



# **Conflicto sobre el Río Atuel**

**A propósito del último pronunciamiento de la Corte Suprema  
de Justicia de la Nación.**

**Carrera: Abogacía**

**Nombre del alumno: Aruedy, Basilio Alejandro**

**Legajo: ABG09723**

**DNI: 11.217.866**

**Fecha de Entrega: Nov-2020**

**Tutora: Gulli, María Belén**

**Año: 2020**

**Tema: Medio Ambiente**

**Autos:** “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Fecha:** 16/7/2020

**Sumario:** I. Introducción – II. Descripción de la plataforma fáctica, historia procesal y decisión del tribunal – III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia – IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales – V. Postura del autor – VI. Conclusión – VII. Referencias bibliográficas.

## **I. Introducción**

El medio ambiente debe ser considerado como un sistema complejo de definición amplia e integrativa de los elementos naturales y del patrimonio cultural, tal como se desprende de nuestra Carta Magna en el art. 41 (Esain, 2010). Es así que el primer párrafo del art. 41 CN, luego de la reforma del año 1994, incorpora el derecho que tenemos todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, de las generaciones presentes y sin comprometer a las generaciones futuras. Así también, impone el deber de preservarlo y la obligación de recomponer el daño ambiental generado. Por su parte, el segundo párrafo establece que, las autoridades deben proveer a la protección del ambiente, la utilización racional de los recursos naturales, preservación del patrimonio natural y cultural, diversidad biológica y a la información y educación en materia ambiental.

En ese marco, nos concentramos en el estudio del fallo “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), con fecha 16 de Julio de 2020. Las provincias de La Pampa y Mendoza (en adelante las Partes), no llegaron a una solución consensuada sobre la fijación de un caudal hídrico, apto para la recomposición del ecosistema pampeano; afectado por la falta de escurrimiento del río Atuel en esa región.

La necesidad de acordar sobre el caudal hídrico, fue impuesto por la CSJN en sentencia del 1 de diciembre de 2017. En consecuencia, el evidente incumplimiento de las Partes, se encuentra en contradicción con el principio de progresividad y otros (art. 4º) de la Ley General del Ambiente (en adelante LGA); los derechos de incidencia colectiva (medio ambiente y agua) -art. 43 CN- y el art. 41 de la Carta Magna, respecto al derecho de todos los habitantes y de las generaciones futuras, a gozar de un ambiente sano y equilibrado.

En este contexto, el fallo que se analiza, presenta un problema jurídico de tipo axiológico. Los problemas axiológicos se configuran cuando existe una contradicción entre reglas y principios. Siguiendo a Dworkin (1989), existe una contradicción entre una norma jurídica con una serie de principios estándares del sistema jurídico ambiental, que deben ser observado por los magistrados en sus resoluciones y por quien, se encuentre involucrado por un conflicto en la materia.

El reciente fallo de la CSJN, es sumamente relevante, pues marcaría el camino de inicio hacia la resolución definitiva del conflicto histórico, entre las provincias involucradas. Fija un caudal hídrico mínimo permanente -como meta interina- en el límite interprovincial, de acuerdo con el principio de progresividad, regulado por la LGA, en el ánimo de combatir la desertificación y recomponer el ecosistema pampeano.

## **II. Descripción de la plataforma fáctica, historia procesal y decisión del tribunal.**

La historia procesal de este conflicto, es tan extensa como los hechos que le dieron origen. Para situar la génesis del desencuentro, debemos remitirnos al año 1948 cuando La Pampa, era aún territorio nacional, bajo tutela federal. En ese tiempo, la Nación firma un convenio con Mendoza, acordando la construcción de una represa en la cuenca superior del río Atuel, para generación de energía y riego. Tal emprendimiento, impactó negativamente en el escaso caudal de agua que - a partir de allí - comenzó a registrar la Pampa, con el consecuente impacto negativo en su medio ambiente. Esto desató la batalla judicial que nos ocupa. El caudal mínimo aceptable del río Atuel, se judicializa. Surge inicialmente, como un conflicto interprovincial, pues a partir del año 1952, La Pampa se desprende de la Nación; adquiere carácter de provincia y adopta idéntico estatus jurídico y político, que su par mendocina.

La CSJN, se aviene a entender en la materia y adquiere marcado protagonismo, tras algunas intervenciones significativas en los años 1987, 2014, 2017, 2018 y su último pronunciamiento, de julio del año 2020.

