



**“LA PAMPA, PROVINCIA DE c/ MENDOZA, PROVINCIA DE
s/ uso de aguas”**

**Fallo Número 340:1695.- 01/12/2017.
Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

Luis Adrian Bettini

DNI: 35101910

Legajo: VABG72754

Carrera: Abogacía

Tema seleccionado: medio ambiente.-

Modalidad: Nota a fallo.-

Tutor de la materia: Nicolas Cocca

ENTREGA FINAL

Sumario: I. Introducción. II. Premisa fáctica, historia procesal. - III. Ratio decidendi. - IV. Descripción del análisis conceptual y antecedentes. - V. Postura. - Vi. Regulación Jurídica del Agua. Variación en la postura de la Corte. - Vii. Derecho humano de acceso al agua potable. Caudal ecológico - Viii. Visión integral de la cuenca hídrica del Atuel. Enfoque ecosistémico. Federalismo de concertación. - VI. Conclusión. - VII. Referencias. -

I. Introducción:

A lo largo de los años la conceptualización jurídica del agua ha mostrado pocas variaciones, y ello se ha debido a que desde la época del Derecho Romano hasta mediados del siglo XX ha predominado una concepción del agua basada en un modelo antropocéntrico y dominial. Este paradigma concebía al agua en los términos de un supuesto de hecho casi siempre pasivo de regulación, al que las normas han definido dentro de los estándares de una cosa susceptible de apropiación. De esta manera, se desarrolló una clasificación del agua basada en el tipo de dominio que se puede ejercer sobre ella. Clasificación que propició una profunda desconexión entre la esfera pública y privada, donde la función de la norma ha consistido predominantemente en el otorgamiento de derechos subjetivos; llegándose a calificar al agua como un recurso destinado a la protección de la salud humana desde el ámbito público, entre tanto que fue apreciado como un bien dominial desde el ámbito privado. Claramente el objetivo de la regulación era procurar la protección de la persona humana individual, dejando de lado todo tipo de cuidado por los bienes colectivos como tales.

Actualmente, las debilidades y fronteras de este modelo han sido puestas a prueba. Aspectos como la conciencia de escases del recurso, la creciente contaminación, el cambio climático y la desertificación de los suelos, han operado como disparadores del cambio. La distinción bivalente del agua entre pública y privada según el paradigma de apropiación fue superada al constituirse como nuevo centro de atención el uso que este recurso puede admitir en lugar del tipo de propiedad del que puede ser objeto.

Frente a este panorama, donde el modelo antropocéntrico y dominial del derecho de aguas ha sido desplazado para dar lugar a un paradigma eco-céntrico que,

contrariamente al anterior, también vela por los intereses del mismo ecosistema; y, con el cambio operado en nuestro Derecho luego de la reforma constitucional de 1994, el Máximo Tribunal dicta una sentencia histórica en torno a la disputa que se presenta entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el uso y aprovechamiento de las aguas interprovinciales del Río Atuel.

Este río, a lo largo de sus aproximadamente 600 km, es uno de los principales afluentes que irrigan el sur de la provincia mendocina y el único que discurre sobre el noroeste de la provincia pampeana. Los orígenes de este conflicto datan desde hace más de 70 años, desde que las explotaciones del cauce superior y medio del raudal por parte de la provincia mendocina fueron mermando la disponibilidad de aguas en su tramo inferior, hasta el punto de transformar su caudal perenne en uno estacional, trayendo sobre el noroeste pampeano una desertificación del territorio sin precedentes. La situación se agrava toda vez que el crecimiento sostenido de la población del sur mendocino avizora un panorama donde el afluente sería insuficiente hasta para cubrir la demanda de esa misma provincia. Ante esta disputa, en un proceso donde eminentemente se encuentran en juego derechos de incidencia colectiva, la Suprema Corte, adoptando y desarrollando una postura de concertación federal, redefine la perspectiva desde la que se deben afrontar los conflictos interprovinciales por el aprovechamiento de los recursos naturales y realiza relevantes consideraciones respecto al paradigma jurídico actual del agua, al derecho humano de acceso al agua potable y a la visión integral de las cuencas hidrográficas desde un enfoque sistémico; definiendo así los nuevos lineamientos sobre los que se desarrollará el Derecho de Aguas en nuestra Nación.

