



INCOMPETENCIA
COSA JUZGADA
FALTA DE LEGITIMACION
IMPROPONIBILIDAD DE LA ACCION
CONTESTAN DEMANDA DIRIMENTE

**EXCMA. CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:**

CESAR ANTONIO MOSSO GIANNINI y
FERNANDO MARIO SIMON, por la **PROVINCIA DE MENDOZA**, en estos
autos **L. 243/2014**, caratulados **“LA PAMPA, Provincia de C/
MENDOZA, Provincia de P/ USO DE AGUAS”**, a V.E. respetuosamente
dicen:

I.- INDICE

I.- INDICE	1
II.- PERSONERÍA Y DOMICILIO PROCESAL	7
III.- OBJETO.....	7
IV.- INTRODUCCION	7
V.- EXCEPCIONES PREVIAS	19
V.1.- INCOMPETENCIA	19
a- Incompetencia para resolver responsabilidades ambientales en el marco de la jurisdicción dirimente (art. 127 CN).....	19

b- Incompetencia para disponer la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel	33
V.2.- EXCEPCION PREVIA DE COSA JUZGADA	41
a- Conexidad por identidad y por extensión.....	42
b- La cuestión ambiental en la sentencia de 1987.....	48
c- La alegada modificación de las circunstancias de hecho y las normas de orden público posteriores al dictado de la sentencia	51
d- La cosa juzgada en los procesos sustanciados en el marco del art. 127 de la constitución nacional.....	54
e- Conclusión: el examen de ambas contiendas muestra claramente que no son susceptibles de coexistir.....	57
f- La <i>res judicata</i> en los procesos dirimientes: aportes del derecho internacional e intrafederal.....	62
V.3.- FALTA DE LEGITIMACION	73
V.3.a- Falta de legitimación activa	74
V.3.b- Falta de legitimación pasiva	77
VI.- IMPROPONIBILIDAD DE LA ACCION	84
VI.1- Improponibilidad de la acción por el art. 30 de la Ley 25.675 y litispendencia ..	84
VI.2.- Demanda improponible. Otras causas.....	95
VII.- CONTESTACION DE LA DEMANDA	103
VII.1.- PLATAFORMA FÁCTICA	103
a- Negación de los hechos invocados en la demanda.....	103
b- Hechos que hacen al presente proceso.....	105
VII.2 DERECHO APLICABLE.....	155
a- El régimen constitucional y los principios generales aplicables a los cursos de agua interprovinciales	155
b-La sentencia de 1987 y su alcance	159
c-. Acuerdos y Tratados posteriores.....	169
VII.3.- EL CONFLICTO SOBRE LOS USOS DEL AGUA DEL RIO ATUEL	179
a- Las supuestas “nuevas circunstancias” y “nuevos enfoques” no habilitan el replanteo de lo dispuesto en 1987, ni alteran la relación jurídica constituida.....	179
a.1- Los actos propios de La Pampa en reconocer la legitimidad de la superficie irrigada en Mendoza y la existencia de caudales en su territorio	180



PROVINCIA DE MENDOZA

a.2- Consideración de la situación actual en la sentencia de 1987. Inexistencia de nuevas circunstancias	189
a.3- Los principios del derecho interestadual de aguas ante la subsistencia de la plataforma fáctica ya resuelta en 1987	200
a.3.1- El principio del uso equitativo y razonable.....	200
a.3.2- El principio del uso equitativo y razonable en la jurisprudencia intrafederal comparada	211
a.3.3- El principio del uso equitativo y razonable aplicado al caso del río Atuel.....	216
a.3.4- La presente causa a la luz del principio del uso equitativo y razonable.....	223
a.3.5- Obligación de no causar perjuicio sensible.....	240
a.3.6- Vinculación entre el uso equitativo y razonable y el principio sic uteretur ut alienum non laedas.....	247
a.4- Las nuevas normas no se aplican al nacimiento y configuración de las relaciones ya constituidas. Efecto de sentencia de 1987	255
a.5- La cuestión ambiental tampoco es una nueva circunstancia	267
a.6- Los caudales del río Atuel aplicados en el oasis mendocino	269
a.6.1- Caudales disponibles y derechos sobre las aguas.....	269
a.6.2- Caudales disponibles y derechos individuales sobre las aguas	277
b- Ausencia de incumplimientos de la sentencia y acuerdos posteriores. Inexistencia de presupuestos necesarios para nuevos usos	281
b.1-La obligación de negociar y su verdadero alcance	284
b.2- La obligación de negociar y su encuadre según Fallos 310:2478. Límites a las posibilidades de acuerdos sobre caudales futuros.....	294
b.3- El desarrollo de la relación negocial y su encuadre en las pautas generales del derecho intefederal y particulares del Fallo 310:2478	304
b.3.1- La relación negocial y sus resultados concretos.....	304
b.3.2- La relación negocial y sus desarrollo	314
b.3.3- Cumplimiento del deber de cooperar y la asignación de recursos extracuenca	328
c- Improcedencia e inoportunidad de la creación de un comité para la cuenca del Atuel	336
c.1- Improcedencia de la creación de un organismo de cuenca como una obligación imperativa	337
c.2- El límite de la autonomía local.....	344

c.3- Inoportunidad e irrazonabilidad en la actual pretensión de constituir un organismo de cuenca.....	347
c.4- Las relaciones interprovinciales y las normas de presupuestos mínimos	354
c.5- Las normas de presupuestos mínimos y sus límites constitucionales.....	357
c.6- La improcedencia de una participación necesaria del Estado Nacional en la gestión de un río interprovincial	370
d- El derecho humano al agua y la cooperación del Estado de Mendoza a satisfacer las obligaciones de la Provincia de La Pampa	379
d-1. La improcedencia manifiesta de la maliciosa reclamación pampeana	379
d-2. La situación del oeste pampeano y el derecho al agua. Reflejo de las políticas públicas.....	385
d-3. Los mecanismos de satisfacción del derecho al agua en el oeste pampeano	396
e- El crecimiento armónico y equilibrado entre provincias	410
e.1- La queja sobre políticas de progreso es ajena a las responsabilidades de Mendoza	410
e.2.- Improcedencia sustancial de lo afirmado por la actora	425
VII.4.- INEXISTENCIA DE DAÑO AMBIENTAL.....	435
a – El estado del ambiente humano en la cuenca del río Atuel: una construcción de las políticas públicas.....	435
a.1- El concepto de ambiente como bien jurídico tutelado: el ambiente humano	435
a.2- Inexistencia daños ambientales. Inexistencia de un reconocimiento de daño ambiental.....	456
a.3.- Inexistencia de daños ambientales. Las políticas públicas que han definido el ambiente en la cuenca del río Atuel.....	463
a.3.1- La políticas locales históricas y la configuración del ambiente humano actual ..	463
a.3.2- La políticas locales actuales para la configuración del ambiente humano en el suroeste de La Pampa.....	477
a.3.3- La políticas nacionales pasadas y actuales para la configuración del ambiente humano en el suroeste de La Pampa y sur de Mendoza.....	488
b – El estado del ambiente humano en la cuenca del río Atuel	497
b.1- Inexistencia de daño. Disconformidad con las políticas pasadas.....	497
b.2- La improcedencia de un caudal ecológico o ambiental permanente como técnica de recomposición	507
b.3-El caudal ecológico propuesto y su deficiencia técnica	513



PROVINCIA DE MENDOZA

b.3.1- Caudal Ecológico. Introducción	513
b.3.2- El caudal ambiental en el Estudio de la Universidad de La Pampa.....	524
b.3.3- Inconsistencia técnica manifiesta en el estudio de caudal ecológico	535
b.3.4 Ramsar: crítica a la metodología utilizada con respecto a los humedales. Casos de conservación y restauración de humedales Ramsar	546
b.3.4-a Coincidencia del sistema Ramsar con lo expuesto	546
b.3.4-b Los Bañados del Atuel.....	547
b.3.4-c Los Bañados del Atuel, la convención Ramsar y otros mecanismos de tutela en materia de humedales	552
b.3.5- Otras inconsistencias técnica destacables.....	565
- Consideraciones sobre aspectos metodológicos en la determinación del caudal ecológico	566
- Balances hídricos	567
- Cambio climático	575
-Consideraciones de la demanda sobre posibilidad de recuperación de caudales en la cuenca	579
-Sobre relación agua superficial/agua subterránea.....	581
-Aspectos ecosistémicos y su relación con servicios ambientales.....	583
-Sobre supuestos desvíos históricos de caudales desde el río Atuel hacia el río diamante, a principios del siglo XIX.	585
b.3.6- Afectación de los caudales del río Atuel por el cambio climático. Los principios de prevención y precaución aplicados al caso.....	587
VII.5.- INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL.....	604
a- Inexistencia de hecho dañoso	604
b- Inexistencia de acción u omisión de la Provincia de Mendoza.....	622
c- Inexistencia de antijuricidad	624
d- Inexistencia de daño injusto	636
e- Inexistencia de factor de atribución	637
f- Inexistencia de relación de causalidad adecuada.....	643
g- Improcedencia e inconsistencia de la indemnización reclamada	651

VII.6- CONCLUSIONES	665
VIII.- PRUEBA	685
VIII.1- Documental.....	685
VIII.2- Instrumental.....	691
VIII.3- Pericial.....	692
VIII.4- Reconocimiento judicial	695
IX.- DERECHO	695
X.-PETITORIO	696



II.- PERSONERÍA Y DOMICILIO PROCESAL

Que la justificación de la personería invocada como así también la fijación del correspondiente domicilio procesal ya se ha efectuado en nuestra anterior presentación en estos autos, lo que pedimos se tenga presente por el Tribunal.

III.- OBJETO

Que en tiempo y forma, en los términos de los artículos 346 y ss. CPCCN y en el plazo de ley, venimos por la presente a interponer excepciones previas de incompetencia, falta de legitimación y cosa juzgada, solicitando desde ya la admisión de las mismas y el archivo de las actuaciones.

Asimismo, venimos a contestar la demanda dirimente planteada en estos autos, negando todos los hechos y el derecho invocados, salvo aquello que sea motivo de expreso reconocimiento en el presente escrito de responde y, solicitando desde ya el rechazo de la demanda en todas sus partes con costas.

IV.- INTRODUCCION

1- La Provincia de Mendoza se presenta en estas actuaciones dando responde a la queja interpuesta por la Provincia de La Pampa, acorde al art. 127 CN, en relación un

requerimiento de caudales que realiza con respecto al río Atuel, el que vincula con un supuesto daño ambiental.

Bajo tales premisas, a través de esta presentación se procede a responder tal queja, tanto a través de las excepciones previas que se estiman pertinentes, como a través de la correspondiente contestación sustancial.

La labor que ha dado lugar a este responde involucra esfuerzos notorios, por la complejidad y extensión del tema, del cuerpo de abogados públicos de Mendoza que han tenido a su cargo la elaboración jurídica de esta contestación¹, junto a la asistencia desinteresada de especialistas en la materia². Además, los mismos han debido ser asesorados, por el eminente trasfondo técnico del tema en debate, por organismos técnicos gubernamentales y universitarios; aunque el escaso término procesal que exige una contestación –a pesar de la prórroga otorgada por VE- ha limitado las posibilidades de análisis del extenso basamento técnico que (a lo largo

¹ Han intervenido en la elaboración de este responde por la Fiscalía de Estado: Fernando Simón, Amílcar Moyano, Mauricio Pinto, Abel Albarracín; por la Asesoría de Gobierno: Cesar Mosso Giannini, Gabriel Orbelli, Aldo Rodríguez Salas, Dalmiro Garay. Emitieron también sugerencias abogados y funcionarios del Departamento General de Irrigación a través de Santiago Ruiz, Noelia Torchia y Mónica Andino.

² Los especialistas del sector académico que brindaron sus sugerencias y aportes: Edgardo Díaz Araujo y Liber Martín –Universidad Nacional de Cuyo-, Aldo Guarino Arias –Universidad Champagnat-, Víctor Guillermo Hernández - Universidad del Aconcagua- y Miguel Mathus –Universidad de Mendoza-.



de más de una década) formuló la actora en la preparación y diagramación de su estrategia de litigio.

Junto a ese trabajo de corte técnico y jurídico, el proceso de elaboración de este responde se enmarcó en un trascendente acuerdo político interpartidario e intersectorial, que ha implicado una constante participación transversal de todos los ámbitos de representatividad social³. **Fruto de tal acuerdo es la suscripción de este responde por parte del Gobernador en ejercicio, Dr. Francisco Pérez y del Gobernador electo, Lic. Alfredo Cornejo.**

Más allá de ese contexto que envuelve a la presente contestación, la presentación de Mendoza en este proceso es sin perjuicio de la constante voluntad de negociación que esta parte presenta y ha presentado con respecto a las necesidades de ambas provincias en el río Atuel, negociaciones que -como veremos oportunamente- han dado lugar a numerosos frutos.

2.- Es necesario poner de manifiesto en este sentido que la vecina Provincia de La Pampa y la Provincia de Mendoza han tenido diversas situaciones en torno al río Atuel, actual objeto del proceso. Esas situaciones implican momentos de negociación y dialogo, con manifestaciones en distintos grados de acuerdo, pero también desavenencias y conflictos como el presente.

³ <http://losandes.com.ar/article/dejan-fuera-de-la-disputa-electoral-el-conflicto-por-el-atuel>

A diferencia de lo expresado por la quejosa, las **situaciones de diálogo y acuerdo son numerosas**, tal cual relatamos en detalle en el presente conteste, en particular al analizar el desarrollo de la obligación de negociar que vincula a las partes.

Pero también han existido desacuerdos, como ya ha tenido bajo su conocimiento VE en el anterior proceso dirimente sustanciado y resuelto en Fallos 310:2478.

Pero a pesar de esos desacuerdos, la apertura al diálogo y negociación ha existido de manera constante en esta parte –como se analizará en el responde en torno al deber de negociar-, incluso a pesar de las severas limitaciones fácticas que presenta la posibilidad de usos futuros por encima de los usos actuales existentes, tal cual contempló expresamente la sentencia recaída en Fallos 310:2478, y que detallaremos a lo largo de este conteste.

Y en esa negociación, que la vecina provincia de La Pampa desprecia injustamente y considera inexistente, incluso Mendoza ha cedido caudales ajenos a la cuenca del río Atuel, que les eran propios, mejorando significativamente la situación con posterioridad a 1987.

La actitud pampeana, sin embargo, a los efectos de una mejor apreciación de la queja y relación que se somete a consideración de VE, es constantemente **conflictiva e intransigente**. De la misma manera que en estas actuaciones no duda en acusar falsamente a esta parte de incumplir el deber de negociar, a lo largo de



todo el proceso negocial que ha existido, permanentemente ha recurrido al agravio, a la tergiversación de las situaciones, y fundamentalmente a una postura caprichosa e irrazonable que niega cualquier análisis que no sea la asignación de usos sobre los caudales que se reconocieron a Mendoza.

Esa lamentable postura intransigente, tensiona constantemente la relación negocial, en cuanto no admite en ningún caso una solución distinta a su postura unilateral, incluso cuando la misma suele basarse en situaciones inexactas.

Este proceso es un claro ejemplo de ello, en cuanto busca forzosamente burlar la autoridad de cosa juzgada que presenta el pronunciamiento que VE emitió en 1987 en los Fallos 310:2478, tal cual pondremos de manifiesto al desarrollar la excepción de cosa juzgada, reclamando caudales que en realidad –según la misma información que publica el Gobierno de La Pampa- actualmente son recibidos de manera efectiva en territorio pampeano, incluso más allá de los usos que realiza Mendoza, como demostraremos al analizar el requerimiento de caudales.

En definitiva, tanto en las negociaciones como en este nuevo proceso, la postura pampeana sólo busca reformular lo que le fue negado por VE en la sentencia dirimente, lo que indudablemente dificulta un análisis constructivo de alternativas. Para La Pampa, la sentencia de 1987 es inexistente, o la interpreta y descontextualiza al punto de hacerla inexistente, y no admite diálogo que no resulte en contradicción con esa sentencia.

Un claro ejemplo de tales posicionamientos, puede verse en estos mismos autos, en el objeto de la demanda dirimente que aquí se contesta. La actora solicita que se declare el supuesto incumplimiento de esta parte a la sentencia de 1987 en relación a la “obligación de celebrar de buena fe convenios para regular **los usos** del río Atuel”. Más eso no fue lo que resolvió VE en Fallos 310:2478, sino algo muy diferente.

Tal “error” en el objeto de la demanda no puede ser una expresión de buena fe, sino todo lo contrario, salvo que exista una impericia grave en los responsables de promoverla (lo que descartamos). Una simple lectura de la sentencia de 1987, muestra que en realidad VE **rechazó expresamente** la posesión de caudales que reclamaba La Pampa así como que se regulen la utilización compartida del río Atuel⁴ entre tanto Mendoza mantenga sus usos actuales aplicados en las 75761 has reconocidas, y exhortó a negociar sobre **una participación sobre “usos futuros”** que se den sobre los

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310: 2478, parte resolutoria: “2) Rechazar la acción posesoria promovida por la Provincia de La Pampa y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/49 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del Río Atuel y sus afluentes, siempre que la Provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie reconocida en el consid. 88”.



existentes⁵, negociación que debía darse dentro de los principios y pautas que se señalan en las consideraciones de la sentencia.

A partir de las negociaciones que se dieron desde 1987, ante el impedimento en generar usos futuros que sean viables técnica y económicamente –dentro de las pautas y principios dados por VE para un uso equitativo y razonable, tal cual analizaremos en los aspectos sustanciales de esta contestación-, Mendoza ha postulado e incluso acordado –cuando ello ha sido aceptado- diversas alternativas de solución.

Un ejemplo claro, es el Tratado de 1992, que brinda como acción de buena vecindad un suministro de agua potable con recursos hídricos externos al río Atuel, correspondientes a una fuente propia de la Provincia de Mendoza, con capacidad de abastecimiento para más del doble de la actual población pampeana.

Más allá del suministro de agua extraña a la cuenca del Atuel acordado en 1992, Mendoza ha realizado otras propuestas de solución, rechazadas por La Pampa sin mayores

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310: 2478, parte resolutoria: “3) Exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los **usos futuros** de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia”.

fundamentos, tal cual detallaremos en las argumentaciones que integran este responde⁶.

Por ello, la postura pampeana es intransigente a cualquier solución que no sea **desconocer el contenido de Fallos 310:2478**, y lograr un caudal desde el río Atuel a costa de los derechos preferentes reconocidos a Mendoza sobre sus históricos usos que existen hasta el día de hoy.

El ropaje ambientalista de este nuevo planteo, en este sentido, permanentemente vinculado a las explotaciones económicas que se daría en La Pampa al caudal ambiental, nos muestra que la actora –más que un “caudal fluvioecológico”- en realidad aspira a acceder a un verdadero caudal “fluvioeconómico”, rompiendo la autoridad de la sentencia de VE de 1987, que rechazó la posesión de caudales solicitada por la actora luego de analizar su inconveniencia en el caso concreto.

El Convenio de 2008, lamentablemente fracasado no sólo por las situaciones fácticas y jurídicas que llevaron su rechazo por la legislatura mendocina, sino también por omisiones esenciales en el trámite por parte de la Nación –como analizaremos infra-, es otro ejemplo de la postura intransigente de la actora. Su

⁶ Así, por ejemplo, se ha propiciado que La Pampa asigne sus caudales excedentes del río Colorado, mediante su trasvase conjunto con los caudales que corresponden a Mendoza según el Tratado de 1976, lo que ha sido rechazado por la actora, a pesar de que el grueso de esas aguas desde hace cuarenta años son dejadas correr al mar de manera inconducente.



artículo 10.k (impuesto en la negociación a pesar de que era formalmente objetado en los informes previos⁷) contemplaba un caudal inmediato, al margen de cualquier ahorro previo que permitiera su existencia, lo que generaba una irregularidad que contribuyó a diluir el éxito de tal iniciativa, y aún así La Pampa prefirió negar cualquier posibilidad alternativa –y viable-.

Este convenio, se encontraba en trámite de aprobación en Mendoza al tiempo en que fue interpuesta esta demanda que hoy contestamos, lo que es contrario a la supuesta voluntad de negociación que alega la actora, siendo esto una de las causales –entre otras- del rechazo legislativo mendocino. No negamos que había transcurrido un plazo considerado desde la firma del convenio hasta ese momento, pero justamente en ese plazo Mendoza afrontaba una **constante situación de sequía** que hacía incierta no sólo la posibilidad política de lograr el acuerdo legislativo necesario, sino especialmente inviable la posibilidad de sustraer aún más agua a los derechos de riego existentes para lograr cumplir ese acuerdo, ya que ello afectaba los usos actuales reconocidos en la sentencia de 1987.

La demora de Mendoza en aprobar o rechazar un convenio de esas características tiene su causa climática, y

⁷ Diversos organismos observaron esta irregularidad **antes** de la firma, y señalaron que de no corregirse el convenio no podría ser aprobado, y de serlo debería ser susceptible de un cuestionamiento judicial. Ver fs. 37/42, 47/49, 335/340 del expediente administrativo 3919-2008, antecedente de la Ley 8661 que desechó en tratado (Anexo XII de la probanza documental).

el apresuramiento de La Pampa en demandar rompió toda posibilidad, si la naturaleza hubiera brindado un chance, de llegar a feliz término. Pero en este tiempo, Mendoza seguía procurando la consolidación de ese convenio, al punto de que –como veremos- había impulsado en la planificación nacional de inversiones del año 2011 la construcción de un acueducto ganadero en territorio mendocino que sería abastecido con los ahorros que buscaba el convenio de 2008.

Además de ello, la intransigencia de la postura pampeana refleja que la misma es elaborada dogmáticamente, y responde más a una construcción discursiva que a la realidad. Esta falencia, hace muy difícil el análisis y discusión, ya que pretenden basarlo en el “mito del río seco” que construyen mediáticamente, pero no en la realidad. Al analizar la queja sobre un caudal ecológico, veremos que las mismas publicaciones técnicas del Gobierno de La Pampa reconocen que no sólo el caudal objeto de tal reclamación es recibido, sino que además existen diversas fuentes que hacen incluso existir mayores aportes que los reclamados.

Lo mismo ocurre en torno al agua para consumo humano con el que pretenden sostener una nueva línea de discusión, la que no sólo reciben artificialmente gracias al trasvase que se realiza desde 1992 con aguas de Mendoza a través de acueducto existente desde Punta del Agua hacia localidades pampeanas en la cuenca del Atuel, sino incluso con disponibilidades propias.

La postura pampeana, de ese modo, hace que la relación comercial pierda constantemente eficacia, y se desgaste



el vínculo diplomático; pero además ello se agrava en el marco de **actitudes agraviantes permanentes** que sólo buscan conflictuar la relación más que buscar contextos de acuerdo. Ejemplo de ello, entre muchas otras, es la Resolución 160/04 de la Cámara de Diputados pampeanos, que analizaremos infra, la que fue acompañada por esta parte a los autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” junto a una solicitud de archivo de esas actuaciones, presentación en la que se reflejaba la dificultad de negociar ante las situaciones agraviantes que generaba La Pampa.

Esta actitud de reeditar un conflicto ya planteado y resuelto hace cuarenta años, acudiendo a ardidés y artificios, argumentos descontextualizados y datos falsos, agrediendo y descalificando a las autoridades e instituciones de una provincia vecina, en lugar de optar por resolver las necesidades del oeste pampeano con recursos ociosos existentes –a la vez que se priorizó la obra pública para llevar sus recursos hídricos a la zona húmeda de esa provincia-, evidencia que más que buscar soluciones a los problemas reales, lo que la actora pretende es mantener vivo un conflicto que ha transformado en una bandera provincial, rodeada de un fuerte discurso público que expone una supuesta lucha que no es tal. Los beneficios de esta postura, desde ya que no están relacionados a la gestión del agua.

3.- Bajo tal contexto, la presente contestación buscará exponer las razones de la Provincia de Mendoza

por las que se considera que la demanda dirimente no puede prosperar. Algunas de tales razones son de corte procesal, y se plantean como excepciones previas y argumentos sobre la improponibilidad de este proceso. Otras hacen a lo sustancial, tanto desde el derecho intrafederal de aguas, como desde el derecho ambiental. Pero fundamentalmente todas ellas confluyen en la trascendencia que las políticas públicas pasadas presentan en la actual configuración ambiental de la cuenca del río Atuel.

Hoy en día, en pleno siglo XXI, con una conciencia y cultura ambiental que ha incidido en el derecho vigente, no podemos sin embargo actuar como si la realidad actual “nació de un repollo”, como dice el adagio popular. Más de tres siglos de desarrollo territorial, y modificación antrópica del entorno, condicionan las posibilidades actuales.

Quizás hoy en día no hubiéramos tomado las decisiones del pasado; o quizás lo hubiéramos hecho de la misma manera. Lo que es seguro, es que no nos podemos cuestionar con la mentalidad de hoy la sustancia de las políticas pretéritas que en su momento optaron –o no- por fundar ciudades, desarrollar cultivos, construir diques o ferrocarriles.



V.- EXCEPCIONES PREVIAS

V.1.- INCOMPETENCIA

De conformidad a lo establecido en el art. 347 inc. 1) del CPCCN, venimos por el presente a interponer excepción previa de Incompetencia, en lo que hace a parte del contenido de la demanda que infra se detalla. Oportunamente y conforme lo establece el art. 354 inc 1) del CPCCN deberá ordenar el archivo de estos obrados, con expresa imposición de costas. Todo ello en base a las razones de hecho y de derecho que se expondrán a continuación.

a- Incompetencia para resolver responsabilidades ambientales en el marco de la jurisdicción dirimente (art. 127 CN)

La actora expresamente ha interpuesto la demanda encuadrando la misma como la queja que habilita el art. 127 CN, y afirma con apoyo en el fallo del 3 de diciembre de 1987 de la misma Corte Suprema que tal proceso no es ni una causa civil ni una controversia de las que compete en el marco del art. 116 CN.

En este encuadre procesal, parte del objeto y contenido de la demanda resulta ajeno a la competencia a la que se ha recurrido y habilitado con esta demanda, siendo la Corte incompetente para tratar materia ajena a los aspectos que habilita el art. 127 CN. Nos referimos al objeto que persigue la actora en cuanto a que se declare la presencia de daño ambiental y se ordene su cese o su recomposición, fijándose un caudal ambiental y creándose estructuras gubernamentales para su gestión.

Los puntos del objeto de la demanda que son alcanzados por esta excepción son:

- Se declare la presencia de daño ambiental como consecuencia de los anteriores incumplimientos y se ordene el cese y su recomposición.
- Se fije un caudal fluvioecológico en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre Provincias y los derechos que le corresponden a la Provincia de La Pampa sobre sus recursos naturales.
- Se fije un caudal ambiental, tanto en lo que hace a la cantidad como a la calidad del agua que debe ingresar al territorio pampeano, y se disponga la realización de las obras para alcanzar el mismo, así como los plazos de ejecución.
- Se condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos en los que incurrió la provincia de Mendoza, tomando como base el estudio de la UNLPam., denominado Cuantificación del Daño Ambiental, que se ofrece como prueba, y aquellos que se padezcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental.
- Se disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del Río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de administrar, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos, y con cargo de suministrar información en



forma periódica a la Corte Suprema de Justicia sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias.

- Se prohíba a la provincia de Mendoza llevar adelante cualquier tipo de acción u obra sobre el Río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua que debe llegar a la Provincia de La Pampa, sin la previa autorización del Comité de cuenca a crearse.
- Se ordene al Estado Nacional brindar colaboración económica, financiera, técnica y toda otra asistencia que resulte necesaria, para implementar las obras cuya realización se disponga tanto en la sentencia definitiva como en la etapa de ejecución.

Argumentamos para entender que esta excepción es procedente que la responsabilidad por daño ambiental es propia de la esfera jurisdiccional, y por ello corresponderá resolverla a la justicia federal o provincial de acuerdo a las reglas de competencia que fija el art. 116 CN y se reflejan en las normas existentes en la materia. Esta competencia bajo la cual se determina la existencia de responsabilidad, es muy distinta a la que corresponde al Tribunal en base al art. 127 CN, donde la Corte Federal resuelve conflictos interprovinciales ante la falta de acuerdos que pueden eventualmente surgir según los arts. 124 y 125 CN.

La simple coincidencia de que al mismo órgano se han encomendado las dos funciones distintas (jurisdicción en competencia originaria –art. 117 CN- y potestad política dirimente –

art 127 CN-) no debe conducir al error manifiesto de entremezclar las mismas, como en un cambalache, perdiendo de vista que la función de decidir el derecho aplicable al caso es diversa en su fin y contenido a la que estatuye el art. 127 CN.

Esta diferencia ha sido reconocida por la misma actora, cuando en su demanda fundamenta una supuesta “ausencia de litispendencia” (punto IX de la demanda), donde expresa que las cuestiones de daño ambiental objeto del proceso que corre ante la misma Corte Suprema en los autos P 732 –caso “Palazzani”- más allá de que se relacionen a este nuevo proceso no pueden ser subsumidas en el mismo “por su amplitud y la vía procesal aplicables”, destacando que “las características particulares y distintivas de la instancia prevista en el art. 127 de la Constitución Nacional, así como la legitimación específica del Estado Provincial para los reclamos previstos en esta acción, impiden subsumir las pretensiones de esta parte en el ámbito, mucho más acotado, del art. 30 in fine de la Ley 25675, tal como ocurre en la causa antes indicada”. Reafirmando aún más que el tema ambiental es ajeno a este proceso, la actora expone que en no puede haber litispendencia con la citada causa por daño ambiental ya que entiende que “no puede pregonarse la existencia de un supuesto de litispendencia entre dos reclamos que distan de ser idénticos y que, además, tramitan por vías distintas, como lo son la competencia originaria para la resolución de casos judiciales (117 CN) y la fundada en la especial legitimación que otorga el artículo 30 de la Ley 25675 con una finalidad exclusivamente ambiental, y la atribución de esta Corte Suprema para dirimir las quejas entre Estados



provinciales que le reconoce el artículo 127 de la Ley Fundamental”. Reafirma estas ideas, entre otras, con la afirmación de que ambas acciones –la de daño ambiental interpuesta por Palazzani y la dirimente que interpone La Pampa- no pueden acumularse en virtud del art. 86 inc. 3 CPCC, ya que son trámites distintos.

Estas afirmaciones de la misma actora en su demanda es un **acto propio** que la condiciona, en cuanto a que los contenidos ambientales son ajenos al proceso dirimente, y corresponden a un trámite de naturaleza distinta que no puede entremezclarse⁸.

