



**ALCANCE DE LA FACULTAD DIRIMENTE DEL ESTADO
RESPECTO DEL MEDIOAMBIENTE. ANALISIS de caso: Nación
“Provincia de la Pampa c/ provincia de Mendoza sobre Rio Atuel”**

NOTA A FALLO

AUTORA: AQUAROLI CINTHIA. TFG

DNI 27796847

LEGAJO: VABG74871,

PROFESOR DIRECTOR: CESAR BAENA,

CORDOBA 2020

Sumario: I. Introducción. II. Hechos de la causa. Historia procesal y decisión del Tribunal III. Identificación y reconstrucción de la *ratio decidendi*. IV. Análisis y comentarios del autor. V. Conclusión. VI. Referencias. VII. Anexo.

I-Introducción:

“Un río es algo más que una conveniencia: es un tesoro...” (Oliver Wendell Holmes, SC USA, autos New Jersey v New York, 1931)

Los recursos naturales son muy importantes para el desarrollo de cada zona, porque nos da la posibilidad de crecer económicamente mediante su explotación. La utilización equilibrada y sostenible nos asegura la “no” extinción de éstos y un futuro próspero para nuestros sucesores. Obviamente, y como nos dice el dicho, “nuestros derechos terminan donde comienzan los del otro”, no podemos dejar de considerar qué sucede, si una situación genera un bien para algunos y la destrucción de un ambiente para otros.

El fallo al que haremos alusión demarca un conflicto entre dos provincias sobre la utilización de un recurso natural, el Rio Atuel, que ya en el año 1947, con la construcción de una represa (Los Nihuiles), la provincia demandada cierra el paso de agua hacia su vecina, iniciando un conflicto, que termina de resolverse 70 años más tarde.

Nuestro ordenamiento jurídico nos define como un País Federal, lo que significa que, si bien debemos respetar la norma suprema, cada provincia debe organizar su propia regulación (artículo 5 y 123 CN) y cada una tiene facultades sobre sus recursos naturales (artículo 124).

Esto también significa, que la justicia Federal no debía intervenir en conflictos entre dos provincias ya que estas son autónomas, solo debe Arbitrar la problemática hacia una resolución pacífica, en caso de que estas no lleguen a un acuerdo.

Ahora, ¿Qué sucede en casos como este, donde hay una afectación directa por la utilización de un recurso natural que traspasa las fronteras provinciales? ¿Qué herramientas tendría el Estado, como máxima autoridad, de dirimir una contienda de esta magnitud, teniendo en cuenta la vulneración de los derechos de incidencia colectiva que esta situación provoca?

Ya que la problemática comentada es el primer caso en el que la CSJN interviene, de acuerdo a su competencia originaria, en un conflicto interprovincial, considero que el fallo amerita el abordaje y la relevancia jurídica del presente análisis.

Ante la falta de conciliación y el extenso período que transcurrió del conflicto, la Corte Suprema debió enfrentar algunos **problemas jurídicos** para dar fin a éste. Los **problemas de relevancia** nos plantean una cuestión previa a la interpretación, donde nos encontramos con la dificultad de si existe una norma aplicable para resolver dicho conflicto.

Las relaciones entre provincias son de igualdad y cooperación, razón por la cual, ninguna puede actuar en desmedro de la otra, y que, llegado el caso, debe haber un mecanismo de superación de conflictos interjurisdiccionales. Este mecanismo constitucional viene a significar una instancia superadora de la ineficacia de la coordinación mediante negociación directa entre las partes.

Nos referimos puntualmente del alcance del artículo 127, respecto a la función dirimente del Estado, 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”.

Dicho artículo menciona el carácter de “arbitrariedad”, no “jurisprudencial”, que debería ejercer el Estado en un conflicto interprovincial. La Corte debió utilizar el razonamiento jurídico para justificar, sobre la base de premisas normativas y fácticas, que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables al caso. Además, de tener en cuenta las “pautas” para regular su ejercicio.

