de la tierra y restaurar las tierras degradadas en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas.

La lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta de 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.

13) Que la solución del caso requiere la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales.

Ello es así porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales. En este caso existen dos provincias litigantes, pero además, dentro de ellas, hay departamentos o zonas especialmente afectadas y otras que no lo están. Asimismo, la importancia de la ausencia de agua y la desertificación en esas áreas, excede el interés de las provincias para implicar a una amplia región.

Por eso es necesario recurrir al concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de la actuación dirimente de esta Corte.

La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular.

Se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común. La cuenca hidrográfica es el eje de la acción a cargo del Organismo de Cuenca.

Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada.

Es un concepto aceptado comúnmente, el que indica la necesidad de adoptar una Gestión Integral de la Cuenca. Así la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción; en Argentina, se refleja como Principio Rector N° 17 de “Gestión Integrada del Recurso Hídrico”, de los Principios Rectores de Política Hídrica aprobados por el COHIFE, textualmente: Gestión integrada del recurso hídrico. “La gran diversidad de factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua avala la importancia de establecer una gestión integrada del recurso hídrico (en contraposición al manejo sectorizado y descoordinado). Ello requiere un cambio de paradigma, pasando del tradicional modelo de desarrollo de la oferta hacia la necesaria gestión integrada del recurso mediante la cual se actúa simultáneamente sobre la oferta y la demanda de agua, apoyándose en los avances tecnológicos y las buenas prácticas. Asimismo, la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales”.

La Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental 25.688, Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, define como “cuenca hídrica superficial, a la 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” (art. 2°).

A su vez, calificada doctrina define a la cuenca como “la Unidad constituida por todas las aguas superficiales y freáticas que fluyen hacia una desembocadura común”; y también se ha sostenido que es “la región de la tierra que la abastece por medio de sus afluentes y subafluentes. Es un área determinada que tiene cierta inclinación, de resultas de lo cual todas las aguas se dirigen directa o indirectamente a un determinado río que hace de colector general de las mismas, el que a su vez, en general., desemboca al

mar”.

Asimismo, en la 48° Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional ILA (Nueva York, 1958): “se entiende por cuenca de desagüe la región situada dentro del territorio de dos o más Estados y en la cual las corrientes de agua fluyen por la superficie del terreno, tanto naturales como artificiales, desaguan una línea común divisoria de aguas que termina en una salida común o en salidas comunes al mar o algún lago o lugar interior desde el cual no hay salida aparente al mar”.

A medida que fue creciendo la comprensión de que el movimiento del agua por un curso de agua es solo una fase del llamado “ciclo hidrológico”, otros elementos, además del río en sí mismo, fueron incorporándose a la noción de “curso de agua”. La unidad de un sistema de curso de agua está basada en la naturaleza del ciclo hidrológico.

Así desde el punto de vista jurídico, lo más importante de este concepto (ciclo hidrológico) es que demuestra que el ambiente y, como es del caso, los cursos de agua que lo componen, no son una mera acumulación de elementos, sino un sistema integrado que tiene un punto de equilibrio.

Téngase presente que el artículo 2°, inc. a) de la Convención sobre el Derecho de los Cursos de Aguas Internacionales para Fines Distintos de la Navegación (adoptada por Resolución de la AG UN 51/229 del 21 de mayo de 1997, en vigor desde 2014), establece que “por 'curso de agua' se entenderá un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común”.

Se trata entonces, de un sistema hidrológico, integrado por distintos componentes a través de los cuales fluye el agua, tanto de superficie como subterránea. Es esencial esta interrelación entre los componentes, que hace del curso de agua un verdadero sistema.

La Cuenca del Río Atuel es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo glaciares que pueden ser sus fuentes o aguas subterráneas. Por ejemplo, la degradación de las aguas de superficie puede amenazar las subterráneas y viceversa, y con ello poner en jaque a todo el ecosistema (comprensivo del entorno natural y cultural) suelo, flora, fauna, biodiversidad, y ambiente humano, del entorno que sostiene.

El concepto de manejo de cuencas ha ido variando desde un enfoque orientado básicamente a la captación de agua a otros niveles más complejos, como los de protección de los recursos naturales y la mitigación del efecto de fenómenos naturales extremos, para luego pasar a los de mejora de la producción (agrícola, industrial, ganadera, minera, forestal) en forma combinada con el manejo integrado de los recursos naturales de una cuenca.

14) Que la provincia de La Pampa reclama, por tratarse de una cuenca deficitaria, la necesidad de que se fije un caudal mínimo (caudal mínimo ecológico, de 4,5m³/s) que asegure la subsistencia del ecosistema (de todo el río). Además, sostiene que en el aprovechamiento y uso de los recursos hídricos ha de darse prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas y a la protección de los ecosistemas.