II. - Premisa fáctica:

Los inicios del conflicto interprovincial se remontan al año 1917, comenzando con la explotación del tramo medio del afluente, mediante la construcción de represas y obras privadas en la provincia mendocina, que fueron mermando su caudal. El enfrentamiento se agrava luego de que en el año 1947, mediante la ejecución de una obra orquestada por el Estado Nacional, se diera por terminado el embalse Nihuilén en el departamento de San Rafael, Sur de Mendoza, destinado al riego y a la generación eléctrica. En la actualidad, los diques de embalse construidos sobre el Río Atuel son el

Nihuil, Nihuil I, II y III y el Compensador Valle Grande (Serafin, 2006); todas ellas, obras que secuencialmente alteraron el discurrimiento del afluente comprometiendo el derecho de acceso al agua potable, y ocasionando una grave sequía y desertificación del área comprendida al noroeste de la Pampa. Provincia que vio impedido su desarrollo en la zona y cargó con el deterioro económico.

La Pampa inició formalmente reclamos ante la Corte Suprema en autos caratulados "La Pampa, provincia de c. Mendoza, provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos" y en la sentencia dictada el 03 de diciembre de 1987 el Máximo Tribunal resolvió declarar el carácter interprovincial de la cuenca hidrográfica del Atuel, establecer sobre la provincia de Mendoza la obligación de llevar a cabo obras que permitan mejorar la eficacia de su red de riego y garantizar un paso de 100hmS anuales hacia el territorio de la Pampa; e intimó a las partes a que creen un ente común que posibilite cumplir lo dispuesto y realizar las obras que en adelante fueran necesarias (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], fallos 310:2478, 1987). Dicho lo anterior, en el proceso que nos ocupa, la provincia de La Pampa alega que Mendoza ha faltado a la obligación de negociar y celebrar de buena fe convenios que regulen el uso del afluente, desobedecido así el punto 3) de la sentencia mencionada; y que ha incurrido en diversos incumplimientos a los convenios interprovinciales celebrados entre 1989 y 1992, e inobservancias de preceptos constitucionales y normas de derecho internacional aplicables al caso.

Historia Procesal:

El proceso inicia con la demanda promovida por la provincia de La Pampa bajo la órbita de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del Art. 127 de la Constitución Nacional. Son pretensiones de la actora, además de la determinación de los incumplimientos antes mencionados, que se declare la presencia de daño ambiental en la zona; se fije un caudal ecológico destinado a recomponer el ecosistema; se cree un ente a fin de regular el uso de la cuenca conformado por el Estado Nacional, el cual deberá realizar aportes a fin de solucionar la problemática; y, que se condene a Mendoza a indemnizar el daño ocasionado y a realizar obras que aumenten su eficiencia sobre la explotación del Atuel.

Al contestar la demanda, Mendoza alega la incompetencia de la Corte para intervenir en el proceso, cuestionando el ejercicio de su jurisdicción dirimente en autos. Así también, plantea la falta de legitimación pasiva y excepción previa por falta de legitimación activa en los términos del Art. 347 inc. 3° del Código de forma Federal. Finalmente, opone la excepción de cosa juzgada en los términos del Art. 347, inc 6° del CPCyC de la Nación, alegando que la cuestión ya fue ventilada y decidida en el fallo 310:2478 del año 1987, y que el presente reclamo tiene por objeto volver a plantear lo allí ventilado.

En fecha 25 de abril de 2017, de conformidad con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, la Corte declara su competencia originaria para intervenir en autos y rechaza las excepciones previas de incompetencia y falta de legitimación activa opuestas por la provincia de Mendoza, disponiendo una audiencia pública con fines informativos y conciliatorios que se lleva adelante el día 14 de Junio de 2017.