En esa misma línea resaltamos que la función jurisdiccional importa la atribución que tienen los jueces para decidir el derecho aplicable al caso, y ha sido regulada para la esfera federal en los arts. 116 y 117 CN; pero ella es muy distinta a aquella

⁸ Sin perjuicio del planteo que efectuamos en este punto, subsidiariamente también fundamentaremos la improponibilidad de la acción al efecto de salvaguardar toda línea defensiva posible, en el razonamiento de que las posibles soluciones al tema aquí planteado conllevan, o aceptar que el proceso del art. 127 CN no habilita a tratar cuestiones de naturaleza jurisdiccional como el daño ambiental –y por ello la Corte debe declararse incompetente en esta materia o determinar la improponibilidad del tema ambiental en este proceso dirimente-; o en su defecto aceptar que si tales cuestiones pueden tratarse en este proceso dirimente, entonces existe imposibilidad de dar curso a esta nueva acción por el impacto que genera el art. 30 de la Ley 25675 a partir del proceso iniciado por Palazzani, y en el que la actora ha comparecido oportunamente, haciendo ello que esta nueva acción sea improponible.

que corresponde a la Corte Suprema en función del art. 127 de la Carta Magna.

Como distingue GUARINO ARIAS, la competencia es una cualidad de la jurisdicción, y de allí que la competencia surge como una cualidad conferida por la ley a los jueces para entender en ciertos asuntos, particulares y concretos⁹. Y por ello, allí donde no hay jurisdicción no puede haber competencia.

Advertimos entonces que el actual proceso encuadrado por la misma actora bajo el art. 127 CN tiene un objeto distinto y mutuamente excluyente con los procesos que corren según el art. 116 CN. Aquí no se ejerce por parte del Tribunal una función jurisdiccional en la que actúa como juez de derecho, y por ello no puede ser competente para entender asuntos que resultan propios de la jurisdicción, sino que lo que se ha habilitado es una función de carácter dirimente de quejas políticas, y por ello no puede resolverse bajo la potestad con que este Tribunal ha sido convocado aquellos aspectos que resultan de una naturaleza puramente jurisdiccional.

En este caso, la Corte Suprema no actúa como Tribunal de justicia, sino como componedor institucional; y por ello la competencia con que ha sido convocado no puede dar lugar a la resolución de responsabilidades que corresponden a la jurisdicción.

Expresamos esto en cuanto el artículo 127 CN habilita un poder en la Corte, cuando es convocada a ello, para

⁹ GUARINO ARIAS, Aldo, *Código Procesal y Civil de Mendoza. Comentado, anotado y concordado*, Tº I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1992, pág. 30



ajustar, fenecer, componer controversias entre las provincias, asegurando la paz interior¹⁰. GELLI en este sentido explica que cuando la Corte Suprema dirime controversias bajo el art. 127, no se trata de una contienda jurídica sino de decisiones políticas que ante el desacuerdo afectan los intereses provinciales¹¹.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la distinción entre las funciones jurisdiccional (art. 116 y 117 CN) y dirimente (art. 127 CN) ha sido extensamente expuesta por la Corte Suprema (principalmente en Fallos 310:2478¹², entre otros), pero también por otros tribunales federales extranjeros. En este sentido, la Corte norteamericana ha expresado que en la función de resolver conflictos entre Estados federados no está en juego la función judicial propiamente dicha, ya que esa actuación es “mucho más de naturaleza política y diplomática que judicial”¹³.

Esta naturaleza no judicial, sino gubernativa o política -similar a la propiamente diplomática de los

¹⁰ FAYT, Carlos, *Nuevas fronteras del derecho constitucional. Dimensión político-institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1995, pág. XXI.

¹¹ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Tº II, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 623

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re La Pampa, provincia de c/ Mendoza, provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de uso, 03 de diciembre de 1997

¹³ Corte Suprema de Estados Unidos in re Missouri v. Illinois, 180 US 208

ámbitos internacionales- de la jurisdicción que otorga el artículo 127 CN puede verse incluso en la metodología formal del esquema constitucional argentino: la segunda parte del texto constitucional refiere a “Las autoridades de la Nación”. En su Título Primero “Gobierno Federal”, Sección Tercera “Del Poder Judicial”, Capítulo Segundo “Atribuciones del Poder Judicial”, los artículos 116 y 117 de la norma máxima estipulan la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando actúa como tribunal judicial. Muy distinto es el régimen del artículo 127 CN, el que es presentado formalmente en la segunda parte de la Constitución, pero de manera ajena al régimen de las atribuciones del Poder Judicial. Por el contrario, su inclusión metodológica en el Título Segundo de dicha parte, regulatorio de los “Gobiernos de Provincia”, expone que en el caso la función de la Corte tiene más que ver con la función de gobierno que con la jurisdiccional.

Amén de todo ello, claramente la Corte Suprema ha separado su función propiamente judicial de la que ejerce al dirimir conflictos entre Provincias bajo el artículo 127 CN, entendiendo que en tal caso su atribución resulta más compleja, de orden político¹⁴, sustitutiva de la relación directa que debería haberse concretado entre las mismas Provincias mediante acuerdos.

Así, con apoyo en la jurisprudencia norteamericana, ha distinguido el ejercicio de la función dirimente de

¹⁴ En Fallos 310:2478, considerando 69, la Corte expresó que: “Estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja, [son] concernientes a las relaciones políticas entre los Estados (Fallos: 166:358, dictamen del Procurador General, Dr. Horacio R. Larreta) [...]”.



la propiamente judicial al entender que aquella requiere más de una experta administración interestadual que de la decisión judicial¹⁵, y consiguientemente entiende que no se encuentra resolviendo causas ordinarias¹⁶ sino solucionando controversias diplomáticas interestadales que ante la falta de acuerdo no podrían ser resueltas

¹⁵ En el ya citado asunto entre La Pampa y Mendoza por las *aguas del río Atuel* y refiriendo a la jurisprudencia norteamericana (320 US 383), la Corte Suprema expresará en relación a las causas sobre aguas interprovinciales que: “[...] debemos recordar que involucran los intereses de cuasi soberanos, presentan cuestiones delicadas y complejas y debido a la posibilidad de una futura alteración de las condiciones existentes, requieran más de una experta administración que de la decisión judicial basada sobre reglas demasiado estrictas. Tales controversias podrían resolverse mediante la negociación y el acuerdo en el marco de la cláusula de los tratados de la Constitución”.

¹⁶ En este sentido, la Corte Suprema argentina (*in re La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos*” (1987), Fallos 310:2478, considerandos 65 y 66) recordó los argumentos de la Corte norteamericana en *North Dakota v. Minnesota* (263 US 365) en cuanto a que: “La jurisdicción y el procedimiento ante esta Corte en las causas entre Estados difiere de los casos de demandas entre particulares [...] la carga de la prueba pesa sobre el Estado demandante de manera más acabada que si se tratara de igual exigencia en un juicio ordinario entre particulares [...]”. Luego (en considerando 68) reitera esta idea aludiendo al precedente *Connecticut v. Massachusetts* (282 US 660), donde su similar estadounidense señaló que: “La determinación de los derechos relativos de los estados contendientes respecto del uso de aguas que los atraviesan no depende de las mismas consideraciones ni están gobernados por las mismas reglas que se aplican para la solución de cuestiones similares de derecho privado”.

entre los Estados interesados más que por la fuerza –lo que internamente no es admisible en una Federación-, ni pueden ser superadas por las normas del incompetente Congreso federal¹⁷.

Especialmente resalta la opinión que el Máximo Tribunal emite en cuanto a la diferenciación entre las causas en las que dirime y las causas en las que sentencia, lo que nos confirma la conformación de su pronunciamiento como un acto de gobierno más que el ejercicio de la función judicial. Así, en el asunto entre La Pampa y Mendoza por las aguas del río Atuel, considerando 69, la Corte entiende que:

¹⁷ En los Fallos 310:2478, la Corte recordó en el considerando 66 los razonamientos de su par norteamericana en *Kansas v. Colorado* (206 US 46): “Como el Congreso no puede formular tratados entre Estados, como no puede, respecto a ciertos asuntos, obligarlos mediante su legislación a actuar independientemente, las disputas entre Estados deben ser resueltas por la fuerza o, en su defecto, mediante un recurso ante los tribunales competentes para determinar su razón o su error. La fuerza, en nuestro sistema de gobierno, está abolida. El claro lenguaje de la Constitución otorga a esta Corte el poder para resolver estas disputas”. También recordó en este sentido el antecedente *North Dakota y Minnesota*, donde la Corte norteamericana expresó que tal particularidad: “[...] nace de la propia génesis de la creación de los poderes que la Constitución le confirió como sustituto para el arreglo diplomático de las controversias entre entes soberanos y una posible respuesta al uso de la fuerza. **La jurisdicción está, por consiguiente, limitada a las disputas que entre Estados enteramente independientes podrían ser materia de un arreglo diplomático [...]** ante un daño o gravamen a su capacidad cuasi soberana”.



“[...] los conflictos interestatales en el marco de un sistema federal asumen, cuando surten la competencia originaria de la Corte en el marco del art. 109 de la Constitución, un carácter diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal. No se trata de una “causa civil” en el concepto desarrollado por las leyes reglamentarias de esa competencia, [...] ni de una controversia de las que ordinariamente resuelven los jueces y cuya decisión les compete por el art. 100 de la Constitución Nacional; la competencia originaria en estos casos requiere tan sólo un conflicto entre diferentes provincias producido como consecuencia del ejercicio de los poderes no delegados que son el resultado del reconocimiento de su autonomía”.

Este criterio, ha sido reiterado con posterioridad por la Corte, al sostener que con su intervención procura la armonía federal y la paz interna, buscando –más que establecer el Derecho aplicable- encontrar una solución que contemple la situación de las Provincias en pugna¹⁸.

¹⁸ "Es dable recordar que el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los Estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requiere que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, mediante el adecuado mecanismo previsto en el art. 127 CN. Estas cuestiones, de naturaleza muchas veces compleja, concernientes a las relaciones entre las provincias (Fallos 166:358), requieren una solución inmediata —aunque contingente— de los problemas planteados que contemple la situación de los

Por todo ello entendemos que bajo la función dirimente que la Constitución Nacional otorga a la Corte en su artículo 127, ésta es incompetente para resolver conflictos de contenido jurisdiccional propios de la esfera de los arts. 116 y 117 CN - como los que hacen a la obligación de recomponer que regula la Ley 25675, y determinar responsabilidades en tal materia-.

Este recorrido argumental ha buscado destacar que el objeto del planteo de la actora, aún cuando se plantee ante el mismo órgano que ejerce la jurisdicción, busca una decisión sobre aspectos que no son propios de la esfera jurisdiccional que habilitan los arts. 116 y 117 de la CN, sino exclusivamente de otra muy distinta, de naturaleza política y no judicial, ceñida al art. 127 CN; y por ello la Corte carece de competencia para intervenir en el presente caso para resolver aspectos propios de jurisdicción en torno a la determinación de responsabilidades ambientales.

Es que la Constitución ha colocado en manos del mismo órgano institución dos competencias de naturaleza distintas, y por ello no confundibles, una judicial -art. 117 CN-, y otra política-gubernativa -art. 127 CN-, no pudiendo entremezclarse en el ejercicio de éstos aspectos que hacen a aquella sin afectarse gravemente tanto los contenidos propios de la naturaleza y alcance de los reclamos y procesos en juego, como los elementos más esenciales de la doctrina republicana que rige en nuestro país.

dos Estados"; Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe* (2000), Fallos 323:1877.



EN RESUMEN, parte del objeto y consiguiente pretensión de la demanda (que se declare la presencia de daño ambiental como consecuencia de los incumplimientos anteriores y se ordene el cese y su recomposición”, así como la fijación de un caudal fluvioecológico y ambiental, un organismo de cuenca para gestionarlo y de una indemnización sustitutiva por daño ambiental, tal cual reseñamos supra en referencia explícita al objeto de la demanda) es un aspecto que no corresponde en su contenido y naturaleza a la actividad dirimente que bajo el art. 127 CN puede resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación en este caso, sino que es un aspecto propio de la función jurisdiccional que el Alto tribunal sólo ejerce como juez de derecho (art. 116 y 117 CN), y por ello la Corte no es competente para resolver cuestiones jurisdiccionales en este proceso dirimente.

El objeto de la pretensión de la actora, encuadrada expresamente como una queja dirimente en los términos del art. 127 CN y no como una acción judicial en el contexto del art. 117 CN, determina de manera **inequívoca e invariable la función del Tribunal, sin que éste pueda alterar el objeto del proceso** iniciado por la Provincia de la Pampa, y por ello no puede reconducir de modo alguno un proceso no judicial en otro de tal naturaleza.

En este sentido, VE en la causa Mendoza ha entendido de manera expresa que el demandante como único titular activo de la relación jurídica procesal tiene absoluta disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discrecionales que

adoptare, con las salvedades reconocidas por el propio ordenamiento procesal, un **límite infranqueable que desecha de plano todo intento -de parte del tribunal** de imponerle la obligación de litigar por un objeto que es ajeno a su interés declarado¹⁹.

En este mismo sentido, en esa causa VE también observó la imposibilidad de ampliar en base a reglas funcionales de orden procesal el rígido contenido de la competencia que le otorga el art. 117 CN²⁰, entendiendo además –en forma coincidente con otros precedentes²¹- que la Corte Suprema debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25.675, pues la circunstancia de que en actuaciones vigentes en el tradicional proceso

¹⁹Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo), 24/08/2006, Fallos 329: 3445.

²⁰ En los referidos Fallos 329:3445, VE expresó que “La indiscutida raigambre constitucional de la competencia originaria y exclusiva de la Corte impide ampliar su rígido contenido con fundamento en reglas funcionales de orden procedimental, que, inclusive, ceden en ciertos supuestos por voluntad del propio legislador (art. 188, incs. 1° a 4° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”.

²¹Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), in re La Pampa, provincia de c/Mendoza, provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de uso, 17/03/2009; in re Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo), 20/03/2007, Fallos 330:1158.



adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, **no configura fundamento apto para permitir la introducción de peticiones y planteamientos** en apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir al proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura.

Consiguientemente, y no estando habilitada la jurisdicción por el alcance de la potestad que otorga el art. 127 CN, la Corte Suprema carece de competencia para entender en los aspectos cuya materia es propia de la actividad jurisdiccional, correspondiendo que la causa omita el tratamiento de estas cuestiones, y oportunamente se archive en los términos del art. 354 inc. 1 CPCCN.

b- Incompetencia para disponer la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del río Atuel

Dentro de los objetos de la demanda dirimente interpuesta, se reclama es la Corte “disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del Río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de administrar, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos”.

En el desarrollo de tal argumento, la demandante alude a los contenidos del Protocolo de Entendimiento de

1989 y del Convenio Marco de 2008, para luego recitar dogmáticamente conceptos genéricos y abstractos sobre la posible existencia de ese tipo de estructuras, lo que analizaremos oportunamente en la contestación de demanda al considerar en subsidio los aspectos sustanciales de este tópico, para el eventual caso de que esta Corte no admita la incompetencia aquí formulada.

Invoca la actora, de igual manera, la creación de los comités de cuenca realizada por la Ley 25688, junto a los principios de la ley 25675, argumentando la necesaria participación del Estado Nacional en tal organismo. Al margen de los cuestionamientos de constitucionalidad que presentan estas normas en la interpretación que pretende la actora, así como la inaplicabilidad sustancial de las mismas al caso, lo que analizamos en la contestación sustancial –a la que remitimos por honor a la brevedad-, lo cierto es que en este momento nos centramos en el análisis de la competencia o falta de competencia que recae en la Corte nacional para resolver lo solicitado en este proceso.

En primer lugar, debemos resaltar que la Corte Nacional es uno de los poderes que integra el Gobierno federal. Y en este sentido, el art. 122 CN veda la posibilidad de que integrantes del gobierno federal intervengan en la definición de las instituciones locales y la designación de las respectivas autoridades, que deben hacer las propias provincias.

La Corte es este sentido ha expresado que el artículo 122 de la Constitución Nacional excluye categóricamente la



intervención del gobierno federal en la integración de los poderes locales²², ya que ello es una competencia privativa y excluyente de las autoridades locales²³, y por ello cuando ese artículo estatuye que las Provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas "sin intervención del Gobierno Federal", incluye en tal precepto a la Corte Suprema, a la que no le incumbe discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme la Constitución Nacional²⁴.

De manera explicativa, VE ha señalado

“Que, como lo determina el art. 122 de la Constitución Nacional, **“las provincias se dan sus propias**

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación in re Cangiano, Jorge Alberto - intendente Municipal de Villa Mercedes San Luis expte. 1-D-99 s/ su denuncia c/Careaga, Ana María -juez titular del Juzgado del Crimen N° 1 Segunda Circunscripción Judicial, sentencia del 08/08/2006, Fallos 329:3021, entre muchos otros.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re in re Trova, Facundo Martín s/jurado de enjuiciamiento, 10/11/2009, Fallos 332: 2504; in re Rojas, Ricardo Fabián s/queja en autos: "Sevilla, Silvia Amanda s/ Jurado de Enjuiciamiento por denuncia formulada por Miguel I. Urrutia Molina en representación de la Municipalidad de El Colorado", 07/10/2008, Fallos 331:2195; in re De la Cruz, Eduardo Matías (Procurador General de la Suprema Corte de Justicia) s/acusa -causa N° 93.631, 22/04/2008, Fallos 331: 810, entre otros.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Córdoba - convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007 s/recurso de apelación y nulidad, 13/11/2007, Fallos 330: 4797

instituciones y se rigen por ellas. Establecen su régimen electoral, eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, **sin intervención del Gobierno federal**", con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra **"Gobierno" incluye a la Corte Suprema, a la que no le incumbe**, tal como lo sostuvo en el caso registrado en Fallos: 177:390, al debatirse la validez de la Constitución de Santa Fe de 1921, **discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 de la Constitución Nacional.**

Que la naturaleza y las implicaciones de la cuestión planteada llevan a destacar que este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos, y ha sentado el postulado axiomático de que "la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación, no para el gobierno particular de las provincias, las cuales, según la declaración del art. 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir: que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 104" (Fallos: 7:373; 317:1195).²⁵

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re C. 1675. XLIII. RECURSO DE HECHO Córdoba - convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007 s/ recurso de apelación y nulidad



Esto para nada se altera por el hecho de que dicha institucionalidad deba ser fijada en el caso de recursos interjurisdiccionales por más de una provincia. El art. 124 CN es claro en cuanto a que la creación de órganos regionales supraprovinciales es una potestad provincial; y con ello, no puede esta Corte extender su actuación más allá de la solución sustancial del conflicto planteado por la quejosa, en torno a los aspectos de fondo. Pero no puede generar de manera inconstitucional estructuras institucionales como la requerida sin avasallar los límites que fija el art. 122 CN al ejercicio de las competencias de un Poder del Gobierno federal.

Traemos a colación que en el acuerdo interadministrativo de coordinación denominado Protocolo Interprovincial de Entendimiento se dio lugar a un mecanismo negocial a través de una Comisión Interprovincial del Río Atuel Inferior, conformada en 1989, la que presenta un Estatuto de funcionamiento aprobado como Anexo I y acompañada en autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” por los Fiscales de Estado de ambas provincias, donde puede atenderse a los fines probatorios.

En ese Estatuto se especifica que el objeto de esa Comisión es desarrollar las acciones, estudios y proyecto para cumplir las metas fijadas en el protocolo de entendimiento interprovincial (art. 2); y que su Comité Ejecutivo debía elevar al Consejo de Gobierno compuesto por los Gobernadores de ambas

provincias los proyectos de acuerdo, convenio, protocolos, etc correspondientes para lograr los objetivos del Protocolo de Entendimiento Interprovincial. Específicamente, se estipula dentro de las Funciones del Comité Ejecutivo de la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior, que el mismo deberá **“b) Proponer la creación de entes u organismos interjurisdiccionales para la ejecución, por administración o por terceros de los estudios, proyectos y obras necesarias para el cumplimiento de los objetivos planteados”**.

En definitiva, tal como encamina este documento, la creación de tal tipo de entes puede ser propuesta a los Gobernadores, quienes finalmente ostentan las potestades constitucionales de suscribir tratados, que eventualmente pueden ser aprobados o desechados por las legislaturas, sin intervención del gobierno federal.

Con ello, y acorde a los arts. 124 y 125 CN, en la medida en que resulten posibles usos futuros en base a las pautas y principios fijados en Fallos 310:2478, existe una previsión formalizada para negociar y en su caso crear un organismo interjurisdiccional, si así se entendiere adecuado en ese momento. Pero intertanto los usos actuales no logren superarse, todo ello es una mera expectativa.

Desde los aportes que el Derecho Internacional realiza al régimen intrafederal, es claro que darse este tipo de organizaciones es un resorte facultativo y discrecional de los ribereños. Tanto las Reglas de Helsinki y Berlín como la Convención de



1997 expresamente advierten que la participación equitativa por parte de los Estados en el curso de agua **no necesariamente implica una cogestión**, sino que cada Estado “tiene derecho, dentro de su territorio, a una parte equitativa y razonable de los usos de una cuenca de agua internacional” (Reglas de Helsinki²⁶), de modo que los Estados del curso de agua de manera equitativa y razonable los “utilizarán en sus territorios respectivos” (Convención de Nueva York). Como observa BARBERIS, “Los recursos naturales compartidos se hallan bajo la jurisdicción exclusiva del Estado en cuyo territorio se encuentran, en donde no hay condominio o coimperio”²⁷.

Tampoco cambia este esquema el contenido invocado por la actora a partir de las normas de presupuestos mínimos. Tales preceptos, nunca podrían interpretarse de modo tal que importen una contradicción con el mandato constitucional, acorde al cual tales normas no pueden alterar la jurisdicción local. El artículo 41 ha sido expreso en cuanto a que la potestad nacional de dictar normas mínimas de protección ambiental se encuentra limitada en todo aquello que implique un avance hacia la jurisdicción local, en consonancia con el límite específico que surge en tal materia del art. 122 CN, más el rol que se le otorga al Congreso en los art. 124 y 125 CN, limitado al mero conocimiento de lo que

²⁶ Las Reglas de Berlín coinciden: “deberán en sus respectivos territorios gestionar las aguas de una cuenca”.

²⁷ BARBERIS, Julio, “La utilización de las aguas subterráneas y el derecho internacional”, Anuario de Derecho Internacional, VIII, 1985, pág. 51 y 78.

resuelvan convencionalmente las provincias, sin potestad aprobatoria alguna por parte de los Poderes del Gobierno Federal²⁸.

Y con ello, la conformación de órganos administrativos que ejerzan potestades sobre territorios provinciales nunca puede ser válidamente instrumentada en procesos ante la Corte Federal, ni a partir de disposiciones emanadas del Congreso o de cualquier otro estamento del Gobierno Federal.

Consiguientemente, y no estando habilitada esta Corte para actuar más allá de la resolución de la queja planteada en sus aspectos sustantivos, siendo un impeditivo constitucional la intervención de la misma en la formación de las

²⁸En este sentido se explaya el mismo Gregorio BADENI, Reforma Constitucional e Instituciones Políticas, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, pág. 436. En igual sentido, RIVEROS, Jorge Luis, Tratados interprovinciales, Mediterránea, Córdoba, 2006, pág. 78; FRIAS, Pedro, Introducción al Derecho Público Provincial, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 103. GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, Tº II, Buenos Aires, 2008, pág. 611. Reafirmando los análisis dogmáticos, puede atenderse que el proyecto original de Alberdi fue modificado por la Convención Constituyente, reemplazándose a iniciativa de Gorostiaga de manera expresa el sistema aprobatorio por el de mero conocimiento. En este sentido, la opinión de Gorostiaga expuesta en día 30 de abril de 1853 explicaba que “debía respetarse la soberanía e independencia de las Provincias y cuidarse mucho de que el Poder ya Legislativo, Ejecutivo o **Judicial del Gobierno Federal, no invadiese**, aplicándolo a casos inoportunos, los respectivos poderes de las Provincias” (conf. Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, Sesiones de 1852-54, Talleres Impresores Oficiales, La Plata, 1917, pág. 196).



instituciones locales, la Corte Suprema carece de competencia para entender en los aspectos cuya materia es propia de la actividad jurisdiccional, correspondiendo que la causa excluya el tratamiento de esta cuestión y oportunamente se archive en los términos del art. 354 inc 1 CPCCN.

V.2.- EXCEPCION PREVIA DE COSA JUZGADA

Que conforme lo autoriza el art. 346 del CPCCN deducimos en tiempo y forma excepción de cosa juzgada como de previo y especial pronunciamiento (CPCCN, art. 347 inc. 6), solicitando que, previa sustanciación, V.E. haga lugar a la articulación declarando que lo que constituye la materia o pretensión deducida en estos autos ya ha sido resuelto por sentencia firme dictada por este Tribunal con fecha 3 de diciembre de 1987 en la causa L. 195. XVIII. “La Pampa, provincia de c/ Mendoza, provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de uso”²⁹ y disponiendo el archivo de las presentes actuaciones (CPCCN, art. 354 inc. 2).

La norma procesal que sirve de fundamento a esta defensa establece: *“Cosa juzgada. Para que sea procedente esta excepción, el examen integral de las DOS (2) contiendas debe demostrar que se trata del mismo asunto sometido a decisión judicial, o que por existir continencia, conexidad, accesoriedad o*

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 310:2478

subsidiariedad, la sentencia firme ya ha resuelto lo que constituye la materia o la pretensión deducida en el nuevo juicio que se promueve.”

a- Conexidad por identidad y por extensión

FALCÓN³⁰ enseña que la norma transliterada trata de modo prácticamente integral el tema de la *conexidad*, precisando a renglón seguido las distintas clases. Se ocupa en primer lugar de la *conexidad por coordinación* (dos pretensiones del mismo rango articuladas en el mismo u otro proceso), tanto por *identidad* (cuando ambas causas son absolutamente iguales) como por *enlace* (cuando hallándose vinculadas las causas por el *título* pudieran no respetar el orden de los sujetos, la cosa demandada o los hechos, pero cuya solución se encontrara en una situación de antinomia); y en segundo término aborda la *conexidad por subordinación* (cuando una causa es dependiente de otra), ya sea por *continencia* (un causa contiene a la otra), *accesoriedad* (cuando una causa depende de otra principal), o *subsidiariedad* (cuando una causa entra de modo secundario para el caso de que otra principal no sea acogida, o cuando una causa depende sustancialmente de la resolución de otra previa que habilita su tratamiento).

A renglón seguido, señala que la *conexidad por extensión* se da cuando, sin apreciarse estrictamente los requisitos anteriores, se advierte que los decisorios resultarían

³⁰FALCÓN, Enrique M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2011, T. II, pág. 289/291



contradictorios. Aquí las causas son distintas, pero el examen de las contiendas permite ver que se trata de un asunto que tiene conexión por sus efectos. De manera que resuelto definitivamente el primer proceso, el segundo ya no puede resolverse, porque, como ya hemos dicho, su sentencia violentaría el sistema al violar la regla lógica elemental de que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo lugar.

Agrega que no obstante la clasificación enunciada, en diversos capítulos el CPCCN considera a la identidad como una categoría autónoma de conexidad. Respecto de la primera cuestión “examen integral de las dos contiendas”, constituye una norma concreta que permite adscribirse a la doctrina que mejor asegura el cumplimiento de la finalidad de la cosa juzgada, que es el previo examen de las dos contiendas y tiene dos vertientes, una relativa a la identidad (conexidad por coordinación de identidad), otra referida a los efectos o consecuencias de un proceso sobre otro (conexidad por extensión). En el primer caso, *identidad*, se han iniciado dos procesos iguales entre los mismos sujetos, con la misma pretensión y basada en los mismos hechos, requiriendo además la misma petición. En el segundo caso, el tribunal debe estar facultado para decidir si, por tratarse del mismo asunto, aun cuando formulado de manera diferente, **se impone que la jurisdicción no sea expuesta a contradicción**. La coincidencia de dos acciones se reconoce por la comparación del contenido de la sentencia -en la extensión en que constituye cosa juzgada- con el de la nueva demanda.

Este es precisamente el supuesto que se verifica en autos ya que, contrastando la sentencia dictada por V.E. el 3 de diciembre de 1987 en la causa L. 195. XVIII. "La Pampa, provincia de c/ Mendoza, provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de uso" con la pretensión deducida en este nuevo juicio, ineludiblemente se concluye que lo que constituye la materia o pretensión aquí deducida ya fue definitivamente resuelto en el recordado decisorio.

En la sentencia definitiva que sirve de fundamento a la presente defensa, V.E. oportunamente resolvió:

"2) Rechazar la acción posesoria promovida por la Provincia de La Pampa y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/49 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del río Atuel y sus afluentes, siempre que la Provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie reconocida en el consid. 88".

*"88) Que de los antecedentes reseñados surge la necesidad de determinar cuál es la extensión de la superficie efectivamente abastecida con agua del río Atuel sobre la cual las partes discrepan. Mientras La Pampa la estima en 54.178 ha. al deducir los aportes que atribuye a caudales foráneos, Mendoza sostiene que debe computarse la que aparece como sistematizada en los cálculos de los fotointérpretes, es decir, 90.000 ha.; aunque no resigna su derecho a regar las 132.636 sobre las que existen concedidos derechos de riego.
(...)*



... el Tribunal entiende que resulta apropiado computar el área sometida a rotación de cultivos, toda vez que si bien no encuadra en la condición de sujeta a riego "permanente" que definen aquellos expertos, se encuentra en ese estado por las exigencias de un buen riego agrícola. De tal forma, la superficie afectada al riego derivado de las aguas del río Atuel alcanza a 75.761 ha."

Si bien la actora se embarca en un denodado intento de restringir el alcance que cabe asignar a dicho decisorio, lo cierto es que ha sido V.E. quien, en la misma causa y en oportunidad del dictado de la resolución del 17/03/2009, ha sintetizado con absoluta claridad qué se resolvió en la sentencia de 1987:

*"... el referido pronunciamiento, dictado al amparo de la jurisdicción dirimente prevista en el anterior artículo 109 de la Constitución Nacional (actual artículo 127), tuvo como antecedente la demanda de la provincia de La Pampa, encaminada a que "se condene a la provincia de Mendoza a no turbar la posesión que ejerce y le atañe... sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la subcuenca del Río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto en la Resolución 50/49 de Agua y Energía Eléctrica y **para que se reglen los usos en forma compartida entre ambas provincias dueñas del recurso**" (conf. fs. 460/462).*

Sobre esa base, **esta Corte** declaró que el río Atuel es interprovincial, **rechazó** la acción posesoria y **la pretensión de que se regule la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus afluentes (siempre que la provincia de Mendoza mantenga los usos consuntivos aplicados sobre la superficie afectada al riego de 75.761 ha.)**, y exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y pautas fijadas en los considerandos de la referida sentencia (conf. fs. 1123/1251, ya citadas).” (cons. 3º, el destacado pertenece a este escrito).