La provincia de Mendoza, por su parte, pretende descalificar la consistencia de fijar un caudal fluvio-ecológico (defensa del ecosistema) y de un caudal ambiental (para fines sociales), con argumentos legales, técnicos, y verificación casuística. Niega además, que La Pampa no cuente con el caudal ecológico que reclama, y por el contrario, sostiene que las estaciones de aforo y medición de caudales que la actora tiene, demuestran que ya existen caudales que incluso, superan los que se demandan. Insiste en que la única posibilidad sustentable que existe para resolver este conflicto es el trasvase de aguas del Río Colorado, previsto a favor de Mendoza, a pesar que La Pampa mantiene ociosos dichos caudales, que contaría con la conformidad de los integrantes del Tratado de 1976.

Todo este panorama más complejo por las predicciones derivadas del cambio climático (que afectaría el caudal del río Atuel, en un 10% de su volumen), el retroceso de los glaciares en la región (que se acreditaría con el Inventario de Glaciares del Atuel), y el apreciable cambio del régimen de lluvias, que afectaría con mayor sequía a Mendoza, paradójicamente llevaría mayores lluvias (y mayor disposición de aguas por esta causa) a La Pampa.

La demandada, en este contexto caracterizado por la escasez del agua, recuerda por otra parte que lo decidido por la sentencia de 1987 es exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del 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.

15) Que la necesidad de un caudal para asegurar la subsistencia del ecosistema quedó acreditada, no solo por los precedentes de este caso, sino también en la audiencia pública y en los informes sobre la desertificación del área.

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.

Asimismo, hay que tener en cuenta cuál es la incidencia de la disminución de oferta de agua y el aumento de la demanda, en el área de la provincia de Mendoza, derivada del cambio climático.

En el primer estadio de decisión, el Tribunal optará por reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados, a fin de aportar elementos que permitan arribar a una solución dirimente del conflicto. En consecuencia, esta Corte adoptará una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión, de tal manera que se favorezca y garantice, pero no interfiera, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto.

En razón de lo expuesto se fijará un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa.

A esos efectos las partes deberán poner en funcionamiento la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), a fin de que por su intermedio las provincias de La Pampa y de Mendoza, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución, sus beneficios, las urgencias de las poblaciones circundantes, la defensa del acceso al agua potable, la participación de las comunidades originarias radicadas en la región, como asimismo la sostenibilidad de la actividad económica productiva, y la sostenibilidad del ecosistema.

16) Que es preciso recordar que dicha Comisión Interprovincial es el organismo formalmente constituido por las partes a los efectos de llevar adelante las tratativas tendientes a lograr un entendimiento respecto al aprovechamiento de las aguas del río Atuel, imbuidas del espíritu de un federalismo de coordinación (contrario al federalismo de oposición) superador de conflictos estériles entre estados integrantes de una sola Nación; espíritu idéntico al que determinó la exhortación formulada por esta Corte en la sentencia dictada el 3 de diciembre de 1987 (Fallos: 310:2478) en la causa CSJ 195/1979 (18-L)/CS1 “La Pampa, provincia de c. Mendoza, provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de uso” (ver Acuerdo de Ejecución presentado el 8 de noviembre de 1989 a fs. 1362 de dicha causa).

Asimismo cabe poner de resalto que en el Protocolo de Entendimiento Interprovincial (P.E.I.) suscripto por los señores gobernadores de ambas provincias el 7 de noviembre de 1989, quedó expresamente establecido que “deberán buscarse las coincidencias necesarias para lograr la colaboración del Estado Nacional, con el fin de que el país vea plasmar en hechos concretos las obras que convertirán la degradación en recuperación, la tierra seca en campos productivos, los 'puestos' en poblaciones pujantes y organizadas y la desigualdad en justicia social” (fs. 1364/1369 de la causa CSJ 195/1979 citada).

Entre las acciones que se planificarían y desarrollarían a través de las distintas áreas que componen la C.I.A.I., las partes detallaron en el referido instrumento con carácter enunciativo, entre otras, las siguientes: “Definición y concreción de proyectos de desarrollo agropecuario, adecuados a las

posibilidades de penetración en mercados internos y externos, que simultáneamente planteen la recuperación y protección del sistema ecológico, en especial de sus componentes suelo y agua”; “Ejecución de las acciones destinadas a lograr en el río Atuel una oferta hídrica más abundante que permita la creación de nuevas áreas bajo riego”; “Definición y concreción en lo inmediato de acciones tendientes al restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del río Atuel, y para la utilización de las aguas del mismo con el objeto de satisfacer las necesidades de aprovisionamiento de las poblaciones ubicadas en el área”, e “Implementación de acciones tendientes a la participación del Estado Nacional con el fin de que este contribuya efectivamente a la concreción de los objetivos planteados en el presente”.