Finalmente, en fecha 01 de Diciembre de 2017, la Corte dicta sentencia por medio de un resolutorio firmado por la Dra. Elena Highton de Nolasco y por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Horacio Rossetti, Juan Carlos Maqueda y Carlos Fernando Rosenkrantz – éste último en disidencia–, resolviendo por el voto de la mayoría el rechazo de la excepción previa de cosa juzgada planteada por Mendoza; ordenar a ambas partes que fijen un caudal hídrico que posibilite la recomposición del daño ambiental ocasionado en un plazo de 30 días; ordenar que tanto los estados provinciales como el Estado Nacional desarrollen en forma conjunta un programa de obras destinado a brindar una solución a la problemática bajo la órbita del Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), organismo al que tanto provincias como la Nación deben realizar los aportes necesarios que garanticen su efectiva actuación. Asimismo, dicho programa debe determinar la distribución costos, la modalidad de ejecución de las obras, y debe ser sometido ante el Máximo Tribunal a los fines de su convalidación en un plazo máximo de 120 días.

Por otra parte, en su disidencia, el Dr. Rosenkrantz rechaza la excepción de cosa juzgada opuesta por Mendoza y ordena que las provincias en conflicto junto con el Estado Nacional elaboren conjuntamente un plan destinado a la recomposición del ecosistema que debe ser presentado ante el Tribunal para su aprobación en un plazo de

120 días, aclarando que en su confección las provincias pueden constituir una comisión especial o recurrir a la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior.

III. Ratio Decidendi:

Voto mayoritario:

A fin de rechazar la excepción de cosa juzgada interpuesta por la provincia de Mendoza, la Corte remarca que la problemática en cuestión resulta ser notoriamente diferente a la ventilada en el fallo de 1987, afirmando que luego de la reforma constitucional de 1994 el conflicto tiene un alcance distinto, ya que ahora comprende derechos de incidencia colectiva. Sostiene que en aquella ocasión la regulación jurídica del agua era antropocéntrica y dominial, pero que en la actualidad al regular y valorar jurídicamente al agua desde una perspectiva eco-céntrica, el paradigma ha cambiado significativamente; que para nuestra Constitución el ambiente no es un objeto destinado exclusivamente al servicio del hombre, y que el Art. 41 C.N. implica la existencia de deberes positivos que recaen sobre el Estado en pos de resguardar al medio ambiente, al que define como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”. (CSJN; fallo 340:1651, 2017, p. 21 parr. 2)

A fin de ordenar a las provincias que fijen un caudal de recomposición ecológica e instarlas a que en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), y en compañía del Estado Nacional, elaboren conjuntamente un programa de obras destinado a solucionar la problemática; la Corte destaca que el derecho de acceso al agua potable incide directamente sobre las personas y que debe ser objeto de tutela judicial en el área de los derechos de incidencia colectiva, siendo imperativo garantizar su protección a fin de que conserve su capacidad regenerativa y de resiliencia (CSJN; fallo 340:1651, 2017). Seguidamente enumeró los instrumentos internacionales a los que la Nación adhirió en ocasión de la reforma constitucional de 1994, citando a 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 el Plan de Acción ONU sobre el Agua, de Mar del Plata de 1977; destacando que la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía deben ser prioridad para la Nación, a los que se deben asignar recursos suficientes. (Considerando 12°, parr. 3).

Asimismo, sostuvo que, como la cuenca hídrica del Río Atuel es un sistema integral que no reconoce límites políticos o jurisdiccionales y dado a que la preservación del medio ambiente es de interés intergeneracional; la problemática excede los intereses de las partes involucradas en el proceso, por lo que la solución al conflicto debe prolongarse hacia las generaciones futuras. De esta manera, resulta necesario que el Tribunal, en el ejercicio de su competencia dirimente, intervenga adoptando una función conciliadora que mitigue las hostilidades entre las provincias y sea superadora de toda posición separatista. Para ello, fomenta la concepción de un federalismo de concertación basado en la idea de lealtad o buena fe federal, que estima necesario a fin de llegar al nivel de cooperación requerido para brindar una respuesta efectiva a la debacle ambiental.

Disidencia del Dr. Carlos Fernando Rosenkrantz:

En ocasión de fundar su negativa a la excepción de cosa juzgada, sostuvo que la situación fáctica expuesta en el fallo de la Corte de 1987 era distinta, toda vez que trataba de un conflicto bipolar entre provincias vecinas que centraban sus intereses en el derecho de uso de las aguas de un río interprovincial, y que en dicha ocasión el restablecimiento del medioambiente no formaba parte del objeto del proceso.