Resta atender la particular alegación contenida en la demanda de que los considerandos 117 a 126 del fallo no son más que un *obiter* en los cuales el Tribunal analiza una hipótesis no presente en el caso como sería un reclamo de La Pampa que no respetara los usos consuntivos.

Al respecto y contrariamente a lo argüido por la contraria, baste recordar que -según consolidada doctrina de la Corte- las sentencias constituyen una unidad lógico-jurídica cuya parte dispositiva no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y jurídicos efectuado en su fundamentación (Fallos: 306:2173) o, en otros términos, es un todo indivisible en cuanto a la recíproca integración de su parte dispositiva con los fundamentos que la informan (Fallos: 311:509 y 2120). No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte



dispositiva lo que da validez y fija los alcances del pronunciamiento: estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión (Fallos: 304:590).

Además de ello, ponemos de manifiesto que la lectura de dichas consideraciones que la actora pretende reducir a un mero *obiter* demuestra que VE no se expresó en las mismas de un modo innecesario a la resolución del conflicto o de manera ajena al mismo, y la consiguiente fijación de las reglas que se aplican a las partes actualmente.

Por una parte, la posibilidad de usos futuros sobre los que las partes deben negociar, ha sido encauzada por el mismo “sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia” (resolutivo 3 de la sentencia), los que son reseñados en esos considerandos.

Y por otra, el considerando 117 explícitamente refiere que “aún” si La Pampa no hubiera expuesto un acto propio de reconocimiento al uso actual mendocino, el respeto de las 75761 has en cuestión no dejaba de resultar la solución del caso a la luz del derecho aplicable a los cursos de aguas interprovinciales, lo que muestra que más que una consideración extraordinaria dichos considerandos constituyen un fundamento del decisorio adoptado.

b- La cuestión ambiental en la sentencia de 1987

Sostiene la actora que el decisorio que motiva esta defensa nada resolvió acerca de la existencia de daños ecológicos y ambientales derivados de la utilización del río Atuel por la Provincia de Mendoza, considerando que se trataba de aspectos prácticamente desconocidos hace treinta años en nuestro país.

Pues bien, las constancias de la causa L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” muestran una realidad diametralmente opuesta a la invocada en esta reedición del conflicto ya zanjado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada toda vez que el contenido ambiental no ha sido extraño al proceso sustanciado y resuelto en Fallos: 310:2478.

Por ello los aspectos planteados desde esa óptica por la Provincia de La Pampa y ya resueltos en esa causa se superponen con los de la presente, tal como se desglosa a renglón seguido:

-En referencia al Decreto N° 1560/73 se afirmó “medida ésta que en nada revierte el problema y la degradación ecológica continúa ...” (demanda p. 7)

-Cuando se citan los estudios de destacados especialistas ajenos a la Administración Pública pampeana y cuya imparcialidad tildan de inobjetable se consignó: “E) Al desarrollarse velozmente en las décadas de 1920 y 1930 los cultivos de riego en Alvear, Real del Padre, Carmensa, etc, comienzan a advertirse aguas



abajo, incrementados, los retroalimentos negativos en el geosistema.-
F) Los feed-backs negativos en La Pampa se advierten como sigue: a) alteraciones ecológicas en fauna y flora; b) empobrecimiento de los acuíferos y descenso de napas; c) crecientes porcentajes de sales nocivas en aguas de las napas subterráneas; d) aumento de la superficie de salitrales en reemplazo de los antiguos bañados; e) desaparición de lagunas y atrofia de cauces; aparición de 'uadis' entre los 36º S y el complejo de Urrelauquen; f) disminución de la potabilidad del agua en los cauces a cielo abierto." (demanda p. 13 vta. y 14)

-En el Capítulo VI - CONSECUENCIAS DEL CESE DE LOS ESCURRIMIENTOS DE LAS AGUAS DEL RIO ATUEL EN TERRITORIO PAMPEANO se concluye "La degradación ecológica, las causales de la misma, los datos estadísticos, las posibilidades de revertir este proceso mediante una optimización de los aprovechamientos, se encuentran debidamente acreditados con las pericias que se acompañan". (demanda p. 25).

Debe advertirse muy especialmente que la referida acción de la Provincia de La Pampa no fue rechazada por cuestiones probatorias, sino que justamente en base a la amplia prueba rendida se comprobó un "uso actual" equitativo en Mendoza y por ello la demanda fue rechazada en lo sustancial.

En atención a ello, resulta de aplicación la doctrina del Tribunal atinente a que **la eficacia de la cosa juzgada se extiende a las cuestiones que aunque no hayan sido objeto de**

tratamiento expreso en los considerandos han sido planteadas en el proceso, en tanto el rechazo de la demanda entraña un pronunciamiento adverso a la procedencia de la cuestión (Fallos: 308: 1150).

Aplicando las directrices que emanan del decisorio citado se concluye que la sentencia recaída en el juicio mencionado precedentemente, cuyos alcances se analizan, constituye la finalización de un proceso de conocimiento mediante la cual el tema intrínseco de la controversia ha tenido una definición sustancial no basada en contingencias procesales, que desestimó la pretensión, por lo que adquirió el carácter de cosa juzgada. La eficacia de esta última se extiende así a las cuestiones que aunque no hayan sido objeto de tratamiento expreso en sus considerandos, han sido planteadas en el proceso (Fallos: 301:883; 302:1363; 305:1803), en tanto el rechazo de la demanda entraña un pronunciamiento implícitamente adverso a la procedencia de la cuestión ... Lo contrario implicaría autorizar al litigante vencido a reincidir indefinidamente en el ejercicio de una misma acción cuando, en razón del desacierto de su planteo inicial, le sea imputable a él -y no a su contrario- dejar así pendiente la “seguridad jurídica” (Fallos: 289:151).

Esta clara doctrina judicial se encuentra en sintonía con la autorizada opinión de COUTURE³¹ en cuanto sostiene que la eficacia de la cosa juzgada se extiende necesariamente a aquellas

³¹COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Edición, Bs. As., Depalma, 1962, pág. 431



cuestiones que han sido objeto de debate expreso en el juicio anterior y que, sin ser motivo de una decisión explícita, han sido resueltas implícitamente en un sentido o en otro, como antecedente lógico de la decisión.

c- La alegada modificación de las circunstancias de hecho y las normas de orden público posteriores al dictado de la sentencia

Tal como se expresara en el acápite anterior de esta defensa, la pretendida modificación de las circunstancias de hecho ensayada para intentar sortear la autoridad y eficacia de la sentencia firme no es tal, puesto que la no tan novedosa cuestión ambiental ya integró el *tema decidendum* en 1987.

Se verifica así que bajo la alegación de la modificación de las circunstancias de hecho que habilitaría la revisión del fallo lo que realmente subyace es un cambio de argumentación jurídica que, como es sabido, no transforma a la actual pretensión en una diferente si se sustenta en las mismas circunstancias de hecho (Fallos: 308:1150) y persigue igual finalidad que el juicio anterior (Fallos: 328:3299).

Esta conclusión se colige de afirmaciones de la actora tales como que se ha producido una modificación en los caudales jurídicamente disponibles, ya que hoy, a la luz del desarrollo del derecho ambiental y otros derechos humanos, sólo puede

disponerse de aquellos caudales que exceden los necesarios para mantener el ecosistema y el medio ambiente.

En tal sentido, V.E. ha dicho que si un derecho ha sido afirmado o negado en un proceso habrá identidad de objeto a los efectos de la cosa juzgada si en un nuevo proceso se pone en cuestión el mismo derecho, aun cuando sea para sacar de él otra consecuencia que no hubiera sido deducida en el proceso originario (Fallos: 116:220 y 169:330).

Y justamente el objeto de la demanda y su pretensión, conforme expresamente ha identificado la actora, no es más que un replanteo de lo resuelto bajo el ropaje de una nueva argumentación jurídica, y con ello las variantes argumentales que hoy se plantean no permiten reeditar la decisión firme que esa Corte adoptó en torno a lo que debe ser tenido por equidad y razonabilidad en el uso de las aguas del río Atuel.

Se afirma posteriormente que un cúmulo de normas jurídicas de orden público que se enuncian, originadas con posterioridad a la sentencia de 1987, son directamente aplicables a las relaciones jurídicas que vinculan a las provincias de La Pampa y Mendoza en la cuenca del Atuel.

Para refutar esta alegación profusamente desarrollada en el escrito de demanda baste señalar que no resulta óbice a la procedencia de la defensa de cosa juzgada la invocación como fundamento de la pretensión de normas de orden público posteriores al decisorio de 1987 toda vez que V.E. ha sostenido en



forma reiterada que **la cosa juzgada** está íntimamente ligada a la seguridad jurídica, representa una exigencia vital del orden público, **tiene jerarquía constitucional** y es uno de los presupuestos del ordenamiento social, cuya ausencia o debilitamiento pondría en crisis a la íntegra juridicidad del sistema. (Fallos: 313: 1297).

También ha dicho que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteraciones ni aún por vía de la invocación de leyes de orden público, porque la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales tiene igual carácter y constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica; la autoridad de la sentencia debe ser inviolable tanto con respecto a la determinación imperativa del derecho sobre el cual requirió pronunciamiento judicial, cuanto en orden a la eficacia ejecutiva de este último (Fallos:184:137; 209:303 y 405; 235:171 y 512; 243:306 y 467; 259:289; 266:167; 271:388; 307:1289 y 1709; 311:495, 651 y 2058; 312:122, entre muchos otros).

Finalmente, el marco jurídico del derecho intrafederal que proviene del ámbito internacional, es decir la Convención de Nueva York de 1997, expresamente ha limitado la aplicación de cualquiera de sus novedosos contenidos a las relaciones jurídicas preexistentes entre los Estados. En efecto, el artículo 1 de la misma estipula claramente que:

nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a los derechos u obligaciones de un Estado del curso de agua

derivados de acuerdos que hayan estado en vigor respecto de él en la fecha en que se haya hecho parte en la presente Convención.

Igual solución arroja el régimen general que rige las relaciones entre Estados mediante Tratados. La Convención de Viena de 1969 expresamente acuerda en el art. 28 que el derecho de los tratados reconoce el principio de irretroactividad. Con ello, los acuerdos bajo el art. 125 CN, o la solución dirimente en su defecto según el art. 127 CN, no pueden obligar a Mendoza en contradicción con los derechos que reconoce Fallos 310:2478.

Y sobre tal base, la relación jurídica establecida entre Mendoza y La Pampa en Fallos 310:2478 no puede ser alterada luego por normas posteriores, como pretende la actora en perjuicio de la preclusión y cosa juzgada que la rige.

d- La cosa juzgada en los procesos sustanciados en el marco del art. 127 de la constitución nacional

A renglón seguido, la actora encara una compleja tarea enderezada a justificar el aserto de que no es posible aplicar, sin más, el instituto de la cosa juzgada a la resolución de los conflictos interprovinciales, concluyendo que éste tendría una aplicación cuanto menos moderada en la competencia prevista por el art. 127 de la constitución nacional.



Si bien podríamos adentrarnos en una acalorada discusión doctrinaria sobre la naturaleza jurídica de la sentencia definitiva que dirime una queja planteada ante la Corte por una Provincia frente a otra en los términos del art. 127 de la Carta Magna, lo cierto es que la improcedencia del argumento tendiente a diluir la autoridad y eficacia del decisorio de 1987 se avizora en primer término a partir de tres circunstancias generales relevantes, sin perjuicio del análisis particular que realizamos infra (punto V.2.f) en relación a la cosa juzgada en los procesos dirimentes.

La primera de ellas es que fue dictada en un proceso *contencioso* y recayó sobre la *fundabilidad* de la pretensión allí introducida³². Vale decir, en palabras de V.E., que el tema intrínseco de la controversia tuvo una definición sustancial no basada en contingencias procesales que culminó con el rechazo de la pretensión.

La segunda razón es la referencia explícita del Máximo Tribunal en su decisión del 17/03/2009 a los límites objetivos de la "cosa juzgada" derivada del pronunciamiento recaído en la causa L-195-XVIII "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos". (cons. 5°).

No empece a esta conclusión el intento de la actora de demostrar que el uso de comillas disminuiría el alcance del término empleado. En tal sentido, baste recordar el ya clásico aporte

³² cfr. PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Tomo V, Actos Procesales, Tercera Edición, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2011, pág. 469/470

de COUTURE: el concepto jurídico de cosa juzgada es algo más que la suma de sus dos términos, es una forma de autoridad y una medida de eficacia³³.

Y, por último, la evaluación de la contradictoria conducta de la Provincia de La Pampa asumida en el escrito de demanda toda vez que funda basalmente su pretensión en la declaración de interprovincialidad del río Atuel efectuada en el primer punto de la sentencia de 1987 (asumiendo así que sería irrevisable aún en el marco de un proceso dirimente por haber sido objeto de juzgamiento previo), para luego desconocer tal carácter al resto del decisorio en cuanto hace a los derechos reconocidos a la Provincia de Mendoza en el punto 2 y su expresa remisión al cons. 88). La doctrina de los actos propios impide a la contraria desconocer la aplicatoriedad de la sentencia que ella misma invoca, ya que de lo contrario, correspondería de igual manera que VE reconsidere también el alcance de la supuesta interjurisdiccionalidad del río Atuel, atendiendo el concepto de río que fija actualmente el art. 235 CCyC, donde “se entiende por río **el agua, las playas y el lecho por donde corre**, delimitado por la línea de la ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias”, siendo que el cauce del Atuel ha perdido la existencia de caudales permanentes en su sector interprovincial, tal cual argumentó esta parte en el proceso dirimente ya resuelto.

³³COUTURE, op. cit., pág. 400



e- Conclusión: el examen de ambas contiendas muestra claramente que no son susceptibles de coexistir

La presente excepción, en definitiva, expone que es imposible que coexistan el conflicto ya decidido en Fallos 310:2478 con la pretensión de la actora, la que en definitiva procura interferir con lo ya resuelto en 1987, reeditando la discusión bajo un nuevo ropaje.

En lo atinente a la evaluación jurisdiccional de la posibilidad o no de coexistencia de ambas contiendas la jurisprudencia ha elaborado diversas pautas cuya aplicación al caso ocurrente conducen inexorablemente a la procedencia de la defensa aquí articulada.

Ha dicho ese Tribunal que para establecer la existencia de cosa juzgada corresponde realizar un examen integral de las contiendas y así determinar si la sentencia firme ha resuelto ya lo que constituye la pretensión deducida en los nuevos autos; no es estrictamente necesaria la concurrencia de las tres identidades clásicas, pues lo esencial es determinar si los litigios considerados en su conjunto, son idénticos o no, contradictorios o susceptibles de coexistir³⁴.

En sentido coincidente ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de Mendoza³⁵ que la idea de

³⁴ Fallos: 316:3126 y 312:1856

³⁵Sala I, LS 379-194

incompatibilidad de ambos juicios como pauta para el examen de las identidades objetivas de la cosa juzgada es un antiguo criterio de la doctrina al que siempre se acude con provecho³⁶. También, desde otra perspectiva, y a los fines de rescatar para los jueces el arbitrio de establecer si los litigios considerados en su conjunto son o no idénticos, lo cual significa abandonar el rígido supuesto de las tres identidades (causa, objeto y sujetos) para diagnosticar la existencia o no de la cosa juzgada, algunos autores han expuesto: fue Colombo quien reivindicó en lugar de las tres identidades, la identidad de las controversias, apoyándose, para ello, en estas claras razones: 1) los jueces no pueden estar atados por fórmulas inflexibles que rijan la existencia o no de la cosa juzgada, 2) debe, al contrario, autorizárseles a un examen previo e integral de las contiendas para que determinen si existe entre ellas conexión, continencia, accesoriedad o subsidiaridad, y si la jurisdicción corre riesgo de contradecirse. Y además acuñó esta fórmula: no hay cosa juzgada si ambas contiendas pueden coexistir: la hay en caso contrario³⁷.

Criterio al que también adscribe la Suprema Corte de Buenos Aires³⁸ al considerar que ante la necesidad de establecer cuáles son los elementos que permiten determinar si en

³⁶ conf. COUTURE, ob. cit. p. 432/436

³⁷ Conil Paz, Alberto, Pasatismo de las tres identidades para la cosa juzgada, en LA LEY 1996-E-278

³⁸ Ac. C. 72.917, 28/05/2010, "Z., C. F. y otros contra Banco de la Provincia de Buenos Aires. Rectificación y reapertura de cuenta corriente. Daños y perjuicios".



un caso se pretende volver sobre algo ya resuelto por la jurisdicción o si se trata en verdad de una controversia distinta conforme a la teoría de la identidad de cuestión, el juez no se encuentra atado a fórmulas legales que definan los requisitos de la cosa juzgada: previo examen integral de las dos contiendas, debe encontrarse facultado para determinar si por tratarse del mismo asunto o si por existir conexión, continencia, accesoriedad o subsidiaridad, la jurisdicción no deba correr el riesgo de ser inducida a contradicción. No hay cosa juzgada si las dos contiendas pudieran coexistir y la hay, en caso contrario (conf. Ac. 50.633, sent. del 9-XI-1993; Ac. 52.901, sent. del 22-III-1994; Ac. 54.338, sent. del 12-IX-1995; Ac. 53.938, sent. del 30-IV-1996; Ac. 96.526, sent. del 14-XI-2007).

A riesgo de ser repetitivo, el examen de ambas contiendas originadas por la utilización de las aguas del río Atuel muestra claramente que las mismas no pueden coexistir puesto que con motivo de tal conflicto esa Corte ya efectuó, mediante sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: i) una declaración de certeza positiva: *el río Atuel es interprovincial*; y ii) una declaración de certeza negativa: *es improcedente la pretensión de la provincia de la Pampa de que se regule la utilización compartida de la cuenca de ese río y sus afluentes siempre que la provincia de Mendoza mantenga los consuntivos aplicados sobre la superficie afectada al riego de 75.761 ha.*; exhortando a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los **usos futuros** de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y pautas fijadas

en los considerandos de la referida sentencia, exhortación que -como se verá a continuación- ha sido lealmente receptada por la Provincia que representamos.

En el caso, también debemos poner de manifiesto que el **principio de irrelevancia del *nomen iuris*** con el que la actora encuadra su pretensión³⁹ hace que la cosa juzgada no pueda ser desconocida. No interesa que la actora denomine “daño

³⁹ VE ha señalado en estos casos “Que las instituciones jurídicas no dependen del nombre que se les dé, sino de su naturaleza intrínseca” (Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Rossi, Norberto Aldo y otro el Gas Natural Ban S.A. (GNBSA) s/ daños y perjuicios, sentencia del 25/02/2014); resaltando además que “Es principio aceptado desde antiguo por la Corte que no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, si se advierte que las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se les dé o asigne por los otorgantes del acto o el legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica económica y entonces, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda, o lo que es equivalente, los caracteres que la ciencia del derecho exige para que se configuren los distintos hechos y actos jurídicos (Fallos: 21:498; 289:67 y 318:676)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Establecimiento Liniers S.A. c. Estado Nacional - ley 26.095- Ministerio de Planificación - resol. 2008/06 y otros s/ amparo ley 16.986, sentencia del 11/06/2013). Del mismo modo, ha sostenido que “La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyen (doctrina Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A., sentencia del 04/06/2013)



ambiental” a la configuración de la realidad bajo el esquema de distribución de caudales validado en 1987, o que particularice lo que solicita con el nombre de “caudal ambiental” o “caudal ecológico”, si es claro que **su verdadera pretensión es obtener lo que se le negó en Fallos 310:2478 bajo un nuevo “ropaje jurídico”⁴⁰**, ya que en definitiva lo que constituye el objeto de la demanda es obtener la regulación del cauce y un escurrimiento que en 1987 VE denegó expresamente a la luz de los principios aplicables al caso.

Por todas las razones de hecho y de derecho expuestas en este capítulo, y de conformidad a lo establecido en los arts. 347, 354 y ccs. del CPCCN, solicitamos a V.E. haga lugar a la excepción de cosa juzgada y ordene el archivo de la presente causa.

⁴⁰ “En ningún caso, el *nomen iuris* utilizado por el demandante ata al juez quien está constitucional y legalmente investido de imperium para declarar cuál es el derecho aplicable (cfr. doctrina de Fallos: 327: 3010). No está demás hacer presente que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se les presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (cfr. doctrina de Fallos: 315:158, 992 y 1209, entre otros). Tal cometido, por lo demás, debe ser armonizado con la necesidad de acordar primacía a la verdad objetiva, considerada como una exigencia propia del adecuado servicio de la justicia que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional y que **impide el ocultamiento o la desnaturalización de la realidad mediante la utilización de ropajes jurídicos inapropiados**” (“Bodegas y Viñedos Saint Remy”, Fallos: 279:239) (Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Monteagudo Barro, Roberto José Constantino c/Banco Central de la República Argentina si reincorporación, sentencia del 28/10/2014).

f- La *res judicata* en los procesos dirimentes: aportes del derecho internacional e intrafederal

Más allá de los conceptos generales expuestos supra (punto V.2.d), el hecho de que el presente proceso transcurra bajo las reglas propias de la jurisdicción dirimente de la Corte, no inhibe en lo más mínimo este planteo, en la medida en que la *res judicata* es una regla aplicable incluso a las relaciones que se deben resolver –como los procesos dirimentes- bajo reglas y principios del derecho internacional e intrafederal.

En ese tipo de normas, en forma coincidente con las reglas procesales internas que hemos invocado supra, se considera a la cosa juzgada como aquello que ha sido decidido por el juez para **poner fin** a un diferendo⁴¹.

Si no existiere la cosa juzgada en la jurisdicción dirimente, los conflictos **nunca** serían en realidad dirimidos, y **no tendrían fin**. Cada vez que cambie la composición del Tribunal, el conflicto se volvería a llevar al mismo con la esperanza de

⁴¹ SALMON, J. (s.l.d.), *Dictionnaire de Droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pág. 170: “Ce qui a été tranché par le juge pour mettre fin à un différend”. En terminus similares FOX, J., *Dictionary of International and Comparative Law*, 3th Ed., New York, Ocean Publications, Dobbs Ferry, 2003, pág. 281: “Res Judicata (L): a judicially decided issue”. BASDEVANT, J. (p.s.l.p.U.A.I.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirey, 1959, pág. 114: “Ce qui a été décidé par un juge pour mettre fin à une contestation qui lui était soumise”.



un criterio de justicia distinto, lo que es repugnante al sistema jurídico y político que se basa en un Estado de derecho que brinda seguridad jurídica.

Es fundamental en este sentido avizorar que el poder que el artículo 127 CN habilita en la Corte para dirimir controversias entre las provincias tiene por fin **asegurar la paz interior**⁴², tal cual ha resaltado VE⁴³. Y si tales diferencias no fueran realmente resueltas de manera definitiva, si pudieran renacer cada vez que hay una oportunidad política en base al posicionamiento de nuevos integrantes del Tribunal, no existiría en realidad garantía alguna de la referida paz interior.

Por otra parte, la cosa juzgada en el ámbito internacional –con impacto claro en el derecho intrafederal- no ha sido sólo prevista expresamente en las normas procesales propias de tal esfera –arts. 59 y 60 del Estatuto de la Corte Permanente de

⁴² FAYT, Carlos, *Nuevas fronteras del derecho constitucional. Dimensión político-institucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 1995, pág. XXI.

⁴³ En este mismo sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe, Fallos 323:1877.: "Es dable recordar que el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los Estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requiere que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, mediante el adecuado mecanismo previsto en el art. 127 CN".

Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia; art. 3 Estatuto Corte Centroamericana de Justicia- sino que además ha sido señalado como un principio general de derecho que debe respetarse en las relaciones interestaduales⁴⁴.

⁴⁴ JENKS, W., *The prospects of International Adjudication*, London, Stevens & Sons, 1964, págs. 266-268, 281; LAUTERPACHT, H., *Private Law Sources and Analogies of International Law (with special reference to international arbitration)*, London, Archon Books, 1970, págs. 42, 206-207, 302; CHENG, B., *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, Grotius Publication, 1987, págs. 6-21 y 336-372; SORENSEN, M., *Manual of Public International Law*, New York, St Martin's Press, 1968, págs.146-148 y "Principes de Droit International Public", *Recueil des Cours*, vol. 101, 1960-III, págs. 19-27; BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, New York, Oxford University Press, 7^o Ed., 2008, pág. 18; MENDELSON, M., "The International Court of Justice and the sources of international law", en LOWE, V. et FITZMAURICE, M. (Eds.), *Fifty years of the International Court of Justice: essays in honour of Sir Robert Jennings*, Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996, pág. 80; LAGRANGE, E., "Letiers à l'instance devant les juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM)", en RUIZFABRIE, H. et SOREL, J.M., *Les tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, pág.35; AL-QAHTANI, M., "The Status of would-be intervening States before the International Court of Justice and the Application of Res Judicata", *L.P.I.C.T.*, vol. 2, 2003, págs. 269-270; ROUSSEAU, Ch., *Droit international Public*, Paris, Sirey, 1970, págs.370-397, en pág. 386; SHAW, M., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 5th Ed., 2003, págs. 92-98; SCOBIE, I., "Res Judicata, Precedent and the International Court: A Preliminary Sketch", *A.Y.B.I.L.*, vol. 20, 1999, pág. 299; BATRA, T.S., *International Institutions, The UN Charter and the International Court of Justice*, Bookhive, New Delhi, 1987, págs. 276-283; SCHLESINGER, R.,



El mismo *Comité Consultivo de Juristas* que estuvo a cargo de la preparación del proyecto de Estatuto para el establecimiento de dicha Corte Internacional, en sus discusiones sobre el actual artículo 38 que rige a ese órgano y que dispone la aplicación de los principios generales del derecho como fuente jurídica, en varias ocasiones se refiere a la *res judicata* como un principio general de derecho⁴⁵, tal como expresamente lo ha puesto en resalte la misma

“Research on the General Principles of law recognized by civilized nations”, A.J.I.L., vol. 51, 1957, pág. 737.

⁴⁵*Procès-verbaux des séances du comité, 16 de juin-24 juillet 1920, avec annexes*, La Haye, van Langen huysen frères, 1920, págs. 315-316 (postura de A. RICCI-BUSATTI y Lord PHILLIMORE), pág. 335 (postura de Lord PHILLIMORE, quien expresaba: “[L]a sentence a été rendue d’après le principe de droit commun de la chose jugée. C’est un principe qui a le même caractère de droit que n’importe quelle règle formulée. En general tous les principes du droit commun sont applicables aux rapports internationaux. Ces sont en fait des règles de droit international”). En este mismo sentido, ver también WALDOCK, H., “General Course of Public International Law”, *Recueil des Cours*, vol. 106, 1962-II, pág. 59; LIMBURG, J., “L’autorité de la chose jugée des décisions des juridictions internationales”, *Recueil des Cours*, vol. 30, 1929-V, págs. 523-526. PELLET, A., *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Thèse, Paris II, 1974, págs. 426-427., expresa en este sentido que la *res judicata* es uno de los principios de derecho internacional cuya existencia nadie pone en duda y que ha pasado de los principios generales reconocidos en derecho interno a las disposiciones convencionales (artículos 59 y 60 del Estatuto).

Corte Internacional de Justicia como fundamento para reconocerle dicho carácter de principio general⁴⁶.

Desde la jurisprudencia internacional, ha sido clara la temprana recepción del principio de la cosa juzgada como imperativo inexcusable, como lo expresó la Corte Permanente de Justicia Internacional al ver en dicho instituto una exigencia de la buena administración de justicia que era la base fundamental de la comunidad internacional, en cuya ausencia las relaciones jurídicas sucumbirían en la incertidumbre absoluta⁴⁷.

⁴⁶Corte Internacional de Justicia, in re Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, pág. 36, párr. 12., donde expresamente entendió que la primacía del principio de *res judicata* ha sido reflejado en la redacción del artículo 60 del Estatuto de la Corte. En igual sentido, in re South West Africa, Second Phase Judgment, I.C.J. Reports 1966, Opinión del Juez Jessup, págs. 332-333, donde expresamente se ha tenido presente que el Comité Consultivo de Juristas de 1920 lo había reconocido como un principio general de derecho.

⁴⁷Corte Permanente de Justicia Internacional, in re *Service Postal Polonais à Dantzig*, Série C, Nº 8, pág. 340: “[S]’impose impérieusement à quiconque se rend compte de la nécessité, pour une bonne administration de la justice, que les décisions judiciaires devenues définitives entre deux Parties litigantes ne puissent être remises en question et qu’elles constituent désormais la base inébranlable des rapports mutuels des Parties. Sinon, la sûreté des relations juridiques tomberait, pour céder la place à une incertitude absolue. [...] [c]ar, dans la vie internationale, les dimensions se multiplient et les répercussions de tout ébranlement de ces bases se renforcent infiniment. C’est pourquoi, surtout dans le domaine du droit international public, le respect de l’autorité



Numerosos precedentes posteriores han reiterado la correspondencia de la aplicación de la cosa juzgada como principio jurídico que rige en el ámbito de las relaciones entre Estados⁴⁸, de modo que los pleitos concluidos deben ser tenidos como

de la chose jugée doit être au-dessus de tout doute, comme comptant parmi les principes les plus fondamentaux qui soient à la base de la communauté internationale”.

⁴⁸Corte Permanente de Justicia Internacional, in re Interpretation des Arrêts Nos 7 et 8 (Usine de Chorzów), C.P.J.I., Série A, N° 13, Opinión del Juez Anzilotti, pág. 27. Corte Internacional de Justicia, in re Effects of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954, I.C.J. Reports 1954, pág. 53; in re in re South West Africa, Second Phase Judgment, I.C.J. Reports 1966, Opinión del Juez Jessup, págs. 332-333, y Opinión disidente del Juez Koretsky, pág. 240; in re Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1982, pág.40, párr. 30 e in re Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf(Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pág. 218,párr. 47; in re Demande en interprétation de l’arrêt du 11 juin 1998 en l’affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, pág. 36, párr. 12; in re Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, párrs.114-120; in re Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening), Judgment of 11 September 1992, I.C.J. Reports 1992, pág. 610, vers. francesa, párr. 424; in re Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), Arrêt du 20 avril 2010, Opinión Separada del Juez Cançado Trindade, párr. 24; in re Legal

terminados de manera definitiva, sin que las partes puedan desconocer los resultados de un pleito y pretender replantear la queja en uno posterior⁴⁹.