En el año 2014, en la contestación de la demanda, Mendoza opone la excepción de falta legitimidad y competencia al gobierno nacional, echando mano a su “dominio originario” presente en el artículo 124 y 125 donde regula que “son las provincias quienes deben pactar la utilización de los recursos naturales compartidos”, y, aunque fue desestimada, había un largo trayecto que recorrer.

Este nuevo Juicio, que surge a partir de la reforma constitucional del año 1994, con el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, presenta una **contradicción normativa**, un conflicto de normas, agravada por estar dentro de un mismo ordenamiento, y que sugiere que “varias exigencias no pueden ser satisfechas simultáneamente”.

El **artículo 124** y los principios tutelados dentro del mismo ordenamiento, como los enumerados en el artículo 4 de la ley ambiental (ley 25675) todos ellos tutelados por el **artículo 41** y amparados por el **artículo 43 de la CN**, se debaten entre la autonomía de la demandada sobre sus recursos naturales, y la protección y disfrute de un ambiente sano y sustentable para los habitantes de la región demandante.

II- Hechos de la causa. Historia procesal y decisión del Tribunal

El conflicto suscitado por estas dos provincias, La Pampa y Mendoza, comenzó como un reclamo de propiedad de la primera (actora) vs la segunda, por un río interprovincial, al que, la demandada, haciendo uso de su derecho (citado en el artículo 124 de la CN), construyó una represa hidroeléctrica y por consecuencia se interrumpió la circulación normal del cauce hacia la provincia lindante.

Desde 1947, fecha aproximada en la que el cauce dejó de recorrer territorio pampeano por causa de la obra “Los Nihuales” (aprobada por la ley 12650), la controversia ha ido evolucionando en rispeidez como en la concepción del derecho desde el inicio hasta nuestros días. En ese momento, La Pampa no era considerada provincia, sino hasta 1951 (ley 14037), razón por la cual, no pudo defenderse ante el avance inescrupuloso de Mendoza, que contaba con aval Nacional.

El primer fallo trascendental de este caso fue dictado en 1987, donde la Corte determina: que “la cuenca hidrográfica del Atuel tiene carácter interprovincial, que la demandada debe realizar obras para optimizar su riego y así permitir el paso de agua a provincia de La Pampa, y que las partes deben crear un ente administrativo común CIAI” (Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, fallo: 310:2478). En dicho fallo, se solicita a las provincias que acuerden las obras a realizarse. Más allá de los esfuerzos, no lograron un convenir en beneficio de ambas.

La gran transformación en este caso se da cuando, en 1994, con la reforma constitucional, se incorporan los derechos de incidencia colectiva, tutelados por el artículo

41 de la CN, donde cambia la caratula que al momento lo consideraba conflicto “Dominial” a conflicto “Eco céntrico o Sistémico”.

En el año 2008, luego de varios años de intentar conciliar, se firmó el acuerdo Marco entre las dos Provincias y el Estado Nacional, en el cual se comprometían a realizar obras para la disminución de las pérdidas de agua de un sistema de riego deficiente; y con ello un aprovechamiento posterior en partes iguales.

El acuerdo mencionado en el párrafo anterior fue incumplido por la provincia de Mendoza, que termina por rechazarlo en abril de 2014.

En la Resolución del 13 de julio de ese mismo año, la corte dispone: a) que se declare el incumplimiento de la Provincia de Mendoza a la obligación de negociar y celebrar convenios para regular el uso del rio Atuel, b) que se considere maliciosa la demora en el cumplimiento de los acuerdos celebrados en 2008, y acepta tramitar el reclamo por daños que impulsa La Pampa.

Mendoza desestimó la demanda aduciendo, entre otras cosas: “el tema que hoy se plantea bajo un ropaje ambientalista, no es más que un replanteo de un litigio anterior, que, por haber sido resuelto en 1987, reviste autoridad de “cosa juzgada, y por ende, no es susceptible de revisión”, además de falta de legitimación a la Nación para entender en el conflicto (L 243/2014 “LA PAMPA, provincia c/ MENDOZA, provincia P/USO DE AGUAS”).