Afirmó que es necesario que las provincias involucradas junto con el Estado Nacional cooperen a fin de dar respuesta a la crisis, fundándose en que el objeto del proceso consiste en encontrar una solución a un problema que es de todos.

Para fundamentar la participación de la Nación en el plan consignado, citó la “Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación en los países afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África” ratificada por nuestro país en 1997. Destacando que, en su cumplimiento, la Nación debe asignar los recursos necesarios para mitigar los efectos de la sequía y la desertificación; deber al que calificó como propio y directo del Estado. Señaló que la participación de la Nación en la elaboración y ejecución de las obras se debe a su mayor capacidad financiera y técnica; la cual, no debe ser entendida como un cercenamiento a las facultades asignadas a las provincias en la Constitución, sino como una colaboración o aporte a una problemática común. Asimismo, enunció el principio de solidaridad del Art. 4 de la Ley 25688 General del Ambiente.

Finalmente, remarcando que el objetivo del fallo es generar condiciones que permitan el trabajo cooperativo entre los involucrados, se ocupó de indicar pautas orientativas que posibiliten su entendimiento para que sea factible la elaboración y ejecución de las obras ordenadas.

IV.- Descripción conceptual y antecedentes:

Llegados a este punto cabe mencionar que, en la mirada del Código veleziano, el agua se encontraba regulada bajo el régimen de las cosas, y era objeto de un sistema dominial que distinguía entre aguas de dominio público, federales o provinciales; aguas de dominio privado, en manos de particulares o del estado; y aguas susceptibles de apropiación privada. De esta manera, se la definía jurídicamente desde un paradigma antropocéntrico y, tal como señala Bertoni et al.(2017), destacado por entender que los recursos naturales se encuentran al servicio del hombre y configuran un medio para asegurar su calidad de vida, sin plantear a su protección como un objetivo en sí mismo.

Actualmente, si bien continúa bajo un sistema mixto de propiedad, el enfoque desde el que se define al agua es eco-céntrico, ya que no solo tiene en cuenta los intereses estatales o de los particulares, sino que también se ocupa de los intereses del propio ambiente. Este cambio, obedece a la introducción de la impronta protectoria del medio ambiente por medio del Art. 41 C.N. y a la adhesión a diversos instrumentos internacionales luego de la reforma constitucional de 1994. Seguidamente, y en cumplimiento de los deberes asumidos por la Nación, en el año 2002 se sancionó Ley General del Ambiente N.º25675, encargada de establecer presupuestos mínimos para la protección ambiental. Asimismo, específicamente respecto del Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, seguidamente se sancionó la Ley N° 25688, encargada de disponer los presupuestos mínimos para su preservación, aprovechamiento y uso racional.

Por otra parte, y habida cuenta de su importancia temática, compartiremos la definición brindada por Grethel Aguilar y Alejandro Iza (2009), y calificaremos a la cuenca hidrográfica como una unidad geográfica e hidrológica, debido a que ésta se integra tanto del río principal como de los territorios y ríos menores que le aportan caudal desde su nacimiento hasta la desembocadura; incluyendo la zona marino-costera en caso de que el torrente vierta en el mar. Dicho lo anterior, entiendo que es dable caracterizar a la cuenca hídrica como una unidad compuesta por múltiples elementos y

factores ambientales que frecuentemente poseen límites que difieren de las fronteras jurídicos-administrativos o jurisdiccionales, tal como sostiene Vergara Luis presidente de la Comisión Hídrica Federal (C.O.H.I.F.E.) del 2006 (Dardis, 2013). Después de todo, y dado a que el agua no guarda cuidado de límites políticos sino que obedece a leyes físicas, toda interferencia o explotación producida por un Estado en cualquier punto de una cuenca hidrográfica tendrá efecto sobre los recursos hídricos que se encuentran en cualquier otro punto de la misma, aunque no necesariamente dentro de su territorio. Por lo que resulta pertinente afirmar que, en el uso y aprovechamiento de este sistema, una gestión unitaria de la cuenca respondería mejor a una administración equilibrada, integral y representativa de los múltiples intereses que sobre ella recaigan que una gestión dividida por las unidades políticas y administrativas que integren la cuenca, tal como afirma el Catedrático de Derecho Administrativo Fanlo, L. A. (2010).

