



**FALLO LA PAMPA C/ MENDOZA: CUENCA DEL RÍO
ATUEL, CONTROVERSIA DE PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES**

NOTA A FALLO

Autora: ANALÍA VERÓNICA VILLEGAS

DNI: 31.812.036

Legajo VABG50092

Prof. Director: Cesar Daniel Baena

Córdoba, 2020

Línea temática: medio ambiente.

Selección de fallo: “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas.”

Tribunal interviniente: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fecha de sentencia: 16 de julio de 2020.

Sumario: 1. Introducción 2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal 3. Delineación de la *ratio decidendi* de la Sentencia 4. Descripción del análisis conceptual y antecedentes 4.1 Medio ambiente sano como derecho de incidencia colectiva 4.2 Federalismo de concertación en materia ambiental 4.3 Paradigma ambiental 5. Postura de la autora 6. Conclusión 7. Anexo Fallo completo.

1. Introducción

El presente trabajo se basa en el análisis del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el pasado 16 de julio del 2020 en los autos 243/2014 caratulados “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de agua”, en el marco de su competencia originaria dirimente para resolver asuntos interprovinciales.

El agua es un elemento esencial para el sostenimiento y reproducción de la vida de todos los seres vivos y un factor indispensable para el desarrollo de las sociedades. Este precepto cobra mayor relevancia en provincia como Mendoza y parcialmente para La Pampa, toda vez que la mayor parte de su superficie territorial presenta zonas áridas, escasas precipitaciones fluviales, y el suministro de agua tanto para consumo humano como para la actividad agropecuaria se realiza a través del aprovisionamiento de los cursos de agua que descienden de la cordillera de Los Andes.

Dicho esto, durante décadas se han mantenido las desavenencias entre las mencionadas provincias en torno al uso del Río Atuel. Pese a recaer Sentencia del máximo Tribunal en el año 2017, ambas jurisdicciones no han podido acordar políticas públicas de soluciones y obras de para poner fin a la controversia. Así, Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) haciendo uso de su facultad dirimente otorgada por el artículo 127 de la Constitución Nacional (en adelante CN) y al amparo de convenciones internacionales de medio ambiente, entiende que en la presente problemática se involucran cuestiones de mayor alcance dado que comprende una amplia región y vinculando derechos de incidencia colectiva de múltiples afectados. (CSJN, 2020, p. 8).

A esta instancia, en el problema jurídico planteado se identifica un conflicto de tipo axiológico dado que, siguiendo a Alexy (2007), se abordan derechos fundamentales donde no sólo se plantea un conflicto entre reglas sino entre principios. Ello exige poner la mirada en mandatos de optimización que permitan ordenar el objeto protegido en sus posibilidades fácticas y jurídicas.

Las partes en litigio siguen dando respuesta a las disposiciones de la CSJN de 2017, basadas en intereses provinciales propias de un federalismo de antaño correspondiente a otro paradigma de interpretación jurídica, en relación al derecho al uso del agua de un recurso natural interjurisdiccional. Ello ocurre en un contexto socioeconómico de disminución de la oferta e incremento de la demanda de agua del Río Atuel. Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 a la luz de convenciones internacionales, impone un nuevo paradigma de interpretación de nuestro sistema normativo anclando la protección del medio ambiente como un derecho de incidencia colectiva (CNA, 1994 art. 41). Así, el Tribunal sostiene que el litigio deviene en una cuestión constitucional de relevada importancia, como es la preservación del ambiente y su sustentabilidad intergeneracional, comprometiendo a generaciones actuales y futuras. Para ello toma en resguardo el artículo 43 de la Carta Magna, que reconoce aparte de la categoría de derechos individuales, a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, como el ambiente (CNA, 1994). Ello nos lleva a percibir que, se continúa perpetuando una clara controversia entre el principio protectorio a un medio ambiente *versus* las facultades de las provincias desglosadas de un sistema federal de organización. Ambos principios plasmados en nuestra Carta Magna. Particularmente, podemos decir que nos encontramos frente a una pugna entre el derecho al uso de aguas alegado por las partes en el marco del sistema federal y dominio originario de recursos naturales (art. 1 y 124 de la CNA respectivamente); frente al derecho colectivo a un medio ambiente sano de acuerdo a los arts. 41 y 43 de la misma Carta Magna.

2. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal

Según el fallo 340:1695 del pasado 1° de diciembre de 2017 de los autos 243/2014, la CSJN ordenó a las partes, provincia de La Pampa y de Mendoza, que fijaran un caudal hídrico apto en el plazo de 30 días para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa y, en forma conjunta con el Estado Nacional, un

programa de ejecución de obras. Vencido el plazo, ambas no llegaron a una solución consensuada sobre el caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado. La Corte fija un nuevo plazo de 90 días para que las interesadas procuraran arribar a una solución dirimente debiendo indicar las obras a realizar según se indicó en el pronunciamiento del fallo 341:560 del 22 de mayo de 2018.

En este contexto, La Pampa propuso sustentada en una metodología “holística o integradora”, un caudal mínimo de 4.5 m³/seg y un caudal medio anal variable entre 7 m³/s y 9,5 m³/s que debe hacerse efectivo en forma inmediata, independientemente de obra alguna. Mientras los representantes de la provincia de Mendoza, basados en la metodología “hidrológica suiza” para el cálculo final, propusieron un caudal mínimo de 1,3 m³/seg, el que deberá llevarse a cabo progresivamente de acuerdo a las obras que permitan su instrumentación. Plan de obras que, de ejecutarse en forma paralela y progresiva en 5 años, permitirían duplicar la disponibilidad del caudal mínimo comprometido, llevándolo a 2,6 m³/s.

De esta forma, vencidos los plazos procesales y al persistir las posiciones controvertidas, donde claramente se advierte que ha disminuido la oferta de agua como consecuencia del cambio climático global y se ha incrementado la demanda lo que produce una disputa de difícil solución; le corresponde a la CSJN definir el curso de acción.

En este contexto, la CSJN no deja de hacer mención al fallo de 1987 (310:2478), donde el máximo Tribunal se expidió ante la demanda interpuesta por la provincia de La Pampa declarando al Atuel como un río interprovincial rechazando la acción posesoria de la provincia de La Pampa y exhortando a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos.