El máximo organismo judicial en diciembre de 1987, declara al Atuel como río interprovincial. Dispone un plazo de cinco años para la realización de obras que garantizaren excedente de agua para La Pampa<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” Fallos: 310:2478, (1987).

En mayo de 2014 el gobierno pampeano, acude otra vez a la Corte, tras una nueva demanda, por el abuso del agua e incumplimiento de lo pactado; expresando que ha sufrido daños difíciles de reparar, respecto a lo ambiental, social y económico.

Durante 2017 la CSJN, llama a una audiencia pública de la que participan funcionarios de las partes y el Estado Nacional. En ese marco, se dispone que la regulación jurídica del agua, debe darse bajo el paradigma eco-céntrico o sistémico. La nueva mirada, conduce al cuidado integral del medio ambiente, por encima del interés privado o público del Estado, de acuerdo a la L.G.A. Por ende, se ordena que las partes, presenten un plan de obra, con la distribución del costo, brindando participación a la Nación. El plazo fijado para delinear el plan fue de 120 días y 30 para marcar el caudal hídrico. Al no lograrse acuerdo, en 2018 se otorgó uno nuevo por 90 días, que también resultó infructuoso.

Rechaza la excepción de cosa juzgada opuesta por Mendoza y ordena a la Nación, el aporte de recursos económicos destinados al fortalecimiento institucional del Comité Interprovincial del Atuel Inferior (en adelante C.I.A.I.).

El Doctor Carlos Rosenkrantz en su voto en disidencia, acompaña a la mayoría en el rechazo a la excepción de cosa juzgada y suma el rechazo a la falta de legitimación activa de La Pampa, opuesto por la provincia cuyana. Acuerda con la fijación de una cota mínima de flujo hídrico, advirtiendo sobre la grave violación a preceptos constitucionales, de derecho internacional y la afectación de derechos vulnerados.

De este modo, desembocamos en el último y reciente pronunciamiento de la máxima autoridad judicial de 16-07-20, resolviendo por mayoría: fijar como meta interina, un caudal mínimo permanente del río Atuel de 3,2 m<sup>3</sup>/s en el límite interprovincial entre La Pampa y Mendoza (art. 4º, ley 25.5675). Ordena a las Partes que, junto al Estado Nacional, determinen en la órbita de la C.I.A.I., las acciones u obras de infraestructura necesaria, a fin de alcanzar el caudal mínimo permanente fijado. Asimismo, dispone la diagramación de 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. A ese fin, les asigna un plazo de 90 días.

A modo de fortalecer institucionalmente el organismo de cuenca, insta a las Partes a integrar al Estado Nacional, formando así la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel (en adelante CIRA), dejando sin efecto la Comisión interprovincial vigente.

### **III. Análisis de la *ratio decidendi* de la sentencia.**

En su último pronunciamiento, la Corte Suprema expresó que inspirada en el respeto a los Estados provinciales, adoptó una función de cooperación, control y monitoreo, no asumiendo gestión, en el propósito de permitirle a las Partes arribar a una solución consensuada. Ante la persistencia del desacuerdo, resta como solución poner en ejercicio su jurisdicción dirimente, basada en el art. 127 de la Constitución Nacional (Art. 109 antes de la reforma)<sup>2</sup>.

En el considerando sexto, hace referencia a la naturaleza diversa entre competencia dirimente y jurisdiccional. Respecto del tópico a decidir, afirma que hay cuestiones de mayor trascendencia, pues abarca una región más amplia e involucra a derechos de incidencia colectiva de múltiples afectados, tutelados a partir de la reforma Constitucional de 1994. Deja plasmado que el medio ambiente, no es un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre. Tal concepto, se desprende del art. 41 de la Carta Magna que, al proteger al ambiente, permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado<sup>3</sup>.

Refiere que el adecuado caudal de agua, debe ser destinado a la conservación del ecosistema interprovincial y su sustentabilidad, a fin de legar un ambiente sano a las generaciones futuras. El abordaje de la cuestión, exige una mirada policéntrica, pues involucra numerosos derechos afectados, excediendo el marco de un conflicto bilateral.