Ahora bien, dada la complejidad de elementos constitutivos de las cuencas hídricas, dentro de las diferentes formas de lidiar con el uso y aprovechamiento de sus recursos, el enfoque que mejor permite afrontar su gestión es el de ecosistema, o ecosistémico. Este enfoque, consiste en una estrategia que posibilita la gestión integrada de los diferentes componentes de la cuenca, tales como la tierra, el agua y los seres vivientes; a la vez que incluye a las personas como actores que definen las reglas dentro de las cuales se lleva adelante el aprovechamiento y la preservación del ecosistema (Grethel Aguilar y Alejandro Iza, 2009).

Habiendo mencionado lo anterior, resulta evidente que para llegar al nivel de cooperación requerido para que la gestión unitaria de la cuenca sea posible, es esencial que tanto el Estado Nacional como los Estados Provinciales sean capaces de concertar acuerdos de cooperación y colaboración que permitan dirigir los recursos y esfuerzos a la consecución del bien común general. Estos acuerdos, arribados en el pleno ejercicio de las facultades reconocidas a las provincias en los Arts. 124 y 125 de la Constitución, han sido calificados por la Corte Suprema, en el fallo “Santa Fe, Provincia de el Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 24 de noviembre del 2015, como la máxima expresión del federalismo de concertación; toda vez que mediante ellos se coadyuvan voluntades de las máximas autoridades de la Nación a fin de concretar objetivos comunes (CSJN, Fallo 338:1356, 2015). Cabe agregar que en ese mismo fallo,

la Corte (como se citó en CSJN, Fallo 322:1781, 1999) afirmó que cuando, en un régimen concurrente, la Nación y las provincias se unen por medio de acuerdos voluntarios a fin de lograr una política uniforme que provea al beneficio de sus diversos intereses, dichos convenios conforman manifestaciones positivas del federalismo de concertación.

Refiriéndonos al derecho de acceso al agua potable, la Corte Suprema ya había afirmado en el fallo 337:1361 de octubre del 2014, que es un derecho que debe ser objeto de tutela judicial debido a que repercute directamente sobre la vida y salud de las personas (CSJN, fallo 337:1361, 2014). Dicho lo anterior, es dable mencionar que el agua conforma un bien inherente a la esfera social o colectiva; y que, como tal, reúne los caracteres de un macrobien ambiental. Tópicos que se reflejan en la indivisibilidad de beneficiarios, por cuanto el carácter difuso de su titularidad no permite su apropiación individual; y, en el principio de no exclusión de beneficiarios, que se extiende aún a las generaciones futuras (Lorenzetti y Lorenzetti, 2019). Finalmente, se puede agregar que, debido a que el agua constituye un elemento básico para la vida caracterizado por su condición limitada y vital, posee un inherente carácter social (Salazar, 2010).

Respecto a la lucha contra la desertificación, las Naciones Unidas en la Conferencia sobre Desarrollo Sustentable del año 2012, nombrada: “El Futuro que queremos” (Río + 20), ha sido contundente al afirmar que la desertificación como una problemática que implica a la sequía y degradación de las tierras en áreas áridas, semiáridas y subhúmedas secas, supone un serio obstáculo para el desarrollo sostenible de las Naciones que requiere la adopción inmediata de medidas de corto, mediano y largo plazo, coordinadas tanto a nivel nacional y regional como internacional; a los fines de prevenir y revertir la degradación de los suelos, mejorar su calidad, los recursos hídricos, contribuir al desarrollo sostenible y erradicar la pobreza. Y que por ello, es necesario tanto el aporte de capitales públicos como privados. (Naciones Unidas, 2012)

No obstante la normativa internacional, nuestro país no posee regulación sobre el caudal ecológico. Sin perjuicio de ello, el Art. 6° de la Ley General del Ambiente presenta a la preservación de los sistemas ecológicos como un objetivo en sí mismo.