El artículo 2° del Estatuto Orgánico de la C.I.A.I. aprobado mediante el Acta suscripta el 14 de diciembre de 1989 por los señores gobernadores provinciales, y que como Anexo I la integra, ratifica que dicha Comisión Interprovincial “tendrá como objeto fundamental el desarrollo de la totalidad de las acciones, gestiones, estudios y proyectos tendientes al cumplimiento de las metas establecidas en el P.E.I. y el Acuerdo de Ejecución presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 08/11/1989” (fs. 1363 y 1370/1371 de la causa CSJ 195/1979).

Por otra parte, entre las funciones asignadas al Comité Ejecutivo de la C.I.A.I. mediante el artículo 4° del referido estatuto, se destacan las de: “Proponer la creación de Entes u Organismos Interjurisdiccionales para la ejecución, por administración o por terceros de los estudios, proyectos y obras necesarias para la cumplimentación de los objetivos planteados”; “Mantener contactos y promover acuerdos con los Organismos y Entes nacionales e internacionales que resulte necesario a los fines establecidos” y “Proponer la creación de la estructura funcional mínima que resulte necesaria para el cumplimiento de sus objetivos”.

En cuanto a los recursos financieros de la C.I.A.I. el artículo 6° del estatuto establece que “estarán integrados por los fondos que expresamente aporten las provincias signatarias del P.E.I. y todo otro recurso de origen nacional o internacional proveniente del sector público o privado”.

17) Que, en ese contexto, la C.I.A.I. aparece como el órgano adecuado para desarrollar el programa de ejecución de obras encomendado a las partes mediante este pronunciamiento, ya que se trata de un organismo creado por las propias provincias interesadas, y que fue dotado de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus objetivos.

A su vez, en la participación que se le asigna al Estado Nacional, no debe verse un avasallamiento de las facultades reservadas de las provincias previstas en los artículos 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional, ya que fueron sus gobernadores quienes propiciaron la colaboración de aquel en los instrumentos ya individualizados.

Sin perjuicio de ello, cabe exhortar a las partes y al Estado Nacional a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creado.

Por ello, y en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 32 de la Ley 25.675 General del Ambiente, se resuelve: I. Rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por la provincia de Mendoza. Con costas en el orden causado (artículo 1°, decreto 1204/2001). II. Ordenar a las partes que fijen un caudal hídrico apto en el plazo de treinta (30) días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa. III. Ordenar que las provincias de La Pampa y Mendoza, en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren por intermedio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.) un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución entre el Estado Nacional y las provincias de La Pampa y Mendoza en los términos del considerando 15 in fine. La presentación de ese programa deberá ser sometido a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de ciento veinte (120) días. IV. Exhortar a las provincias de La Pampa y Mendoza, y al Estado Nacional, a que aporten los recursos necesarios para el fortalecimiento institucional de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior

(C.I.A.I.), con el propósito de alcanzar los fines para los que ha sido creado. Notifíquese. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Carlos F. Rosenkrantz (en disidencia). — Horacio Rosatti.

Disidencia del señor ministro doctor Rosenkrantz.

Considerando:

El infrascripto coincide con los considerandos 1° a 4° del voto que encabeza este pronunciamiento.

5°) La intervención de esta Corte en la presente controversia, según los fundamentos del dictamen de la Procuración General de la Nación de fs. 215/216 vta., al que remite la resolución de fs. 217, responde tanto a la existencia de una causa o asunto en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución, cuanto a la presentación de una queja de la provincia de La Pampa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 127 de la Constitución.

6°) De acuerdo con el artículo 127 de la Constitución “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella. Sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, calificados de sedición o asonada, que el Gobierno federal debe sofocar y reprimir conforme a la ley”.

Como lo ha sostenido ésta Corte, en el precedente “provincia de La Pampa v. provincia de Mendoza” el referido artículo “supone conferir al más alto Tribunal de la República la trascendente misión de dirimir los conflictos interprovinciales, propósito inspirado, sin duda, en la penosa y prolongada secuela de discordia entre las provincias que siguió al inicio de nuestra vida independiente” (Fallos: 310:2478, considerando 61).

En el sub examine, el largo desentendimiento entre las provincias de La Pampa y Mendoza que se ha mantenido durante décadas, hace necesario encontrar una manera eficaz y racional de canalizarlo de modo no solo de evitar escenarios que provoquen su ahondamiento sino, además, de resolverlo permitiendo a ambas provincias que se vinculen como es apropiado a unidades de un estado federal que comparten el compromiso común de proveer al bienestar de la nación toda.