De allí que, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino que debe tender a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual requiere, de una decisión previsoras de las consecuencias.<sup>4</sup>

Ante la postura desencontrada de las partes y el respaldo legal que le otorga el art 127 ya mencionado, la Corte apela a la gradualidad, como para resolver el diferendo. De ese modo, vivifica el principio de progresividad, inserto en el art. 4 de la Ley General del Ambiente. Tal precepto, es particularmente aplicable al caso, en la medida

---

<sup>2</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (2020), cons. 5.

<sup>3</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (2020), cons. 6 y 7.

<sup>4</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (2020), cons. 8.

que - al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado - no es posible predecir el tiempo necesario. Esto depende, de la capacidad de auto regeneración de aquél. De la misma manera, tampoco es posible asegurar *a priori*, que el caudal hídrico apto, sea el adecuado<sup>5</sup>.

Así en torno a sus extensos considerandos, resuelve fijar como meta interina, un caudal mínimo permanente del río Atuel de 3,2 m<sup>3</sup>/s en límite interprovincial de la Pampa y Mendoza, según lo recomendado por el Instituto Nacional del Agua (INA). Debe interpretarse esa cota -como instrumento de posible cese del daño ambiental- tomado como parámetro promedio de métodos hidrológicos de uso internacional<sup>6</sup>. Agrega que el flujo de agua - constituye un valor medio diario de referencia – el que deberá ser sistemáticamente monitoreado. Impone un plazo de 90 días, para la presentación de programas de acción y seguimiento, a fin de su evaluación y aprobación.

Advierte que, en el caso de no arribarse a una solución consensuada entre las tres jurisdicciones, será la propia Corte quien decida.

El Magistrado Carlos Rosenkrantz - como se adelantó - adhirió al voto de la mayoría en un pronunciamiento concurrente. Resalta la falta de acuerdo persistente entre las Partes, invitando a considerar la incorporación del organismo Nacional de aguas, en reemplazo del Comité interprovincial hasta ahora interviniente. Justifica la fijación de la cota hídrica dispuesta por la Corte, aspecto que debió ser saldado por las Partes, según se dispusiera en fallo de 2017. Al no registrarse acuerdo, se otorgó un nuevo plazo en el año 2018, también incumplido. Deja en claro, la actitud de respeto a la soberanía y autonomía de las provincias para arribar a la solución del diferendo.<sup>7</sup>

#### **IV. Antecedentes legislativos, doctrinarios y jurisprudenciales.**

Es importante destacar la mirada del medio ambiente, como bien jurídico de cierta complejidad. El ambiente debe ser considerado como un sistema de definición amplia e integrativa de los elementos naturales y del patrimonio cultural; tal como se desprende de nuestra Carta Magna en el art. 41. El ambiente, es complejo pues comprende varios sistemas dentro de éste, como el agua, aire, suelo, fauna, flora, el

---

<sup>5</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (2020), cons. 13.

<sup>6</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (2020), cons. 15

<sup>7</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (2020), del voto concurrente del Dr. Rosenkrantz.

patrimonio natural y cultural, como así también, el ambiente natural y urbano, etc. (Esain, 2010; 2015).

Jurisprudencialmente, en el fallo “Mendoza”<sup>8</sup> (contaminación del Riachuelo), la Corte sienta la doctrina del entendimiento del ambiente como un macro bien. Un bien colectivo, que pertenece a toda la comunidad de uso común e indivisible. Esta doctrina, es ampliada en el fallo “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo (Laguna La Picasa) -derivación de aguas-”<sup>9</sup> donde los magistrados del Alto Tribunal Nacional, establecieron que el agua, es un micro bien ambiental, de derecho de incidencia colectiva; es de uso común e indivisible, como el ambiente.

Corresponde a cuencas interprovinciales más del 90% de las aguas dentro de la estructura territorial de nuestro país, compuesto de 23 provincias más C.A.BA. Es decir, las provincias comparten cuencas hídricas y ello, en distintas ocasiones, provoca conflictos referentes al curso, gestión y preservación del agua y el ambiente (Pinto, 2011).

El conflicto jurídico entre las Partes por el caudal hídrico del río Atuel, ha traído sentencias históricas por parte de nuestro Máximo Tribunal. Las mismas, sientan una importante doctrina, sobre temas vanguardistas en materia ambiental, a saber: el ambiente como bien jurídico complejo, el cambio de paradigma de la regulación del agua, la cuenca hídrica y el federalismo ambiental, entre otros (Esain, 2018).