Por su parte el Máximo Tribunal, ha estimado que, “en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”. (CSJN, fallo 337:1361, 02-12-2014, p. 12)

V. Posición del Autor:

Vi. Regulación Jurídica del Agua. Variación en la postura de la Corte.

Al rechazar la excepción de cosa juzgada interpuesta por Mendoza referida a que el conflicto ya fue ventilado y decidido en el fallo 310:2478 de 1987, el Máximo Tribunal, con buen tino, sostuvo que sin perjuicio de que en el sub exánime el conflicto girara en torno al uso de las aguas del Atuel, los asuntos presentados en este fallo difieren sustancialmente de los ventilados en aquél. Y ello, debido a que después de la reforma constitucional de 1994 se ven involucrados derechos de incidencia colectiva, y a que la situación se plantea frente a un paradigma del derecho del agua eco-céntrico o sistémico, notoriamente distinto a la perspectiva antropocéntrica y dominial vigente en la sentencia de 1987. Estos fundamentos no sólo se limitan a destacar la diferencia de estándares en que fueron dictados los fallos, sino que también reconocen la evolución que el Derecho de Aguas ha protagonizado tanto en nuestro ámbito nacional como en el plano internacional; y que, asimismo, se mantienen en sintonía con la jurisprudencia sentada en el fallo 337:1631 del año 2014, donde la misma Corte reconoce que el agua, como componente del bien colectivo ambiente, reviste carácter de un derecho de incidencia colectiva. (CSJN, fallo 337:1361, 2014)

Vii. Derecho humano de acceso al agua potable. Caudal ecológico.-

La postura que adopta el Tribunal al remarcar su importancia en torno a la vida y salud de las personas, y entender que debe ser objeto de tutela judicial en el ámbito de los derechos de incidencia colectiva es correcta; debido a que resulta ser perceptiva del carácter inherentemente social del agua, a la vez que se encuentra en sintonía con lo dicho por la misma Corte en el fallo 337:1361 de 2014, y adhiere normativa internacional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de lo cual, en este caso en concreto la Corte de manera innovadora refirió que tal derecho se refleja en el acceso a un flujo de agua que asegure la restauración ambiental. Lo que resulta ser un gran acierto, ya que la conservación del

ambiente reviste gran interés no solo para esta generación sino también para las generaciones futuras; respetándose, de esta manera, el principio de equidad intergeneracional especificado en el Art. 4 de la Ley 25688 General del Ambiente. Así también, cabe afirmar que dicho caudal constituye un medio adecuado para hacer frente a la desertificación de los territorios y con ello dar cumplimiento tanto al principio de preservación de los sistemas ecológicos regulado por el Art. 6 de la citada ley, como a los deberes asumidos por la Nación en el plano internacional.

Viii. Visión integral de la cuenca hídrica del Atuel. Enfoque ecosistémico. Federalismo de concertación.

Al considerar a la cuenca hídrica como un sistema integral, la Corte refirió acertadamente que las medidas a tomar no debían limitarse a los jurisdicciones territoriales, toda vez que la problemática no reconoce distinciones políticas o administrativas; sino que éstas debían afrontar la situación teniendo presente el carácter de unicidad de la cuenca hídrica. También afirmó la interdependencia de recursos hídricos y naturales que las componen, reconociendo de esta manera el ya antiguo reclamo de la doctrina en materia de gestión de cuencas hídricas, y adoptando un enfoque ecosistémico frente a la problemática.

Tal postura, guarda armonía con el Art. 2 de la ley 25.688 sobre el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas del año 2002, que define a la cuenca hídrica superficial como una “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” (Ley 25688, 2002, art 2); mientras que su Art. 3 califica a las cuencas hídricas como unidades ambientales indivisibles. Asimismo, esta postura respeta lo estipulado por la misma Corte en el fallo de 1987, donde ya se había declarado el carácter interprovincial de la cuenca hidrográfica del río Atuel.