Ante la continuidad en las tesituras controvertidas de las partes, La CSJN en 2020 debió dar una nueva respuesta. Dispuso en el apartado II) Fijar como meta interina un caudal mínimo permanente del río Atuel de 3,2 m³/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza (ley 25.675, art. 4). III) Ordenar a las provincias, junto con el Estado Nacional, determinen las acciones u obras de infraestructura necesarias para alcanzar el caudal mínimo permanente fijado, debiendo indicar el tiempo que demandarán, costos y programa de monitoreo permanente. Con ello la Corte en su facultad dirimente, no arbitraria, señala lineamientos específicos de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas en respeto al sistema federal que nos rige, en términos de Alexy (2007)

3. Delineación de la *ratio decidendi* de la Sentencia

Con el voto mayoritario de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y el voto en disidencia de Carlos Rosenkrantz, el Tribunal bajo la modalidad de teletrabajo en fecha 16 de julio de 2020, se pronunció, en su jurisdicción dirimente prevista en el art. 127 de la Constitución Nacional, reiterando su apartamiento de la sentencia del 03 de diciembre de 1987 como cosa juzgada. Ello por presentar aspectos diferentes, donde se suscitara un conflicto específico entre las dos provincias involucradas en torno al derecho de uso de aguas. Hoy, con el paso de los años, se involucran cuestiones de mayor alcance ya que comprende una amplia región y se vincula con los derechos de incidencia colectiva de múltiples afectados, tutelados por la Constitución Nacional Argentina (CNA) bajo los artículos 41 y 43, y, ante una regulación jurídica del agua que ha cambiado hacia un modelo ecocéntrico o sistémico según la Ley General del ambiente (LGA) 25.675. Bajo este entendimiento “el ambiente es un bien colectivo de pertenencia comunitaria de uso común e indivisible, es un macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva uso común e indivisible” (CSJN, 2019). Por lo tanto, resulta fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y en su capacidad de resiliencia.

El Tribunal recurriendo a las disposiciones de la LGA en torno a la integralidad de interpretación y aplicación de los principios de congruencia, prevención, precautorio, equidad intergeneracional, progresividad, responsabilidad, subsidiariedad, sustentabilidad, solidaridad, y cooperación (Ley 25.675, art 4) propone arribar a una solución del conflicto en forma gradual, fijando un caudal mínimo permanente recomendado por el Instituto Nacional del Agua (INA) de 3.2 m³/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza. Ello como instrumento de posible cese del daño ambiental ocasionado por la falta de escurrimiento del río Atuel en territorio pampeado. Valor medio diario de referencia debidamente monitoreado a fin de evaluar si cumple con los requerimientos mínimos del hábitat en la zona afectada de la provincia de La Pampa tanto en lo relativo al mantenimiento de la biota y salinidad, como a los niveles freáticos.

Finalmente se argumenta que, una comprensión amplia de la compleja situación general de la cuenca del río Atuel, en virtud del problema de oferta hídrica, demanda conjugar por un lado la territorialidad ambiental, que responde a factores

predominantemente naturales, con la territorialidad federal por el otro que expresa una decisión histórica y cultural. Entonces la relevancia constitucional de los principios de protección ambiental y el federalismo exige áreas de compatibilización las que se encuentran representadas en la comisión interprovincial del Atuel Inferior (CIAI). Se insta a las partes al fortalecimiento institucional.

De esta forma el Tribunal con los argumentos vertidos, da respuesta al abordaje del problema axiológico planteado. La protección del medio ambiente sano como derecho colectivo tiene supremacía frente al derecho uso del agua tutelado por las provincias en el marco del sistema federal constitucional. El máximo tribunal dando lineamientos concretos, al delimitar un caudal mínimo del Río Atuel en el límite interprovincial y convocando al Estado Nacional en el desarrollo conjunto a las provincias la instrumentación de obras necesarias, pone al federalismo a los pies del derecho ambiental. Con ello, el Tribunal pretende superar las tensiones en las relaciones interjurisdiccionales y así garantizar la supervivencia del sistema federal.

Por lo dicho, adherimos a la afirmación de que los valores y principios en el derecho ambiental señalan un camino dando un sentido a lo que hacemos, marcan una dimensión axiológica y una orientación a las razones técnicas (Caferatta, 2015).

4. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

En consideración a que en el presente caso se suscita un conflicto entre principios medioambientales, se torna necesario partir de ciertas nociones claves.

4.1 Medio ambiente sano como derecho de incidencia colectiva

Hasta mediados del siglo XX, el medio ambiente era concebido como una herramienta al servicio del ser humano justificando la explotación ilimitada de los recursos naturales para el desarrollo y progreso económico. Esta conducta implicó el deterioro y agotamiento de recursos, repercutiendo en la imperiosa necesidad de la tutela del derecho ambiental. En 1972, la Convención de Estocolmo introdujo cuestiones ambientales en las discusiones internacionales. A nivel regional, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo adicional de San Salvador de 1988 dio lugar a las primeras regulaciones concretas en torno a los derechos económicos, sociales y culturales ya plasmados en el Pacto de San José de Costa Rica. Así, estableció que toda persona tiene

derecho a vivir en un medio ambiente sano y contar con servicios públicos básicos. Para tal fin, los estados promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (Protocolo de San Salvador, art. 11). Más tarde la Declaración de Río de Janeiro de 1992, posicionó al ser humano en el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. La Resolución 10/1994 del grupo económico-social del Mercosur, sienta las Directrices básicas en materia de política ambiental regional.

Bajo estos preceptos, el estado argentino ha realizado un reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente sano. La CNA tras la reforma de 1994, marca un salto cualitativo en la supremacía que le otorga a los derechos de incidencia colectiva al reconocer en el art. 41: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo" (CNA, 1994).

Lo que Quiroga Lavié (1996) interpreta como la formación de un estado ecológico de derecho implicando una redefinición del concepto de estado. Una década después, Rodríguez Salas (2016) expresa que a partir de la reforma avanzamos hacia el reconocimiento del derecho al ambiente como derecho humano fundamental.

Por lo tanto, en virtud de este art. 41, se entiende que corresponde a la nación (Estado Federal) dictar las normas de presupuestos mínimos del ambiente (legislación básica) y a las Provincias las necesarias para complementarlas (legislación adicional máxima) sin que altere las jurisdicciones locales (Bidart Campos , 2007).

El sistema normativo configura la LGA n° 25.675 como ley marco, que en su articulado reúne aspectos básicos de la política ambiental nacional y consagra principios fundamentales. El Estado Nacional y las provincias tienen el deber de proteger el medio ambiente, lo que implica un uso racional de los recursos naturales (en el caso que nos atañe, de las aguas del río Atuel), bajo el Régimen de Gestión Ambiental de Aguas de la ley n°25.688. Pastorino (2014) expone que tras la reforma constitucional, el agua como derecho en sí mismo pasa a ser considerado un recurso natural. Esto nos lleva a deducir que las normas ambientales tienen como fin proteger el bien colectivo del ambiente y en correlato a su micro bien, el agua.