A efectos de dejar aclarado el alcance de la competencia que asiste a esta Corte para intervenir en el presente conflicto, es apropiado reproducir in extenso las consideraciones hechas por el Tribunal en el pronunciamiento antes citado. Se dijo entonces que “los conflictos interestatales en un sistema federal asumen, cuando se enmarcan dentro de la competencia originaria de la Corte, en el marco del art. 109 [actual 127] de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal”. La Corte agregó que, en estos casos, “no se trata de una 'causa civil' en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia, por ejemplo, la ley 48 o el decreto-ley 1285/58, y tal como la concibió la jurisprudencia de esta Corte, ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces y cuya decisión les compete por el art. 100 de la Constitución Nacional”. La competencia originaria en estos casos, según sostuvo la Corte en el precedente mencionado, “requiere tan sólo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía”.

También es oportuno mencionar lo expresado por el señor Procurador General Horacio R. Larreta, en su dictamen de Fallos: 166:356, recordado por esta Corte también en el precedente “provincia de La Pampa v. provincia de Mendoza”, quien declaró que “la atribución dada a este Tribunal por el art. 109 [actual 127] de la Constitución tiende a resolver los conflictos entre Estados por diferencias de orden político, o sea aquellas que no tienen solución dentro de cada provincia y con los resortes de gobierno organizados por la misma”.

No obstante las particularidades de la competencia dirimente, no debe entendiéndose como una actividad arbitral discrecional ni como un juicio de equidad pues ella, a diferencia de estas últimas, está claramente enmarcada por el derecho vigente. La competencia dirimente es una actividad que comprende atribuciones de carácter conciliatorio en la cual esta Corte cuenta con amplias facultades para determinar

el derecho aplicable al litigio, el que, en principio y como ella lo ha dispuesto, será “el derecho constitucional nacional o comparado y, eventualmente, si su aplicación analógica es posible, lo que la Corte norteamericana denomina 'common law' federal y el derecho internacional público” (Fallos: 310:2478, considerando 69 y fs. 191 vta./192 y 624 de este expediente).

En esta resolución preliminar de tipo ordenatorio, el Tribunal hace uso de las facultades conciliatorias propias de la jurisdicción dirimente (artículo 127 de la Constitución). Todo ello, sin perjuicio de que en una etapa ulterior de estas actuaciones pueda resultar procedente ejercer la jurisdicción propiamente judicial en el marco de los artículos 116 y 117 de la Constitución, tal como ello se ha admitido a fs. 217. Lo dicho resulta consistente con los fundamentos en virtud de los cuales el Tribunal rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la demandada (fs. 688/689 vta.).

7º) El mérito de la defensa fundada en el principio de la cosa juzgada opuesta por la provincia de Mendoza (fs. 298/316) debe ser apreciado tomando en consideración el propósito de la competencia dirimente de esta Corte. De acuerdo con los precedentes a los que se ha hecho referencia anteriormente, la competencia dirimente reclama soluciones efectivas a las quejas o planteos que uno de los estados miembros de la federación tenga contra otro. De todos modos, no puede entenderse que las particularidades de la jurisdicción dirimente priven a la cosa juzgada de toda virtualidad normativa. De ser ese el caso se detraería de las sentencias que se dicten la autoridad que esta Corte está institucionalmente habilitada a concederles, lo que socavaría la eficacia misma de la jurisdicción dirimente —y más generalmente— la autoridad de esta Corte causando, quizá, daños más graves que los que la jurisdicción dirimente busca evitar.

Es preciso, por lo tanto, establecer si, como pretende la provincia de Mendoza, en la presente disputa se trata meramente de la resistencia de La Pampa a aceptar lo resuelto por esta Corte en 1987 —lo que debería motivar el rechazo de las pretensiones aquí esgrimidas— o si, por el contrario, el estado actual de las diferencias entre ambas provincias y, además, la novel naturaleza de las cuestiones traídas a juicio no dejan otra alternativa que abrir, una vez más, el procedimiento previsto en el artículo 127 de la Constitución.

En esta investigación esta Corte debe tener claramente en cuenta que ya ha decidido una controversia en el año 1987 entre las mismas partes. Por lo tanto, deberá desplegarse el, máximo empeño para, dado que ha transcurrido un lapso prolongado, tomar seriamente en consideración el universo de relaciones de todo tipo que se han desarrollado alrededor de las cuestiones en disputa. En este esfuerzo, se debe evitar socavar el entramado social y económico que ha tenido lugar al amparo de la decisión anterior —y el desarrollo que ese entramado ha permitido— ya que ello implicaría destruir bienes costosos de reemplazar de los que, sin duda, depende el bienestar de las poblaciones involucradas.