Con claridad ha dicho la Corte Internacional de Justicia que el efecto principal de la cosa juzgada es la **preclusión del reclamo**, de modo que impide una futura demanda con la misma pretensión⁵⁰, principio que también ha sido sostenido por VE

Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, Opinión Separada del Vice-Presidente Ammoun, pág. 83; in re Sentence arbitrale du 31 juillet 1989, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, Opinión disidente conjunta de los jueces Aguilar Mawdsley y Ranjeva, pág. 122, párr. 8; in re Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, Opinión Separada del Juez Owada, pág. 289, párrs.13-15, y Opinión Separada del Juez Ad hoc Kreca, pág. 460, párr. 5; entre otros.

⁴⁹En particular, esta conclusión es expresada en Corte Internacional de Justicia, in re in re Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, párrs. 115: “That principle signifies that the decisions of the Court are not only binding on the parties, but are final, in the sense that they cannot be reopened by the parties as regards the issues that have been determined, save by procedures, of an exceptional nature, specially laid down for that purpose”.

⁵⁰Corte Internacional de Justicia, in re Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, Opinión Separada del Juez ad hoc Kreca, pág. 459, párr. 3: “[t]he primary



en el orden interno en base a la necesidad de seguridad jurídica⁵¹.

En definitiva, la Corte Internacional de Justicia al abordar el principio de la *res judicata* ha expresado que el mismo tiene dos propósitos, a saber, que todo litigio llegue a su fin y que el mismo caso no sea litigado nuevamente. Estos propósitos reflejan, en primer lugar, la necesidad de estabilidad de las relaciones interestadales que obedece a que todo litigio tenga que terminar, de acuerdo con la función que le ha sido asignada a esa Corte en su Estatuto –en forma similar al art. 127 CN- que estipula su deber de decidir los litigios que le son sometidos, y en segundo lugar, como un interés de las Partes en un juicio, que los aspectos que han sido

effect of *res judicata* in the procedural sense is claim preclusion - meaning that a future lawsuit on the same cause of action is precluded (*non bis in idem*), whereas the effect of *res judicata* in the substantive sense is mainly related to the legal validity of the Court's decision as an individualization of objective law in the concrete matter -*pro veritate accipitur*- and, also, to the exclusion of the application of the principle of *stare decisis*".

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Mierez, Alfredo Rubén y otros s/asociación ilícita etc. -causa n° 78/03-. 14/02/2012, Fallos 335:58: "El reclamo del apelante por el respeto de la preclusión y la cosa juzgada es susceptible de tutela inmediata, aun cuando la resolución recurrida -que declaró mal concedido el recurso contra la anulación del sobreseimiento- no constituye estrictamente la sentencia definitiva de la causa al no pronunciarse de modo final sobre el hecho que se le imputa, ya que se alega el desconocimiento de principios que constituyen uno de los pilares esenciales en que se funda la seguridad jurídica y que deben ser respetados salvo supuestos en que no haya existido un auténtico y verdadero proceso judicial".

decididos no sean objeto de un nuevo juicio, en cuanto el artículo 60 de su Estatuto expresa con meridiana claridad la finalidad de las sentencias; y privar a una Parte de los beneficios de una sentencia dictada a su favor debe ser vista como una violación de los principios rectores de la solución jurídica de conflictos⁵².

Esta misma solución, en el derecho intrafederal comparado, también ha sido aplicada por la Corte norteamericana al resolver conflictos entre Estados similares a los que corresponde a VE bajo la jurisdicción dirimente del art. 127 CN.

Así, el Tribunal norteamericano ha sostenido que bajo los principios de la casa juzgada, un Estado no puede efectuar quejas sobre cosas ya resueltas en sus relaciones con otros Estados, y la Corte debe proceder a desechar su reclamación⁵³.

⁵²Corte Internacional de Justicia, in re Application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, párr. 116: “First, the stability of legal relations requires that litigation come to an end. The Court’s function, according to Article 38 of its Statute, is to “decide”, that is, to bring to an end, «such disputes as are submitted to it»”.

⁵³Corte Suprema de Estados Unidos, in re New Hampshire v. Maine - Amicus (On Motion to Dismiss), 2000 Term, No. 130, Original: “Under principles of res judicata, New Hampshire may no longer make claim to a boundary on Maine's shore. The Court should accordingly dismiss New Hampshire's complaint. [...] Under the doctrine of res judicata, coupled with this Court's decision in New Hampshire v. Maine, the Court may dismiss New Hampshire's complaint without the need for further development of the factual record. [...] Because the Court's resolution of those issues was clear



En relación concreta a la participación en los cursos de agua, la Corte norteamericana ha observado la procedencia de la cosa juzgada en un proceso entre Arizona y California, en el que también habían intervenido el Estado Federal –por sus establecimientos y reservas aborígenes- , y los Estados de Nevada, New México, Utah⁵⁴.

En ese conflicto sobre las aguas del río Colorado, en 1964 la Corte emitió un Decreto estableciendo reglas de distribución a las debían ajustarse las partes en conflicto, aunque disponiendo cierta provisoriedad de la decisión al fijar en el art. IX de ese resolutive que cualquiera de las partes podría solicitar en base a ese decreto la modificación del régimen dispuesto, a cuyos efectos la

and essential to its decree, New Hampshire is precluded from re litigating them and, in particular, from now claiming that its boundary with Maine along the Piscataqua River is at the low water mark on the Maine shore. A decree of this Court adjudicating the boundary between two States is intended to constitute a permanent determination on which the respective States and numerous private parties may rely. Where, as here, the Court's decree also expressly sets forth the Court's determination of underlying issues of law and fact on which the decree itself is predicated and which the Court and the parties therefore found necessary to address, the decree must be understood, absent a strong showing to the contrary, to constitute a definitive resolution-and to bar relitigation-of those issues as well. New Hampshire has made no contrary showing here. CONCLUSION: The motion to dismiss should be granted”.

⁵⁴Corte Suprema de Estados Unidos, in re Arizona v. California, 460 U.S. 605 (1983)

Corte se reservó la jurisdicción en base a la demanda en la que estaba entendiendo y resolviendo con ese alcance.

Efectuada una petición de modificación del resolutivo de 1964 por parte de uno de los litigantes –acompañado de las tribus de las reservas federales que pretendían ser beneficiadas con la readjudicación de caudales- la Corte entendió que aunque no hay duda de que, si estos reclamos fueron presentados en un procedimiento diferente, un tribunal no tendría facultad de reconsiderar el asunto debido a la operación de la cosa juzgada, en dicho proceso en particular el art. IX del Decreto de 1964 imponía una conclusión distinta⁵⁵.

Es decir, si el Decreto de 1964 no hubiera expresamente contenido ese régimen particular de provisoriedad y revisión de su contenido, lo acordado en el mismo no podría haber sido

⁵⁵Corte Suprema de Estados Unidos, in re Arizona v. California, 460 U.S. 605 (1983): “There is no question that, if these claims were presented in a different proceeding, a court would be without power to reopen the matter due to the operation of res judicata. That would be true here, were it not for Article IX of the 1964 decree which provides:

"Any of the parties may apply at the foot of this decree for its amendment or for further relief. The Court retains jurisdiction of this suit for the purpose of any order, direction, or modification of the decree, or any supplementary decree, that may at any time be deemed proper in relation to the subject matter in controversy.

We agree with the United States and the Tribes that this provision grants us power to correct certain errors, to determine reserved questions, and, if necessary, to make modifications in the decree”.



sometido a revisión por aplicación de las máximas propias de la cosa juzgada. En otras palabras, el principio de cosa juzgada es una máxima aplicable en los procesos de resolución de conflictos sobre cursos de agua interestaduais, y sólo se relativiza cuando la resolución preexistente así lo ha contemplado de manera expresa, cosa que no ocurre en Fallos 310:2478.

Con este concepto, entonces, este principio procesal es de aplicación inevitable en el presente proceso, sea desde las disposiciones procesales locales que la Corte aplica para los procesos de conocimiento que corren ante la misma, o desde las disposiciones propias del ámbito internacional que corresponde aplicar a los procesos dirimentes.

V.3.- FALTA DE LEGITIMACION

De conformidad a lo establecido en el art. 347 inc. 3) del CPCCN interponemos excepción previa de Falta de Legitimación. Oportunamente y conforme lo establece el art. 354 inc 2) del CPCCN deberá ordenar el archivo de estos obrados, con expresa imposición de costas. Todo ello en base a las razones de hecho y de derecho que se expondrán a continuación.

V.3.a- Falta de legitimación activa

Esta excepción, la interponemos en primer lugar en relación a toda responsabilidad que se le reclama en este proceso a la Provincia de Mendoza en torno a la actual configuración del ambiente en el territorio pampeano, en cuanto en virtud del artículo 30 de la Ley 25675.

De acuerdo a esa norma, deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, **no podrán interponerla los restantes**, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros en el proceso iniciado. Es decir, en estos procesos de incidencia colectiva la ley 25675 ha cercenado la legitimación activa en aquellos casos en que ya ha sido interpuesta la acción respectiva, evitando que otros legitimados ejerzan la acción en forma paralela o simultánea.

La misma Corte ha aplicado esta norma impidiendo el curso de una acción por daño ambiental cuando existe otra ya iniciada, e incluso negando su acumulación, debiendo el nuevo litigante sumarse como tercero a la causa preexistente⁵⁶.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo), 20/03/2007, Fallos 330:1158, donde expresó: “Ello es así, en la medida en que **el art. 30 de la ley 25.675 expresamente excluye la facultad de promover una nueva demanda o reclamación cuando la pretensión ha sido introducida con anterioridad por algunos de los titulares reconocidos en ese texto legal**, sin perjuicio del derecho de tales justiciables a intervenir como terceros. Con tal comprensión, corresponde denegar la pretensión de los presentantes de



Tal negatoria de acumulación, en el presente caso, se potencia por los propios argumentos de la actora en la p. 371 de su demanda, en cuanto la diferente naturaleza de los procesos dirimientes y judiciales impiden su acumulación y tratamiento conjunto (art. 86 CPCC), ello sin perjuicio que el objeto de ambos procesos no puede convivir.

Justamente, el planteo que acá efectuamos es que en los autos N° P. 732. XLVI. Caratulados “PALAZZANI, MIGUEL ANGEL C/MENDOZA, PROVINCIA DE Y OTRO S/AMPARO AMBIENTAL”, los que radican ante ese mismo Tribunal en el marco de su competencia judicial originaria (arts. 117 CN), se ha iniciado una acción reclamando daño ambiental por un particular que sostiene ser legitimado según el art. 30 de la Ley 25675, estando La Pampa interviniendo como tercero en ese proceso.

Esa causa, fue oportunamente iniciada en diciembre de 2010 por un particular que ha invocado el carácter de afectado en los términos del artículo 10 de la Ley 25675, habiendo esta parte contestado dicha demanda en julio de 2014. En esa causa, al igual que en la presente, también interviene la Provincia de La Pampa y el Estado Nacional, los que han sido citados a tomar la intervención que pudiere corresponderles en la misma en los términos del art. 94 CPCCN, con anterioridad a que la actora interpusiera la presente

la causa V.625.XLII. [...] con el alcance autónomo que la formulan y, en consecuencia, admitir únicamente la participación de los nombrados en este proceso en condición de terceros interesados [...]”.

demanda que estamos contestando. Es más, existe una coincidencia temporal entre la presentación de la actora en ambas causas.

En honor a la brevedad, los fundamentos que hacen a la presente excepción también son desarrollados desde otra perspectiva procesal –a efectos de salvaguardar toda vía defensiva- al fundar la improponibilidad de la acción, en el punto VI de esta presentación, a donde remitimos en honor a la brevedad.

Nos limitamos a señalar aquí que la ponderación de la naturaleza y objeto de ambas causas –la demanda dirimente que hoy se responde y la que planteó oportunamente Palazzani- muestran que el objeto vinculado al daño ambiental y su recomposición que se efectúa en estos obrados –incluyendo el requerimiento de un caudal ambiental- es coincidente con el propio del antecedente preexistente que identificamos.

Y que la Ley 25675 contempla que “deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, **no podrán interponerla los restantes**, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros”.

Nada distingue la ley sobre el tipo de acción deducida. Luego, si (contrariamente a lo que argumentamos en nuestra excepción de incompetencia) se sostiene que una demanda de daño ambiental colectivo también puede ser interpuesta bajo el art. 127 CN, entonces la Ley 25675 excluye tal posibilidad en caso de que tal objeto ya haya sido demandado por otro legitimado.



En definitiva, si no se acepta nuestra excepción de incompetencia, y se considera que el daño ambiental puede ser objeto de este proceso dirimente, entonces La Pampa carece de legitimación para iniciar un nuevo proceso con el objeto del ya iniciado por quien invoca ser afectado en una causa previa, y por ello la acción debe ser rechazada.

V.3.b- Falta de legitimación pasiva

Esta excepción, la interponemos también en relación a toda responsabilidad que se le reclama en este proceso a la provincia de Mendoza en torno a la actual configuración del ambiente en el territorio pampeano o los usos del agua para necesidades actuales poblacionales, por entender que dicho ambiente y su disponibilidad hídrica es producto de las políticas que sobre ese territorio ha desarrollado el Estado Nacional, e incluso el mismo Estado de La Pampa una vez que el mismo se constituyó como provincia autónoma, políticas que han llevado a VE a decidir en Fallos 310:2478 sobre los actuales caudales que se prefieren en Mendoza, rechazando en ese proceso la posesión de caudales por la Provincia de La Pampa.

De los hechos que exponemos en nuestro responde y de los análisis que manifestamos en tal defensa, surge con claridad que el estado actual del ambiente en la cuenca no es obra de la Provincia de Mendoza, sino en su caso de las políticas activas y

omitivas del Estado Nacional y de la misma actora, todo en acuerdo con el Fallo que VE emitió en 1987.

Nos referimos a que en definitiva, cuando en Fallos 310:2478 VE dispuso en base a las reglas jurídicas aplicables preferenciar los usos actuales del agua que existían en la cuenca sobre el territorio de Mendoza, lo que en definitiva hizo fue reconocer que la configuración de la cuenca y su ambiente había sido producto de políticas desarrolladas en Mendoza por el Estado provincial, pero en especial en el actual territorio pampeano cuando era Territorio Nacional bajo administración del Gobierno Nacional.

En esos Fallos, VE tuvo en consideración que se encuentra probado a finales del siglo XIX en ambos ámbitos territoriales empezaron desarrollos territoriales propios de las políticas de colonización, aunque ambos casos tuvieron resultados deferentes: mientras que Mendoza tuvo una política integral que llevó al crecimiento y consolidación del actual oasis humano allí existente, en territorio pampeano las políticas desatendieron la colonización del suroeste provincial –prefiriendo el desarrollo de la zona húmeda de la provincia-, y con ello, cuando los usos mendocinos crecieron, ya no existían actividades que fueran afectada en La Pampa⁵⁷.

Es decir, si las políticas nacionales hubieran sido otras, al resolver la causa en 1987 VE hubiera considerado los usos en La Pampa a los que correspondía un caudal

⁵⁷ En honor a la brevedad, remitimos al análisis más extenso que realizamos de estas circunstancias al contestar la demanda, tanto en los hechos como en el punto VI del responde.



determinado. Pero ello no fue así, y tales usos no existieron ni fueron afectados por Mendoza; si La Pampa carece de asignación de caudales reconocidos en Fallos 310:2478, no es por la política de ocupación territorial en Mendoza, sino por la política contraria en La Pampa, y ello no dependía de Mendoza ni era una obligación que pueda reclamársele a la misma.

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

Otro tanto ocurre con la infraestructura física que ha sido determinante para la actual situación, en cuanto ha regulado el caudal del Atuel de modo que los excedentes estacionales se distribuyen en otras épocas del año, cesando la mayor parte de caudales sobrantes. Nos referimos al Dique Los Nihuales, construido por la Nación según la decisión unilateral que adoptó mediante Ley 12650. Puede consultarse el texto de dicha norma, para observar que la misma reviste una decisión fundada en el desarrollo energético del país que adoptó la Nación en ejercicio de las potestades discrecionales que el Congreso tiene para generar un régimen de fomento, tal como VE ha calificado dicha norma en Fallos 310:2478.

No desconocemos que a partir de esa norma Mendoza suscribió en 1941 un convenio con la Nación, donde se convino que la actividad de generación eléctrica no afectaría el uso preexistente del agua en los cultivos existentes, y que una vez

amortizado mediante la generación eléctrica el costo de las obras las mismas serían donadas a Mendoza. Pero ello no quita que la decisión de llevar adelante la obra es originariamente nacional, y lo que Mendoza hizo sólo fue autorizar el uso de su territorio –como contemplaba el entonces art. 67 CN⁵⁸-, condicionando tal uso a la no afectación de los usos del agua ya existentes.

Destacamos que de la misma manera que en Fallos 310:2478 se determinó que ese convenio de 1941 no era oponible a la Provincia de La Pampa –por haber sido firmado por el Estado Nacional, a pesar de que ello fue en tiempos en que ese Estado administraba el actual territorio pampeano-, hoy La Pampa no puede oponer el mismo convenio en perjuicio de Mendoza, buscando encontrar alguna responsabilidad en lo que Mendoza y Nación pactaron en aquel momento.

Otro tanto puede señalarse en torno a la ausencia de decisiones del Congreso en ejercicio de la cláusula del progreso. La Pampa fundamenta su demanda en el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias. Pero el crecimiento en territorio pampeano es responsabilidad de La Pampa o del Congreso (con medidas de fomento y estímulo), mas no de Mendoza.

⁵⁸ Art. 67 CN- “Corresponde al Congreso: [...] Ejercer una legislación exclusiva en todo el territorio de la Capital de la Nación, y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional”.



Con ello, resulta que el actual estado de la cuenca se configuró –más que por el uso pacífico y sin conflicto que realizó Mendoza en un comienzo- por la falta de usos que implementó la Nación, más la alteración de flujos que ocasionó la obra nacional construida por voluntad y poder discrecional de la Nación.

Esta situación generada por las políticas activas u omitivas del Poder Ejecutivo Nacional y del Congreso Nacional, se consolidó con una resolución del propio Poder Judicial de la Nación actuando como autoridad dirimente. La preferencia de uso en las 75671 has existentes en Mendoza, rechazando la posesión de caudales que realizaba en ese momento la Provincia de La Pampa (incluso invocando los efectos ambientales existentes) en concreto fue una decisión de VE en Fallos 310:2478.

En definitiva, entonces, si los caudales que hoy se consumen en Mendoza fueron asignados por la Corte Suprema de la Nación en Fallos 310:2478, y si esa asignación se efectuó considerando que la falta de uso que las políticas nacionales produjeron en el territorio de La Pampa hacia que no resultara equitativo y razonable cesar los caudales destinados a Mendoza, entonces las responsabilidades por daño ambiental que se procuran en la acción que respondemos no corresponden a la Provincia de Mendoza.

Finalmente, y como explayaremos con mayor desarrollo en otros puntos del responde de la demanda, si con posterioridad a la asignación de caudales que efectuó Fallos 310:2478,

las políticas pampeanas han dispuesto del agua no utilizada en el río Colorado, trasvasando las mismas al lejano extremo norte de la provincia en lugar de atender las necesidades regionales del sur provincial⁵⁹, ello tampoco es algo que pueda achacarse a Mendoza.

Más aún, si la significativa financiación que ha implicado el desarrollo de esa infraestructura que distribuye caudales en todo el territorio provincial de La Pampa con excepción de la zona propia de la cuenca del río Atuel ha sido solventada económicamente de manera exclusiva por la Nación, con montos extraordinarios que son superiores a décadas de inversión pública ordinaria⁶⁰. Y si además, cuando la previsión de acueductos para dotar

⁵⁹ Sobre este aspecto, remitimos en honor a la brevedad al desarrollo que efectuamos en el relato de los hechos y en especial en el punto VII de la contestación de la demanda.

⁶⁰ Mediante el "Convenio de Aporte" de fecha 30/11/1996 suscripto entre Nación y La Pampa, y ratificado por la Ley 24805, el Gobierno Federal se comprometió a brindar el apoyo técnico, económico y financiero con el objeto de asistir a la construcción y operación de un sistema de acueductos que proveyera de agua a todo el territorio provincial. En el artículo 1º de la Ley citada se estableció que el GOBIERNO NACIONAL debería incluir en los proyectos de presupuestos nacionales de los DIEZ (10) años subsiguientes un aporte anual no reintegrable a la PROVINCIA DE LA PAMPA de DOLARES ESTADOUNIDENSES DIECIOCHO MILLONES (U\$S 18.000.000), cuyo primer aporte correspondería materializarse en enero de 1998. El 29 de diciembre de 1997 se celebró entre la PROVINCIA DE LA PAMPA y las autoridades ejecutivas nacionales un Acuerdo destinado a instrumentar lo prescripto por la Ley 24805, comprometiéndose la Provincia a la construcción de la obra "Acueducto Río Colorado" y la Nación a efectuar la transferencia de la suma U\$S 180.000.000, en carácter de asistencia financiera no reintegrable, en



de agua a dicha zona, si bien había sido momentáneamente incluida en los planes nacionales de desarrollo que se elaboran en base a las prioridades que fija cada provincia, luego se ha dejado de lado y eliminado de la planificación por voluntad de Nación y La Pampa, quedando en nada la idea de desarrollar infraestructura que dote de agua al área vinculada a la cuenca del Atuel⁶¹.

En definitiva, el actual estado del ambiente en el suroeste pampeano y la disponibilidad hídrica allí existente son las que fijó VE en Fallos 310:2478, en base a las políticas nacionales que configuraron ese territorio antes de que sea una

DIEZ (10) cuotas anuales consecutivas de DOLARES ESTADOUNIDENSES DIECIOCHO MILLONES (U\$S 18.000.000) a partir de enero de 1998. Tales recurso han sido sistemáticamente erogados por la Nación, según las previsiones presupuestarias, como las contenidas –por ejemplo– en las Leyes de presupuesto 26442 (art. 25) y 26337 (art. 90), entre otras.

⁶¹ El Plan Estratégico Territorial diseñado en 2008 por Nación en base a las prioridades de cada provincia contemplaba un acueducto desde Puelén hasta Santa Isabel. Sin embargo, en versiones posteriores tal acueducto ha dejado de ser considerado como obra a desarrollar. Ver: *Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, pág. 220/221 y 224 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>]; *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, págs. 66/7 y 139 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

Provincia; y si así se mantiene esa realidad, es porque las actuales políticas pampeanas han preferenciado exportar agua desde la región suroeste de la provincia hacia el norte de la misma, en lugar de ejercer una política de desarrollo puntual, y nada de ello es propio de un actuar de esta parte.

VI.- IMPROPONIBILIDAD DE LA ACCION

VI.1- Improponibilidad de la acción por el art. 30 de la Ley 25.675 y litispendencia

En subsidio, ante el hipotético caso que VE no hiciere lugar al planteo de incompetencia, falta de legitimación y cosa juzgada que hemos efectuado, de conformidad a lo establecido en el art. 30 de la ley 25675, venimos por el presente a denunciar la improponibilidad de la acción planteada.

ARAZI explica que la demanda es improponible cuando la pretensión en forma manifiesta no cumple con las condiciones para obtener una sentencia favorable⁶². La Suprema Corte de Buenos Aires, en este sentido, ha expresado que **cuando el objetivo jurídico perseguido está excluido de plano por la ley, cuando ésta impide explícitamente una decisión a su respecto, o cuando la improcedencia deriva de la inidoneidad -juzgada en**

⁶²ARAZI, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tº I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 286



abstracto- de los hechos en que el reclamo se sustenta para obtener, a partir de ellos, una sentencia favorable, entonces nos hallamos ante una petición que no pudo ni debió –al menos en esos términos– ser planteada; esto es: nos hallamos ante una demanda objetivamente improponible⁶³.

En ese encuadre, y más allá de que entendemos que las pretensiones vinculadas a recomposición ambiental –por su naturaleza judicial (art. 116 y 117 CN)- no puede esbozarse en el marco de la intervención de VE como Tribunal dirimente (art. 127 CN), tal como hemos expuesto en la excepción respectiva, en el supuesto en que la Corte no se hubiere declarado incompetente, en todo caso se constituye una situación de improponibilidad de la acción que impone el rechazo de la demanda.

En particular, y sobre la base normativa que brinda explícitamente la Ley 25675, resultan improponibles por la existencia de una causa ambiental previa que se encuentra en curso los siguientes objetos requeridos por la actora en el presente proceso:

- Se declare la presencia de daño ambiental como consecuencia de los anteriores incumplimientos y se ordene el cese y su recomposición.
- Se fije un caudal fluvioecológico en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua

⁶³Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, in re C., A. M. c. Policía Bonaerense s/ Indemnización por enfermedad accidente, ley 24.028 (causa L. 96.188), 28/05/2010.

a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre Provincias y los derechos que le corresponden a la Provincia de La Pampa sobre sus recursos naturales.

- Se fije un caudal ambiental, tanto en lo que hace a la cantidad como a la calidad del agua que debe ingresar al territorio pampeano, y se disponga la realización de las obras para alcanzar el mismo, así como los plazos de ejecución.
- Se condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos en los que incurrió la provincia de Mendoza, tomando como base el estudio de la UNLPam., denominado Cuantificación del Daño Ambiental, que se ofrece como prueba, y aquellos que se padezcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental.
- Se disponga la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del Río Atuel, con la participación del Estado Nacional, a fin de administrar, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca, a los efectos ambientales y productivos, y con cargo de suministrar información en forma periódica a la Corte Suprema de Justicia sobre el cumplimiento de su sentencia y secuelas necesarias.
- Se prohíba a la provincia de Mendoza llevar adelante cualquier tipo de acción u obra sobre el Río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua que debe llegar a la Provincia de La Pampa, sin la previa autorización del Comité de cuenca a crearse.



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

El planteo que efectuamos tiene como antecedente los autos Nº P. 732. XLVI. Caratulados “PALAZZANI, MIGUEL ANGEL C/MENDOZA, PROVINCIA DE Y OTRO S/AMPARO AMBIENTAL”, los que radican ante ese mismo Tribunal en el marco de su competencia judicial originaria (arts. 117 CN).

Esa causa, fue oportunamente iniciada en diciembre de 2010 por un particular –Miguel Ángel Palazzani- que ha invocado el carácter de afectado en los términos de la Ley 25675, habiendo esta parte contestado dicha demanda en julio de 2014. En esa causa, al igual que en la presente, también interviene la Provincia de La Pampa y el Estado Nacional, los que han sido citados a tomar la intervención que pudiere corresponderles en la misma en los términos del art. 94 CPCCN.

E incluso, la Provincia de La Pampa tuvo conocimiento de esa causa en forma previa a la interposición de la presente demanda que se responde, ya que fue citado como tercero a la misma.

La ponderación de la naturaleza y objeto de ambas causas –la demanda dirimente que hoy se responde y la que

planteó oportunamente Palazzani- muestran que el objeto vinculado al daño ambiental y su recomposición que se efectúa en estos obrados – incluyendo el requerimiento de un caudal ambiental- es coincidente con el propio del antecedente preexistente que identificamos.

En efecto, el objeto de la demanda interpuesta en aquel proceso preexistente por Palazzani contra esta Provincia refiere al daño ambiental que supuestamente la Provincia de Mendoza ha generado en la población pampeana “al impedir el uso equitativo y razonable de las aguas del Río Atuel Inferior, conculcando el derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto el ambiente como bien colectivo [...] como así también, todos los derechos conexos al derecho al agua”.

El accionante en esos autos Nº P. 732. XLVI ha definido, además, la pretensión ambiental que esgrime mediante la solicitud de que “se ordene a Mendoza la inmediata cesación de las actividades generadoras del daño ambiental colectivo, y consecuentemente, se disponga que dicho sujeto pasivo adopte en un plazo razonable las medidas pertinentes que garanticen el uso razonable y equitativo de las aguas del Río Atuel Inferior respecto de los habitantes de la Provincia de La Pampa”.

Al fundamentar el daño ambiental concreto que denuncia, Palazzani ha expresado que “la omisión de celebrar los respectivos convenios interjurisdiccionales por parte de ambas provincias que permitan una distribución racional y equitativa del caudal fluvio ecológico y garantice el desarrollo de la flora y la



fauna autóctona, la vida en comunidad y un sistema productivo, ha derivado en la consumación del daño ambiental colectivo”.

Dentro de los precedentes ya resueltos por VE, destacamos que ha entendido que la existencia de un proceso ambiental pendiente siempre que el objeto de ambos pleitos refiera a la recomposición y prevención ambiental. Así, ante un proceso que persigue la recomposición ambiental, ha declarado que el proceso produce litispendencia respecto de las demás acciones colectivas que tengan por **objeto una controversia sobre el mismo bien jurídico, aun cuando sean diferentes el legitimado activo y la causa petendi**⁶⁴.

Con ello, y más allá de las clásicas reglas procesales que desde el instituto de la litispendencia impiden la sustanciación paralela de procesos conexos, la actual demanda es improponible en cuanto presenta idéntica causa petendi que la iniciada por Palazzani, y la Ley 25675 ha puesto un énfasis especial en relación a la **improcedencia de que se generen nuevos pleitos cuando ya existe una reclamación en trámite:**

ARTICULO 30. — Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, **el afectado**, el Defensor del Pueblo y las

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), 08/07/2008, Fallos 331:1622

asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el **Estado** nacional, **provincial** o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

En tal contexto normativo, habiéndose deducido la demanda interpuesta por quien invoca la calidad de afectado en los autos N° P. 732. XLVI. Caratulados “PALAZZANI, MIGUEL ANGEL C/MENDOZA, PROVINCIA DE Y OTRO S/AMPARO AMBIENTAL”, no puede ahora otro de los legitimados del art. 30 de la Ley 25675 interponer otra demanda con idéntica reclamación, siendo por ello ésta última improponible.

En todo caso, la Provincia de La Pampa mantiene la posibilidad de intervenir como tercero en el proceso que ya está en curso, mas no iniciar este nuevo.