La desertificación atravesada por la provincia de la Pampa a raíz del escaso escurrimiento del Atuel, es el principal problema que afecta a su ecosistema (Esain, 2018). Nuestro país por ley 24701, ratifica e incorpora la Convención de Naciones Unidas para Combatir la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación. La norma, define a la desertificación en su art. 1º inc. a) como “la degradación de las tierras de zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas, resultante de diversos factores, tales como las variaciones climáticas y las actividades humanas”.

---

<sup>8</sup> C.S.J.N., “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” Fallos 329:2316 (2006)

<sup>9</sup> C.S.J.N., “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-” Fallos 342:2136 (2019)

Como medida de combate a la desertificación del ecosistema pampeano, la Corte mandó en la sentencia del año 2017<sup>10</sup>, a que se fije de común acuerdo, un caudal hídrico.

Es decir, se debe fijar la cantidad de agua requerida, a fin de mantener saludable el ecosistema garantizándose calidad de agua, magnitud, época, duración y frecuencia de flujos. El régimen ambiental y la fijación del caudal mínimo, debe ameritar suficiencia para mantener la estructura y la funcionalidad, en forma sostenible, de los ecosistemas acuáticos (Esain, 2018).

La Corte insiste en que, para resolver la controversia, se debe tener una visión policéntrica y que la cantidad de agua a fijarse, procura como objetivo, la conservación del ecosistema interprovincial, sin obviar el interés de las generaciones futuras.

Deja sentado que - el paradigma y la regulación jurídica del agua - mirada desde la perspectiva antropocéntrica, ha mutado significativamente. En la actualidad, el paradigma jurídico que rige su regulación, es ecocéntrico o sistémico y tiene en cuenta los intereses del sistema y no sólo el de los privados o de los Estados provinciales<sup>11</sup>.

Esta doctrina se repitió nuevamente en los fallos “Barrick”<sup>12</sup> y “Majul”<sup>13</sup>.

Ahora bien la Corte, sostuvo que gradualmente se debe arribar a una solución de la controversia, regida por el principio de progresividad. El principio de progresividad, se encuentra regulado expresamente en el art. 4º de la LGA, bajo los siguientes términos: “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”.

Sostiene Peña Chacón (2018), que en virtud del principio de progresividad y en miras a la protección del medio ambiente, el Estado corre con la obligación de tomar medidas y decisiones legislativas, ejecutivas y judiciales; cuyo norte sea el incremento sostenido, gradual, sistemático y constante de dicha protección. Este principio sostiene Leguiza Casqueiro (2020), basado en la idea de concientización, adaptación e involucramiento paulatino, para su preservación.

---

<sup>10</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” Fallos 340:1695 (2017)

<sup>11</sup> C.S.J.N., “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” Fallos 340:1695 (2017)

<sup>12</sup> C.S.J.N., “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” Fallos 342:917 (2019)

<sup>13</sup> C.S.J.N., “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental” Fallos 342:1203 (2019)

El principio bajo desarrollo, permite que el derecho ambiental y los derechos individuales y/o patrimoniales, se armonicen y logren un equilibrio justo, cuando entran en conflicto. En consecuencia, el Estado deberá echar mano al principio de realidad, a la hora de establecer metas y objetivos ambientales para la solución de aquéllos y del principio de progresividad a fin de que sea paulatino su alcance. (Giacosa y Lloret, 2011).

#### **V. Postura del autor.**

El año 1994 cobra significativa relevancia para el Derecho argentino, pues el 26 de agosto, se consolida la Reforma Constitucional de nuestra Carta Magna. La más completa e integral de su historia. Tal Reforma, atravesó transversalmente todas las materias y/o disciplinas del entramado jurídico nacional, poniéndolo a tono con la orientación y principios del Derecho internacional, fundamentalmente en materia de Derechos Humanos. El medio ambiente como tal - alcanza así - rango o estatus constitucional, al quedar plasmado su espíritu, en los artículos 41 y 43 respectivamente. Implica un cambio paradigmático en materia ambiental y marca un hito central, que nos permite trazar un antes y un después, en su abordaje y tratamiento.