8º) A los fines de que proceda la excepción de cosa juzgada es necesario, como condición previa, el análisis integral del objeto de los distintos casos con el fin de determinar si la sentencia firme que esta Corte dictó en el año 1987 ya ha decidido lo que forma parte de la nueva queja de la provincia de La Pampa.

Como fue dicho por la Corte en su sentencia de 1987 (Fallos: 310:2478, considerando 1º y recordado en el año 2009 en Fallos: 332:582, considerando 3º) el *thema decidendum* de esa oportunidad fue determinar si correspondía condenar a la provincia de Mendoza a (i) no turbar la posesión que ejercía y le atañe sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenta del río Atuel y sus afluentes; (ii) cumplir lo dispuesto en la Resolución 50/1949 de Agua y Energía Eléctrica y (iii) que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias.

Sobre esa base, esta Corte declaró que el río Atuel es interprovincial, rechazó la acción posesoria promovida por la provincia de La Pampa, sus pretensiones de que se dé cumplimiento a la Resolución 50/1949 de Agua y Energía Eléctrica y que se regle la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus afluentes (siempre que la provincia de Mendoza mantenga los usos consuntivos aplicados sobre la superficie afectada al riego de 75.761 has.), y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los

principios generales y pautas fijadas en los considerandos de la referida sentencia (Fallos: 310:2478 reiterado en el año 2009 en Fallos: 332:582, considerando 3°).

A partir del análisis de lo peticionado y decidido en el año 1987 debe concluirse que en esa oportunidad este Tribunal resolvió una controversia eminentemente bipolar, esto es, centrada en los intereses claramente individualizados que las dos partes litigantes alegaban tener sobre el río Atuel. En dicho pronunciamiento, la recomposición ambiental del noroeste de la provincia de La Pampa no fue, en modo alguno, objeto del *thema decidendum* (ver, al respecto, Fallos: 332:582, considerando 4°).

9°) En el año 2014, la provincia de La Pampa promovió una nueva queja contra la provincia de Mendoza esgrimiendo una serie de pretensiones, detalladas en el considerando 1° de la presente sentencia. Si bien algunas de esas pretensiones deberían ser planteadas en el marco de un procedimiento de ejecución de la sentencia recaída en 1987, pues se trata de cuestiones vinculadas a dicha ejecución, la provincia de La Pampa ha asimismo introducido en dicha oportunidad una serie de planteos vinculados sustancialmente con la existencia de daño ambiental en el noroeste del territorio de dicha provincia.

Las pretensiones que se esgrimen por la provincia de La Pampa enfrentan a esta Corte a una controversia distinta a la disputa bipolar de asignación de derechos que fue objeto de la sentencia fallada en 1987. En efecto, el presente litigio es de carácter ambiental, policéntrico, multicausal, y eminentemente prospectivo. En otros términos, la solución del presente conflicto requiere una perspectiva que contemple todo el conjunto de intereses potencialmente afectados por ella, protegidos total o parcialmente por el derecho vigente, aunque ellos no hayan estado representados formalmente en este proceso. Por otra parte, la génesis del estado de cosas que se busca revertir no se halla en un factor singular que pueda ser imputado a las partes del pleito o a un único sujeto y el Tribunal no se encuentra en condiciones de determinar, con la información disponible, si se trata de un proceso natural o antrópico. Por último, la decisión a adoptarse tiene que ser modelada más bien por la discusión sobre la, existencia del daño ambiental y su necesidad de recomposición, antes que por la identificación de su causante y la determinación consiguiente de su responsabilidad.

Así planteado lo que se discute en estos autos no tiene que ver con quién tiene los derechos discutidos sobre el río Atuel ni cómo los ha ejercido en el pasado. Tampoco se refiere esta disputa a si existe o no, para las provincias involucradas o sus poblaciones, un derecho al agua de dicho río. Concebir de este modo la controversia reduce excesivamente su verdadera complejidad.

La presente disputa se trata de un litigio entre dos provincias que representan vicariamente a muchas partes más, en el cual se discute acerca de la mejor manera en que debe resolverse un problema medioambiental que es de todos. Este problema solo puede entenderse como el resultado de las acciones de muchos actores difícilmente discernibles que, sin duda, aquejan a ambos litigantes pero también a quienes ellos vicariamente representan (entre ellas el pueblo de la Nación toda y las generaciones venideras de cada una de las provincias y de la Nación) quienes no solo serán perjudicados o beneficiados con la solución sino que, incluso, pudieron haber contribuido, en la misma o distinta medida, a producir el estado de situación denunciado por la provincia de La Pampa.