VE ha tenido la oportunidad de analizar una situación análoga a la presente, entendiendo que la nueva



demanda no debe ser acumulada al proceso anterior, ya que habiendo sido ya interpuesta una demanda ambiental previa no es posible interponer una nueva. En dicha oportunidad, entendió que corresponde denegar el pedido de acumulación -y admitir su participación en el proceso en condición de terceros interesados en los términos del art. 90 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- efectuado por quienes invocan su calidad de afectados en forma directa por el daño a la salud que padecen, pues el art. 30 de la ley 25.675 expresamente excluye la facultad de promover una nueva demanda o reclamación cuando la pretensión ha sido introducida con anterioridad por alguno de los titulares reconocidos en ese texto legal⁶⁵.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo), 20/03/2007, Fallos 330:1158, donde expresó: "2º) Que a fs. 1/69 de la causa V.625.XLII "Verga, Ángela y otros c/ Estado Nacional y otros s/ medida cautelar" se presentan, [...], setenta personas [...], con el objeto de solicitar una medida innovativa y autónoma contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y las dieciséis empresas que individualizan. Invocan su condición de afectados en forma directa por el daño en la salud que padecen, el cual es causado por la contaminación imperante en la zona [...]. Después de precisar que no introducen en esta causa cuestión alguna atinente a los reclamos individuales sino que sólo persiguen la tutela del medio ambiente como bien de incidencia colectiva, solicitan la acumulación de su presentación a la causa M.1569.XL. "Mendoza" a fin de evitar pronunciamientos contradictorios respecto de pretensiones que cuentan con una causa común. [...]. Tras exponer las razones por las cuales consideran satisfechos los recaudos de su petición, solicitan que se ordene a las

Por otra parte, la misma actora, a sabiendas de la existencia de la causa previa que señalamos, donde se reclama lo mismo que esta nueva demanda, ha expuesto en el punto IX de su demanda argumentaciones en torno a la eventual imposibilidad de acumular ambas pretensiones en base al instituto de la litispendencia⁶⁶, argumentando que ambas causas son distintas por

empresas demandadas que suspendan todas las actividades contaminantes, que se disponga crear tanto un fondo mixto de reparación del medio ambiente como otro de carácter público de reparación del daño causado a las víctimas, a cuyo fin ofrecen las pruebas que consideran conducentes. [...] 4º) Que con referencia a la pretensión introducida por los presentantes de la causa V.625.XLII. C [...] la misma disposición que fundó la decisión precedente en punto a la asociación no gubernamental citada extiende su alcance a la situación de estos sujetos procesales en cuanto persiguen la tutela del medio ambiente como bien de incidencia colectiva. Ello es así, en la medida en que el art. 30 de la ley 25.675 expresamente excluye la facultad de promover una nueva demanda o reclamación cuando la pretensión ha sido introducida con anterioridad por algunos de los titulares reconocidos en ese texto legal, sin perjuicio del derecho de tales justiciables a intervenir como terceros. Con tal comprensión, corresponde denegar la pretensión de los presentantes de la causa V.625.XLII. [...] con el alcance autónomo que la formulan y, en consecuencia, admitir únicamente la participación de los nombrados en este proceso en condición de terceros interesados [...]"

⁶⁶ En todo caso, si VE en ejercicio de la atribución prevista en el art. 347 in fine CPCCN declarare una situación de litispendencia, la distinta naturaleza procesal de este *iter* y el propio de la causa Palazzani impiden su acumulación y hacen necesario el consiguiente archivo de la nueva pretensión, tal como fundamentamos *infra*.



corresponder una de ellas –Palazzani- a la jurisdicción judicial (art. 117), y otra de ellas a la dirimente (art. 127 CN).

Esta postura de la actora muestra una contradicción que refuerza los argumentos de nuestra excepción de cosa juzgada, o en su defecto la excepción de falta de legitimidad y del presente planteo de improponibilidad, ya que propicia simultáneamente dos supuestos incompatibles: o la reclamación ambiental es ajena a la función dirimente (y por ello la excepción de incompetencia interpuesta debe prosperar), o en su defecto la Ley 25675 impide que se presente una nueva acción –sea dirimente o judicial- con igual causa (y en ese caso la presente demanda es improponible).

En este sentido, el texto de la Ley 25675 contempla que “deducida la demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros”. Nada distingue la ley sobre el tipo de acción deducida. Luego, si se sostiene que una demanda de daño ambiental colectivo también puede ser interpuesta bajo el art. 127 CN, entonces la Ley 25675 excluye su proponibilidad en caso de que tal objeto ya haya sido demandado.

Desde ya que coincidimos con la actora en cuanto a que –a diferencia de la litispendencia por conexidad- en el caso la demanda no puede ser acumulada a la causa Palazzani por la distinta naturaleza de los procesos (art. 86 inc. 3 CPCCN). Además del precedente ya citado donde VE ha determinado que no corresponde la

acumulación ante dos demandas ambientales –incluso cuando ambas son de idéntica naturaleza procesal-⁶⁷, también esa Corte había dicho con anterioridad que es inadmisibles la acumulación de pretensiones en la jurisdicción originaria de la Corte Suprema, si la adecuada ponderación de la naturaleza y objeto respectivos demuestra que ellas no corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional⁶⁸.

Por ello, en coincidencia con la actora, en base al art. 86 inc. 3 CPCCN, en una causa como la presente (cuya naturaleza y objeto se han planteado bajo el art. 127 CN y por ello son ajenos a la jurisdicción originaria del art. 117 CN), no puede darse lugar a la acumulación con la causa preexistente –que justamente corresponden a la competencia originaria prevista en el art. 117 de la Constitución Nacional-. Y sin perjuicio de ello, en mérito al art. 30 de la Ley 25675 esa acumulación tampoco es posible debido a que ambas acciones persiguen la recomposición ambiental, y por ello la segunda es improponible, tal cual ya ha resuelto VE en el caso citado.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza - Riachuelo), 20/03/2007, Fallos 330:1158

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), 20/06/2006, Fallos 329: 2316



Y en consecuencia de todo ello, debe disponerse el archivo de estas actuaciones por la existencia de una causa ambiental que –por coincidir en la pretensión recompositoria– hace improponible una nueva acción por daño ambiental.

Finalmente, atendiendo que ambas causas no son acumulables por la distinta naturaleza de los procesos y jurisdicciones con que interviene el Tribunal, en el caso en que VE encontrara algún argumento para omitir la aplicación de la solución expresa dada por el legislador en el art. 30 de la Ley 25675, se solicita que el dictado de sentencias en ambas causas se realice de manera conjunta, para evitar contradicciones entre ambos procesos.

VI.2.- Demanda improponible. Otras causas

En el presente caso, además, entendemos que la queja interpuesta por la Provincia de La Pampa exclusivamente bajo el poder que esa Corte presenta en la potestad dirimente que establece el art. 127 CN también es improponible desde otras distintas perspectivas.

Por un lado, entendemos que la demanda se presenta como improponible a partir de que ha construido su contenido en base a un supuesto incumplimiento de la sentencia de 1987, recaída en Fallos 310:2478. Puede advertirse claramente en el petitorio inicial que integra el objeto de la demanda incoada que lo que la misma procura es que

“-Se declare el incumplimiento de la Provincia de Mendoza al punto 3º de la sentencia dictada el 3 de diciembre de 1987 en la causa L195 (LA PAMPA, Provincia de c/MENDOZA, Provincia de s/Acción posesoria de aguas y regulación de usos”), es decir, a la obligación de negociar y celebrar de buena fe convenios para regular los usos del río Atuel”.

Totalmente vinculado a la eventual generación de los usos futuros a los que refiere el señalado punto 3º de la sentencia, en cuanto manifiestan su materialización, y dicho resolutive encuadra el desarrollo de los eventuales usos futuros a los principios y pautas fijadas en las consideraciones de la sentencia, se observa que la demanda también plantea:

“-Se declare el incumplimiento de la Provincia de Mendoza a distintos puntos de los convenios celebrados en los años 1989 y 1992 y se considere la maliciosa demora en el tratamiento y posterior rechazo del convenio marco de 2008, como un nuevo incumplimiento a la sentencia de la V.E. en el expediente L 195 y a las obligaciones asumidas en los convenios anteriores.

-Se declare el incumplimiento por parte de la Provincia de Mendoza a distintas normas constitucionales y de derecho internacional aplicables a la relación que las Provincias de La Pampa y Mendoza mantienen por la cuenca del río Atuel (v.g. afectación del derecho humano al agua, del principio de crecimiento armónico y equilibrado entre provincias, etc). [...]



-Se ordena a la Provincia de Mendoza la realización de obras para optimizar la utilización del recurso agua en su sistema de riego”.

Sin embargo, lo cierto es que esa sentencia reviste autoridad de cosa juzgada, sin que pueda reeditarse el tema argumentando un supuesto incumplimiento de lo ya resuelto. Por otra parte, el inicio de un nuevo proceso bajo el art. 127 CN, no es una vía idónea para obtener un pronunciamiento bajo el supuesto de hecho de un incumplimiento de una sentencia anterior.

Recordemos que en lo procesal, la Corte ha entendido que al proceso dirimente del artículo 127 CN le resultan aplicables en lo formal las reglas propias de la demanda judicial en cuanto a los requisitos y formas en que debe deducirse la queja de la Provincia agraviada⁶⁹. Por ello, la actora nunca debería haber iniciado

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” (1987), Fallos 310:2478 (considerando 63) sostuvo: “Que el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requería que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema interviniese para resolver las querellas entre estos organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, en ejercicio de las facultades que le conciernen como intérprete final de la Constitución y con la sola exigencia de que tales quejas asumieran la calidad formal de una demanda judicial”. De igual modo, in re Gobernador de la Prov. de Mendoza v. Prov. de San Juan (1932), Fallos 165:83, entendió que: “Las quejas de una provincia a que

un proceso de conocimiento tendiente al reconocimiento de sus derechos, basado en situaciones de hecho que entiende como incumplimiento a una sentencia previa, siendo por ello improponible al respecto este proceso.

En su caso, debería haber interpuesto un proceso de ejecución tendiente a la satisfacción del eventual crédito vulnerado ya reconocido en una sentencia anterior. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación regula esta vía de manera expresa en sus arts. 499 y siguientes, con lo que resulta manifiestamente improponible la vía iniciada; especialmente si se atiende que la forma en que se ha interpuesto la demanda en este aspecto vulnera garantías constitucionales (art. 18 CN) al debilitar los mecanismos defensivos de esta parte, en cuanto impide recurrir a defensas procesales propias de los juicios ejecutivos, como es el caso de la excepción de falsedad de la ejecutoria que otorga el art. 506 CPCCN.

El objetivo jurídico perseguido en la acción incoada, entonces, está excluido de plano por la ley, la que determina que para el mismo debe instrumentarse otro tipo de vía procesal, de naturaleza ejecutiva.

Por otra parte, en el presente caso, donde lo que se interpuesto es una queja dirimente que debe ser resuelta

aluden los arts.100, 101 y 109 de la Constitución Nacional, deben deducirse en forma de demanda judicial y con los requisitos de ésta, único medio de que la Corte Suprema pueda ejercitar la jurisdicción originaria que se le confiere”.



según las reglas que se aplican a las aguas interjurisdiccionales, la materia jurisdiccional que refiere al daño al ambiente, su recomposición y reparación es objetivamente improponible dentro de la naturaleza del proceso en curso, que se limita a conflictos de orden políticos y no judiciales.

Al fundar la excepción de incompetencia parcial expusimos la distinción entre la jurisdicción dirimente con que el tribunal ha sido convocado en los términos del art. 127 CN, y la jurisdicción judicial que al mismo le corresponde por los arts. 116 y 117 CN, argumentos a los que remitimos en honor a la brevedad.

En ese sentido, en el petitorio inicial que integra el objeto de la demanda se observa que la misma procura:

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

-Se fije un caudal fluvioecológico en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, el principio de crecimiento armónico y equilibrado entre Provincias y los derechos que corresponden a la Provincia de La Pampa sobre sus recursos naturales.

-Se fije un caudal ambiental, tanto en lo que hace a la cantidad como a la calidad del agua que debe ingresar al territorio pampeano, y se disponga la realización de las

obras para alcanzar el mismo, así como los plazos de ejecución. [...]

-Se condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los citados incumplimientos en los que incurrió la Provincia de Mendoza, tomando como base el estudio de la UNLPam., denominado Cuantificación del Daño Ambiental, que se ofrece como prueba, y aquellos que se padezcan hasta la efectiva concreción del caudal ambiental”.

Por ello, para el eventual caso en que el Tribunal no acepte el planteo de incompetencia formulado supra como excepción, o la improponibilidad de la acción que hemos fundado supra en base al art. 30 de la Ley 25675, esta parte sostiene además que los tópicos de la demanda que refieren a la recomposición del daño ambiental, la fijación de caudales ambientales o fluvioecológicos, y la fijación de una indemnización sustitutiva resultan improponibles dentro del objeto que corresponde a los procesos dirimentes regulados por el art. 127 CN.

Este extremo, como observamos al plantear la excepción correspondiente, ha sido expresamente reconocido por la misma actora al argumentar la competencia de esta Corte bajo el art. 127, habiendo observado expresamente que el carácter con que la Corte ha sido llamada a este proceso es diverso al de otros casos en que participan las provincias y cuyo conocimiento también corresponde de manera originaria al Tribunal, no tratándose



el caso de una controversia de las que resuelven los jueces y cuya decisión le compete por el art. 116 CN.

En su caso, la actora debería haber interpuesto una acción judicial bajo la potestad del art. 117 CN, cosa que explícitamente ha omitido al fijar el objeto de su demanda exclusivamente en los términos del art. 127 CN, y con ello no puede ser objeto de este proceso aspectos que la Corte sólo puede resolver como tribunal de justicia, pero no como órgano dirimente de quejas interprovinciales bajo el sistema federal de gobierno.

Finalmente, la demanda también es improponible en cuanto propone:

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

-Se prohíba a la Provincia de Mendoza llevar adelante cualquier tipo de acción u obra sobre el Río Atuel y sus afluentes, que implique una alteración de la cantidad o calidad del agua que debe llegar a la Provincia de La Pampa, sin previa autorización del Comité de cuenca a crearse”.

Estas pretensiones, constitucionalmente no pueden ser objeto del decisorio que debe adoptar la Corte bajo el art. 127 CN, o bajo cualquier otra norma, ya que ello expresamente se encuentra vedado por el art. 122 CN. La improponibilidad de estos tópicos, entonces, deriva de que tal **objetivo jurídico perseguido por la actora está excluido de plano por la norma constitucional, la que impide explícitamente una decisión a su respecto.**



VII.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

VII.1.- PLATAFORMA FÁCTICA

a- Negación de los hechos invocados en la demanda

Que por un imperativo procesal venimos a efectuar una negativa general respecto de la demanda iniciada, negando a estos fines, y en consecuencia negamos todos y cada uno de los hechos y afirmaciones de la contraria que no sean expresamente reconocidos en este responde.

Negamos en especial todo y cada uno de los hechos afirmados por la actora, y en particular: las características físicas y sociales invocadas por la actora, la ausencia de caudales suficientes en La Pampa, que exista un uso unilateral de la cuenca del río Atuel por Mendoza, que tal uso haya causado alteraciones sustanciales de ecosistemas o afectado el desarrollo socioeconómico de una manera que resulte contrario al derecho o a los principios que regulan los cursos de agua interjurisdiccionales, que en el caso exista un capital ecológico que deba ser mantenido en base a umbrales o caudales distintos a los actuales, que existan antecedentes antropológicos en la cuenca baja del Atuel que incidan en la valoración de la causa, que el territorio de la provincia de La Pampa hubiera tenido algún tipo de desarrollo en épocas coloniales ya que sólo constituía el territorio no desarrollado ni ocupado que no conformó

ninguna de las provincias fundadoras y se gestionó como territorio nacional, que las colonias fundadas por el Estado Nacional hubieran fracasado por causa de los usos de agua en Mendoza, que se hubiera producido un corte total del río Atuel, que existan derechos del Estado de La Pampa (inexistente en esa fecha) previos a la Ley 12650 y al Tratado de 1941 o al momento en que el dique Nihuil fue construido, que existiera algún derecho o deber en hacer llegar aguas al territorio nacional o a la actual provincia en el marco de la resolución 50/49, que exista algún derecho válido constituido a favor de La Pampa por el Decreto 1560/73 o que la queja interpuesta por Mendoza haya sido “zanjada” o que se haya aceptado algún derecho al pago de regalías a favor de La Pampa, que Mendoza hubiera dilatado algún tipo de relación o negociación, que exista algún resultado de los análisis técnicos efectuado que permita dar lugar a usos futuros distintos a los convalidados en el territorio mendocino por la sentencia de esa Corte de 1987, que exista algún derecho de la provincia de La Pampa a participar en los usos consuntivos del río Atuel fuera de las previsiones fijadas en la sentencia del año 1987, que exista algún derecho de La Pampa a intervenir sobre la gestión hídrica que se produce en el territorio de Mendoza, que el convenio suscripto en 2008 por La Pampa, Mendoza y funcionarios de la Nación tenga algún valor jurídico o que afecte el status quo o los derechos previos de las partes, que la provincia de La Pampa esté obligada a iniciar este proceso, que exista un brutal y deliberado Corte del río Atuel hasta 1979 o después, que la imposibilidad de alcanzar acuerdos sobre usos futuros se deba a un actuar arbitrario o alguna omisión de Mendoza, que existan



afectaciones al derecho al agua, que se realicen sueltas de aguas que causen inundaciones, que exista algún incumplimiento de Mendoza a los acuerdos celebrados u a otras obligaciones, que exista una destrucción de ecosistemas pampeanos o que se haya acrecentado por el actuar de Mendoza, que Mendoza dilatara la conformación de la CIAI o la realización de acuerdos, que Mendoza estuviera obligada a participar de la realización de estudios contratados unilateralmente o en los términos fijados por La Pampa, que exista algún daño ambiental económico o social, que las escorrentías por tormentas naturales se generen en territorio pampeano generen un daño ambiental o de otro tipo que sea reclamable jurídicamente o que Mendoza tenga responsabilidad al respecto, o que el ambiente pampeano dependa de caudales actualmente asignados a Mendoza.

También negamos categóricamente que VE en Fallos 310:2478 haya resuelto “la obligación de negociar y celebrar de buena fe convenios para regular los usos del río Atuel”, tal como en el objeto de la **demanda tergiversa maliciosamente** la actora, aspecto que hemos detallado en la introducción de este responde.

b- Hechos que hacen al presente proceso

Los hechos que hacen al presente proceso presenta una génesis histórica que **se argumentó y probó en Fallos 310:2478**, correspondiendo tener por acreditado todos los elementos

cuya existencia ya se tuvo por cierta en aquel proceso dirimente anterior⁷⁰, en aplicación de la máxima *res judicata pro veritate habetur*.

En tal concepto, en 1987 la relación existente hasta ese momento en torno a los usos de las aguas del río Atuel, quedó determinada bajo la aplicación de los principios que regulan las relaciones interestaduales sobre cursos de agua transfronterizos, determinándose que las características con que en el devenir histórico se había configurado la utilización de las aguas respondía

Es claro que tales características de destino del recurso hídrico y la consiguiente transformación que se produjo en ese contexto no sólo hace a la configuración de los usos interprovinciales del río Atuel que la Corte ya ha juzgado, sino que además aunque ha existido una alteración del entorno natural inicial mediante acciones de colonización y fomento realizadas por los Gobiernos provinciales y Nacional principalmente a partir del siglo XIX,

⁷⁰Esta afirmación refleja la máxima de la *res judicata*. Desde el ámbito del Derecho Internacional que rige el caso, el Juez WEERAMANTRY en su opinión como integrante de la Corte Internacional de Justicia ha observado en el caso de Timor Oriental, que una sentencia sea tenida como firme implica que lo que en ésta se decida, sea considerado como verdad legal, es decir, que no necesite ser probado nuevamente ni pueda ser desacreditado por ninguna de las partes (Corte Internacional de Justicia, in re East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, Opinión Separada Juez Weeramantry, pág. 158: “[Res judicata] did not need to be proved afresh, and could not be contested”).



las mismas procuran un desarrollo positivo del entorno humano, y por ello no implican un daño al ambiente.

En este sentido, en los Fallos 310:2478 a partir del Considerando 73, la misma Corte ha hecho un relato de los antecedentes históricos del proceso de colonización cumplido en el noroeste pampeano y sur mendocino a partir de finales del siglo XIX, atendiendo la gravitación que el uso del agua del río Atuel tuvo en la conformación de dichas áreas provinciales.

En concreto, la revisión de antecedentes fácticos que realiza esta misma Corte en ese proceso determina que el oasis mendocino creció desde 1880 **hasta 1930, época desde la cual presenta la actual magnitud de superficie cultivada.**

Contrariamente, de acuerdo a la reseña efectuada por la misma Corte, y que se encuentra debidamente acreditada en el proceso que dio lugar a la sentencia de 1987, el área pampeana presentó una situación distinta a la mendocina, ya que aunque a partir de 1908 se propició la formación de la Colonia Butaló, la que usaba tanto aguas subterráneas como del río Atuel, el mismo Administrador de la colonia en 1910 y años sucesivos advertía dificultades económicas para su subsistencia, las que **presentaban causas ajenas a toda cuestión hídrica**: la lejanía de centros urbanos y la ausencia de ferrocarril y otros medios de comunicación impedían la venta de la producción a precios que permitieran su adecuada inserción en los mercados. Incluso, en el informe de 1915 se pone de manifiesto con claridad un cuestionamiento de los productores a la

aptitud natural de las tierras pasturas y aguas a esa altura de la cuenca, y **hacia 1920** –cuando recién comienzan a tomar volumen los usos mendocinos- la Colonia ya había sido abandonada.

Por ello, la Corte en el Considerando 81 de los Fallos 310:2478 expresa que “estos antecedentes, reveladores de la temprana existencia de un polo de desarrollo en el sur mendocino, fruto de una política decidida de colonización por parte del gobierno provincial, y al que contribuyó, asimismo, el gobierno nacional, muestran un marcado contraste con la situación del noroeste pampeano, donde sólo el frustrado intento de la colonia Butaló puede indicar alguna preocupación de las autoridades federales para promover su explotación agropecuaria”.

Incluso, tal como surge del análisis que efectúa la Universidad Nacional de Cuyo, que se acompaña probatoriamente, hoy en día La Pampa tiene agua disponible para más de 100.000 hectáreas en el sector suroeste de su provincia, que desaprovecha absolutamente, sin haber dado lugar a un desarrollo que alcance siquiera el 10 % de su potencial, lo que demuestra que la ausencia de desarrollo en el territorio pampeano es ajena al uso del agua que hizo históricamente Mendoza.

Resaltamos con énfasis la participación en el desarrollo mendocino que la Corte observa en el citado considerando con respecto al Gobierno federal. Justamente, en el considerando 59 de la misma sentencia, la Corte encuadra indudablemente a la **Ley 12650 como el ejercicio de una**



prerrogativa de fomento bajo el art. 67 inc. 16 CN de 1853 (actual art. 75 inc. 18 CN).

Este aspecto es fundamental, ya que en definitiva, aunque el Tratado suscripto en 1941 entre Nación y Mendoza no resulte oponible a La Pampa (según la sentencia de 1987) en cuanto a la disponibilidad del dominio público hidráulico, esto no implica restar autoría a las políticas de consolidación territorial que se adoptaron desde la Nación en el sur mendocino, así como la existencia de políticas en el territorio actualmente pampeano que condujeron a su actual conformación.

En forma previa a ese Tratado, la Nación había adoptado mediante la Ley 12650 un régimen de fomento con respecto al territorio del sur de Mendoza, autorizando al Poder Ejecutivo a suscribir un tratado con Mendoza para implementar tal política⁷¹.

⁷¹Medidas similares fueron adoptadas dentro de una política nacional que incluyó a la 12.099 (Adla, 1920-1940, 547) que autorizó el tratado de las obras de Cruz de Piedra en San Luis. La 12.202 (Adla, 1920-1940, 641) para El Cadillal y Escaba en Tucumán. La 12.259 (Adla, 1920-1940, 675) para las obras de Quiroga en Santiago del Estero. La 12.654 (Adla, 1920-1940, 886) para las obras en los ríos Grande y Lavayén en Jujuy. Y la ley 12.650 (9/10/40, Adla, 1920-1940, 880) autorizó a la nación a suscribir el tratado del 17/06/41, que la ley de Mendoza 1427 (06/10/41) aprobó, para ejecutar las obras de El Nihuil, contemplándose en ese acuerdo una prioridad en irrigar las 132.636 hectáreas empadronadas en el Atuel y generar hidroelectricidad, lo que ratificó el decreto nacional

De acuerdo a esa Ley Nacional, el Poder Ejecutivo Nacional debía contratar la ejecución de un dique de embalse y obras accesorias para almacenar las aguas del río Atuel previendo su utilización para aprovechamiento hidroeléctrico, en el lugar denominado El Nihuil, de la provincia de Mendoza, de conformidad a los pliegos y planos por él mismo aprobados.

Tal decisión política de fomento, **es un acto unilateral de la Nación, propio de la competencia constitucional del Congreso**, sin que Mendoza intervenga en la adopción del mismo. Por ello, como ampliaremos oportunamente, mal puede achacarse responsabilidades a la Provincia de Mendoza de los resultados de una política nacional.

En las previsiones de dicha Ley, las obras serían administradas y explotadas por el Poder Ejecutivo Nacional, sin perjuicio de su transferencia a Mendoza una vez que su vida útil permitiera la amortización de las mismas.

Y el tratado de 1941 -que obra en el Expediente L-195-XVIII "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos" ofrecido como prueba- es sólo un mecanismo de instrumentación de esa decisión nacional, donde Mendoza concurre condicionando el uso de su

106.004/3146 (19/09/41). Sobre estas normas MOYANO, Amílcar, "El traspaso de los recursos naturales compartidos de agua, energía eléctrica, petróleo y pendiente topográfica en la Argentina: bajo el imperio de la ley", en ED 151-725.



territorio⁷², tal cual contemplaba la Constitución en el art. 67 inc. 27 al regular el necesario acuerdo provincial –mediante la venta o cesión– para dar lugar a un establecimiento de utilidad nacional dispuesto por el Congreso, en concordancia con las previsiones de la misma Ley 12650.

En ese convenio, Mendoza permitió el uso de su territorio en la medida en que la represa nacional no afectara la existencia del oasis que contenía a la población local⁷³.

En este contexto histórico, entonces, lo que la actora denomina daño e inequidad no es más que la transformación positiva de un ambiente natural por políticas públicas de colonización tendientes al desarrollo humano, transformación que se ha presentado desigual frente a las distintas políticas que se han

⁷² De acuerdo a la ley 12650, el P.E. convendría con la Provincia de Mendoza las condiciones y obligaciones recíprocas que se consideren necesarias a fin de asegurar el cumplimiento de dicha ley.

⁷³ En dicho Convenio, Mendoza cedió el uso de su territorio condicionado a que se satisfaga “el aprovechamiento en primer término de los derechos empadronados en el Atuel, en la medida de lo posible” (art. 2), obligándose el gobierno federal en el art. 8 a entregar en las tomas de la presa la cantidad de agua necesaria a los cultivos en las épocas oportunas, de acuerdo a las disponibilidades de agua en el embalse. El decreto 106.004/3146 del Poder Ejecutivo Nacional que aprueba el convenio, reconoció entonces que dentro de la finalidad de las obras convenidas con Mendoza se considera “mejorar las condiciones de los importantes regadíos del río Atuel, con 70.000 has. actualmente regadas y 131.000 empadronadas con derecho a riego”).

presentado en el área, no por la voluntad de Mendoza, sino más bien por el actuar simultáneo –e incluso conjunto- de la autoridad que dominaba el territorio actualmente pampeano.

Es un hecho que ya ha sido tenido por acreditado de manera expresa en los Fallos 310:2478, entonces, que la distinta configuración y desarrollo de ambos territorios tiene por causa la existencia de políticas distintas, lo que es muy lejano a la eventual argumentación seria de que ello implica un daño.

Esas políticas, además, implican una modificación acorde a la aplicación del principio jurídico de la participación equitativa y razonable –lo que como veremos excusa considerar que el resultado sea dañoso-, y en todo caso, respondiendo a la decisión discrecional de los gobiernos de adoptar ciertos desarrollos territoriales que hacen al desarrollo del ambiente humano conforme las consideraciones, necesidades y valores de cada época (ver punto VII.4 de este responde), no puede ser considerado como negativo.

Resalta a todas luces que los efectos de políticas de colonización desiguales, aunque presenten consecuencias distintas en los destinatarios de esas políticas, no implican un daño propiamente dicho⁷⁴, ni generan injusticias o inequidades que deban

⁷⁴ Pensemos en la distinta configuración que ha implicado el desarrollo del puerto de Buenos Aires, frente a la inexistencia de dicha infraestructura en las restantes provincias con litoral marítimo. Sería absurdo pretender que



ser compensadas. Especialmente en cuanto tal desarrollo diferencial en consideración de la Corte se produce **sin que se haya afectado la garantía de igualdad entre las provincias** (Considerando 82). Más aún, si se tiene en cuenta que el informe de la Universidad Nacional de Cuyo concluye que en realidad, el actual crecimiento pampeano en el área se ha presentado con mayor énfasis incluso que las poblaciones del oasis sur de Mendoza.

Los hechos que hacen a la queja pampeana frente a tales desarrollos desiguales en relación a su impacto en el uso del agua del río Atuel y la consiguiente conformación de los territorios ya fue sustanciada por esta Corte en el ya citado 195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, resuelto en Fallos 310:2478.

En dicha sentencia, “esta Corte adopta como extensión regada y cultivada –afectada a los usos consuntivos del Agua del Atuel- la de 75.761 has.” en la Provincia de Mendoza (considerando 107); y **atendiendo a que con la eficiencia existente, e incluso con una mejora a una eficiencia superior, aún así existe déficit hídrico para satisfacer el uso al que tiene derecho Mendoza**, la Corte resalta la necesidad de una estrategia que combine la mejora de la eficiencia y la realización de obras de recuperación de caudales para poder llevar agua a La Pampa (considerando 110), situación que se comprueba que resulta **económicamente negativa e**

quien llevó adelante una política de desarrollo portuario le ha causado un daño a los que permanecieron omisos en ese momento.

difícilmente viable (considerando 124 a 126) y que **no puede ser suplida con la operación de embalses** (considerando 115), por lo que considera que **el uso que realiza Mendoza no es abusivo y por ello es improcedente la pretensión pampeana** (considerando 116).

Consecuentemente, se resolvió reconocer la preeminencia del ambiente humano desarrollado por las políticas mendocinas y rechazar la pretensión pampeana en cuanto los niveles y eficiencias de uso de agua en Mendoza resultaban equitativos y razonables, habiendo aceptado expresamente la autoridad pampeana en sus presentaciones la preeminencia de los usos existentes en Mendoza (“usos actuales”) por hasta 75761 has⁷⁵.