El derecho al acceso al agua se desglosa del principio al medio ambiente sano. La Observación general n° 15 (2002) del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 de Naciones Unidas, entiende que el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos. En correlato, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, sentencia del 24/08/10 invoca al derecho internacional sosteniendo 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 (Langer, 2019).

4.2 Federalismo de concertación en materia ambiental

Con la reforma del art. 41 de la CNA, se modifica el sistema de coordinación de competencias entre el gobierno federal y los provinciales en materia ambiental. Autores como Esaín (2018) lo denominan federalismo de concertación dado que se funda en competencias concurrentes, otorga predominio normativo a la nación y primacía ejecutiva a las provincias. Además, dicha reforma consagró el poder provincial sobre los recursos naturales, en tanto fijó el dominio originario provincial de los mismos, según el artículo 124 de la CNA. Ello marca un cisma que se opone al federalismo dual o de oposición, y sienta las bases para un nuevo bloque de constitucionalidad federal (Sabsay, 2009). Lógica que, el Alto Tribunal en el fallo de 2017 (340:1695), retoma haciendo referencias expresas al concepto de “estado ambiental de derecho” (Esaín, 2018). Sin embargo, ese dominio originario se encuentra matizado o subyugado a un art. 41, en cuyo tercer párrafo, expone que corresponde a la nación dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección en la utilización de recursos, dado jerarquía al principio *in dubio pro natura*, para en caso de controversias favorecer la protección del medio ambiente. Bidart Campos (1995), afirma que el esquema nuevo de concurrencia significa una separación categórica en dos áreas: lo mínimo y lo máximo. En la primera la competencia es federal plasmada con la LGA y; en la segunda provincial.

Puntualmente y en relación al caso que nos compete, la ley 25.688 en el art. 3 considera a la cuenca hídrica como una unidad de gestión ambiental y crea para el caso de las cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas con el objeto de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hidrográficos y participar para el caso de aguas interprovinciales.

Por ende, el Máximo Tribunal debió dirimir en los términos del art. 127 de la CNA, como árbitro para componer la relación entre dos estados confederados, es decir que no juzga y aplica el derecho en los términos tradicionales, sino que actúa como árbitro para resolver las diferencias. (Pastorino, 2014).

4.3 Paradigma ambiental

Las problemáticas ambientales que se fueron suscitando con el correr del siglo XX, requirieron una explicación diferente al modelo establecido por de la comunidad científica de ese momento, lo que produjo un quiebre en la matriz disciplinar (Kuhn, 2010).

Esta revolución reestructura el sistema y obliga a pensar diferente. Repercute en conceptos e interpretaciones derivadas de la CNA, pasando de un paradigma antropocéntrico a otro ecocéntrico, como refiriera la CSJ el pasado 16 de julio de 2020, impactando en un cambio lecturas de los ordenamientos (Lorenzetti, 2008) y por ende un redireccionamiento en la forma de examinar y aplicar el derecho de manera epistemológica convocando a todas las ciencias.

5. Postura de la autora

En los últimos años, el uso racional del agua potable implica un problema ambiental, dada la necesidad presente para la vida de las personas y el desarrollo de las generaciones venideras. Si bien la controversia respecto al uso del río Atuel, la que fuera calificada por la CSJ como interprovincial en la sentencia de 1987 (Fallos: 310:2478), con el paso de los años el conflicto involucra ahora cuestiones de derechos de incidencia colectiva reconocidos con la reforma de 1994 en la CNA.

La calificación ahora del ambiente, como un bien colectivo y con jerarquía Constitucional, cambia sustancialmente el enfoque del problema, provocando que la sentencia de la Corte dictada en 1987 colisione con los nuevos derechos y principios de tercera generación. Sin embargo, la CSJ en el año 2017 (fallo 340:1695), pese a avanzar en la argumentación jurídica acorde al nuevo paradigma, dejó entrever la laxitud en la forma de implementación eficaz del resolutivo, es decir de acuerdo a las posibilidades fácticas de las provincias (Alexy, 2007), llevando como consecuencia la permanencia del conflicto entre las partes. El nuevo pronunciamiento del 2020 (en autos 243/2014), la CSJN sabiamente pone en el centro de la discusión, la eficacia en la instrumentación del principio constitucional a un medio ambiente sano facilitado por una nueva organización

federal del estado y respetando los usos del agua reconocidos para las actividades agrícolas y domésticas actuales. Así, a través la fijación de un caudal mínimo, de la consideración del lugar fundamental del organismo de cuenca y la acción en conjunto con el estado nacional para alcanzar el mínimo fijado en un plazo de cinco años, dirime un conflicto de años y dando luz a lo que Alexy (2007) interpreta como una colisión de principios en el que uno de ellos no desplaza al otro para considerarlo inválido sino, que uno precede al otro por su jerarquía.

Como cierre haciendo alusión a las palabras de Esaín (2018), considero que en el marco normativo no podemos dejar de mencionar el principio 2 de la “Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano”, celebrada en Estocolmo en el año 1972, donde se establece que los “recursos naturales” de la tierra incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación, u ordenación de acuerdo a lo que más convenga.

6. Conclusión

El presente trabajo aborda los principales argumentos vertidos en el reciente fallo “La Pampa c/ Mendoza”. En su análisis no quedan dudas respecto a la posición superadora que supo aplicar el máximo Tribunal sobre sí, en la controversia de larga data que viene suscitándose entre las provincias de La Pampa y Mendoza. La CSJN supo efectivizar los principios constitucionales plasmados con la reforma de nuestra Carta Magna en 1994, que dan fe de un nuevo paradigma de interpretación jurídica en materia medioambiental, al considerar la protección del medio ambiente como un bien colectivo con miras a las generaciones venideras.

Debe considerarse que la baja en el caudal del río Atuel es algo que viene determinado por las consecuencias del calentamiento global que repercute en la insuficiencia del régimen nival para las demandas actuales; ese algo con lo que tendremos que aprender a convivir en una nueva normalidad.

Fijar un caudal hídrico mínimo para la recomposición del ambiente en el noroeste pampeano y el señalamiento de las competencias reconocidas a un organismo de cuenca que permita el involucramiento del Estado Nacional en la solución, ha permitido poner punto final y superar los problemas jurídicos entre ambas jurisdicciones, por el momento.

Ello de acuerdo a la revisión constante de los mandatos de optimización que requieren la mirada de principios constitucionales referidos al medio ambiente,

De allí la importancia de este fallo, radica en avanzar de acuerdo a mandatos de optimización en la protección del medio ambiente sano, no sólo en sus posibilidades jurídicas sino también de acuerdo a su variabilidad fáctica.