En definitiva, la asignación de derechos que hizo esta Corte en 1987 fue apropiada a los efectos de solucionar la controversia relacionada con la posesión y precedencia en el uso de las aguas del río Atuel. Sin embargo, con el paso de los años, el conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza involucra en la actualidad cuestiones de mucho mayor alcance que atañen a derechos de naturaleza ambiental distintos al mero uso de aguas del río Atuel, y que fueran incorporados en la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Asimismo, esta, disputa involucra derechos y obligaciones emanadas de leyes y tratados adoptados con posterioridad a 1987.

La solución al conflicto que hoy se plantea requerirá de acciones concertadas para dar solución a la problemática ambiental invocada por la provincia de La Pampa. Ello es así puesto que, aun cuando el presente proceso se encuentra en una etapa preliminar, puede sostenerse con alta verosimilitud la existencia de un deterioro ambiental asociado a la escasez de agua en el noroeste de la provincia de La Pampa, fenómeno al que la provincia de Mendoza de un modo elíptico describe como el resultado de los

desarrollos del entorno humano producidos por las políticas públicas provinciales y nacionales (fs. 494 vta.). Como puede advertirse, la materia sobre la cual versa la presente controversia y, en virtud de dicha materia, los criterios que debe seguir el Tribunal para darle respuesta no coinciden necesaria ni íntegramente con los requeridos para la asignación de los derechos a las provincias sobre las aguas del río Atuel lo que, nuevamente, ya fuera decidido en 1987.

Por todo lo expuesto, no cabe admitir la defensa opuesta por la provincia de Mendoza sobre la base de que el mismo conflicto ya ha sido juzgado por esta Corte en su pronunciamiento del 3 de diciembre de 1987, publicado en Fallos: 310:2478.

10) De los elementos de juicio aportados en el curso de la audiencia pública, así como de las constancias del expediente se desprende que el aspecto central de la queja de la provincia de La Pampa se vincula con la severa restricción de agua en el noroeste de su territorio (fs. 127/148).

Con relación a la lucha contra la sequía y la desertificación, es necesario destacar que nuestro país aprobó por ley 24.701 la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África” y la ratificó el 6 de enero de 1997. De acuerdo con este instrumento, 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.

El artículo 2 del mencionado tratado dispone que su objetivo es luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía, lo que exigirá la aplicación en las zonas afectadas de estrategias integradas a largo plazo que se centren simultáneamente entre otras cuestiones en “la rehabilitación, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos (...) hídricos, todo ello con miras a mejorar las condiciones de vida, especialmente a nivel comunitario”. Por su parte, en el artículo 4.2.d, el referido tratado establece que para el logro de los objetivos que se propone, las partes “fomentarán entre los países afectados la [...] conservación de los recursos de tierras y los recursos hídricos, en la medida que ello guarde relación con la desertificación y la sequía”. El anexo III del referido tratado, que contiene el Anexo de Aplicación Regional para América Latina y el Caribe, dispone que los países afectados de la región podrán tener en cuenta, entre otras, las siguientes áreas temáticas en su estrategia de lucha contra la desertificación y mitigación de los efectos de la sequía (...) “manejo racional y conservación de los recursos de suelo y aprovechamiento y uso eficiente de los recursos hídricos”.

En el marco de la ley 24.701, que aprobara el tratado, referido en los párrafos precedentes, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable dictó la Resolución 257/2003 que estatuyó el Programa de Acción Nacional de Lucha contra la Desertificación y Mitigación de los Efectos de la Sequía y su Documento Base. El artículo 2º creó la Comisión Asesora de dicho Programa, cuya integración prevé expresamente la participación de las autoridades provinciales con competencia en la cuestión. Al respecto, cabe puntualizar que la región afectada está incluida dentro del citado programa (cfr. Capítulo 4 del Documento Base).

11) Según se deduce de lo anterior, el Estado Nacional tiene deberes propios y directos en el combate contra la sequía grave o desertificación. Sin perjuicio de ello, en este caso y en la búsqueda de una conciliación de los intereses de las partes, propia de la jurisdicción prevista en el artículo 127 de la Constitución, se requerirá su participación en la solución, en Virtud de su mayor capacidad técnica y financiera para hacer efectivas las acciones que se acuerde llevar a cabo en relación con la problemática ambiental invocada por la provincia de La Pampa.