La Corte, sin embargo, en su análisis, tiene en cuenta además que sería posible, al menos hipotéticamente, efectuar mejoras que pudieran llevar a ahorros de aguas que permitan

⁷⁵ Ello, sin perjuicio de la validez de las concesiones por 132.636 hectáreas que Mendoza tiene otorgadas, de acuerdo al pronunciamiento de la misma Corte dictado el 26/07/1988 al resolverse el recurso de aclaratoria a la sentencia del 3/12/87 interpuesto por Mendoza, donde expresó que “La Pampa solo tiene derecho al riego con aguas del río Atuel **una vez satisfecho el que corresponde a la Provincia de Mendoza sobre 75.561 has...**, no corresponde atribuir al fallo el alcance de haber afectado **la validez interna de las concesiones que la Provincia de Mendoza dispuso sobre las 57.075 has.** Por ende **tampoco cabe asignarle la consecuencia de revocarlas o impedir su eventual ejercicio cuando haya aguas disponibles....** siempre que admita la preeminencia exclusiva de la Provincia de Mendoza a 75.561 has”



eventualmente producir “usos futuros” por sobre las 75761 has reconocidas como usos actuales preexistentes.

Aún así, tal potencialidad no es sencilla en sus aspectos fácticos y por ello no se encuentra asegurada en su realización: aunque en el Considerando 93 de la sentencia referida se observa que la confrontación de las necesidades con la oferta hídrica permite determinar la existencia de excedentes o faltantes, es decir, si el recurso hídrico es suficiente para abastecer el uso consuntivo en Mendoza y factible de aprovechamiento en La Pampa, en el Considerando 110 expresamente se deja en claro que **incluso mejorando la eficiencia mediante las obras necesarias y posibles aún así el déficit hídrico subsistiría para abastecer la superficie de regadío reconocida a favor de Mendoza.**

Debemos destacar en este sentido que la Provincia de Mendoza ha presentado una diligente conducta en el uso del recurso hídrico. Desde la situación considerada en el fallo al presente, se han realizado onerosos programas de inversión buscando aumentar la eficiencia del uso del agua.

En concreto, como se acredita en las probanzas ofrecidas –y en especial en los informes del Departamento General de Irrigación que se acompañan-, Mendoza después de 1987 ha efectuado el revestimiento de más de 132 km de canales correspondientes al sistema del río Atuel, con una inversión de más de U\$S 145.045.000, logrando el ahorro de más del 78% del caudal que antes se infiltraba por fallas de eficiencia. Aunque ello sólo representa

un valor de aproximadamente un 8% del caudal, cifras no sólo inferior al déficit histórico de suministro de los usos actuales, sino también muy menor al impacto que el cambio climático ha tenido en el cauce.

A estas acciones de mejora de eficiencia en conducción, también hay que adicionar otras en mejoras de eficiencia en aplicación, con fuerte impacto en el mejor uso del agua. De acuerdo a lo informado por el Departamento General de Irrigación de Mendoza, en el sistema de riego del río Atuel se han introducido técnicas de riego eficiente intrafinca en un total de 7601 has., lo que implica un importante esfuerzo en inversión.

Estas acciones, solventadas mediante un comprometido esfuerzo económico, tan solo han permitido suplir parcialmente los déficits que en el suministro de los usos actuales fueron observados en el proceso que culminó en la sentencia de 1987. **Mendoza se ha esforzado diligentemente en reforzar el carácter razonable de su uso, cumpliendo con el mandato constitucional de hacer un uso eficiente de los recursos naturales, y aún así no ha logrado alcanzar una situación de excedentes que permita dar lugar a usos futuros por encima de las 75671 has., lo que demuestra que el presupuesto fáctico de cualquier negociación (posible disponibilidad para usos futuros) no existe de hecho.**

Además de ello, la Corte en el Considerando 113 de Fallos 310:2478, analiza la viabilidad de obras para generar usos futuros en La Pampa, observando que: “Estos costos y su financiación **superan ampliamente toda factibilidad**



económica financiera ante los relativamente magros resultados de producción y beneficios que podrían obtenerse considerando solamente el noroeste de la Provincia de La Pampa”, agregando en el Considerando 114 que la magnitud de tales obras llevarían al menos tres décadas desde su comienzo. Ninguno de estos extremos debidamente acreditados en ese proceso ha sido desvirtuado en la nueva queja.

Vinculando esas consideraciones, y luego de apreciar en el Considerando 123 que la jurisprudencia comparada reconoce como principio que **solo pueden resultar exigibles medidas de conservación de caudales que sean económica y físicamente posibles de manera accesible**, en el Considerando 124 la Corte entiende que tal máxima resulta totalmente aplicable al caso que examina, donde se ha comprobado que aún con razonables medidas de conservación no se generan excedentes y donde los trabajos necesarios para ello no parecen financiera ni físicamente posibles.

Todo estos aspecto acreditados en un proceso anterior, y resuelto convalidando la legalidad y eficacia de la situación así configurada, marcan que dentro de las pautas fijadas para encauzar la exhortación a negociar era manifiesto que el objeto de tal potencial acuerdo exigía esfuerzos de las partes más allá de la diligencia debida, ya que deben asumir obras que resultan antieconómicas y de difícil realización física, tal como está acreditado en los autos donde se emite el pronunciamiento publicado en Fallos

310:2478, y reconoce ese mismo pronunciamiento con efecto de cosa juzgada que debe resultar base de futuros acuerdos (resolutivo 3 de esa sentencia).

Pero además de ello, las obras que serían necesarias para lograr un uso compartido que se tuvieron en cuenta en la sentencia de 1987 hoy resultan reducidas en su viabilidad por el necesario análisis ambiental.

En esa sentencia se pone de resalto sería posible lograr un importante ahorro de agua reduciendo las pérdidas en Las Juntas. Sin embargo, el grado de conocimiento del escenario ambiental hoy limita la potencial mejora que en ese momento se consideraba, ya que hoy sabemos –como se acredita con el Informe de la Universidad Nacional de Cuyo que se acompaña– que las infiltraciones que se producen en ese paraje son una importante fuente de suministro al sitio Ramsar y Área Natural Protegida Laguna de Llacanelo⁷⁶, y con ello, las posibilidades reales de ahorro para dar

⁷⁶ Esta ANP fue creada legalmente en 1980 en base a profundos estudios sobre su importancia ecosistémica a nivel continental, por resultar un ámbito de reproducción. Desde el punto de vista jurídico, el importante nivel de protección ha sido puesto de manifiesto en la tutela jurisdiccional que ha limitado importantes proyectos de desarrollo que se deseaban iniciar en la zona, para evitar su transformación. Ver en este sentido En el fallo del 4° Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza, in re “Morales, Víctor H. Y Rinaldi J.J. c/Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo”, sentencia del 2 de octubre de 1986, publicada en Revista El Derecho, Buenos Aires, T° 123, pág. 539; y más actualmente SCJM in re "Y.P.F. Sociedad Anónima en j. 80.866 Asociación Oikos Red Ambiental c/ Gob. de la Prov. de Mza. p/ Acc. de Amp.



lugar a usos futuros son fácticamente escasas o inexistentes. A lo sumo, en la medida en que las evaluaciones ambientales lo permitan, es posible efectuar encauzamientos **sin impermeabilización** que sólo mitigan las pérdidas por evaporación y efectúan en épocas de sequía ciertos ahorros provisorios –por la entidad precarias de tal clase de obras, que suelen durar escasamente hasta las primeras crecidas posteriores -.

S/Inc. Cas”, del 11 de marzo de 2005, fallo que dio lugar a un nutrido análisis doctrinario: MOULES, Andrés G., “Cosas que no tienen repuesto”, La Ley, Tº 2005-D, pág. 451; ABALOS, María Gabriela, “A propósito de la tradición ambientalista de la jurisprudencia mendocina”, La Ley, Tº 2005-D, pág. 552; y La Ley Gran Cuyo, Tº 2005, pág. 655; ELÍAS, José Sebastián, “Supremacía, argumentación constitucional y protección ambiental en una sentencia notable (a propósito del fallo "Oikos")”, La Ley Gran Cuyo, Tº 2005, pág. 357; GIORDANO, Aldo L., “Ecología, política y petróleo”, La Ley Gran Cuyo, Tº 2005, pág. 236; GASCÓN, Santiago José, “Acción de amparo y derecho ambiental. "Oikos" y las generaciones futuras”, La Ley Gran Cuyo, Tº 2008, pág. 1025; ESAÍN, José, “Los principios de conservación de la integridad del sistema ecológico y de la protección de la biodiversidad en cuanto al desarrollo sostenible en las áreas naturales”, Revista de Derecho Ambiental, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, N° 3, pág. 238; PIGRETTI, Eduardo A., “El derecho ambiental existe”, Diario Judicial, www.diariojudicial.com, martes 29 de marzo de 2005; ZEBALLOS de SISTO, María Cristina, “El sistema de áreas protegidas de la Argentina y las actividades económicas”, El Derecho – Diario Ambiental, www.elderecho.com.ar, lunes 25/07/2005; PINTO, Mauricio, “El nuevo paradigma ambiental y su aplicación judicial”, en PARELLADA&PARELLADA, Máximos precedentes de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, La Ley, 2014, Tº III.

Estas dificultades, además hoy se potencian en un contexto de **cambio climático** que pronostica una reducción de los caudales disponibles en la región cuyana, junto a un aumento de temperatura que exigirá mayor demanda en los suministros de los usos actuales, como surge del estudio de la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos, donde se observa que la Segunda Comunicación Nacional, del año 2007,⁷⁷ corroborados en la Tercera Comunicación (próxima a ser publicada) prevé disminuciones superiores al 10 a 30% para los próximos años para la Cordillera de los Andes en la zona central.

En concordancia con estos datos, demostrando que ese pronóstico en realidad es una **situación actual** que se manifiesta como **inevitable**, el Inventario de Glaciares efectuado por el IANIGLA en cumplimiento de la Ley 26639 (que se acompaña probatoriamente) da cuenta de numerosos retrocesos de glaciares en la cuenca del río Atuel; y especialistas exponen en la materia⁷⁸ que -en la cuenca en análisis- la disminución de caudales

⁷⁷Segunda Comunicación Nacional (2CN) de la República Argentina ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) (2007)

⁷⁸ BONINSEGNA, José A. y VILLALBA, Ricardo, "Los escenarios de Cambio Climático y el impacto en los caudales. Documento sobre la oferta hídrica en los oasis de riego de Mendoza y San Juan en escenarios de Cambio Climático", Fundación e Instituto Torcurato Di Tella y Gobierno de Mendoza, s/f.



disponibles en los próximos años rondaría en aproximadamente el 15% de los mismos⁷⁹.

Estos estudios son coincidentes con las valoraciones que científicamente se efectúan en el ámbito internacional para la referida cuenca, donde en la publicaciones científicas⁸⁰ no sólo se pone de manifiesto que **ya existe una disminución de caudales** con respecto al promedio de escorrentía de la época del litigio resuelto en Fallos 310:2478, sino que se pronostica un descenso significativamente mayor, que incluso ronda el 20% de los caudales disponibles.

Todo ello ya se manifiesta en una situación crítica en la distribución actual del agua en Mendoza. Los informes del Departamento General de Irrigación dan cuenta de la

⁷⁹ El **principio precautorio**, justamente, lejos de resultar aplicable en el sentido expuesto por la actora para buscar un replanteo de lo ya estudiado en Fallos 310:2478, lleva a la necesidad de tomar medidas eficaces para evitar la degradación ambiental que implican un pronóstico de reducción de caudales por el cambio climático en el área donde hoy se practican los “usos actuales”, y donde el grueso de la población depende de esos usos actuales. Los usos actuales –según se comprobó en Fallos 310:2478- presentaban un déficit de abastecimiento que dificultaba desarrollar usos futuros incluso antes del fenómeno climático referido, lo que importa una mayor dificultad luego de este fenómeno.

⁸⁰ Ver en este sentido el estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de Naciones Unidas (CEPAL) “La economía del cambio climático en la Argentina: primera aproximación”, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014, pág. 93, en especial los Cuadros VI.20 y 21.

significativa caída de caudales existentes en los últimos años, y fundamentalmente el impacto que ello tiene en los usos actuales que merman su garantía de suministro.

En la última década, en este sentido, el 80% de los años resultan signados por una marcada crisis hídrica que obliga a una distribución de caudales a los “usos actuales” muy por debajo de las necesidades, con mecanismos de veda y turnado que dejan a los usuarios sin agua durante el 50% del año.

Este fuerte impacto, además, se comprueba que se manifiesta con un comportamiento hidrológico más tenue en lo que respecta a los caudales excedentes que existen aguas debajo de Carmensa, lo que minimiza su manifestación con respecto a la parte baja de la cuenca.

Los efectos del cambio climático pronosticado, además impactar actualmente, y de transmitir además una fuerte preocupación por una mayor disminución de caudales futura en los cursos de agua mendocinos, también muestra una **mejora del régimen de lluvias en la región pampeana**, lo que desde ya disminuye las necesidades de aplicación complementaria del agua de los cursos hídricos como el Atuel.

En este sentido, el Informe de la Universidad Nacional de Cuyo que se acompaña probatoriamente muestra claramente, con apoyatura en bibliografía de expertos de la Universidad Nacional de La Pampa y del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, que incluso hoy en día ya se ha producido un



desplazamiento de la isohieta que ha mejorado sustancialmente la oferta hídrica pluvial en la cuenca baja del Atuel⁸¹, al punto que las precipitaciones en Santa Isabel duplican la media mendocina.

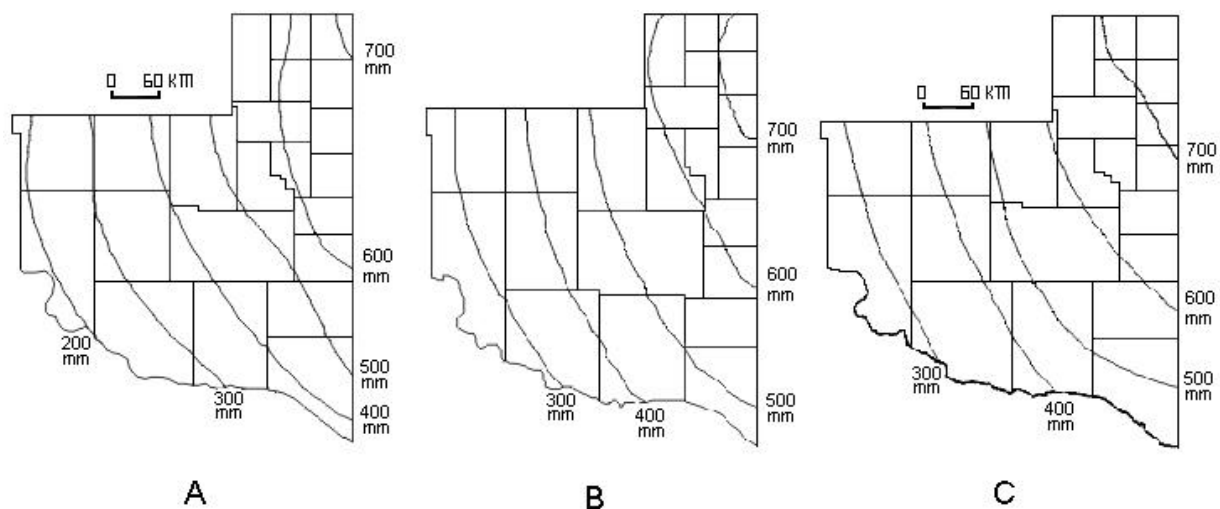
En este sentido, un estudio del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria que ha sido publicado⁸² pone de manifiesto esta evolución mediante la comparación de las isohietas desde 1980 al año 2000, proceso que incluso ha continuado desde entonces, con lo que esas mejoras hoy resultan más pronunciadas.

El siguiente gráfico, extraído del citado estudio del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria, refleja de manera evidente el nivel de corrimiento de la isohieta hacia fines del siglo XX, corrimiento que aún hoy es más marcado y lo serán más en el futuro:

⁸¹ El proceso de corrimiento de las isohietas de mayor precipitación hacia el suroeste en La Pampa y su impacto en la mayor disponibilidad hídrica ha sido constatado desde finales del siglo XX, como lo comprueban investigadores del INTA y de la Universidad de La Pampa: Stritzler, N.P., Petruzzi, H.J., Frasinelli, C.A., Veneciano, J.H., Ferri, C.M. y Viglizzo, E.F., “Variabilidad climática ed la Región Semiárida Central Argentina. Adaptación tecnológica en sistemas extensivos de producción animal”, Revista Argentina de Producción Animal, 27 (2): 111-1123 (2007).

⁸² UMAZANO, A. M., E. O. ADEMA & S. B. AIMAR. 2004. Tajamares: una tecnología alternativa para la zona árida-semiárida de La Pampa. EEA Anguil. INTA. Publicación Técnica N° 56

Figura: Evolución del Mapa de Isohietas en la Provincia de La Pampa



Referencias: A (1980). B (1994). C (2000)

Sin embargo, y aún a pesar de las dificultades manifiestas para generar nuevos destinos a caudales del río Atuel que se sabían en 1987 y que fueron observadas explícitamente por VE en Fallos 310:2478, e incluso de las nuevas dificultades que se suman a partir del cambio climático, sabiamente la Corte deja abierta la puerta al diálogo interprovincial, exhortando a las partes a negociar acuerdos sobre los usos futuros del agua, disposición que presenta los alcances de una sentencia exhortativa, como veremos, sin que genere un deber jurídico de acordar, como obligación de resultado, allí donde no hay oportunidad negocial de hacerlo.

Dicha negociación, además, debía efectuarse, conforme exhorta VE, de acuerdo a las pautas y principios



fijados en Fallos 310:2478 para una participación equitativa y razonable de los caudales del curso de agua del río Atuel.

En ese contexto general, por un lado, la Provincia de Mendoza ha continuado el uso del agua bajo el respeto de los principios y bases sentadas por esta Corte en Fallos 310:2478, sin haber generado usos futuros por encima de las 75761 has reconocidas como usos actuales con preeminencia; y por otro lado, las provincias de La Pampa y Mendoza han continuado permanentemente sus relaciones negociales en la materia, suscribiendo diversos acuerdos y Tratados con el objeto de encauzar negociaciones y en su caso regular nuevos usos en beneficio de las necesidades que políticamente ha manifestado La Pampa.

En particular, es prueba de ello que en el año 1989 ambas provincias suscribieron un Protocolo de Entendimiento Interprovincial, acompañado oportunamente a la causa donde se dictó la sentencia de 1987, el que lejos de resultar un Tratado que genere derechos y obligaciones exigibles entre las partes (ello hubiera requerido de la ratificación legislativas de ambas provincias, lo que ninguna de ellas entendió necesario tramitar), se presenta como un mecanismo institucional de coordinación entre las autoridades administrativas, tendiente a generar procesos de negociación y

acuerdo sobre diversos temas (no sólo los llamados “usos futuros” del río Atuel⁸³).

En ese marco, ambas provincias han negociado constantemente la posibilidad de generar usos “futuros” en el ámbito de la cuenca del río Atuel⁸⁴, que permitan alcanzar las acciones previstas en el protocolo, y aunque han existido fuertes esfuerzos políticos en lograrlo por parte de ambas provincias, la manifiesta dificultad de concretar tal objetivo ha impedido hasta el

⁸³El Protocolo contempla, además de acciones sobre recursos hídricos, otras sobre aspectos sociales, aspectos económicos y aspectos políticos e institucionales

⁸⁴Debe tenerse presente que los procesos de acuerdo entre Estados suelen demandar importantes plazos, incluso cuando las posibilidades para llegar a acuerdos existen con mayor claridad que en el caso del río Atuel. Por ejemplo, cabe mencionar el célebre acuerdo por el Río Colorado, donde junto a La Pampa y Mendoza participaron Buenos Aires, Río Negro, Neuquén y la Nación, y donde desde la Primera Conferencia de Gobernadores (Santa Rosa, 29/30 de agosto de 1956) a la Sexta Conferencia de Gobernadores (Buenos Aires, 26 de octubre de 1976), donde recién se celebró un tratado interprovincial que seleccionó el "Programa Unico de habilitación de áreas de riego y distribución de caudales del río Colorado" y acordó la creación del Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO) como entidad interjurisdiccional responsable de la ejecución de dicho programa único), pasaron **nada menos que 20 años**. Resaltamos que en ese curso de agua prácticamente no existían uso del agua, sino que casi la totalidad de caudal estaba disponible, lo que -a diferencia del río Atuel donde el caudal es deficitario incluso para los usos actuales y las obras de conservación de caudales son de difícil consecución física y económica- facilita la posibilidades de negociar y acordar



momento un acuerdo que tome vigencia en relación a usos de las aguas del río Atuel –aunque como veremos sí se han alcanzado acuerdos que aplican aguas propias de Mendoza a cubrir las necesidades poblacionales de La Pampa-.

Justamente, prueba de tal esfuerzo en acordar puede verse en los acuerdos interprovinciales que a partir de ese protocolo han podido ser suscriptos y –eventualmente- aprobados legislativamente. Acciones todas ellas que demuestran con claridad la buena fe negocial con que ha actuado la Provincia de Mendoza, la que lejos de incumplir sus deberes ha sido responsable en la búsqueda de las soluciones posibles, incluso mediante recursos ajenos a la cuenca interprovincial.

Destaca entre ellos el Tratado de fecha 07/02/1992, suscripto entre Mendoza, La Pampa y La Nación, el cual expresamente reconoce ser adoptado “en el marco de lo establecido en el Protocolo de Entendimiento Interprovincial, firmado entre las provincias precitadas con fecha 7 de noviembre de 1989, según lo dispuesto en los autos “LA PAMPA, Provincia de c/ MENDOZA, Provincia de s/Acción posesoria de aguas y regulación de usos (Expediente L-195)”.

En este sentido, y a pesar de que dicho protocolo establecía en su punto 5 la definición de medidas tendientes a restablecer el sistema fluvial del río Atuel y la utilización del curso para abastecimiento de agua potable, lo cierto es que siendo ello técnicamente imposible en el marco de las pautas brindadas en la

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

Al desarrollar otros puntos de este responde, como la relación de negocial o el derecho al agua, precisaremos aspectos de este trascendental hecho que se logra en el Tratado de 1992, que ha permitido cubrir las necesidades de la población de La Pampa con aguas totalmente ajenas a esa provincia, dando lugar a verdaderos “usos futuros” por encima de los “usos actuales” existentes en 1987, incluso a pesar de la inconveniencia técnica y económica que las pericias expuestas en Fallos 310:2478 señalaban para lograr ese mismo resultado con aguas del mismo río Atuel.

En esta misma línea, y materializando los intentos de acordar entre las partes en torno a los puntos 4 y 5 del protocolo de entendimiento, también puede observarse la suscripción en 2008 por los Gobernadores de tales provincias de un nuevo acuerdo. Aunque el mismo no tomó vigencia, no sólo porque finalmente fue desechado por la Legislatura de Mendoza mediante su Ley 8681, en base a las severas observaciones legales que recibió por parte de Asesoría de Gobierno, Fiscalía de Estado y el Departamento General de Irrigación por afectar los usos actuales de Mendoza, además de la merituación de otros elementos fácticos –vincualdos a la emergencia hídrica y cambio climático- y políticos –ruptura negocial



por parte de La Pampa al iniciar esta demanda- que impiden el acuerdo por su imposibilidad física y legal, sino además porque **el Estado Nacional NUNCA suscribió con efectividad legal el mismo** (como puntualizaremos más adelante).

Este acuerdo, aunque no haya logrado obtener vigencia legal, es muestra de un constante esfuerzo de Mendoza en buscar soluciones concertadas, atendiendo los intereses de la vecina provincia de La Pampa, llevando al extremo el esfuerzo en concertar incluso a pesar de las dificultades climáticas y técnicas que – dentro de las mismas pautas dadas en la sentencia de 1987- dificultan jurídicamente la adopción de un consenso que pueda ser ratificado legislativamente.

Dentro de los elementos tenidos en consideración en el fundamento del proyecto de la Ley 8681, cuyo expediente legislativo se ofrece a los fines probatorios, además de las **observaciones a la legalidad** del contenido del acuerdo que realizaron los entes constitucionales de control **en relación al art. 10.k** del convenio, se tuvo en cuenta especialmente que durante el tratamiento legislativo del asunto por parte de Mendoza, la Legislatura pampeana “el día 24 de Agosto de 2013 emitió una resolución, aprobada por unanimidad, en la que le pide a su gobierno que inicie demanda contra la Provincia de Mendoza ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por las aguas del Río Atuel, y que el Gobernador de La Pampa expresó el 27 de Septiembre de 2013 haber impartido instrucciones tendientes al inicio de dicho juicio; refleja una posición

de que esa provincia no acepta hoy margen para vías de entendimiento basadas en el mutuo acuerdo entre las Provincias y que la instancia de solución planteada por La Pampa es la vía judicial”⁸⁵.

Además de ello, en esas actuaciones legislativas, presenta suma importancia en ese análisis la **carencia de recurso suficiente para satisfacer los usos cuya preeminencia se reconoció en el fallo de 1987**, especialmente en los registros que corrían desde la época del convenio. El fundamento de la Ley 8681 expresa que: “los volúmenes de agua reales no alcanzan para los otorgados por la resolución de la Corte. Mendoza ha irrigado en los últimos años menos de 60.000 has., y específicamente en la temporada 2013-2014 no alcanzó a 50.000has., por estricto problema de falta de agua. En este punto cabe tener presente que según datos relevados por el Ministerio de Planificación Federal Inversión Pública y Servicios,

⁸⁵ Este actuar de la Provincia de La Pampa no puede ser considerado dentro de los parámetros de la buena fe negocial. Hasta ese momento, Mendoza mantenía completamente en cartera el Convenio de 2008, y en ningún momento había desechado el mismo, sino todo lo contrario, como lo demuestra la inclusión en planes nacionales de inversión –en 2011- de acueductos ganaderos vinculados al resultado de dicho Convenio (aspecto que analizamos al considerar el desarrollo de la relación negocial con La Pampa), y si no existía una aprobación del acuerdo en gran parte era por una cuestión de oportunidad relacionada a la situación de emergencia hídrica imperante. La decisión pampeana de demandar a Mendoza implicó una ruptura explícita de las relaciones negociales, y conllevó la pérdida de todo chance político e institucional de esperar un momento oportuno para la aprobación de convenio, siendo en definitiva la causa política del fin de la negociación.



Subsecretaría de Recursos Hídricos, entre los años 2005 y 2009 los niveles de acumulación nívea relevados en las estaciones nivométricas correspondientes a la cuenca del Atuel, registraron en general temporadas por encima de la media, mientras que entre los años 2010 a 2014 se han producido temporadas níveas por debajo de lo normal según registro de todas las estaciones nivométricas, **con niveles de descenso del 65% del valor promedio histórico**, generando que el régimen hidrológico del río Atuel haya sido durante dichos años categorizado como “SECO O POBRE”.

Ese contexto, tal cual analiza el fundamento de la ley que desecha el tratado de 2008, llevó a que por Ley 8318 la Legislatura de Mendoza y Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 2379 del 1 de octubre de 2010 se declare la "Emergencia Hídrica en todo el territorio de Mendoza" estableciendo distintas medidas para afrontar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de la escasez de agua superficial para el ciclo hidrológico 2010 /2011.⁸⁶

⁸⁶ La vulnerabilidad por escasez hídrica en Mendoza es notaria como realidad. Las autoridades se han visto reiteradamente en la obligación de adoptar medidas de poder de policía de emergencia para satisfacer, en circunstancias de sequía grave, los usos hídricos esenciales tanto para consumo humano como para las actividades productivas. Esta situación la vemos reflejada, entre muchas otras a lo largo del tiempo, en las recientes decisiones y medidas: 1) DECRETO N° 1.536, 14 de octubre de 1.996, a los efectos de afrontar las consecuencias de las escasas precipitaciones níveas registradas en la zona cordillerana y la alerta dispuesta por el Departamento General de

Irrigación que anticipan una considerable disminución de los escurrimientos en los ríos provinciales, especialmente en la cuenca del Río Mendoza. 2) DECRETO N° 2.379/2010 (B.O. 4/10/2010). Declara la emergencia hídrica en todo el territorio provincial. 3) LEY N° 8.318 (B.O.: 20/07/2011). Ratifica el Decreto N° 2.379 de fecha 1 de octubre de 2.010, declara la Emergencia Hídrica en todo el Territorio Provincial y establece distintas medidas, a fin de afrontar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de la escasez de agua superficial para el ciclo hidrológico 2.010/2.011. 4) DECRETO 90/12 (B. O. 27/01/2012) Establece la prórroga de la emergencia hídrica. 5) DECRETO N° 2914/10 (B.O. 01/12/10). Declara la emergencia en los servicios de provisión de agua potable. 6) LEY 8270 (B.O. 15 de marzo de 2011). Establece plan de obras para emergencia servicios de agua potable. 7) RESOLUCIÓN EPAS 35/2011 Restringe el uso de agua potable. 8) DECRETO N° 522/2012 (B.O.23/04/12) Declara Emergencia Agropecuaria por estrés hídrico durante el período agrícola 2011/2012 y que trabajan bajo sistema de riego que utilizan agua proveniente de cuencas de montaña afectadas por bajas precipitaciones niveas, lo que ha originado una merma considerable de los caudales de los ríos proveedores. 9) DECRETO n° 2050/12 (BO 30/11/12) Prorroga Decreto 2379/10 manteniendo la emergencia hídrica en todo el territorio provincial. 10) DECRETO n° 2090/13 (BO 13/11/13) Prorroga Decreto 2379/13 manteniendo la emergencia hídrica en todo el territorio provincial. 11) RESOLUCIONES del Departamento General de Irrigación: Resolución 444/10 HTA y Res 905/11 Superintendencia, ratificado por Res. 263/12 HTA. 12) Decreto 2296/14 (BO 15/12/14), declarando la emergencia hídrica provincial fin de afrontar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de la escasez de agua superficial para el ciclo hidrológico 2014/2015. 13) Ley 8688 (BO 21/08/14), convalidando legislativamente la emergencia hídrica decretada a fin de afrontar las consecuencias perjudiciales que pudieren derivarse de la escasez de agua superficial para el ciclo hidrológico 2013/2014.



En todo este tiempo, Mendoza tuvo plena intención política de que el Convenio de 2008 se convirtiera en una realidad jurídica. Prueba de ello, como veremos, es que en los programas de obras nacionales priorizó en 2011 acueductos ganaderos a ser cubiertos con caudales a desarrollar en el marco del Convenio 2008.