“Luego de declararse competente, y rechazar la excepción de falta de legitimación activa mediante la sentencia del 25 de abril de 2017, la discusión continuó con la audiencia pública convocada en esa oportunidad y celebrada el 14 de junio de 2017”. (Verbic, F. 2020).

En la sentencia de diciembre 2017 la Corte Suprema, con los votos mayoritarios del de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Rosatti, señalo que un litigio entre dos provincias concerniente a derechos de incidencia colectiva debe atender, no solo los intereses de los estados provinciales, sino a los múltiples afectados. En dicha decisión les otorga a las provincias un lapso, ultimátum, de 120 días para “acordar”, en el último intento de mantenerse al margen, sosteniendo su función arbitraria. Cabe mencionar que

Carlos Fernando Rosenkraft fue voto disidente, al considerar que las partes aun necesitaban negociar con las menores restricciones.

Que en la resolución del 22 de mayo de 2018 (Fallos: 341:560) se instó a las partes a precisar los términos del convenio, con la advertencia de que, de no hacerlo, “la Corte definiría el curso de acción a seguir”.

Para concluir, el 16 de Julio de 2020. la CSJN, dictaminó: Fijar una meta interina de caudal mínimo permanente de 3,2 m³/s y ordenar a las provincias involucradas que, junto al Estado Nacional, determinen en la órbita del CIAI, las acciones y obras de Infraestructura necesarias para alcanzar el caudal mínimo permanente fijado.

III- Identificación y Reconstrucción de la *ratio decidendi*

En la sentencia que analizamos en este trabajo, la CSJN, con la mayoría total de sus integrantes, ordenó que la demandada debe permitir el paso de agua hacia la provincia actora y el caudal mínimo determinado de dicho cauce, además de ordenar a las provincias concreten obras y acciones en pos de alcanzar el caudal mínimo permanente en conjunto y bajo la supervisión y órbita del CIAI y el Estado Nacional.

Como hemos podido observar, para fallar en un caso con los problemas descriptos, se ha trabajado minuciosamente para no caer en la inconstitucionalidad. Dijimos que los problemas de relevancia jurídica tenían que ver con la pertinencia de la norma a utilizar.

En la argumentación de dicha sentencia, encontramos: “debido a la persistencia del tiempo del proceso, la falta de conciliación entre las partes, el rechazo de las propuestas presentadas por el Consejo de Gobierno y las Instituciones creadas para tal fin, como la CIAI, **no queda otro remedio que marcar el camino a seguir**”. (considerando 5).

Siguiendo esta línea, en el punto siguiente se precisaron las pautas para legitimar dicho ejercicio, a) se trata de una función de naturaleza “prudencial”, b) el tribunal puede ejercer las potestades necesarias para arribar a la solución del conflicto, c) la naturaleza Prudencial no debe conducir a la arbitrariedad, d) el tribunal debe utilizar las herramientas necesaria para arribar a la solución del conflicto, e) las decisiones deben ser aplicadas de

buena fe”. Por último, en la Sentencia de 2017 aparece una interpretación que viene a apoyar los argumentos expuestos: **“Entiéndase guerra, como un conflicto no solo bélico, sino una querrela de imposible solución”**.

Luego de sortear este obstáculo, teníamos el conflicto normativo, donde, por un lado, nos encontramos con el permiso concedido por la CN a la provincia de Mendoza para utilizar sus recursos naturales (art 124) y, por el otro, el derecho colectivo de vivir en un medio ambiente equilibrado y sostenible (art 41). El argumento dedicado en la sentencia al respecto aclara que derechos de incidencia colectiva (derecho fundamental) se encuentran en lo más alto de esta discusión (considerando 7), declara también , “para la CN el medio ambiente no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, (...) y la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado” y por ultimo remarca “Que la decisión no debía solo remediar el pasado, sino ofrecer y garantizar un futuro sustentable para nuestras futuras generaciones”(considerando 8).