Este papel ya ha sido, al menos parcialmente, desplegado por el Estado Nacional, según fuera informado por la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación (fs. 838 y ss.). En relación con este conflicto, el gobierno nacional ha propuesto alternativas de solución, tales como un trasvase de aguas del río Colorado o sus afluentes así como obras que permitan aumentar la cantidad y mejorar la calidad del agua que recibe la provincia de La Pampa (fs. 845). También debe mencionarse al respecto, la aprobación por parte del Estado Nacional del Plan Nacional del Agua para el período 2016-2019 cuyo objetivo general es “establecer un pacto entre el Estado Nacional, las provincias, el sector privado y la sociedad,

mediante el cual se establezcan políticas públicas y directrices consecuentes a partir de cuya implementación se logre: la cobertura total de agua potable, la provisión de saneamiento a tres cuartos de la población, la reducción de la vulnerabilidad de las personas frente a los extremos climáticos, el incremento de la superficie bajo riego potencialmente ampliable y el desarrollo de proyectos de propósitos múltiples (abastecimiento de agua, riego, protección frente a inundaciones, recreación y turismo, desarrollo industrial e hidroenergía)” (fs. 848).

El rol que se asigna al Estado Nacional no debe verse como un avasallamiento de las facultades reservadas por las provincias de acuerdo con los artículos 121, 122, 124 y 125 de la Constitución Nacional, puesto que no se trata de la creación de una unidad burocrática de carácter permanente que se imponga a las provincias —a lo que se opone la provincia de Mendoza (fs. 461 vta. a 465 vta.)—, sino de su eventual aporte técnico y financiero a la solución del problema objeto de este litigio la que, como se verá, involucra necesariamente a más de una jurisdicción.

12) La necesidad de agua en el noroeste de la provincia de La Pampa es un hecho que no admite discusión, aunque no sucede lo mismo respecto de la fuente que puede aportarla y, en tal caso, en qué medida y quién debe hacerse cargo de los costos, que ello demande.

En esta instancia procesal, el Tribunal no cuenta con todos los datos necesarios para decidir las cuestiones aquí discutidas de un modo óptimo. Por el contrario, son las provincias involucradas y el Estado Nacional los que se encuentran a esta altura del proceso en mejor posición que el Tribunal para identificar los aspectos técnicos y fácticos relevantes para solucionar con justicia el problema que aqueja al noroeste de la provincia de La Pampa.

Como ya se ha puesto de resalto, a partir de las constancias del expediente (fs. 56 a 90 vta. y 433 vta. a 440 vta.), resulta manifiesta la dificultad que han encontrado las dos provincias para cooperar en la búsqueda de una respuesta a la situación de escasez hídrica y a los daños verosíblemente asociados a ella que afectan al territorio del noroeste de la provincia de La Pampa. Al respecto, la provincia de La Pampa ha indicado que la construcción de un acueducto desde Punta del Agua en la provincia de Mendoza, destinado a satisfacer la demanda de agua para uso humano en las localidades de Santa Isabel y Algarrobo del Águila de la provincia de La Pampa ha sido el único resultado concreto que han dejado casi tres décadas de negociaciones y que la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, en cambio, ha fracasado en modo rotundo en sus propósitos (ver fs. 89 vta. y 90). Por su parte, la provincia de Mendoza ha indicado que el ámbito de la Comisión Interprovincial existente ha demostrado ser adecuado y eficiente en caso de que deba negociarse un tratado, sobre usos futuros u otro tema, o coordinarse la realización y mantenimiento de obras interprovinciales, como se instrumentó a partir del Tratado de 1992 (fs. 453). Por último, el Estado Nacional destacó que la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior está integrada por ambas provincias y que él no forma parte de ella, aun cuando ha aceptado asistir en una oportunidad en que fuera invitado. Asimismo el Estado Nacional ha subrayado su voluntad de cooperar y conciliar entre las provincias parte, para lo cual, ha venido convocando a ambos estados provinciales a concertar y a reunirse para aportar a la resolución del conflicto (fs. 272 bis).

Más allá de las diferentes visiones existentes en relación con el éxito de las negociaciones desarrolladas en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Río Atuel, la cooperación entre las provincias de Mendoza y La Pampa y el Estado Nacional resulta indispensable para solucionar la problemática ambiental que constituye el objeto de la presente disputa.

Por esta razón, esta decisión preliminar tiene un objetivo ordenatorio y consiste en generar las condiciones que hagan posible la apertura de una instancia de trabajo cooperativo conjunto entre ambas provincias y el Estado Nacional con el propósito de trazar un plan general que proporcione una solución definitiva a los reclamos de recomposición ambiental levantados por la provincia de La Pampa.

13) A los fines indicados, las provincias de Mendoza y de La Pampa y el Estado Nacional deben tener absoluta libertad para desarrollar el trabajo cooperativo conjunto en el ámbito en que lo consideren más propicio.