Listado de referencia bibliográficas.

Doctrina

Alexy, R. (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales.

Bidart Campos G. (2007) *Tratado elemental de derecho constitucional, nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000*. Buenos aires: Ediar.

Cafferatta, N. (2015) Principios y valores en el Código Civil y Comercial (A la luz del derecho ambiental). *Revista Derecho ambiental*, (43 3-22).

Esain, J. A. (2018) Fallo por el río Atuel. Federalismo Ambiental y derecho ambiental de aguas. *Revista La Ley*, (2018-B).

Kuhn, T. (2010) *Estructura de las revoluciones científicas*. México; Fondo de cultura económica.

Langer, N. (2019) Derecho de Acceso al agua: Una mirada desde los Derechos Humanos, Ambiental y como Servicio Público. *Revista Pensamiento Civil*. Disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar>. Visitada el día 20/10/2020.

Lorenzetti, R. (2008) *Teoría del derecho ambiental*. México: Ed. Porrúa.

Pastorino, L. (2014) *Derecho del agua en Argentina*. Disponible en: <http://leonardopastorino.com.ar/sitio/wp-content/uploads/2014/09/Derecho-delAgua-en-Argentina-para-Mexico-corregido.pdf>. Visitado el 28/10/2020.

Quiroga Lavié H. y otros (2009) *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

Quiroga Lavié H. (1996) El estado ecológico de derecho en la Constitución nacional.
Revista La ley (1996-B-95022)

Rodriguez Salas, A. (2016) *El derecho ambiental y la Ley General del Ambiente de Mendoza. Ley N° 5961*. Mendoza: Universidad de Congreso.

Sabsay D. (2009) Consideraciones en torno al federalismo argentino. *Revista jurídica*.

Disponible en:

http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/705/Consideraciones_en_torno_Sabsay.pdf?sequence=1. Visitado el 26/10/2020

Legislación

Congreso de la Nación Argentina (B.O. 28 de noviembre de 2002). Ley General del Ambiente [Ley 25.675 de 2002].

Congreso de la Nación Argentina (B.O. 23 de noviembre de 2003). Régimen de Gestión Ambiental de Aguas [Ley 25.688 de 2003].

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (B.O. 15 de diciembre de 1994). 10 Ed. Eudeba.

Protocolo de San Salvador (1988). Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Visitado el 27/10/2020.

Declaración de Río de Janeiro (1992) <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> Visitado el 27/10/2020.

Resolución 10/1994 Grupo Mercado Común MERCOSUR Disponible en <http://www.loa.org.ar/legNormaDetalle.aspx?id=3758> Visitado el 27/10/2020.

Observación N° 15 (2002) Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Disponible en <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional#:~:text=ambiente%20y%20DESC->

[.Observaci%C3%B3n%20general%20N%C2%BA%2015%3A%20El%20derecho%20al%20agua%20\(art%C3%ADculos%2011,Derechos%20Econ%C3%B3micos%20Sociales%20y%20Culturales\)&text=1.&text=El%20derecho%20humano%20al%20agua,realizaci%C3%B3n%20de%20otros%20derechos%20humanos.](#)

Visitado el 29/10/2020.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (24/08/2010). Fallo “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf. Visitado el 30/10/2020.

CSJN, (03/12/1987) “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”. Fallos: 310:2478.

CSJN, (01/12/ 2017) “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas. Fallos: 340:1695.

CSJN, (22/05/2018) “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas. Fallos: 341:560.

CSJN, (03/12/2019) “Buenos Aires, provincia de c/ Santa Fe, provincia de s/ sumarísimo – derivación de aguas”. Fallos: 342:2136.

CSJN, (16/07/ 2020) “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza s/ uso de aguas”. Autos: 243/ 2014.

7. Anexo Fallo Completo

CSJ 243/2014 (50-L)/CS1
ORIGINARIO
La Pampa, Provincia de c/
Mendoza, Provincia de
s/ uso de aguas.

Buenos Aires, 17 de julio de 2020.

Autos y Vistos; Considerando:

1º) Que en la sentencia de fs. 878/909 dictada el 1º de diciembre de 2017 (Fallos: 340:1695), esta Corte les ordenó a las partes que fijaran 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, y que elaboraran por intermedio de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.), en forma conjunta con el Estado Nacional, 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. Este programa debía ser sometido a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de ciento veinte (120) días.

En dicho pronunciamiento, además, las tres jurisdicciones fueron exhortadas a aportar 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 creada.

2º) Que vencido el plazo de treinta (30) días fijado por el Tribunal en el punto II de la sentencia citada, las provincias involucradas no llegaron a una solución consensuada en cuanto a la fijación de un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado.

En el informe de la entonces Subsecretaría de Recursos Hídricos (SSRH) – hoy Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica- de fs. 939/944 acompañado por el Estado Nacional, se sintetizaron las actividades desarrolladas en las reuniones llevadas a cabo en el marco de la C.I.A.I. desde la fecha del dictado de la sentencia referida hasta el 8 de febrero de 2018, y se agregaron las respectivas actas.

Allí se indicó que a los efectos de cumplir con la manda del punto II, la Provincia de La Pampa propuso un método holístico que incluye la construcción de escenarios que considera aspectos geológicos, hidrológicos, florísticos, faunísticos y sociales. El caudal mínimo propuesto es de 4,5 m³/s. Los representantes pampeanos señalaron que no avalarían determinaciones que no incluyeran la descripción de procesos físicos en áreas de bañados y servicios ecosistémicos.

Los representantes de Mendoza, por su parte, sostuvieron que, según la UNESCO, los métodos hidrológicos son los más utilizados mundialmente para la determinación del caudal ecológico. Agregaron que el plazo fijado por el Tribunal –ya vencido- no permitía aplicar el método holístico para el cálculo del caudal hídrico apto y no convalidaron la propuesta enunciada por La Pampa. El caudal mínimo propuesto por la demandada es de 1,3 m³/s.

La SSRH expuso que, con el objeto de facilitar un acuerdo para la fijación del caudal hídrico apto, la Dirección Nacional de Conservación y Protección de los Recursos Hídricos (DNCyPRH) –dependiente de la SSRH- propuso que el Instituto Nacional del Agua (INA) realice el cálculo del caudal a través de diversas metodologías hidrológicas, con el propósito de definir distintas alternativas de solución a las ya propuestas, pero la Provincia de La Pampa rechazó la aplicación de este tipo de metodologías, las que –según se afirma- serían de más rápida implementación.