Tal innovación, impactó de manera directa en el conflicto interjurisdiccional que nos ocupa. La CSJN a través de sus numerosas intervenciones, dejó especialmente diseñada una huella jurisprudencial variada y particular, según las circunstancias y sin perder de vista, el contexto histórico, jurídico y social del momento. A modo de visibilizar el contraste observamos que, en fallo de 1987, la Corte declara al cauce del Atuel, como río interprovincial.

Años después, en el transcurso del 2017 ocasión en la que Mendoza, opone al caso la excepción de cosa juzgada, el máximo organismo judicial, sienta un nuevo precedente, rechazando *in totum* la pretensión. La Corte, alega que el escenario nacional no es el mismo, se ha modificado el contexto, el parámetro y - por ende - la legislación.

Lo expresado, indica que en sus comienzos - al judicializarse el conflicto - el eje que lo sustenta es el art. 124 de la C.N. pues refiere que las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales. Ese polo o eje gravitacional - consolidada la reforma - se traslada al art. 41 de la Carta Magna, eclipsando el rol protagónico de aquél. De esta manera, se advierte un salto cualitativo en materia de medio ambiente en

general y específicamente respecto del agua, considerada inicialmente, como un importante recurso natural para transformarse - post reforma - en un bien social.

A la luz de la constitucionalización del medio ambiente en Argentina, se crea el Consejo Federal de Medio Ambiente en adelante (COFEMA). El Art. 3 de su acta constitutiva, lo define como una persona jurídica de derecho público, constituido por las provincias firmantes y las que adhieran en el futuro; el Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires. Tiene como principio rector el federalismo y persigue como objetivo fundamental, coadyuvar a la generación de una política de integración, entre las provincias y el gobierno federal.

En tal sentido, las Provincias y la Nación, proceden a firmar el Pacto Federal ambiental, que en su acordada N° III: “reconoce al COFEMA como un instrumento válido para la coordinación de la política ambiental de la República Argentina” (Pacto Federal Ambiental – Anexo II – Bs.As. 1993). Posteriormente la LGA, a través de su Art. 25, ratifica ambas iniciativas de índole federal. En esta materia, Valls dice que ese organismo “coordina las actividades entre la Nación y las Provincias” (Valls, 2016, pág. 48).

Asimismo, y a los efectos de intentar un abordaje integral de la cuestión, debemos subrayar que - desde el punto de vista procesal - la Corte interviene por el art. 127 de la Carta Fundamental, en función “dirimente”. Aspecto de naturaleza distinta a la estrictamente jurisdiccional, como surge de los art. 116 y 117 del mismo plexo. Por ende, su actuación es de acompañar más que juzgar, en una actitud más política que jurídica; resguardando y preservando, tanto la autonomía provincial, como el régimen federal que nos identifica. Adopta el concepto de Federalismo concertado, versión moderna y evolucionada, del antiguo Federalismo de oposición o confrontación.

Este enfoque moderno y actual, inspira a la máxima jerarquía judicial a lo largo y accidentado proceso en el que, finalmente y ante la ausencia de acuerdo - el 16 de julio del corriente año - arriba a su reciente y acertado pronunciamiento.

Contiene dos aspectos, lo que inspira a calificarlo de “mixto”. En un sentido, continúa dirimiendo – en otro – ejerce jurisdicción. Es la primera vez que, a lo largo del prolongado conflicto, abandona parcialmente su actitud conciliadora, para fallar en tono clásico.

Lo hace en un punto central y nómeno del problema interjurisdiccional - inspirada en la Ley 25688 (Gestión ambiental del agua), al fijar un caudal promedio mínimo y garantizado que La Pampa, debe recibir en su territorio.

La carencia de provisión suficiente, constante y sostenida en el tiempo, desató un efecto puntual y directo que es la desaparición de “los humedales”, tras un largo proceso de sequía y desertificación. Basa su decisión, en el compromiso internacional asumido por Argentina, a través de la Ley N° 24701 de lucha contra ese fenómeno.

Sienta su pronunciamiento en el principio de progresividad (LGA), poniendo en evidencia, el incumplimiento de Mendoza y La Pampa en tal sentido.

Llama la atención que sus protagonistas - a lo largo de una historia tan extensa - no hayan encontrado un punto de acuerdo elemental donde anclar el conflicto, como punto de partida hacia su *aggiornamento*, a la luz del Art. 41 de la C.N. y de la legislación específica imperante.

En su faz dirimente el fallo referido, invita a las provincias a continuar trabajando e insiste, en la incorporación de la Nación en el proceso.