En uso de esa libertad y siempre que sea acordado por todos, las partes pueden constituir una

comisión de trabajo ad hoc o bien pueden recurrir a la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior. Con relación a esta Comisión es importante destacar que, aun cuando ella haya sido constituida en el marco de la ejecución de la sentencia de 1987 para dar cuenta de una problemática distinta de la que se ventila en este caso, las partes pueden, si lo estiman propicio, negociar en su ámbito la resolución de la presente controversia. Ello, sin perjuicio de que, como he indicado en el considerando 9º, la presente disputa es de naturaleza distinta a la de 1987 y su solución puede involucrar una oferta hídrica distinta a la del río Atuel.

En el marco antes descripto, la participación en dichas actividades del Estado Nacional resulta imprescindible tanto por su aporte institucional y financiero, como por las obligaciones asumidas al ratificar la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, que fueran mencionadas en el considerando 10.

14) A fin de alcanzar la necesaria concordancia para establecer el modo de resolver el problema ambiental que aquí se ventila, las partes tienen la más amplia discrecionalidad en lo que respecta a los contenidos del plan —sea un plan hidrológico u otro de alcance más amplio— así como sobre la manera en que deben cooperar para prepararlo y ejecutarlo.

Sin embargo, aunque las partes pueden pensar y proceder de otro modo, es mi convicción que existen dos puntos que deberían acordarse por los involucrados ab initio pues hacen a la eficacia de todo programa para solucionar un problema complejo como el presente: por un lado, un mecanismo de solución de aquellas controversias de detalle que pudieran surgir y, por el otro, un criterio para distribuir los costos que la preparación o ejecución del plan puedan irrogar.

Frente a la necesidad de dar respuesta a un daño ambiental, como el que verosímelmente invoca la provincia de La Pampa, la distribución de los costos de remediación debe regirse por una regla según la cual todos los involucrados deben contribuir.

Las provincias deben contribuir en razón de que comparten recursos naturales y, por ello, tienen deberes especiales entre ellas y todo indicaría que han sido condiciones necesarias de la situación.

La contribución a cargo del Estado Nacional responde a que ha asumido obligaciones específicas contra la lucha de la sequía y la desertificación como fue indicado en los considerandos 10 y 11.

Además, las referidas obligaciones de las provincias y del Estado Nacional, también encuentran sustento en el principio de solidaridad enunciado en el artículo 4 de la ley 25.675 que establece que “la Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”.

Ello es así, a pesar de que en este estado del proceso, no cabe pronunciarse sobre aspectos de hecho y de derecho controvertidos ni sobre la extensión en que los deberes especiales de las provincias deben incidir en la solución del diferendo que aquí se dirime.

Más allá de los dos criterios esenciales anteriormente indicados, y en el marco de la amplia discrecionalidad que conservan las dos provincias y el Estado Nacional para delinear los contenidos del plan que oportunamente acuerden, se enuncian las siguientes pautas orientativas que pueden facilitar la tarea que les espera en la búsqueda de un entendimiento que resuelva de manera definitiva y estable la presente controversia.

Las pautas aquí incluidas son meramente orientativas pero tienen como finalidad concientizar a las partes acerca de un modo de garantizar que el plan sea aquel que produzca el mayor beneficio social neto para todos los involucrados.

A modo meramente enunciativo, se mencionan las siguientes pautas relevantes que pueden considerarse al momento de decidir la distribución de los costos de preparación y ejecución del plan que oportunamente se acuerde:

i. el beneficio que obtiene cada una de las provincias directamente en sus bienes o en los bienes de particulares localizados en sus respectivas jurisdicciones;

ii. el beneficio que puede obtener cada una de las provincias y el resto del país por el desarrollo económico y social de sus respectivas economías;

iii. los perjuicios que pudieran derivarse para cada una de las provincias; y

iv. el hecho que el medioambiente sano es un derecho que debe ser garantizado no solo a los habitantes de La Pampa y Mendoza sino también a todos los argentinos.

Por ello, y en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 127 de la Constitución Nacional, se resuelve:

1°) Rechazar la excepción de cosa juzgada opuesta por la provincia de Mendoza en los términos de los considerandos 7° a 9°. Con costas en el orden causado (artículo 1°, decreto 1204/2001).

2°) Disponer que las provincias de La Pampa y Mendoza deberán elaborar un plan que permita superar las diferencias entre ambas provincias vinculadas con la recomposición del ecosistema del noroeste de la provincia de La Pampa de acuerdo y en conjunto con el Estado Nacional en los términos del considerando 13. La presentación del plan deberá ser sometido a la aprobación de este Tribunal en el plazo de ciento veinte (120) días. Notifíquese. — Carlos F. Rosenkrantz.