Es claro entonces que si Mendoza demoró el tratamiento legislativo del acuerdo, no es porque debilitara su actividad negocial, sino sólo que la situación climática hacía inoportuna la aprobación, manteniéndose en trámite intertanto duraba una sequía que afectaba sustancialmente los usos actuales, resaltándose que la decisión pampeana de tener por terminado el proceso negocial e iniciar este proceso dirimente llevó a que se resolviera el tema en función de los elementos de juicio existentes en ese momento, entre ellos que en las condiciones climáticas imperantes en ese momento no existe siquiera la posibilidad de satisfacer las 75761 has reconocidas como preeminentes en Fallos 310:2478, y por ello AUN NO EXISTE POSIBILIDAD FISICA DE ABASTECER LOS USOS FUTUROS, ni pampeanos ni mendocinos.

Pero además, es necesario resaltar de manera significativa que el rechazo legislativo que realizó fundadamente Mendoza en 2014, se produjo **sin que en ningún momento el Estado Nacional -una de las otras partes del acuerdo, esencial para la eficacia del mismo ya que comprometía la**

financiación de las obras- lo suscribiera de manera efectiva ni avanzara en actos a tal fin.

Señalamos esto porque aunque el convenio consideraba al Estado Nacional como parte, una parte esencial (financiador de las acciones previstas), nunca fue efectiva ni válidamente suscripto por el Poder Ejecutivo Nacional, sino “simbólica” y “formalmente” por dos ministros del mismo, quienes resultaban incompetentes e incapaces para ello, en virtud de los arts. 99 y 103 CN y por no contar con delegación o autorización alguna para ejercer tal representación⁸⁷.

Con posterioridad, tampoco existe ningún acto del Poder Ejecutivo Nacional procurando sanear dicho extremo mediante convalidación de lo actuado por sus dependientes jerárquicos, y con ello no es razonablemente esperable que los Estados provinciales impulsaran la ratificación de un acuerdo donde una de las partes, con el rol esencial de financiar el cumplimiento del acuerdo, no

⁸⁷ ARMAGNAGUE, Juan Fernando, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada, anotada y concordada*, Ed Jurídicas Cuyo, 2005, pág. 376, observa que el art. 103 CN refuerza la unipersonalidad presidencial, ya que los ministros no tienen prerrogativas propias o autónomas, sino limitadas al ámbito administrativo y económico de sus departamentos. De igual forma, ORIHUELA, Andrea M., *Constitución Nacional Comentada*, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2008, pág. 183, observa que en el marco del art. 103 CN los ministros nunca podrán tomar privativas del Presidente, solo pudiendo tomar decisiones económicas o administrativas relacionadas con sus departamentos.



había actuado de manera válida, ni validado con posterioridad lo actuado.

Tampoco en momento alguno el Estado Nacional consideró asignar fondos presupuestarios para concretar el supuesto compromiso que el Convenio de 2008 implicaba. Ni en las Leyes de presupuestos nacionales posteriores a este convenio, ni en los consiguientes presupuestos consolidados del sector público nacional⁸⁸ existe una sola mención al Convenio o las obras que al mismo corresponden, o incluso a otras obras que se desarrollen en base a los resultados del Convenio (como el acueducto ganadero a ser surtido con el recurso hídrico que generaran las obras prevista en el Convenio de 2008, y que Mendoza ha propuesto en los planes de inversión nacional de 2011,⁸⁹ tal cual detallamos al reseñar los resultados concretos de la relación comercial mantenida con La Pampa).

Es decir, **la Nación** nunca presupuestó recurso alguno para afrontar el desarrollo efectivo del acuerdo, y fundamentalmente **nunca impulsó acto alguno para que el Convenio de 2008 estuviera en condiciones regulares para ser**

⁸⁸ Aprobados por Decisiones Administrativas n° 154/09, 339/09, 388/10, 67/11, 428/12, 517/13 y 685/14.

⁸⁹ *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, pág. 36, 66, 67 y 151 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

puesto a ratificación por las otras partes, incluyendo a la Provincia de Mendoza, ya que si no estaba firmado por el Poder Ejecutivo Nacional, ni este había aprobado lo actuado por sus dependientes en la materia, el negocio jurídico esbozado no estaba consolidado, y mal podía esperarse una ratificación regularmente efectuada.

Mucho más clara es la imposibilidad de ratificación por parte de Mendoza, después que los órganos legislativos y ejecutivos pampeanos dispusieran formalmente iniciar este proceso, acabando con la relación negocial que se encontraba en curso.

Resaltamos que –como veremos– en esta misma época el Gobierno Nacional suscribió otros convenios de financiamiento de obras en el río Atuel con Mendoza, sin actuar de esa manera deficiente en los mismos.

Aún así, y a pesar de que este acuerdo no pudo nacer como instrumento jurídico válido por imposibilidades fácticas y legales, es un hecho claramente constatable que ha existido una constante negociación en busca de soluciones, incluso aunque no se han podido generar ahorros en el uso de las aguas del río Atuel que dé lugar a acuerdos sobre los usos futuros de aguas del río Atuel exhortados en la Fallos 310:2478.

Estas negociaciones, en cambio, han encontrado soluciones creativas que hoy la actora pretende desconocer. Lo cierto es que **luego de la sentencia de 1987 sí han existido acuerdos que han permitido nuevos “usos futuros” de aguas en el territorio pampeano, incluso siendo ello inviable a**



partir de aguas del río Atuel, motivo por el que los mismos se han dispuesto en base a aguas “propias” de Mendoza, ajenas al río Atuel, que han sido cedidas a La Pampa.

Lo que referimos en el párrafo anterior importa que buscando soluciones a las necesidades e intereses en juego, mediante un **Tratado suscripto por Mendoza y La Pampa en 1992**, debidamente ratificado por ambas provincias mediante sus respectivas Leyes 5826 y 1376, Mendoza ha cedido a su vecina provincia el uso de aguas de surgentes existentes en la localidad de Punta del Agua.

En concreto, en dicho Tratado la Provincia de Mendoza se compromete a **entregar el caudal de agua potable necesario para satisfacer la demanda de uso humano de las localidades pampeanas existentes en el área de influencia del río Atuel para seis mil habitantes, con calidad según los parámetros de confiabilidad utilizados en la Provincia de Mendoza para sus propios servicios, entrega de caudal que efectivamente se cumple en la infraestructura construida**, hecho público y notorio y fácilmente constatable.

De este modo, en concreto, la plataforma fáctica que fue tenida en cuenta en Fallos 310:2478 en general se mantiene vigente en cuanto a que no existen caudales excedentes sobre los usos actuales reconocidos a las actividades desarrolladas en las 75761 has. reconocidas en los Fallos 310:2478, sin que existan “usos futuros” sobre esa superficie que puedan ser cubiertos con

caudales del Río Atuel, ni en Mendoza ni en La Pampa, siendo satisfechas de manera deficitaria las utilidades mendocinas a pesar de los marcados esfuerzos e inversiones en mejorar las eficiencias de la gestión hídrica.

En todo caso, las sequías producidas en los últimos años y los pronósticos sobre el impacto del cambio climático en las causales hacen a un agravamiento de los déficits que fueron considerados por Fallos 310:2478 sobre las 75761 has., lo que aumenta aún más las dificultades expuestas en esa sentencia para alcanzar “usos futuros”.

Es de resaltarse que en la misma demanda se reconoce que **SÍ EXISTEN NUEVOS “USOS FUTUROS” DE AGUAS** en beneficio de los habitantes de la cuenca del río Atuel **sobre territorio pampeano**, los que **son satisfechos mediante aguas propias de Mendoza** que han sido cedidas mediante un Tratado a tal fin.

El tratado suscripto en 1992 dio lugar a la construcción de un acueducto de aguas de fuentes existentes en la localidad mendocina de Punta del Agua, las que **son ajenas a la cuenca del río Atuel**, y su potabilización y posterior traspaso en beneficio de las localidades pampeanas ubicadas en la cuenca del río Atuel, para satisfacer las necesidades poblacionales, por un caudal que supera el doble de la actual población.

Consiguientemente, al menos en lo que depende del actuar de Mendoza, **la situación del ambiente humano de la población pampeana sólo ha tenido mejoras con respecto a**



la época del fallo, mejoras que implican contar con un suministro de agua potabilizada permanente que antes no presentaban, y cuya situación ha sido producto de la constante buena voluntad mendocina en encontrar soluciones incluso acudiendo a otros recursos hídricos exclusivamente propios, ajenos a la cuenca del Atuel.

Este suministro, aunque no es una cuestión involucrada en forma directa en el proceso resuelto en 1987 (ya que implica el uso de aguas ajenas a la cuenca del Atuel, que resultan de una fuente exclusiva de Mendoza) es una manifestación clara del constante espíritu en buscar soluciones más allá de las limitadas posibilidades que brinda el escueto y cada vez más limitado caudal del río Atuel, el que en 1987 era insuficiente (tal como consideró esa misma Corte) para cubrir los usos existentes en Mendoza, y aún sigue siendo insuficiente a pesar de los significativos esfuerzo y obras que han sido realizadas por Mendoza.

Aunque el caudal del río Atuel carece de excedentes que permita acordar usos futuros sobre el mismo, Mendoza ha cedido caudales propios de otras fuentes para la zona de La Pampa que en las actuales circunstancias no puede ser beneficiada por caudales del río Atuel.

Resaltamos que el mantenimiento de estas obras para el suministro de tal caudal, es una responsabilidad del Estado de La Pampa, tal cual ha dispuesto mediante Ley 2223 de esa provincia, modificada por el art. 34 de la Ley 2654, con lo que cualquier afectación del servicio es ajena a la responsabilidad de esta

parte. Prueba de ello es la nota n° 445-D-2014, iniciada por la empresa Aguas del Colorado SAPEN (creada por Ley 2223 y 2654 de La Pampa), acumulada al expediente 1767-D-2014 (que acompañamos como prueba), donde la misma sustancia las autorizaciones de ley ante las autoridades competentes en el territorio mendocino para efectuar el referido mantenimiento.

Este relato de los hechos, muestra que el actual estado de la zona sur-sureste de Mendoza y oeste de La Pampa, es el resultado de las políticas públicas que han intervenido –u omitido hacerlo- en la zona. La construcción del sistema Los Nihuales en Mendoza fue una política de fomento dispuesta por el Congreso en uso de sus facultades constitucionales; el desarrollo diferencial de Mendoza y La Pampa fue producto de políticas también diferenciales en ambos territorios, tanto en el pasado como actualmente, y evidentemente la ordenación de las áreas de cultivo y el uso de los recursos hídricos –como la Corte sostuvo en 1987- genera un presupuesto histórico de hecho que condiciona la equidad en el uso del cauce.

Las implicancias de estas políticas diferenciales, las analizamos con mayor detalle en el punto VII.4.a de este responde, a donde remitimos en honor a la brevedad.

Debemos resaltar, por otra parte, que a lo largo de la relación comercial esta parte ha llevado adelante significativos esfuerzos, dentro de una actuación de buena fe que materializa una constante buena voluntad en lograr acuerdos. Pero es



un hecho que ha caracterizado esa relación con la Provincia de La Pampa que esta última siempre ha mantenido una postura cerrada, necia, intransigente, no aceptando solución alguna que no sea exactamente su pretensión.

Luego del rechazo del derecho pampeano a la posesión de caudales efectuado en Fallos 310:2478, el proceso negocial ha sido llevado a toda costa adelante. Pero en definitiva, la postura pampeana sólo busca reformular lo que le fue negado por VE en la sentencia dirimente, lo que indudablemente dificulta un análisis constructivo de alternativas.

Ante el impedimento en generar usos futuros que –dentro de las pautas y principios dados por VE para un uso equitativo y razonable- sean viables técnica y económicamente, Mendoza ha postulado diversas alternativas de solución, más allá del suministro de agua extraña a la cuenca del Atuel acordado en 1992. Así, por ejemplo, se ha propiciado que La Pampa asigne sus caudales excedentes del río Colorado, mediante su trasvase conjunto con los caudales que corresponden a Mendoza, lo que ha sido rechazado por la actora por entender bajo la excusa de que debe suministrar derechos desde ese mismo curso⁹⁰, a pesar de que en paralelo trasvasa esas mismas aguas mediante acueductos hacia el norte de la provincia.

⁹⁰ Ver en este sentido el Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior del 09/03/2004, obrante en el Anexo 13 cuerpo 2 de la prueba documental de la actora, donde La Pampa expresa que “ha decidido no participar junto a Mendoza en el proyecto de trasvase al Atuel con parte del caudal del río

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

El Convenio de 2008, en este sentido, en su inciso k del art. 10, contemplaba esta línea de acción, la que fue una de las causas de objeción de los organismos de contralor que brindaron su opinión –antes y después de la firma de ese Convenio-, lo que sumó un elemento de peso para que la Legislatura debiera desechar el acuerdo.

Esta situación de hecho que manifiesta la postura pampeana, hace que la relación comercial perdiera eficacia, y se desgaste la relación diplomática en el marco de actitudes agraviantes permanentes. Ejemplo de ello, entre muchas otras, es la Resolución 160/04 de la Cámara de Diputados pampeanos, la que fue acompañada por esta parte a los autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” junto a una solicitud de archivo de esas actuaciones –donde puede ser compulsado a los fines probatorios-, presentación en la que se reflejaba la dificultad de negociar ante las situaciones agraviantes que generaba La Pampa⁹¹.

Colorado que le corresponde, debido a los derechos de uso dados por La Pampa sobre las aguas del río Colorado a servirse desde el cauce del mismo”.

⁹¹ En esa presentación, obrante en el expediente L 195, a VE exponíamos: “Esta resolución es esclarecedora en lo que esta parte sostiene en este escrito, en cuanto a que el mantenimiento de esta causa en trámite activo sólo se presta



a un abuso de la jurisdicción en desconocimiento de la cosa juzgada y que sólo sirve para el desgaste de las partes en perjuicio de la misma negociación que esa Corte ha exhortado. [...] El Poder Legislativo pampeano apoya la extorsiva “decisión política” pampeana, dentro de un plan estratégico, de obstaculizar el desarrollo de Mendoza en el Río Colorado hasta tanto la Provincia de Mendoza “no se avenga a resolver el antiguo conflicto con nuestra provincia por los caudales del río Atuel” (art. 2). Esto no es más que un desconocimiento flagrante y virtual alzamiento contra la cosa juzgada que implica lo resuelto por el art. 2 de la sentencia dictada en estos autos, y que sólo es posible por la confusión que implica mantener activo un expediente que se sentenció hace 18 años y donde no existe aspecto alguno pendiente de cumplimiento. El art. 5 de la resolución de la Cámara de Diputados pampeana no es más que otra demostración de la dificultad que presenta un proceso negocial interprovincial, como el que exige la aspiración de ambas provincias a usos futuros sobre los que Mendoza actualmente desarrolla (basta atender que mientras que en diciembre/04 la Cámara de Diputados exigía que Mendoza acudiera a una reunión de la CIAI, en noviembre/04 la reunión ya se había realizado).

El art. 6 de la resolución de la Cámara de Diputados pampeana solicita al Poder Ejecutivo de Mendoza que produzca el levantamiento de las compuertas necesarias para habilitar el paso de agua a La Pampa. Nuevamente, las autoridades que emiten la resolución desconocen lo resuelto por esta Excma. Corte en el resolutivo segundo de la sentencia de 1987; y esta situación de desconocimiento a la autoridad de esta Excma. Corte no es más que una consecuencia de las confusiones que genera mantener innecesariamente el presente expediente procesalmente activo cuando no hay aspecto alguno que lo justifique, permitiendo que se planteen aspectos inconducentes como la presentación del Sr. Fiscal de Estado de La Pampa de fs. 1532/1533, donde pone en conocimiento de esta Corte que Mendoza deriva los caudales actuales a los usos actuales, cuando ello no es más que el efecto del art. segundo de la sentencia!!!. El art. 7 de la resolución de la Cámara de

Diputados pampeana dispone una amplia difusión institucional de dicho acto político-administrativo. Esta situación pareciera ser hecha ex profesamente para dificultar el proceso de negociación en el que Mendoza acababa de ofertar en noviembre (ver acta que se adjunta) que La Pampa analice proyectos concretos de obras para ahorrar agua que permitan usos futuros. Esta dificultad que se expresa surge no sólo del contenido del articulado que analizamos, sino especialmente de su agravante fundamentación, la que se analiza infra. [...] Con respecto a los fundamentes de la resolución analizada, los mismos resultan incompatibles con un proceso negocial entre Estados, y hasta generan la percepción de que procuran provocar una ruptura institucional en base al agravio. Si bien La Pampa declama constantemente la necesidad de negociar y acordar con Mendoza en busca de la voluntad común sobre los usos futuros del Río Atuel que se generen sobre las 75.671 has. que tiene derecho a irrigar Mendoza, tal declamación es meramente formal a la luz de este resolutivo. Sustancialmente, por más que se invoque la voluntad de negociar, no existe ánimo de diálogo si las instituciones de La Pampa tratan formal y expresamente de “pueril” o “pusilánime” al Gobernador de Mendoza, y expresan otros agravios contra los distintos funcionarios de Mendoza. ¿Es esta la manera en que se logra un ambiente de amistad y diálogo? ¿O es más bien la manera de lograr la ruptura de los evidentes avances que se habían producido en la reunión de la CIAI de noviembre/04, manteniendo un status quo conflictivo que permite cierto logro “político” (en el sentido peyorativo del término) mediante discursos políticos y conferencias periodísticas? ¿Qué pretendía el Gobierno y el Sr. Fiscal de Estado de La Pampa cuando a fs 1532/1533 expresó ante esta Excma. Corte que Mendoza derivaba a las 75.671 has. los caudales actuales del Atuel, a los que tiene derecho según la sentencia dictada en estos autos? Para esta parte es obvio: el conflicto que se genera utilizando este proceso como excusa sólo trae rédito político-electoralista a quienes lo están aprovechando y publicitando (véase los artículos periodísticos que el Sr. Fiscal de Estado de La Pampa acompañó en su presentación); mientras que el rédito político legítimo, que surgiría de procurar una negociación seria tendiente a lograr



Más allá de todos esos aspectos, que hacen a la relación sobre los usos actuales de los caudales del río Atuel, y la negociación sobre eventuales usos futuros en el marco de las pautas y principios fijados por VE en Fallos 310:2478, también sostenemos que es un hecho que no existe daño ambiental en territorio pampeano, ni que sea necesario establecer un caudal ecológico o ambiental como recomposición. Este extremo no es más que un burdo intento de la actora de burlar la autoridad de cosa juzgada de los Fallos citados.

las obras necesarias para ahorrar caudales que permitan la existencia de los “usos futuros” sobre los que esa Corte ha exhortado a negociar, es algo a largo plazo basado en grandes inversiones en obras (incluso antieconómicas según peritajes obrantes en autos) y que indudablemente también es de más difícil consecución. No debe entenderse que Mendoza no hace todos los esfuerzos del caso para procurar una negociación justa en cuanto a una participación equitativa y razonable de ambos Estados en usos futuros que se desarrollen sobre las actuales 75.671 has. sobre las que tiene un derecho prioritario. Esto es claro en el Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 25/11/04, y donde es la Provincia de Mendoza a través de su Ministerio de Ambiente y Obras Públicas que invita a la Pampa a “analizar en el departamento General de Irrigación los estudios del impacto de las obras propuestas –canal marginal y revestimiento de secundarios y terciarios- sobre la eficiencia del riego y sobre los caudales recuperables, los que serían la base de acuerdos futuros”. En esa misma reunión Mendoza informa sobre los esfuerzos que hasta el momento unilateralmente realiza para aumentar la eficiencia del uso del río. La Pampa se limita sólo a requerir que se le otorgue un caudal al que no tiene derecho, lo que no se condice con la idea de justicia, ni con la participación equitativa y razonable. [...]”.

El entorno humano en la cuenca del río Atuel es producto de políticas locales y nacionales que lo ha moldeado de acuerdo a lo que se consideró discrecionalmente más conveniente. Estas políticas las analizamos en el punto VII.5 de este responde, a donde remitimos.

Pero más allá de ello, existen **hechos que disipan completamente la queja de la actora desde el punto de vista ambiental**, haciéndola una reclamación meramente dogmática y sin posibilidad real de ser tomada en serio, lo que no hace más que conformar que el caso no es más que un forzamiento bajo la excusa ambiental para soterradamente pretende evadir la autoridad de cosa juzgada mediante un forzamiento discursivo que no se condice con la realidad.

Nos referimos a que a la vez que la actora reclama que Mendoza erogue agua desde Carmensa para lograr un caudal ecológico de 4,5 m³/s⁹², y hasta busca extender el mismo a un caudal ambiental para los “usos futuros” en una condición que ya le fue negada en Fallos 310:2478, al mismo tiempo reconoce en diversas publicaciones que su red de monitoreo está registrando caudales mayores.

Es decir, el caudal ecológico que se reclama para supuestamente recomponer los humedales **ya existe en territorio pampeano**, incluso con un volumen que en su volumen

⁹² Página 316 de la Demanda.



incluso es suficiente para satisfacer el caudal ambiental que también se solicita.

En este sentido, por una parte, el informe de la Universidad Nacional de Cuyo que se acompaña probatoriamente, se pone claramente de manifiesto que desde Carmensa escurren caudales excedentes del regadío mendocino que en 73% de los días son superiores a los 2,24m³/s que la demanda (en su pág. 315) considera necesarios para que existan caudales en el territorio pampeano.

Incluso, observa que en el 51% de los días existen caudales superiores a 6 m³/s que escurren aguas abajo de Carmensa, lo que según la misma demanda (en su pág. 316) garantiza el caudal ecológico reclamado en esos periodos.

Además, queda claro en ese estudio, al igual que en los informes del Departamento General de Irrigación, que a pesar de que existen obras de regulación y control en la zona del Cañón del Atuel, el Río Atuel tiene un comportamiento independiente de las presas que posibilitan la existencia continuada de caudales mínimos que escurren por el Sector Distal de la cuenca, existiendo a lo largo del cauce percolaciones subsuperficiales que se movilizan por el subálveo⁹³, las que están alimentando algunos sistemas de humedales

⁹³ En este sentido, además del referido análisis del Departamento General de Irrigación, resalta el Estudio “Análisis Hidrológico del Río Atuel en la Cuenca Inferior” de Universidad Nacional de La Pampa, acompañado como Anexo 9 en la prueba documental de la actora, donde se identifica la existencia de

con usos ecosistémicos y productivos a lo largo de todo el cauce del Atuel.

Esto permite comprender entonces, tal como la propia actora pública y difunde en diversos medios y sistemas de información que los humedales asociados al curso del río Atuel, e incluso el curso mismo de ese río presenta en su territorio caudales equivalentes y superiores a los que son objeto de esta demanda.

Estos caudales, indudablemente independientes de las erogaciones superficiales que realiza Mendoza aguas abajo de Carmensa, se generan con aportes pluviales o afloramientos de caudales subsuperficiales, como ya hemos referido con el debido apoyo probatorio. Pero lo cierto es que el **Arroyo La Barda** (brazo del río Atuel que ingresa a La Pampa) presenta en **caudales medios de al menos 8 m³/seg**, según ha publicado reiteradamente el Gobierno de La Pampa⁹⁴.

escurrimientos subterráneos que aportan caudales al cauce del Atuel que son independientes de las erogaciones superficiales, y que se producen en épocas climáticas de baja evapotranspiración a partir de los caudales aplicados al riego con los niveles de eficiencia actuales, así como de los aportes que provienen de manera subterránea desde el río Diamante.

⁹⁴ Ver: *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>.



Esta cuantificación de caudales es concordante con el sistema de información on line que presenta la autoridad del agua de La Pampa. En el sitio web gubernamental⁹⁵ se accede a documentación donde se expresa que:

De acuerdo a los registros existentes en APA y SRH, el caudal medio anual para el arroyo de la Barda en puesto Jacinto Ugalde en el período 1982/2007, es de 10,20 m³/seg.

En concordancia con estos valores, estudios técnicos elaborados por la propia actora en conjunto y/o con la Universidad Nacional de La Pampa⁹⁶, existe un caudal en la estación aforadora de Puesto Ugalde equivalente a 8,6m³/s, caudal medio que es superado en al menos el 30% del tiempo, existiendo periodos de carencia de recurso que sólo abarcan el 18% del tiempo. Estas mediciones, representativas según ese informe de los valores medidos hasta el año 2000, presentan con posterioridad -según ese mismo

⁹⁵ Documento "CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales". Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.

⁹⁶ Anexo 10 de la prueba documental de la actora, Estudio "Análisis de la Interacción Agua Superficial y Subterránea y su Influencia en los Escurrimientos en el Tramo inferior de Cuenca del río Atuel". Anexo 9 de la prueba documental de la actora: Estudio "Análisis Hidrológico del Río Atuel en la Cuenca Inferior", Universidad Nacional de La Pampa.

informe- una **tendencia creciente que hoy llevaría a valores aún mayores**, acorde a los ya referidos en el párrafo anterior.

De igual forma, en el Expediente 8259/2001,⁹⁷ puede observarse con claridad la existencia de caudales en el río Atuel, en territorio pampeano. La tabla obrante a fs. 17 de ese expediente muestra un módulo en territorio pampeano superior a **8 m³/s como caudal medio anual**, con escurrimientos que a lo largo del año presentan una media mensual **entre 6 y 18 m³/s**, con excepción de noviembre donde el caudal es **cercano a 4,5 m³/s**. Es decir, el caudal existente que confirman estos datos aportados por la propia actora es **en el peor momento igual al caudal ecológico reclamado** en este proceso, y **en general siempre es sustancialmente mayor al mismo**.

Del mismo modo, es un hecho que los referidos humedales no sólo presentan como fuente de suministro a esos caudales que se reconocen existentes en el río Atuel. El sistema hídrico al que están asociados esos humedales también recibe aportes mucho más significativos de otros cauces, como el Salado-Chalideuvú que presenta aportes del orden de los 30 m³/s como caudal medio, según la información que publica el Gobierno pampeano⁹⁸ y reafirma su autoridad del agua en su propia web⁹⁹, donde se expresa:

⁹⁷ Acompañado por la actora como prueba documental (Anexo 4).

⁹⁸ *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en:



En tanto, [el caudal] para el río Salado a la altura del puente de la ruta provincial N° 10 es de 36,69 m³/seg en el período 1987/2008.

Incluso la parte baja del sistema hidrológico al que pertenecen esos humedales, hacia la desembocadura natural que presenta hacia el río Colorado y el sistema de humedales allí existentes (acrecentado por el efecto del llamado Tapón de Alonso), también recibe aportes significativos del Río Curacó, con un **caudal promedio de 31,43 m³/s**, lo que incluso ha sido atendido para el desarrollo productivo por la autoridad pampeana¹⁰⁰.

<http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>

⁹⁹ Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.

¹⁰⁰ El estudio “ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE LAS OBRAS DE REGULACION Y MANEJO DEL RÍO CURACO EN LA ZONA DE LA LAGUNA LA AMARGA - INFORME FINAL”, de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa, que considera el aprovechamiento productivo de las aguas del río Curacó y su análisis hidrológico, puede consultarse en: <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5924-proyecto-obras-en-el-tapon-de-alonso.html>. En igual sentido, “CANAL DE DERIVACIÓN Y REGULACIÓN DEL RÍO CURACÓ – TAPÓN DE ALONSO”, también de la misma autoridad de aguas de La Pampa, disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5945-obra-puelches.html>. Ambos estudios fueron consultados en 15 de julio de 2015.

Los caudales ecológicos y ambientales que en esta demanda se pretenden exigir a Mendoza como si no existieran, son **una realidad que surge de las publicaciones que la misma actora realiza**, desvirtuando el relato discursivo que construye. Los Bañados existentes en territorio pampeano no sólo reciben del Atuel mayor caudal que el que se reclama como caudal fluvioecológico, sino también de fuentes mucho más significativas que aportan –cada una de ella- un módulo similar al que presenta la cuenca alta del río Atuel.

Un estudio de caudales necesarios para las necesidades ecosistémicas de los Bañados del Atuel no puede ser consistente sin la consideración de que estos bañados son la resultante del funcionamiento de la totalidad un sistema mucho más extenso, y no atribuirlo exclusivamente al río Atuel.

En resumen, los hechos determinantes para la valoración de esta causa son:

-En 1987 la Corte resolvió un proceso análogo a éste, donde se tuvo por acreditada la plataforma fáctica existente hasta ese momento, la que determinaba la equidad y razonabilidad en el uso actual del agua del río Atuel por parte de Mendoza, siendo que en el reeditado planteo pampeano no se argumenta o acredita lo contrario. Los estudios que se acompañan en el mismo, contrariamente, sólo plantean escenarios alternativos, pero todos basados en la misma realidad ya conocida.



-En esa sentencia, la Corte tuvo también por acreditado que la satisfacción de necesidades en el territorio pampeano no podía lograrse mediante la gestión de embalses, sino que requería importantes y extraordinarias inversiones durante décadas, las que resultaban antieconómicas, situación de hecho que no ha cambiado, siendo que en el reeditado planteo pampeano no se argumenta o acredita en contrario.

-Hoy sabemos que gran parte de los ahorros de agua que se consideraron en la sentencia de 1987, los que se relazarían en el paraje Las Juntas, no son ambientalmente viable sin afectar el sistema Ramsar LLancanelo¹⁰¹.

-Al margen de esas mejoras, la Corte también apreció que la situación fáctica del curso de agua implicaba que el mismo era insuficiente incluso para satisfacer los usos actuales que Mendoza efectuaba, con lo que era necesario también efectuar obras de eficiencia al solo efecto de las necesidades de los usos existentes, siendo que en el reeditado planteo pampeano no se argumenta o acredita en contrario.

-Mendoza ha efectuado un importante plan de obras para efficientizar el uso del agua en la zona de regadío de la cuenca del Río Atuel, dando lugar a una progresivo aumento de la

¹⁰¹ Este limitante fue considerado en las negociaciones practicadas en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior. Ver en este sentido el acta del día 09 de marzo de 2005, obrante en el Cuerpo II del Anexo 13 de la prueba documental acompañada por la actora.

razonabilidad con que utiliza el agua, y a pesar de los grandes avances concretados, aún así el agua es insuficiente para los usos actuales, y no existen a la fecha posibilidades de concretar usos futuros.