Respecto de la conducta de la Corte observada a la largo del diferendo, se destaca el gran esfuerzo realizado a fin de acercar a las Partes. Sirva como ejemplo, el llamamiento a una audiencia pública. Como dato curioso y aún más innovador, sobresale la incorporación en ese contexto, de los llamados “*amicus curiae*” (amigos de la Corte), en el que se brinda participación a grupos originarios del noroeste de La Pampa, quienes tuvieron su espacio e hicieron escuchar su voz.

En ese orden de ideas, es curioso que, en una actitud inversa, la Corte se haya abstenido de convocar al COFEMA.

En el caso de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo, la Corte le brindó participación junto a las partes involucradas. No obstante, debemos destacar que su participación procesal en el caso, no provenía del Art. 127 de la C.N.

En el fallo bajo comentario, seguramente por respeto a la soberanía de las provincias, evitó brindar participación al COFEMA. Sin embargo, es oportuno puntualizar, que tanto Mendoza como La Pampa son signatarias y lo integran.

Su oportuna inclusión en el conflicto, hubiera significado - según entiendo - un factor de presión, para que cada una - en su doble rol - asumiera una postura más coherente y ajustada al nuevo paradigma ambiental, dejando de lado el individualismo.

Además, la actitud y posición dirimente, sostenida y largamente declamada por el Máximo Tribunal, es hoy relativa y terminó debilitándose - pues como se afirmó respecto de su último fallo - ha ejercido un acto de naturaleza estrictamente jurisdiccional. No obstante, constituye éste un límite necesario, a la dilatada morosidad de las Partes.

Pero quizás en esa lógica - incorporando previamente al COFEMA en calidad de auxiliar de la justicia - hubiese arribado a idéntico resultado, pero apoyada, sustentada y asistida en el dictamen emitido por aquél órgano de superlativa entidad y no en *cuasi* soledad, como en su reciente y acertado pronunciamiento.

## **VI. Conclusión.**

Como hemos apreciado, la génesis del desencuentro data de muchos años, atravesado por un escenario que, con el paso de tiempo, fue mutando y actualizándose al ritmo de la inserción de Argentina en el contexto internacional en materia de medio ambiente.

Su máxima expresión es alcanzada cuando éste, logra estatus constitucional, tras la trascendental Reforma de 1994.

Las provincias involucradas, quedaron paralizadas en el tiempo - más allá del esfuerzo individual - sin madurar e internalizar el nuevo paradigma ambiental, atrapadas en las aguas de un recurso natural compartido que - ante la mirada actual - perdió entidad.

Las Partes no alcanzaron un solo punto de acuerdo mínimo y - como adelantáramos en la introducción del presente trabajo - colisionaron con el principio expreso de progresividad, marcado por el Art. 4 de la LGA, en subsidio con el espíritu del Art. 41 de la C.N.

La Corte sabiamente, pone fin a la indecisión de las provincias, fijando un límite preciso a través de su primer acto estrictamente jurisdiccional, en el talón de Aquiles del problema: El caudal mínimo que Mendoza debe proveer a la Pampa, como principio de solución al diferendo.

Sin embargo, no abandona su rol dirimente y en tal sentido, insiste en la incorporación de la Nación al Organismo de cuenca, a la programación de obras y en el proceso de recomposición ambiental. Tal postura, se observa en el voto mayoritario de la Corte y en el sufragio en soledad del Dr. Rosenkrantz.

Llama la atención que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refugio y custodio último de la Constitución Nacional, disponiendo de todas las instituciones creadas al servicio de la problemática ambiental - en el diseño de su estrategia procesal - se abstuviera de convocar al Consejo Federal del Medio Ambiente.

De disponer su inclusión, la Nación quedaba automáticamente incorporada en todas sus formas, mientras que las provincias comprometidas en su doble rol: individual y colectivo, a saber:

- a) Individual: En calidad de Partes en torno a un conflicto sobre un recurso natural (art. 124 de la C.N.), bajo el concepto antropocéntrico ya superado.
- b) Colectivo: Como integrantes de un ordenamiento superior y federal, que las compromete de un modo distinto; pues las ubica al servicio de un bien superior (el agua como bien social), a la luz del nuevo paradigma ecocéntrico o sistémico del ambiente (Art. 41 C.N. y legislación pertinente).