En su voto, el presidente de la Corte, Fernando Rosenkraft, menciona que la resolución dictada en 2017 que abría una instancia negociadora entre las tres jurisdicciones implicadas y ante la circunstancia que, a la fecha, no se ha llegado a un acuerdo, “coincido con la mayoría de hacer efectiva la advertencia que se hiciera el 22 de mayo de 2018, con el fin de dar solución al daño ambiental, ocasionado por la ausencia de caudal del Rio Atuel”.

IV- Análisis y comentarios del autor

Variada es la doctrina y jurisprudencia que acompaña la decisión de los jueces de CSJN, que va en dirección a determinar, razonablemente, el alcance de la cualidad “dirimente” del Estado Nacional para legislar y proteger los Derechos de Incidencia Colectiva, por encima de cualquier objetivo económico o de otro tipo.

IV.1 Doctrina

En cuanto a si era viable que el estado resolviera ponerle un punto final al conflicto, **Altavilla Cristian** (2009) sostiene que la competencia originaria requiere solo un conflicto interjurisdiccional, que los acuerdos deberían ser el medio de solución, pero en caso de fracasar, “ordenarles que negocien es una manera justificada de ejercer la función judicial”.

En apoyo a lo dicho en el párrafo anterior, **Cenicacelaya, Nieves M.** publica en su artículo “**Los recursos hídricos interprovinciales y el federalismo argentino**” (2018) “que son las propias provincias quienes deben tomar medidas acerca de un uso razonable y equitativo, y que, si de todas formas el conflicto se produjere, una autoridad imparcial debería resolverlo”. En su trabajo considera que es la CSJN, a través de su artículo 127 (2° parte), la jurisdicción dirimente como supuesto especial de competencia exclusiva y originaria contemplada por el artículo 117 de la Ley Suprema.

Para ir concluyendo la idea, **Cenicacelaya, Nieves M.** con **Carlos Gonzalo Francisco Fuentes** en la publicación “**Avatares de la gestión de las aguas interprovinciales: El caso del Río Atuel**” (2018), opinan que “el mecanismo de superación que mejor se ajusta a estos conflictos, es el previsto en artículo 127 y que, fracasada las negociaciones, se justifica el acceso a la jurisdicción de la CSJN”. (p.120)

En cuanto a la jerarquía respecto a las reglas en Nuestro Ordenamiento, **Tolosa, Nadia B.** (2016), en su trabajo “**La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación**” nos presenta un manto de claridad al decir que la reforma constitucional de 1994 incorporó, a nivel constitucional en los artículos 41 y 43, legislando el “daño ambiental” y su “protección”, y aclarando, más adelante, que éstos tienen por objeto bienes colectivos, indivisibles y no susceptibles de apropiación.

Desde el ámbito internacional, podemos observar que la **Declaración Mundial acerca del Estado de Derecho Ambiental** - Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN (Río de Janeiro, 26 al 29 de Abril 2016) , en su **Principio 1** nos marca la Obligación de protección de la naturaleza: “Cada Estado, entidad pública o privada y los particulares tienen la obligación de cuidar y promover el bienestar de la naturaleza (...)”, y

en su **Principio 4**: “ (...)El mantenimiento de una biosfera saludable para la naturaleza y la humanidad deberán ser de primordial consideración”.

En marzo de 2018, la Conferencia de Jueces y Fiscales sobre Justicia Hídrica en el 8° Foro Mundial del Agua en Brasilia, formula la **Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica**, que, en su Principio 6, nos dice: “In dubio pro aqua, en congruencia con el principio In dubio pro natura, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados”. Además, se logra visualizar un problema generalizado a la hora de la resolución de este tipo de conflictos, y hace un llamado a “fortalecer las capacidades de los jueces, abogados y todas las personas que juegan un papel crítico en la implementación y cumplimiento de la legislación ambiental”.

Por último, la **Declaración sobre Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible** (IXX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Quito, 18, 19 y 20 de abril de 2018), plantea: “De esta forma, el Estado en sus diferentes niveles y la sociedad en general, considerando el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la tierra se regeneren y puedan recuperarse de las degradaciones y perturbaciones a que han sido sometidos, para mantener y no alterar sus características esenciales” (11).