Con el mismo objetivo de acercar a las partes, la DNCyPRH propuso fijar un caudal mínimo de cumplimiento inmediato y equitativo en relación a la demanda de ambas jurisdicciones, hasta tanto se fije el caudal hídrico apto solicitado por esta Corte. En cuanto a esta última propuesta la actora expresó que no firmaría ningún convenio que considerara un caudal mínimo, ya que la sentencia del Tribunal establece que las partes deben fijar el caudal hídrico apto para recomponer el ecosistema, pero que si la Provincia de Mendoza estuviera dispuesta a brindar un caudal similar al que escurría en el límite interprovincial (Estación Puente Vinchuquero) durante el monitoreo conjunto realizado el 18 de diciembre de 2017 (3,15 m³/s) sería bienvenido (Acta de Reunión del Comité Ejecutivo de la C.I.A.I. del 31/1/2018, fs. 1045/1052; ver fs. 1048, tercer párrafo).

Por otro lado la Provincia de La Pampa entiende que el caudal hídrico apto que se fije debe hacerse efectivo en forma inmediata, independientemente de la realización

de obra alguna. Por su parte, Mendoza considera que debe llevarse a cabo progresivamente, de acuerdo a las obras que permitan instrumentarlo.

Las posiciones de ambos Estados provinciales una vez concluida esta primera etapa del proceso de concertación ordenado se desprenden de sus presentaciones de fs. 1149/1150 y 1214/1243 y del Acta de Reunión del Consejo de Gobierno de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (C.I.A.I.) del 19 de febrero de 2018 (fs. 1247/1249), en la que participaron ambos gobernadores.

3º) Que a fs. 1258 las partes fueron convocadas a la audiencia celebrada el 9 de mayo de 2018 en los términos del art. 36, inc. 2º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de la que da cuenta el acta de fs. 1274, oportunidad en la que informaron al Tribunal acerca del estado en el que se encontraban las tratativas emprendidas en el marco de la C.I.A.I.

En la misma fecha de la celebración del acto indicado, la Provincia de Mendoza formuló por escrito una propuesta de solución a la problemática planteada y presentó el documento técnico titulado “Programa de recomposición de ecosistemas y atención de la desertificación del Atuel” (fs. 1275/1446), el que -según afirma- habría sido elaborado sobre la base de los avances alcanzados en el ámbito de la C.I.A.I. en cumplimiento del proceso de concertación ordenado en los puntos II y III de la citada sentencia de fs. 878/909.

4º) Que a fs. 1449 esta Corte fijó un nuevo plazo de noventa (90) días para que las interesadas procuraran arribar a una solución dirimente del conflicto, debiendo indicar ambas provincias y la Nación las obras a realizar y la proporción de los costos totales que cada una de las jurisdicciones afrontaría. A tal fin, debía tomarse en consideración la propuesta de la Provincia de Mendoza formulada en la audiencia de conciliación. Asimismo se estableció que en el caso de que no arribaren a un acuerdo, deberían informar las razones que lo explicarían.

Transcurrido este último plazo procesal, las partes no lograron alcanzar un acuerdo, pese a las intensas actividades desarrolladas en el marco del Consejo de Gobierno y del Comité Ejecutivo de la C.I.A.I., como en el Grupo de Trabajo conformado en la órbita de dicha Comisión, que tiene a su cargo proponer, en la medida de lo posible, un

acuerdo sobre el procedimiento de determinación del caudal y su desarrollo, en coordinación con la elaboración del programa de obras correspondientes.

5°) Que aun cuando cabe destacar que las actas acompañadas dan cuenta del esfuerzo realizado por las tres jurisdicciones involucradas -a tal punto que el señor Secretario de Infraestructura y Política Hídrica de la Nación calificó al trabajo realizado como “inéquito” en su informe de fs. 1648/ 1652-, al no haberse alcanzado ninguna solución acordada por las tres jurisdicciones, le corresponde a esta Corte definir el curso de acción a seguir tal como se indicó en el referido pronunciamiento de fs. 1449 (Fallos: 341:560).

En efecto, si bien el Tribunal optó por reconocer la mayor deferencia al margen de acción de los estados provinciales involucrados durante el primer estadio de decisión -a fin de aportar elementos que permitieran arribar a una solución dirimente del conflicto- adoptando una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión, de tal manera de favorecer y garantizar, pero no interferir, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto, lo cierto es que al persistir las posiciones controvertidas no queda otro remedio a esta Corte, en ejercicio de su jurisdicción dirimente prevista en el art. 127 de la Constitución Nacional, que determinar el camino a seguir.

6°) Que cabe recordar que en la ya citada sentencia de fs. 878/909 (Fallos: 340:1695) el Tribunal destacó que su competencia dirimente 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 por 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 111, 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 a las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y substituto”* (Fallos: 310:2478, voto del juez Fayt, considerando 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.

7°) Que, asimismo, cabe reiterar que 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, si bien en el *sub examine* se configura un conflicto específico entre las dos provincias involucradas -que ha sido calificado como interprovincial-, con el paso de los años, el escenario subyacente involucra ahora cuestiones de mayor alcance, comprende una amplia región y se vincula con derechos de incidencia colectiva de múltiples afectados, tutelados en la reforma de la Constitución Nacional producida en el año 1994.

En efecto, la regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años. La visión basada en un modelo antropocéntrico, puramente dominial que solo repara en la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en la

utilidad pública que restringe a la actividad del Estado, ha mutado hacia un modelo eco-céntrico o sistémico. El paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente. Para la Constitución Nacional el ambiente no es 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 del art. 41 de la Norma Fundamental argentina, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado. 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 (Fallos: 340:1695).

En ese entendimiento, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316 y 340:1695). Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible (cfr. causa “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 342:2136 y sus citas).

8°) Que tal como lo señaló el Tribunal en la sentencia de fs. 878/909 (Fallos: 340:1695), en este caso 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 –indicó el Tribunal en el recordado precedente-, 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, la 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.

9°) Que recordada la naturaleza de la intervención de esta Corte y sus implicancias, corresponde determinar el camino a seguir.

En tal sentido es preciso señalar que, una vez concluida la etapa de concertación ordenada por el Tribunal, la Provincia de La Pampa insiste en su pretensión de que se fije un caudal mínimo base de 4,5 m³/s y un caudal máximo (que se corresponde con la fusión de la nieve a fines de primavera e inicios de verano), que resulta de un caudal medio anual (módulo) variable entre 7 m³/s y 9,5 m³/s, y la calidad del agua, en una salinidad expresada a partir de la conductividad eléctrica no superior a 2450 uS/cm, con una concentración del ion sulfato (SO₄=) menor a 1000 mg/l.