En esta línea de razonamiento, surge la impresión de que - el mentado respeto a la soberanía de las partes - impuesto por el rol dirimente del Art. 127 de la C.N. (hoy empaldecido por el Fallo propiamente dicho de la Corte), circunscribió el diferendo a compartimentos estancos - impidiendo así - el acceso a una posible solución integral e integrada del problema.

## VII. Referencias bibliográficas

### a) Doctrina.

Dworkin, R. (1989) *“Los Derechos en Serio”*. España: Ed. Ariel Derecho.

Esain, J. A., (2015) El ambiente como bien jurídico complejo. Primera Parte. *Diario Ambiental* (85). Recuperado de <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/09/Ambiental-Doctrina-2015-09-24.pdf>

Esain, J. A., (2010) *“El concepto de medio ambiente”*. Recuperado de [https://www.academia.edu/8225582/Concepto\\_de\\_ambiente\\_en\\_derecho\\_ambiental\\_por\\_Jos%C3%A9\\_Esain?email\\_work\\_card=view-paper](https://www.academia.edu/8225582/Concepto_de_ambiente_en_derecho_ambiental_por_Jos%C3%A9_Esain?email_work_card=view-paper)

Esain, J. A., (2018) *“Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas”*. La Ley: AR/DOC/519/2018.

Giacosa, N., y Lloret, J. S., (2011) *“El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación”*. La Ley: 0003/015711.

Leguiza Casqueiro, G. G., (2020) *“Principios de Progresividad y de No Regresión en el Derecho Ambiental. Algunas notas a partir de su postergada implementación”*. La Ley: AR/DOC/131/2020.

Peña Chacón, M., (2018) *“El ABC del principio de progresividad del derecho ambiental. La Ley: AR/DOC/3021/2018”*.

Pinto, M., (2011) Los conflictos ambientales en cuencas interprovinciales argentinas. *Actas de Derecho de Aguas (I)* pp. 175-196. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/291353980\\_Los\\_conflictos\\_ambientales\\_en\\_cuencas\\_interprovinciales\\_argentinas](https://www.researchgate.net/publication/291353980_Los_conflictos_ambientales_en_cuencas_interprovinciales_argentinas)

Valls, M. F. (2016) *“Derecho Ambiental”* 3ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

### b) Legislación.

Constitución Nacional.

Ley 25.675/02 de Política Ambiental Nacional.

Ley 25.688 de Gestión Ambiental del Agua.

Ley 24.701, incorpora la Convención de naciones Unidas sobre la Desertificación.

Pacto Federal Ambiental, Acta de la Rioja, 31/8/90 y Ley 25.675 Art. 5, 9, 16, 23 y 25.

Acta Constitutiva del COFEMA, ciudad de La Rioja, 31/8/90.

**c) Jurisprudencia**

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (Fallos 342:917), 4/6/2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-” (Fallos 342:2136), 3/12/2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (Fallos: 310:2478), 3/12/1987.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (Fallos: 337:1361), 22/5/2014.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (Fallos: 340:1695), 1/12/2017.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (Fallos: 343:603), 16/7/2020.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental (Fallos: 342:1203), 11/07/2019.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), (Fallos: 329:2316), 8/7/2008.

## **FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Buenos Aires, 17 de julio de 2020.

Autos y Vistos; Considerando:

1°) Que en la sentencia de fs. 878/909 dictada el 1° 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.

2°) 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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 "inérito" 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 estaduales, 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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/s y 9,5 m<sup>3</sup>/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 (SO<sub>4</sub>=) 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 m<sup>3</sup>/s con una calidad química (conductividad eléctrica) de 2450 uS/cm, y a los 12 meses, un caudal hídrico apto mínimo de 4,5 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/s.

Concluye que, como se puede apreciar, se observa una amplia variación de caudales mínimos en un rango de 3 y 24 m<sup>3</sup>/s. Un valor de referencia resultante del análisis de los registros de caudales en la Estación La Angostura, es un caudal de 6 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/s y Mendoza: 1,3 m<sup>3</sup>/s).

Pero además, propone fijar como "valor inicial" de caudal en el límite entre ambas provincias el de 2,2 m<sup>3</sup>/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. 4°, 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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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 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 m<sup>3</sup>/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 m<sup>3</sup>/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. **Analia Eva Vaqueiro** y **Javier Suárez Benitó**.