IV.2 Jurisprudencia

La jurisprudencia, en sus **Fallos 329:2316 y 337:1361**, ha logrado dar importancia suficiente para poder hoy Sentenciar este tipo de conductas. El primero, ha calificado el medio ambiente como un bien colectivo y de pertenencia comunitaria, señala: “(...) Esta Corte ha sostenido que el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, (...) la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente”. (...) “Es importante señalar que, en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (14). (Fallo 329:2316).

El segundo, más específico para el caso analizado, la protección del acceso al agua potable como un derecho de incidencia colectiva.: “el acceso al agua potable es un derecho cuya tutela implica modificar la visión según la cual la regulación jurídica del agua se basa en un modelo antropocéntrico, puramente dominial dado que el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente”. (Fallo 337:1361)

IV.3 Legislación

Dentro de nuestra legislación, encontramos regulación para estos temas: a) **la Constitución Nacional**, artículos 41- Tutela de Derechos de Incidencia Colectiva y 43- Recurso de Amparo, 116- Atribuciones del Poder Judicial, 127- Gobiernos de Provincias, b) **el CCCN**, en sus artículos 1710, 1711 y 1712 de dicho Código, nos señala los deberes infra constitucionales de “prevención”, de “reparación “de daños y “legitimación”.

Bajando un peldaño más en la pirámide jerárquica de nuestro ordenamiento, nos encontramos con las leyes. La Ley **General del Ambiente N°25.675**, que contiene: Principios (art 4); Presupuestos mínimos para todo el territorio nacional (art 6) y, una aclaratoria: “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie (...), y más adelante declara que “en su sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes” (art32).

Sumando a la antes mencionada regulación, la **Ley de Gestión Ambiental N°25688**, que establece los presupuestos mínimos para la preservación, aprovechamiento y uso de las aguas (art 1), la indivisibilidad de las cuencas hídricas (art 3) y la formación de Comités para la regulación de las cuencas hídricas interprovinciales (art 4), entre otras.

IV.4 Postura de la autora

La Corte ha decidido transitar el camino a la valoración de los recursos naturales que han sido apropiados indebidamente, en desmedro del medio ambiente, valiéndose de viejos ordenamientos.

Esta meta interina, es la primera medida exigida en protección de los derechos “supraindividuales”. En lo que respecta a la utilización de las facultades otorgadas por el artículo 127, y como se pronunciara en el considerando 7° del Fallo 340:1645, “es a través de la intervención del Tribunal que se procura el *“arreglo pacífico de las disputas entre los Estados”* (Schwartz, Bernard, 1966, pág. 472; Fallos: 310:2478, considerando 64).

El tiempo transcurrido ha demostrado que, sin la intervención de la CSJN, jamás se hubiera llegado a un acuerdo sensato entre estas provincias.

No debemos olvidar, que el artículo 41 manda: "corresponde a la nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesidades para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales", con lo cual, en materia ambiental, la legislación será concurrente.

La prioridad se encuentra en cabeza de los derechos a un ambiente sano, derecho preexistente, y no de los vaivenes políticos o decisiones económicas de las Provincias, Estados, Naciones, etc. En esta decisión, no se deja lugar a dudas acerca de la importancia de la afectación del medio ambiente, y que con ello se vulnera el derecho a la vida.

V- Conclusión:

En virtud de lo analizado en esta nota a fallo, “Provincia de la Pampa c/ provincia de Mendoza sobre Río Atuel”, podemos visualizar una ineficiencia legal a la hora de intervenir en conflictos ambientales y las solicitudes a nivel mundial acerca de “dotar” a los letrados especializados en este tema, de poderes “suficientes” en virtud de su materia y beneficiarios.