Dicho lo anterior, es acertada la vía que adopta la Corte al desarrollar una solución al caso basada en un federalismo de concertación, ya que la institución más idónea para la gestión de las cuencas hídricas resulta ser la de regionalismo en los términos de los artículos 75 inc 19 y 124 de la Constitución; por cuanto permite un desarrollo armónico de las provincias, a la vez que promueve su advenimiento a fin de concertar acuerdos beneficiosos de los intereses provinciales y nacionales. Así también,

se destaca que tal postura recepta el principio de solidaridad y cooperación del Art. 4 de la Ley 25688 General del Ambiente. Seguidamente, resulta acertado reafirmar la participación de la C.I.A.I. en la administración y gestión de la cuenca; dado que ésta se constituye como una herramienta esencial al momento de materializar el federalismo de concertación y efectuar una gestión unitaria del ecosistema hídrico.

VI. Conclusión.

El fallo se revela sobresaliente; toda vez que, haciendo uso de sus facultades, la Corte advierte que el conflicto ambiental existente entre las provincias vecinas por el recurso hídrico del Río Atuel ha cambiado de términos respecto del viejo fallo de 1987.

En su labor, el Máximo Tribunal da cuenta de la envergadura de la temática, realizando consideraciones y aportes de vanguardia; reconociendo que el derecho de acceso al agua potable afecta de primera mano a la vida y salud de las personas, y que su protección debe ser una prioridad para el Estado. El cual, debe velar por que la naturaleza mantenga su funcionamiento, capacidad regenerativa y resiliencia. Asimismo, adopta una postura de concertación federal, que lejos de adjudicar vencedores y vencidos, crea y revalida los espacios de cooperación y coordinación interprovinciales como la C.I.A.I.; necesarios a fin de afrontar los crecientes problemas ambientales de nuestra época.

No obstante lo anterior, desde un enfoque sistémico, enfatiza la necesidad de abordar la problemática ambiental de la cuenca hídrica del Río Atuel desde una perspectiva integral, reconociendo la interdependencia de los recursos que la componen.

En virtud del análisis efectuado a lo largo del trabajo, y en base a las consideraciones supra realizadas, entiendo que notas como el reconocimiento de la regulación jurídica del agua a torno a un paradigma ecosistémico; la visión integral de las cuencas hídricas; la posición de garante que ocupa el Estado frente al derecho de acceso al agua potable amparado en el ámbito colectivo; la utilización de un caudal hídrico a fin de garantizar la recomposición del ambiente; y, la utilización del federalismo de concertación como herramienta clave para dar respuesta a las problemáticas ambientales emergentes en la Nación, se conforman como precedentes que sienta este fallo en materia de competencias ambientales a fin de dar respuesta a un

una problemática que nos involucra a todos y frente a la que se posiciona ahora un nuevo Derecho de Aguas en nuestro país.

VII. Referencias:

- Constitución Nacional.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Ley No. 25675, de General del Medio Ambiente. B.O del 28/11/2002.
- Ley No. 25688, de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. B.O. del 03/01/2003. Art. 2.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos.”, fallo 310:2478, 3 Diciembre de 1987.
- CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, fallo 340:1651, 01 diciembre de 2017, pag 21.
- CSJN, fallo 340:1651, 01 diciembre de 2019, p. 21 parr. 2
- CSJN, fallo 340:1651, 01 diciembre de 2019, p. 30
- CSJN, fallo 340:1651, 01 diciembre de 2019, p. 32-33
- CSJN “Santa Fe, Provincia de el Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.”, fallo 338:1356, 24 de noviembre del 2015, pp.13-14.
- CSJN, “Kersieh, Juan Gabriel y otros el Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo”, fallo 337:1361 02-10-2014, p.8.
- CSJN, “Kersieh, Juan ...p.11.
- CSJN, “Kersieh, Juan ...p.12.
- Serafin, S. P. (2006). CUENCA DEL RÍO ATUEL N° 59. p. 4 .Recuperado de https://www.mininterior.gov.ar/obras-publicas/pdf/59_nueva.pdf
- Bertoni L., Alzari M. J., Coria S., Devia L., Negro S.C., Mastaglia T.G. (2015) *Las papeleras en cuestión: un recorrido en el derecho ambiental e internacional de la Haya al Mercosur*, p.123, Buenos Aires, Argentina, Eudeba.
- Dardis, N. V. (2013). *Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina* [publicación]. Recuperado de <http://www.cohife.org/advf/documentos/2018/08/5b71e65594326.pdf>