Señala que para la determinación del caudal ambiental adoptó una metodología “holística” o “integradora” con fundamento en los estudios de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad Nacional de La Pampa (FCEyN de la ULP 005/2012).

También formuló una propuesta alternativa como contribución a la solución integral de la problemática hídrica de la cuenca y a fin de dar inicio al cese del daño ocasionado en territorio pampeano como punto de partida para la obtención del caudal hídrico apto. En esos términos propuso implementar de modo inmediato un caudal mínimo permanente de 3,4 m³/s con una calidad química (conductividad eléctrica) de 2450 uS/cm, y a los 12 meses, un caudal hídrico apto mínimo de 4,5 m³/s a partir del recupero de caudales con obras acordadas entre las partes y la misma calidad química de 2450 uS/cm. Finalmente propuso que, en un plazo no mayor a 24 meses, se exprese dicho caudal en términos porcentuales con los registros en la estación La Angostura, a los efectos de garantizar el régimen hidrológico y compartir solidariamente entre las partes caudales de crecida y de estiaje, con una calidad química del agua de 2450 uS/cm.

Destacó que el valor de caudal de 3,4 m³/s no resulta antojadizo, sino que surge de la implementación correcta de la metodología Suiza en la cuenca del río Atuel, como parte de los métodos hidrológicos, que –según afirma- pueden resultar adecuados para la determinación de caudales mínimos, mas no para la fijación de caudales

ambientales (pags. 110 y sgtes. del documento titulado “Recomposición del Ecosistema en el Noroeste de la Provincia de la Pampa – Informe a la finalización del plazo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Actividades, avances y propuestas elaboradas en la C.I.A.I.”).

10) Que, por su parte, la Provincia de Mendoza propone un plan de obras que describe en un documento bajo el título de “Programa definitivo de obras para la solución integral de la problemática del río Atuel”, que garantizaría un caudal mínimo o caudal ecológico de 1,3 m³/s para el primer año y una conductividad eléctrica que no supere los 6000 uS/cm; para llegar en una segunda etapa, mediante un plan de obras a ejecutarse en forma paralela y progresiva en 5 años, a duplicar la disponibilidad del caudal mínimo comprometido, llevándolo a 2,6 m³/s.

Es de destacar que la Provincia de Mendoza adoptó para la determinación de este caudal mínimo la metodología hidrológica suiza cuestionada por la Provincia de La Pampa respecto del cálculo final.

11) Que en el trabajo del Instituto Nacional del Agua acompañado como Anexo 3 de la presentación de la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica de la Nación de fs. 1582/1652, se explica que para el cálculo del caudal de mantenimiento existe una cantidad significativa de metodologías, lo que es la prueba más inequívoca de que ninguna de ellas es capaz de aportar resultados garantizados de forma absoluta y universal. En un plano práctico –continúa-, puede considerarse que, en la actualidad, básicamente existen cinco enfoques, a partir de los cuales se perfilan todas las metodologías existentes de cálculo de caudales de mantenimiento. Estos enfoques responden al tipo de datos de partida utilizados.

A contar desde allí, efectúa la siguiente clasificación de las metodologías existentes: métodos con enfoques hidrológicos, métodos basados en criterios hidráulicos, métodos con enfoques ecológicos, métodos de simulación del hábitat o eco-hidráulicos y métodos holísticos.

En cuanto a los resultados obtenidos por la aplicación de las distintas metodologías basadas en un enfoque hidrológico, expone que: a) los métodos Tennant (Montana), Matthey y el de la Legislación Suiza fijan valores de caudales mínimos, en un rango de 3 a 4 m³/s, considerando valores medios en alguno de los métodos propuestos; b)

los métodos basados en un porcentaje fijo (10%, 25% y 30%) del caudal medio anual, arrojan una cantidad media mínima de agua de 3,43 m³/s; c) en el método Asturiano, de acuerdo al nivel de protección fijado, el caudal mínimo varía en un rango de valores de 4 a 19 m³/s, y d) el método que incluye el análisis de los caudales mínimos medios anuales en 7 días, arroja para un rango de recurrencias entre 1 y 10 años, valores entre 6,91 y 24 m³/s.

Concluye que, como se puede apreciar, se observa una amplia variación de caudales mínimos en un rango de 3 y 24 m³/s. Un valor de referencia resultante del análisis de los registros de caudales en la Estación La Angostura, es un caudal de 6 m³/s, que constituye el mínimo absoluto medio diario por encima del cual se han registrado caudales a lo largo de 86 años de mediciones (1931-2017). En este sentido, del análisis de los caudales mínimos anuales en 7 días se obtiene que el valor más frecuente de 6,91 m³/s corresponde a una recurrencia anual. Por otra parte, el método que fija un porcentaje de 10% del caudal medio anual establece un caudal medio mínimo de 3,43 m³/s.

En definitiva, la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica de la Nación, tomando como base el trabajo realizado por el Instituto Nacional del Agua (INA) desde una perspectiva hidrológica, mediante una tarea estadística y como promedio de los resultados obtenidos con los diferentes métodos, estima un “valor mínimo de referencia” de 3,2 m³/s, que –sostiene- se podría alcanzar una vez que se realizaran una serie de obras e inversiones, que detalla, con un plazo de desarrollo. Destaca que esta propuesta es intermedia entre las que han hecho las provincias (La Pampa: 4,5 m³/s y Mendoza: 1,3 m³/s).

Pero además, propone fijar como “valor inicial” de caudal en el límite entre ambas provincias el de 2,2 m³/s, que –según aduce- se podría alcanzar a la mayor brevedad posible y mantenerlo como mínimo.

12) Que según explica el Instituto Nacional del Agua (INA) la selección de métodos hidrológicos para fijar el caudal mínimo, constituye una de las principales metodologías implementadas en el mundo para este tipo de análisis. En este sentido, en ocasiones, se interpreta que al estar solamente basadas en información hidrológica son métodos más simples, lo cual es una percepción errada, ya que la cantidad de información, años de registro y análisis estadístico es tan complejo como el necesario para cualquier otra metodología de un nivel de análisis integral. Por otra parte, esta metodología basada en los registros históricos, se fundamenta en la relación estricta que existe entre el régimen

hidrológico y el ecosistema existente, puesto que las especies dentro del río se han adaptado y acostumbrado a las variaciones de caudal (fs. 1627).

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que esta Corte ha establecido 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 (Fallos: 337:1361).

13) Que frente a los antecedentes reseñados y a las posturas asumidas por las partes, en ejercicio de su jurisdicción dirimente prevista en el art. 127 de la Constitución Nacional, el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual.