Ha sido demasiado tiempo y esfuerzos remediar una situación que debería haber sido inmediata, al menos luego la reforma de 1994. El tiempo que la CSJN consideró pertinente otorgarles a las provincias en litigio, pareciera colocar al Estado Nacional, en posición de coautor del daño ambiental, al no limitar las facultades de la provincia de Mendoza, como lo hizo en el fallo en cuestión, y pone en tela de juicio, la eficacia de una norma válida como el artículo 41 de la CN.

Esta decisión ha marcado un antes y un después en materia ambiental y sienta precedente para solucionar estas problemáticas en el futuro. Actitudes como la adoptada por la provincia de Mendoza, deben ser refrenadas y sancionadas con la reparación del ambiente deteriorado, cuestión que no se ha observado en este caso, y, es más, desde el 16/7/2020 la sentencia está firme y al día de la fecha 22/11/2020, no se ha registrado el ingreso del agua a La Pampa.

“La materia ambiental es, y será, indisponible para las partes.”

VI- Referencias

VI.1. Fuentes Doctrinarias

Altavilla, C., (2009) *“La jurisdicción Dirimente de la Corte Suprema en los conflictos intergubernamentales”*. Paper presentado en el 5^{to} Congreso Argentino de Administración Pública: “Administración Pública y Cuestión Federal: la red Nación, Provincias y Municipios”, San Juan.

Cenicacelaya, M. (2018). *“Los recursos hídricos interprovinciales y el federalismo argentino”*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, Buenos Aires, Argentina. (p 142-144)

Declaración sobre Principios Jurídicos Medioambientales para un Desarrollo Ecológicamente Sostenible (2018) - IXX Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Quito

Declaración de Jueces sobre Justicia Hídrica, (2018) - Conferencia de Jueces y Fiscales sobre Justicia Hídrica en el 8° Foro Mundial del Agua en Brasilia

Declaración Mundial acerca del Estado de Derecho Ambiental, (2016) - Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, Río de Janeiro

Fuentes, C., Cenicacelaya, M., *“Avatares de la gestión de las aguas interprovinciales: El caso del Río Atuel”* (p120). Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, La Plata, Buenos Aires, Argentina

Schwartz, B. (1966) *“Los Poderes del Gobierno”*, T. 1, edición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México.

Tolosa, N. (2016). *“La regulación de los derechos de incidencia colectiva en materia ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”*. UBA, Argentina (pp. 227-240)

Verbic, F. (2020), La CSJN se expidió en “La Pampa c. Mendoza” y fijó un caudal mínimo permanente para el Río Atuel. Conflicto policéntrico, “solución gradual”, principio de progresividad y “metas interinas”. *CLASS ACTIONS EN ARGENTINA*

VI.2. Fuentes Jurisprudenciales

Derecho Humano al Agua. *Secretaría de Jurisprudencia, CSJN*, 4 jun 2019. Argentina

La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas, *Secretaría de Jurisprudencia, CSJN*, 8 dic 1987. Argentina

La Pampa, Provincia c/ Mendoza, Provincia s/ Rio Atuel. *CSJN, Secretaría de Jurisprudencia*. 1 dic 2017. Argentina

VI.3. Fuentes Legales

Constitución de la Nación Argentina, (1994). Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Argentina

Código Civil y Comercial de la Nación, (2015). Buenos Aires. Honorable cámara de Diputados de la Nación

Ley N° 12650. Autorización Construcción Dique de Embalse del Rio Atuel, en Mendoza. Publicada en *Boletín Oficial*, 17 oct 1940. Argentina

Ley N° 25675. Ley General del Ambiente. Publicada en *Boletín Oficial*, 28 nov 2002. Argentina

Ley N° 25688. Régimen de Gestión Ambiental de Aguas. Publicada en *Boletín Oficial*, 3 ene 2002. Argentina

VII- Anexo

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 afirmaría- 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.

3°) 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. 2°, 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.

4°) 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 explicaran.

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 “inédito” 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 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.

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 estadales, 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, entendiendo 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).

Consideraré 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 6º, último párrafo del voto suscripto por el juez Rosenkrantz).

Después de transcurrir el período establecido en la resolución del 1º 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 1º 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**.