- Fanlo, L. A. (2010). Las competencias del estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las confederaciones hidrográficas. *Revista de Administración Pública*, núm 183, p. 331. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>
- Grethel Aguilar Rojas y Alejandro Iza (2009). *Gobernanza de Aguas Compartidas. Aspectos Jurídicos e Institucionales*. pp.9-10, Recuperado de https://cmsdata.iucn.org/downloads/eplp_58_ref_pdf.pdf
- Grethel Aguilar Rojas y Alejandro Iza (2009). *Gobernanza de ...* pp.100, Recuperado de https://cmsdata.iucn.org/downloads/eplp_58_ref_pdf.pdf
- Grethel Aguilar Rojas y Alejandro Iza (2009). *Gobernanza de ...*,p.100.
- Naciones Unidas, 2012. *Conferencia de las Naciones Unidas Río + 20 “El futuro que queremos”*, pp. 44-45, Recuperado de https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf
- Lorenzetti, R.L., Lorenzetti P. (2019). *Principios e instituciones de derecho ambiental*. p. 231. Recuperado de <https://ebookcentral.proquest.com>.
- Salazar, H. L.(2010). *Planeación del agua un enfoque social y sistémico: agua, un derecho social*, p.15, Recuperado de <http://ebookcentral.proquest.com/lib/biblioues21sp/detail.action?docID=3187620>.

ANEXO
“LA PAMPA, PROVINCIA DE c/ MENDOZA, PROVINCIA DE
s/ uso de aguas”

Fallo 340:1695.- 01/12/2017

Buenos Aires, 1° de diciembre de 2017.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que a fs. 5/205 la 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 efluentes -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 - Trasvase 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.

2°) 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. 6°, Código Procesal Civil y Comercial 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. 3°) 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 Llacanelo; 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 1376 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.

3°) 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 Desagüadero (cuenca a la que pertenece el Río Atuel).

4º) 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 se 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 estatales, 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 Código Civil y Comercial 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, pág. 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 interjurisdiccionales, 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, pág. 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, pág. 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.

9°) 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, pág. 308; Montes de Oca, Manuel A., “Lecciones de Derecho Constitucional”, Buenos Aires, Tipo Litografía “La Buenos Aires”, 1917, tomo 2, pág. 456; González Calderón, Juan A., “Derecho Constitucional Argentino”, Editorial J. Lajouane y Cía. Editores, 1931, tomo III, pág. 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 sustituto” (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt, considerando 3°), 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 concernida;

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-O/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 que “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 que “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 2º, 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 2º 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 8/11/89” (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 Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Horacio Rosatti - Carlos Fernando Rosenkrantz (en disidencia).

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando que:

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 esta 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 entenderse 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.).

7°) 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 de-traería 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.

8°) 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 1° y recordado en el año 2009 en Fallos: 332:582, considerando 3°) 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 subcuenca del río Atuel y sus afluentes; (ii) cumplir lo dispuesto en la Resolución 50/49 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 50/49 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 mas 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 verosímilmente 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:

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

2º) 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 Fernando Rosenkrantz.

Parte actora: Provincia de La Pampa, representada por su Gobernador, C.P.N. Oscar Mario Jorge, con el patrocinio letrado del señor Fiscal de Estado, doctor José Alejandro Vanini, y de los doctores Gregorio Badeni, Carlos J. Laplacette, Dora Rocío Laplacette y Jerónimo Lau Alberdi.

Parte demandada: Provincia de Mendoza, representada por su Gobernador, Lic. Alfredo Cornejo, por el señor Fiscal de Estado, doctor Fernando Mario Simón, por el señor asesor de gobierno, doctor César A. Mosso Giannini, y por su apoderado, doctor Juan María Díaz Madero.

Terceros: Estado Nacional, representado por sus apoderadas, doctoras Melina Claudia Ferrero y Jimena Diez, con el patrocinio letrado de los doctores Analía Eva Vaqueiro y Javier Suárez Benito.