Se recurrirá para ello al principio de progresividad, el cual establece que: “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos” (art. 4º, Ley General del Ambiente, 25.675).

Dicho principio es especialmente aplicable al caso en la medida en que, al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, no es posible conocer anticipadamente el tiempo necesario para alcanzarla, ya que dependerá de la capacidad de auto-regeneración del ecosistema.

De la misma manera, tampoco es posible asegurar a priori que el caudal hídrico apto propuesto por la actora sea el adecuado para recomponer la biota y el suelo en el área afectada en territorio pampeano.

14) Que, en tales condiciones, esta Corte fijará como caudal mínimo permanente el recomendado por el Instituto Nacional del Agua (INA), es decir, el de 3,2 m³/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza; ello, como instrumento de posible cese del daño ambiental ocasionado por la falta de escurrimiento del río Atuel en territorio pampeano.

Dicho caudal constituye un promedio de los resultados obtenidos por la aplicación de los distintos métodos hidrológicos de uso internacional que arrojaron valores inferiores al valor mínimo absoluto histórico de la serie (Tennant, Asturiano, de Porcentaje

de caudal medio anual, Matthey y el recomendado por la Legislación Suiza), en la inteligencia de que dicho caudal se encontraría garantizado el 100% del tiempo, según la curva cronológica de caudales de la serie analizada en la estación La Angostura por el referido organismo nacional (fs. 1627).

Por otro lado, ese caudal se aproxima al resultado obtenido por la Provincia de La Pampa al aplicar el método hidrológico suizo (3,4 m³/s) y que fue propuesto por la propia actora como alternativa de solución en el marco de las negociaciones llevadas adelante en la órbita de la C.I.A.I.

15) Que corresponde señalar que el caudal de 3,2 m³/s constituye un valor medio diario de referencia, el cual deberá ser debidamente monitoreado a fin de evaluar si cumple con los requerimientos mínimos del hábitat en la zona afectada de la Provincia de La Pampa, tanto en lo relativo al mantenimiento de la biota y salinidad, como a los niveles freáticos.

En este sentido, las partes deberán diagramar un programa de monitoreo permanente que permita el control de la provisión del caudal mínimo fijado en el tiempo y de la evolución de los parámetros principales mencionados, entendiéndose que el monitoreo permanente permitirá evaluar las condiciones locales del régimen del río Atuel y evaluar potenciales variaciones según las características propias de la cuenca.

16) Que el caudal mínimo permanente que se fija en este pronunciamiento debe entenderse como una meta interina en el camino destinado a la determinación definitiva del caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, que constituye la meta final perseguida. Ello así, ya que la solución adoptada se funda –como quedó expuesto– en el principio de progresividad del art. 4° de la ley 25.675.

En ese marco, se ordenará la reapertura del proceso de concertación en el ámbito de la C.I.A.I. a los efectos de que las provincias de La Pampa y Mendoza, junto con el Estado Nacional, determinen cuáles son las acciones u obras de infraestructura necesarias para alcanzar el caudal mínimo permanente que se fija, debiendo indicar el tiempo que demandarán y el porcentaje de los costos que cada una de las jurisdicciones afrontará. A tal fin, deberá considerarse la propuesta efectuada por el Estado Nacional a fs.

1633/1635 (apartado 4.2 del Anexo 4 obrante a fs. 1630/1636), aceptada por la Provincia de Mendoza en su presentación del 14 de noviembre de 2019.

17) Que, por lo demás, es preciso recordar que la Corte se ha pronunciado sobre la trascendencia del concepto de cuenca hídrica, entendiéndola como la unidad que comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua (Fallos: 342:1203).

En consecuencia, una comprensión amplia de la compleja situación general de la cuenca del río Atuel en virtud del problema de oferta hídrica que atraviesa, demanda conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (como el que demarca la extensión de la cuenca hídrica) 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” (Fallos: 340:1695).

18) Que la territorialidad ambiental y la territorialidad federal encuentran su representación y conjugación en la “Comisión Interprovincial del Atuel Inferior” (C.I.A.I.), organismo propio del federalismo de concertación.

Si bien esta Corte no debe soslayar el intenso trabajo realizado en el seno de la C.I.A.I., del que dan cuenta las actas de reuniones acompañadas, las que demuestran que en el marco del proceso de concertación ordenado se produjo un acercamiento entre las jurisdicciones en conflicto, en base al diálogo y al trabajo conjunto, tampoco debe dejar de instar a las partes al fortalecimiento institucional del organismo de cuenca, integrando al Estado Nacional que ha tenido una activa participación.

La constitución de organismos de cuenca interjurisdiccionales tiene una vasta tradición en nuestro país debido a que la mayoría de sus ríos atraviesan límites interprovinciales o internacionales o forman parte de los límites de las jurisdicciones. La experiencia ha demostrado que estos organismos constituyen un ámbito adecuado para la construcción de la confianza que es necesaria para poder generar soluciones a los

problemas compartidos, que sean aceptables para todas las partes y, en su caso, para prevenir y/o solucionar posibles conflictos que se susciten (causa “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de”, Fallos: 342:2136 y sus citas).

A esos efectos se les requiere a las jurisdicciones provinciales que consideren la propuesta realizada al respecto por la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica de la Nación a fs. 1635 para la conformación de la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel (CIRA), en reemplazo de la actual Comisión (apartado 4.2 del Anexo 4 obrante a fs. 1630/1636).

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, en atención al estado de las presentes actuaciones se resuelve:

I) Habilitar días y horas inhábiles del día de la fecha exclusivamente a los fines del dictado de la presente sentencia.

II) Fijar como meta interina un caudal mínimo permanente del río Atuel de 3,2 m³/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza (art. 4°, ley 25.675).

III) Ordenar a las provincias involucradas que, junto con el Estado Nacional, determinen en la órbita de la C.I.A.I. las acciones u obras de infraestructura necesarias para alcanzar el caudal mínimo permanente fijado, debiendo indicar el tiempo que demandarán y el porcentaje de los costos que cada una de las jurisdicciones afrontará y, asimismo, que diagramen un programa de monitoreo permanente que permita el control en el tiempo, de la provisión del caudal mínimo fijado y de la evolución de la biota, la salinidad y los niveles freáticos. La presentación de los programas de acciones u obras y de monitoreo ordenados, deberán ser sometidos a la aprobación de este Tribunal dentro del plazo de noventa (90) días.

IV) En el intercambio entre las tres jurisdicciones deberá tomarse en cuenta la propuesta formulada por el Estado Nacional a fs. 1633/1635 (apartado 4.2 del Anexo 4 obrante a fs. 1630/1636), aceptada por la Provincia de Mendoza en su presentación del 14 de noviembre de 2019.

V) En el caso de no alcanzarse ninguna solución acordada por las tres jurisdicciones, esta Corte definirá el curso de acción a seguir.

VI) Instar a las provincias de La Pampa y Mendoza al fortalecimiento institucional del organismo de cuenca, integrando al Estado Nacional, a cuyo fin, deberá considerarse la propuesta realizada al respecto por la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica de la Nación a fs. 1635 para la conformación de la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel (CIRA), en reemplazo de la actual Comisión. Notifíquese.

Carlos Fernando Rosenkrantz (según su voto)– Elena I. Highton de Nolasco - Juan Carlos Maqueda - Ricardo Luis Lorenzetti - Horacio Rosatti.

Voto del Señor Presidente Doctor Don Carlos Fernando Rosenkrantz

Considerando:

Al emitir mi voto en la resolución dictada por esta Corte el 1° de diciembre de 2017, consideré que el período de negociación que se estaba abriendo entre la Provincia de La Pampa, la Provincia de Mendoza y el Estado Nacional debía tener la menor cantidad posible de restricciones tanto respecto del contenido del eventual acuerdo como del procedimiento para alcanzarlo.

Esta decisión, según dije al expresar mis razones, era de carácter ordenatorio del proceso y tenía como finalidad principal “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” (cfr. considerando 12, último párrafo del voto suscripto por el juez Rosenkrantz).

Consideré que una negociación entre las partes con un mínimo de restricciones era la mejor manera de que esta Corte ejerciese sus “facultades conciliatorias propias de la jurisdicción dirimente (artículo 127 de la Constitución)...sin perjuicio de que en una etapa ulterior de estas actuaciones pueda resultar procedente ejercer la jurisdicción propiamente judicial...” (cfr. considerando 6°, último párrafo del voto suscripto por el juez Rosenkrantz).

Después de transcurrir el período establecido en la resolución del 1° de diciembre de 2017 sin que las partes alcanzaran un acuerdo, el Tribunal dictó una nueva resolución el 22 de mayo de 2018 (Fallos: 341:560) en la que estableció mayores precisiones sobre el contenido del acuerdo y fijó un nuevo plazo para que las partes traten de alcanzarlo. Se dispuso que las partes deberían indicar cuáles serían las obras a realizar y cuál la distribución de los costos totales de dichas obras entre ambas provincias y el Estado Nacional. En defecto de esta solución, se advirtió que la Corte definiría el curso de acción a seguir.

Ante la circunstancia de que, a la fecha, no se ha llegado a un acuerdo, coincido con la mayoría en que corresponde hacer efectiva la advertencia que se hiciera en la resolución del 22 de mayo de 2018, dar el primer paso propiamente jurisdiccional e imponer un curso determinado a la actividad negociadora de las partes. Ello con el fin de dar solución al daño ambiental derivado de la escasez de agua en la zona que tiene como principal, aunque no como único factor, la disminución del caudal del río Atuel.

Sin embargo, haré algunas aclaraciones acerca del entendimiento con el que me sumo a cada uno de los puntos resolutivos que hoy se adoptan por el Tribunal.

En primer lugar, corresponde destacar que uno de los contenidos del plan de remediación a presentar por las partes fue impuesto por esta Corte en la resolución tomada por mayoría el 1° de diciembre de 2017. Consiste en el establecimiento de un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado. El nivel de ese caudal mínimo fue deferido a un eventual acuerdo entre las partes.

Una vez transcurrido un tiempo más que considerable sin que esa voluntad común se haya concretado (cfr. fs. 939 y ss., en especial, fs. 944 “Conclusiones”), es razonable que el Tribunal establezca cuál ha de ser la magnitud del caudal mínimo que funcionará como un objetivo que podrá alcanzarse gradualmente o en etapas, mediante la realización de las obras que resulten necesarias según lo acuerden las partes o en el futuro lo decida el Tribunal. En este punto, coincido en que corresponde seguir la propuesta de los organismos técnicos del Estado Nacional, aceptada subsidiariamente por la Provincia de Mendoza (fs. 2035/2045), y estimar un caudal de 3.2 m³/seg. Según se desprende de lo informado a fs. 1632/1633 por la Secretaría de Infraestructura y Política Hídrica, se trata de un valor obtenido por el Instituto Nacional del Agua mediante una evaluación

independiente de la que hicieron las provincias en litigio y resulta de promediar los resultados de los distintos estudios que llevó a cabo el referido instituto.

Luego, es importante tener presente que el ritmo de avance del caudal real hasta llegar a los 3.2 m³/seg. que se establecen como caudal mínimo es una cuestión que se mantiene abierta y dependerá del acuerdo a que lleguen las partes sobre la definición de obras, la distribución de los costos, los plazos y etapas de realización y el correspondiente programa de monitoreo. El plazo dentro del cual debe arribarse a un acuerdo, como se establece en el resuelve, será de 90 días, con la participación del Estado Nacional. Cumplido ese término sin formarse una voluntad común, una vez más, será esta Corte la que defina el curso de acción a seguir.

Por último, la propuesta de reestructuración del actual Comité Interprovincial del Atuel Inferior también prevista en la decisión del Tribunal busca incorporar al Estado Nacional y dotarlo de la organización eficaz para la gobernanza del programa de obras y para el seguimiento del proceso de recomposición ambiental. El propósito con el que me sumo a la decisión que hoy toma el tribunal en este punto es invitar a las provincias de La Pampa y Mendoza a que tomen seriamente en consideración la propuesta de reforma del Estado Nacional, sin que ello pueda ser entendido como un avasallamiento de sus respectivas autonomías provinciales.

Por las consideraciones expuestas y con el alcance que resulta de ellas, sumo mi voto a la parte dispositiva del auto interlocutorio que dicta el Tribunal en el día de la fecha.

Carlos Fernando Rosenkrantz.

Parte actora: **Provincia de La Pampa**, representada por su **Gobernador, Carlos Alberto Verna**, por el señor **Fiscal de Estado, Dr. José Alejandro Vanini**, por el **Procurador de Rentas provincial, Dr. Hernán Pérez Araujo**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Gregorio Badeni, Dora Rocío Laplacette y Gerardo Amadeo Conte Grand**.

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

Terceros: **Estado Nacional**, representado por **los apoderados del Ministerio de Energía y Minería, Dres. Melina Claudia Ferrero, Jimena Diez y Esteban Spinelli**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Analía Eva Vaqueiro y Javier Suárez Benitó**.