-Los pronósticos de cambio climático y la disminución notoria de caudales que caracterizan el último quinquenio hace que sea aún más difícil concretar acuerdos sobre usos futuros por encima de los usos actuales reconocidos en la sentencia de 1987, sean estos usos pampeanos o mendocinos.

-Dicho cambio climático, a su vez, anuncia y ya se manifiesta con un aumento de precipitaciones en la zona seca de La Pampa que disminuye su necesidad de caudales. Las precipitaciones en Santa Isabel y la parte baja de la cuenca se han acrecentado significativamente en las últimas décadas, y hoy son el doble del promedio que tiene Mendoza.

-Incluso a pesar de esta imposibilidad en concretar acuerdos sobre usos futuros basados en las aguas del río Atuel, Mendoza y La Pampa han dado lugar a usos futuros dentro de las posibilidades existentes, y aunque los mismos se basan en recursos hídricos de otras fuentes ajenas al río Atuel, brindan caudales para las necesidades de una población de hasta el doble de la actual.

-La Pampa ha mantenido en la relación comercial una postura cerrada, que rechaza cualquier solución que no sea expresamente su pretensión de caudales (la misma que se rechazó en Fallos 310:2478), lo que junto a una actitud agravante ha dificultado la negociación y disminuido la eficacia del proceso.



-No existe, en ese contexto, daño ambiental, económico o social en la provincia de la Pampa, sino políticas de desarrollo diferenciadas que, aunque las actuales autoridades de La Pampa no comparten, políticas que han producido efectos en las distintas provincias que deben ser asumidos por las mismas, incluso por quienes gobiernan hoy en día el territorio de la Provincia de La Pampa.

-Los caudales que La Pampa reconoce oficialmente como existentes en el río Atuel (brazo Arroyo La Barda), así como en los restantes cauces asociados que aportan a los humedales de la zona, son notoriamente mayores a los caudales que según la actora deberían existir a costa de Mendoza.

VII.2 DERECHO APLICABLE

a- El régimen constitucional y los principios generales aplicables a los cursos de agua interprovinciales

En el régimen constitucional argentino, la generalidad de aspectos que hacen a la utilización y destino de los cursos de aguas interprovinciales deben ser acordados interprovincialmente.

La Constitución ha fijado claramente en el art. 121 que en principio no corresponde a los poderes federales inmiscuirse en las relaciones propias de las provincias en tal materia,

con excepción de aspectos específicamente delegados –normas de navegación o derecho de fondo-.

Los procedimientos para estipular tales regulaciones, son establecidos en los arts. 124 y 125 CN, acorde a los cuales las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal, pudiendo –en concordancia con el art. 122- crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines.

En ese marco constitucional, además de las normas constitucionales, las provincias deben regir sus relaciones en el marco del derecho intrafederal que generen concertadamente. Sólo ante desacuerdos, pueden acudir a la jurisdicción dirimente de la Corte Suprema de Justicia a efectos de que –aplicando el derecho de gentes- solucionen sus desavenencias (art. 127 CN).

La solución dirimente que realiza la Corte, cuando las provincias no logren solucionar negocialmente el conflicto, constituye una norma particular que brinda una solución mediante la aplicación al caso de los principios jurídicos generales que dicta el derecho de gentes que vincula a los Estados, tal como ha observado expresamente la Corte Suprema en Fallos 310:2478, en forma coincidente con la jurisprudencia del derecho federal comparado¹⁰².

¹⁰²La Corte Constitucional alemana (Staatsgerichtshof) en el asunto Württemberg and Prusia v. Baden (The Donauversinkung Case), sentencia del 18 de junio de 1927, publicado en Annual Digest of Public International



De tal modo, el Tribunal no es libre de resolver según su mejor parecer, sino que debe actuar estrictamente encauzado por las normas constitucionales que conducen la relación federal, junto a los principios reconocidos dentro del Derecho interestadual del aguas, aplicando al caso particular máximas generales como el uso equitativo y razonable, el no daño sensible, el principio de cooperación (incluyendo información y consulta) y el deber de negociar.

Esas normas del derecho interestadual de aguas presentan su contenido forjado desde el Derecho Internacional e Intrafederal, con lo que los tratados generales –como la Convención de Nueva York sobre uso de los cursos de agua internacionales para fines

Law Cases 1927-28, Case n° 86, Serie International Law Reports, Volume 4, Arnold D. McNair (ed.), Cambridge University Press, 1932, págs. 128 a 132, consideró en pág. 130 que en las relaciones de los Estados federados se debe aplicarse el Derecho internacional, por cuanto, aunque sujetos a considerables limitaciones, se trata de relaciones entre Estados. La Suprema Corte norteamericana adoptó idéntico criterio en *Kansas v. Colorado* (1902), 185 US 125; *Kansas v. Colorado* (1907), 206 US 46; *Connecticut v. Massachusetts* (1931), 282 US 660; entre otros. La Suprema Corte de Suiza, en el asunto *Zwillikon Dam Case*, sentencia del 12 de enero de 1878, *Entsch. des Schweizerischen Bundesgerichts* (1878), vol IV, pág. 34, transcripto parcialmente por McCaffrey, Stephen C., *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford, 2003, pág. 228, entiende que especialmente cuando las relaciones entre unidades de un Estado federal están en juego, se aplica la norma de Derecho internacional derivada de la ley de la buena vecindad.

distintos a la navegación de 1997¹⁰³-, junto a los principios reconocidos por la jurisprudencia internacional e intrafederal resultarán de trascendencia.

Junto a esas fuentes, también puede resultar orientativo, como pauta de *soft law*¹⁰⁴, ciertas reglas recomendadas por asociaciones privadas que propician el desarrollo del derecho internacional (como la Asociación de Derecho Internacional y sus Reglas de Helsinki (1966), sobre uso de las aguas de las cuencas internacionales. Estas reglas, han presentado diversas complementaciones posteriores –Seúl (1996), sobre Aguas

¹⁰³ La Convención de Nueva York de 1997 entró en vigencia en 2014, al obtener el número de ratificaciones necesarias para ello. Su origen se remonta a 1974, cuando la Asamblea General de Naciones Unidas requirió a la Comisión de Derecho Internacional el estudio y sistematización de las reglas de derecho internacional vigentes en torno a los cursos de agua. Dicha Comisión trabajó en consulta con los Estados desde ese año, hasta que finalmente propuso el texto que fue abierto a la firma por la Asamblea en 1997.

¹⁰⁴ Las contribuciones de la International Law Association –como las referidas Reglas de Helsinki o de Berlín- u otras asociaciones como el International Law Institute (que emitió por ejemplo su Resolución de Madrid de 1911 sobre cursos internacionales o su Resolución de Atenas de 1979 sobre contaminación de ríos y lagos internacionales) no constituye propiamente una fuente del derecho internacional; por ello, aunque estas “normas” revisten un nivel meramente orientativo, en cuanto sólo resultan el parecer de la comunidad científica y no una práctica aceptada por los Estados, su valor como *opinio iuris* ha sido fundamental para la elaboración y desarrollo de principios generales que hoy son reconocidos en el Convenio de Nueva York, y de allí la importancia –siempre relativa- como fuente de consulta e interpretación.



Subterráneas Internacionales; Berlín (2004), sobre el Recurso Agua), que no han cambiado el sustrato básico de la propuesta de 1966, incluso al incorporar aspectos propios del cuidado ambiental. Esto último se detallará al analizar los aspectos vinculados al régimen de los caudales ecológicos (punto VII.4.b).

En ese marco, las Provincias de Mendoza y La Pampa presentan diversas normas vinculando su relación en torno a los ríos compartidos. Algunas de ellas –como el ya referido tratado de 1992- son de naturaleza convencional, y otras resultan de naturaleza dirimente –como la sentencia de 1987-.

b-La sentencia de 1987 y su alcance

Destacamos especialmente la referida sentencia de 1987, recaída en Fallos 310:2478, ya que la misma se constituyó en el marco general que regula la relación entre ambas provincias, materializando los principios del derecho interestadual de aguas al caso concreto, y sobre tal base las partes han desarrollado marcos específicos mediante tratados bilaterales.

Dicha sentencia resulta una *lex specialis*, es decir, es una nueva fuente reguladora de la situación que las partes controvirtieron en el proceso, y que debe ser respetada por las partes y por terceros. A partir de la sentencia no hay incertidumbre entre las partes ya que el contenido de la misma es la que establece el derecho que a cada una corresponde, presentando por su carácter de cosa

juzgada la cualidad de irrevocable¹⁰⁵, única garantía a que los conflictos tengan un fin, y que ese fin genere la seguridad jurídica que caracteriza al Estado de derecho.

Por ello, el contenido de dicha sentencia de 1987, tanto en sus consideraciones como en sus resolutivos, es la base de toda consideración sobre los derechos y obligaciones generados, y su autoridad de cosa juzgada brinda la seguridad jurídica esencial que debe primar entre las provincias ante un recurso interjurisdiccional como es el río Atuel, evitándose que las disputas se reciclen con cada cambio de composición de los Tribunales.

En dicho precedente, esta misma Corte Suprema –aunque declaró que el río Atuel es interprovincial (resolutivo 1)-, **rechazó la pretensión de posesión de caudales promovida por la Provincia de La Pampa** y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/49 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas Provincias de la cuenca del Río Atuel y sus afluentes, siempre que la Provincia de **Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales –de hasta 75761 has- aplicados sobre la superficie reconocida en el consid. 88.**

La posesión de caudales que La Pampa reclamaba, en este sentido, implicaba un posicionamiento pampeano en relación a apoderarse de la tenencia de un caudal sobre el que pretendía tener un derecho. Hoy, aunque lo denomina de manera

¹⁰⁵PALACIO, Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Ed. Abeledo Perrot, 14° ed., pág. 533 y ss



distinta, estamos ante la misma pretensión que ya fue rechazada en aquella oportunidad.

Con ello, hoy en día el nuevo reclamo pampeano es manifiestamente antijurídico, en la medida que colisiona abiertamente contra la regla particular ya establecida para la relación existente en Fallos 310:2478: no es válida la pretensión de caudales a favor del territorio pampeano en tanto Mendoza mantenga los usos aplicados sobre la superficie de 75671 has.

Resaltamos que la misma Corte de manera expresa determinó un derecho preferente exclusivo sobre los caudales destinados a los usos actuales. En este sentido, al resolver el 26 de julio de 1988 la Aclaratoria a la sentencia de 1987, la que **forma un todo inescindible con la sentencia principal, la Corte expresó que “la sentencia admitió una preeminencia exclusiva de la Provincia de Mendoza sobre 75561 has”**.

En cuanto a las posibilidades de usos futuros, es decir de establecer un status iuris distinto al fijado en la sentencia, tal norma particular que contiene la sentencia tampoco deja librado al azar la forma en que debe darse la relación interprovincial, sino que expresamente analiza en base a la situación la forma en que deben darse los eventuales usos futuros.

En ese marco, aunque en su resolutivo tercero la Corte ha exhortado a las partes a celebrar acuerdos sobre usos futuros, las negociaciones deben efectuarse “sobre la base de los

principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia”.

Esos principios y pautas generales, entonces, condicionan el alcance de la relación de negociación y su eventual resultado. Y por ello, la base de toda la negociación en vista a eventuales acuerdos sobre usos futuros debía tener como base aspectos que la limitan en cuanto a que:

a) No corresponde una posesión de caudales a La Pampa, salvo para los eventuales “usos futuros” sobre los que las partes pueden celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa (resolutivos 2 y 3 de la sentencia);

b) En tal negociación, el derecho de La Pampa a participar en los “usos futuros” no puede afectar el uso de Mendoza sobre los caudales necesarios para los “usos actuales” en 75671 has, caudales sobre los que corresponde una “preeminencia exclusiva de la provincia de Mendoza” (Considerando 134 de la sentencia¹⁰⁶ y aclaratoria¹⁰⁷ resuelta

¹⁰⁶ “...la Provincia de Mendoza ha de mantener los usos consuntivos actuales sin exceder los límites de 75,761 has., pero no excluye, en principio, el derecho de La Pampa a participar en los usos futuros del curso de agua interprovincial.” (Considerando 135)

¹⁰⁷ “En efecto, la sentencia admitió una preeminencia exclusiva de la Provincia de Mendoza sobre 75761 has” (Aclaratoria del 26 de julio de 1988 resuelta a



el 26/07/1988) por aplicación del principio del uso equitativo y razonable (Considerandos 117 y ss.);

c) Los “usos actuales” existentes en Mendoza se consideran razonables en cuanto a los niveles de eficiencia existentes (considerando 103 de la sentencia)¹⁰⁸, y por ello tales usos no afectan derechos de La Pampa (considerando 85 de la sentencia)¹⁰⁹;

d) Los “usos actuales” de Mendoza se abastecen en una situación deficitaria, y aunque se aumente la eficiencia de riego para disminuir tal déficit, ello no implica la existencia de excedentes para nuevos usos (considerandos 110¹¹⁰ y 116 de la sentencia¹¹¹);

solicitud de Mendoza). Nota: se ha corregido la cifra de hectáreas según resolución de la aclaratoria requerida por La Pampa a fa. 1279 del Expte L195, de fecha 26/7/1988

¹⁰⁸ “Que establecidos estos presupuestos, parece claro que el sistema de riego del río Atuel, aunque padece de los defectos que se han puesto en evidencia, no revela un nivel de ineficiencia tal que importe un derroche injustificado del recurso hídrico” (considerando 103 de la sentencia)

¹⁰⁹ “Que esa decisión de respetar los usos consuntivos “efectivos” y “actuales” supone, naturalmente, limitar el reconocimiento a aquellos que resulten racionales a la luz de los sistemas de riego existentes. Supone, también, que en esos límites no importan turbación del derecho de La Pampa” (considerando 84 de la sentencia de 1987).

¹¹⁰ “Que corresponde, tras estas estimaciones, adecuarlas a la superficie de 75.671 ha. Desde luego, de mantenerse como pauta una eficiencia de 0,30 no

e) Los “usos futuros” sobre los que las partes deben convenir involucran no sólo la posibilidad de usos en La Pampa, sino además los usos que resulten posible desarrollar en Mendoza, incluyendo la satisfacción de los derechos ya otorgados en Mendoza por un total de 132.636 has. (Aclaratoria del 26/07/1988)¹¹².

En este encuadre, las posibilidades de negociación entre las partes en vista a “usos futuros” presentan como

habrá excedente posible toda vez que no la hubo para el cálculo sobre 61.034 ha. Pero es particularmente importante advertir que no cambiaría esa situación aun de lograrse una eficiencia en el régimen de riego de 0,50 toda vez que el déficit, aunque más reducido, se mantendría” (considerando 110 de la sentencia de 1987).

¹¹¹ “habida cuenta de que no ha quedado acreditado de manera clara y convincente un notorio mal uso de la red de riego mendocina pese a las imperfecciones y deficiencias constatadas y que, aun la obtención de un rendimiento relevante del sistema que lleve su eficiencia a 0,50, no produciría excedente, la reconocida aceptación de La Pampa de los consuntivos “actuales” y “efectivos” conduce a desestimar su reclamo, toda vez que no ha acreditado con la necesaria certeza el uso abusivo que atribuye a Mendoza” (considerando 116).

¹¹² En referencia a las 57075 has empadronadas en Mendoza (cuya sumatoria con las 75671 da el total de 132676 has), la Corte expresó que “...en tanto no se pretenda oponer dichas concesiones otorgadas sobre una superficie que excede la concerniente a los derechos que esta corte reconoció a la demandada, no corresponde atribuir al fallo el alcance de haber afectado la validez interna de las concesiones que la provincia de Mendoza sobre las ya referidas 57075 has, por ende, tampoco cabe asignarle la consecuencia de revocarlas o impedir su eventual ejercicio cuando haya aguas disponibles”



límite la posibilidad física de concretar tales usos en las condiciones existentes. Más allá de que la exhortación realizada en la sentencia de 1987 al respecto no conlleva una obligación exigible sino sólo una recomendación de esfuerzo razonable (como detallaremos luego), lo cierto es que las negociaciones de buena fe no pueden esperar concretar acuerdos allí donde no es técnica y económicamente posible.

En ese sentido, como ya se expresó, resaltamos que en el mismo proceso de 1987 ha quedado demostrado que los usos actuales son satisfechos de manera deficitaria, y las mejoras en eficiencia antes que cubrir nuevas necesidades deberían atender las existentes. Sólo si fuera viable un nuevo uso tal acuerdo podría conformarse, lo que evidentemente no ha ocurrido.

Con ello, el esquema normativo básico brindado por la sentencia de 1987 determina que para una situación que fue configurada históricamente por una superficie de usos actuales en Mendoza de 75671 has, que consume los caudales disponibles y aún así se mantiene abastecida de manera deficitaria, no corresponde la posesión de caudales a favor del estado pampeano, ello sin perjuicio de las mejoras de eficiencia necesarias para abastecer tales usos actuales, y eventualmente dar lugar a utilidades futuras.

Este esquema de preferencia, conlleva que una vez satisfechos los usos actuales, si existieran excedentes, podría darse lugar a usos futuros de ambas provincias, tal como claramente ha manifestado la aclaratoria a la sentencia de 1987 que la Corte expresó el 26/07/1988, al confirmar que el derecho preferente reconocido a

Mendoza hasta 75761 has no importa la nulidad de las restantes hectáreas concedidas y empadronadas por Mendoza a esa fecha (que en total resultan 132.636), las que deberán ser satisfechas dentro de los usos futuros que se desarrollen sobre los usos actuales amparados hasta las 75.671 has.

Aunque la Provincia de La Pampa sostiene que Mendoza no ha actuado de buena fe en la negociación que la Corte ha exhortado sobre usos futuros, y ha incumplido acuerdos, tal afirmación sólo es posible en base a un erróneo -o mal intencionado- encuadre del deber de negociar que existe entre las partes, o en su caso por un forzamiento del análisis hacia una postura caprichosa que reniega el resultado que arroja la cosa juzgada vigente.

La voluntad de negociar en vista a usos futuros, de manera concordante con la exhortación realizada por la Corte, es constante en la Provincia de Mendoza, a pesar de que -como muy claramente quedó expuesto en el análisis practicado en la sentencia de 1987- los caudales disponibles además de ser cada vez más escasos por el cambio climático son insuficiente para los usos actuales cuya preeminencia exclusiva se otorgó a Mendoza; lo que conlleva un limitante de partida que significa una imposibilidad fáctica en arribar a tales acuerdos.

Pero sin lugar a dudas, y a pesar de tales dificultades, existen negociaciones con posterioridad a la sentencia de 1987 que se han manifestado en Tratados, acuerdos, diálogos periódicos e intentos avanzados de constituir tales acuerdos,



demostrando ello un esfuerzo significativo de Mendoza en satisfacer la necesidad de la vecina provincia que excluye cualquier acusación de mala fe comercial.

Debemos recordar en este sentido que el deber de negociar no importa necesariamente la obligación de acordar, pero sí de desarrollar de buena fe acciones tendientes a alcanzar un eventual acuerdo, si el mismo realmente fuera posible.

Es por ello una **obligación de medios**, que se cumplimenta desarrollando los esfuerzos razonables por conciliar los intereses inicialmente enfrentados¹¹³, en un proceso que no presenta un horizonte temporal preestablecido como regla de Derecho internacional¹¹⁴, sino que las circunstancias del caso a la luz de la buena fe son las que muestran hasta donde es razonable su

¹¹³ Corte Internacional de Justicia, sentencia del 20 de febrero de 1969 en *North sea continental shelf cases*, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, Lyde, 1969, págs. 3 y ss. En igual sentido, art. 17.2 de la Convención de New York de 1997.

¹¹⁴ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La Regulación Internacional del Agua Dulce*. Práctica Española, *La Regulación Internacional del Agua Dulce*. Práctica Española, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 189.

continuidad¹¹⁵, pero no necesariamente ha de concluir exitosamente¹¹⁶.

No existen dudas del esfuerzo mendocino en considerar de buena fe los intereses de la vecina provincia, realizando y continuando las negociaciones a pesar de no haber alcanzado a cubrir plenamente los déficits que presentan los usos actuales reconocidos preferentemente en su favor, como lo prueban los reiterados tratados y actas suscriptos en 1989, 1992, y 2008.

¹¹⁵ Conforme el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, opinión consultiva del 15 de octubre de 1931 en *Railway traffic between Lithuania and Poland (railway sector landwarów-kaisiadorys)*, en *Judgments, Orders and Advisory opinions*, Series A/B No 42, Registro general n° 39, Leydes, 1931, págs. 108 y ss., donde se entendió que la obligación de negociar: “no sólo consiste en establecer negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos posible con miras a concertar acuerdos”. En sentido concordante, Corte Internacional de Justicia, opinion consultiva del 20 de diciembre de 1980 en *Interpretation of the Agreement of 25 march 1951 between the WHO and Egypt, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1980, pág. 73.

¹¹⁶ El Tribunal Arbitral en el *Affaire du lac Lanoux* (sentencia del 16 de noviembre de 1957, en *Reports of International Arbitral Awards - Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. XII, Naciones Unidas (UN Sales No. 1963.V.3), 2006, págs. 281-317) observó la necesidad de negociar de buena fe, lo que implica que las partes deben tener en consideración los intereses recíprocos y tratar de conciliarlos efectivamente. Pero la ausencia de acuerdo, no conlleva limitación a la soberanía de ninguna de las partes, las que pueden continuar sus cometidos.



E incluso ante esa situación que determina hasta el momento la imposibilidad de generarse usos futuros con aguas del río Atuel, se ha aceptado en 1992 comprometer **caudales propios**, que no pertenecen a la cuenca del Atuel, sino a fuentes externas a la misma y de exclusiva propiedad de Mendoza, para satisfacer las necesidades básicas de La Pampa, elemento claramente determinante de un esfuerzo en encontrar soluciones a los intereses pampeanos que sólo puede reflejar una verdadera buena fe negocial de Mendoza.

En todo caso, el presente litigio surge de la intransigencia pampeana en aceptar la imposibilidad actual de tales usos futuros, habiendo convertido la imposición de su postura en un objetivo político a modo de una cruzada, que, como veremos, irrazonablemente desoye argumentos, desecha alternativas e ignora los intereses recíprocos.

c-. Acuerdos y Tratados posteriores

Materializando el espíritu de negociación para generar normas convencionales, las autoridades ejecutivas de ambas provincias suscribieron el 7 de noviembre de 1989 un “protocolo de entendimiento interprovincial”, marco en el cual por acta del 14 de diciembre de ese mismo año se constituyó la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior.

Como ya hemos expresado, este Protocolo de Entendimiento no es propiamente un Tratado, como lo demuestra

que no ha procurado en ningún momento la ratificación legislativa que en ambas provincias es necesaria para la validez de los acuerdos interprovinciales. En cambio, es propiamente un mecanismo de negociación impulsado por las representaciones provinciales que deben negociar tales tratados, dirigido a una serie de temas mucho más extenso el problema del río Atuel (sólo la Comisión “c” y las temáticas 4 y 5 del protocolo hacen referencia al río Atuel). Y por ello, este documento es meramente programático, sin que surjan del mismo –ni puedan surgir por la falta de ratificación legislativa- obligaciones jurídicas exigibles entre las partes.

A pesar del límite que señalamos –en virtud de su naturaleza- al alcance jurídico de ese protocolo, y a la vez la expansión del mismo hacia diversas temáticas ajenas a las aguas del río Atuel, no por ello su importancia y valor deja de ser trascendental en torno a las negociaciones tendientes a usos futuros por encima de las 75671 has, y en muchos y variados tópicos que contempla el mismo más allá del uso del agua. Ya que justamente lo que materializa este protocolo es una instancia negocial formalizada entre las provincia en el marco de sus deberes de cooperación y negociación, la que ha sido esencial para arribar a acuerdos de alta trascendencia, no sólo vinculado a las necesidades hídricas de la población de la Provincia de La Pampa (como el suministro de agua potable gratuito para la población pampeana de la zona dispuesto en 1992 más allá del conflicto sobre el río Atuel), sino a muchas otras.



En ese ámbito de relación interadministrativa acordado por las autoridades ejecutivas provinciales, y -aunque incluyéndolo- más allá del recurso hídrico, se han realizado innumerables actuaciones formales e informales tendientes a concretar acuerdos interprovinciales, dentro de los objetivos de negociación que fueron pautados en el Protocolo de Entendimiento Interprovincial¹¹⁷, en muchos casos con indudable éxito¹¹⁸.

¹¹⁷ La Comisión Interprovincial del Atuel Inferior instrumentada por este protocolo, se organiza en base a diversas áreas temáticas que, además de la temática c) Recursos Hídricos, el Protocolo contempla las áreas temáticas a) Aspectos sociales, b) Aspectos económicos y d) Aspectos políticos e institucionales. A través de dichas áreas se contemplan acciones tendientes a 1- Formular planes en áreas de educación, salud, cultura y vivienda que abarquen no sólo necesidades de infraestructura sino también la formación y asistencia a los individuos; 2- políticas de fomento y promoción comercial y turística que propendan el aumento del intercambio y complementación comercial; 3- proyectos de desarrollo agropecuario que simultáneamente planteen la recuperación del sistema ecológico; 4- Aumento de la oferta hídrica del río Atuel que permita la creación de nuevas áreas bajo riego; 5- Acciones tendientes al restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del río Atuel, y a la utilización de las aguas para satisfacer las necesidades de aprovisionamiento de la población; 6- planes energéticos y viales; 7- sistemas de comunicación civil y policial; 8- Participación del estado Nacional; 9- Incorporación de los sectores sociales y económicos al proceso de integración.

¹¹⁸ Por Ley 7243, Mendoza ratificó el Convenio de Cooperación Técnica – Comercial con la Provincia de La Pampa, el que materializa las acciones 2 y 3

Más allá de la enumeración que pudiera hacerse del dialogo concreto, la cual no deja de resultar meramente anecdótica, entendemos que la consecución de documentos comunes y la constitución de algunos de ellos, cuando correspondía, en Tratados vigentes, es la prueba más clara de la existencia de la relación negocial que invocamos y su eficacia.

En este sentido, en relación a los aspectos vinculados a los recursos hídricos, el ya referido Tratado interprovincial de 1992 suscripto por las partes, con participación del Estado Nacional, implicó un compromiso de Mendoza para entregar un caudal de agua potable para satisfacer la demanda de uso humano en las localidades pampeanas existentes en la zona de influencia de la cuenca del río Atuel, y a realizar las obras para ello, lo que ha sido y es plenamente cumplimentado.

Este acuerdo, por referir aguas propias de Mendoza en exclusividad y ajenas a la cuenca del río Atuel, expresa que tal suministro está basado en la cortesía y buena vecindad y no es una cuestión involucrada en el proceso tramitado ante la Corte, lo que demuestra claramente que el Protocolo de Entendimiento Interprovincial en el marco del cual se tramitó este tratado es mucho más amplio que el mero conflicto sobre el río Atuel, e involucra una relación interprovincial más extensa, aunque sin lugar a dudas con

del Protocolo de Entendimiento Interprovincial. Por Ley 7717 Mendoza ha ratificado en Convenio sobre Alerta y Colaboración en los Incendios Rurales, que responde a las acciones 3 y 7 del protocolo de Entendimiento Interprovincial.



incidencia en la relación sustantiva sobre tal curso de agua y las necesidades asociadas al mismo.

La obligación contraída por Mendoza, al respecto, implica la entrega del caudal de agua necesario para satisfacer la demanda de uso humano de las Localidades de Santa Isabel y Algarrobo del Águila de la Provincia de La Pampa, hasta un máximo de seis mil (6000) habitantes. En el punto de entrega acordado para dicho caudal, Mendoza debe suministrar agua de calidad potable conforme las exigencias del servicio de agua potable brindado en su propio territorio.

Además de ello, el tratado referido también abarca otras cuestiones ajenas al conflicto sobre distribución de caudales que fue objeto del proceso sentenciado en 1987, propias de la explotación no consuntiva de las fuentes energéticas existentes en la cuenca alta, incluyendo la conformidad pampeana del sistema los Nihuales –hasta entonces nacional- a Mendoza.

Sobre este aspecto, en el Tratado se ha acordado el mantenimiento del pago efectuado por regalías a favor de La Pampa en virtud del Decreto 1560/73, aunque este precepto es de **naturaleza transitoria** y no reconoce derecho a ello en cuanto tal acuerdo es “sin perjuicio de lo que pudiere establecer en el futuro, normas jurídicas o fallos judiciales sobre el particular”¹¹⁹.

¹¹⁹El referido Decreto 1560/73 dispuso el pago de regalías hidroeléctrica correspondiente a la generación de las fuentes mendocinas de manera

Este acuerdo instrumenta además la conformación de las Comisiones acordadas en el Protocolo de Entendimiento Interprovincial, a efectos de realizar acciones tendientes a aumentar la oferta hídrica del río Atuel para nuevas áreas de riego y/o restablecer el sistema ecológico fluvial (cláusula sexta), dejándose expresamente aclarado que ello no afectará el derecho de La Pampa a compartir el manejo para el uso consuntivo de las aguas del río Atuel “en los términos de la sentencia recaída en el proceso”

compartida entre Mendoza y La Pampa, a pesar de que esta última provincia, aunque es ribereña, no es titular de la fuente hidroeléctrica que constituye el salto donde se genera energía. Dicho Decreto fue oportunamente cuestionado en sede administrativa por Mendoza, sin que se haya logrado a la fecha una resolución de la vía recursiva iniciada y que actualmente se encuentra aún en trámite en el Expedientes nº ME-SEE-AEE-SE nº 66833/80 y sus acumulados, incorporados y pedidos de reconstrucción y actuaciones reconstruidas, de la Secretaría de Energía de la Nación. Por otra parte, Mendoza intentó también cuestionar ese decreto por vía judicial, pero esa Exma Corte en Fallos 298: 511 denegó el proceso por no estar agotada la vía administrativa, la que aún hoy **más de 40 años después** no se ha logrado concluir por los constantes extravíos de expedientes, archivos intempestivos y situaciones similares que impiden el acceso a la justicia ante tan ilegal situación en perjuicio de Mendoza. La ilegalidad del Decreto 1560/73, que otorga derecho a regalías a una provincia que no es titular de la fuente, choca claramente con el derecho aplicable que ha identificado claramente la misma Corte en los casos Chaco –Fallos 326:3521- y Misiones –Fallos 332:212-, acorde a los cuales no corresponde tal derecho a las provincias ribereñas sino a aquellas que son titulares del salto que conforma la fuente hidroeléctrica. Actualmente, el expediente administrativo reconstruido – luego de su reiterado extravío- en 2002 está radicado en la Procuración del Tesoro de la Nación para su trámite.



sustanciado en los autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”.

Resaltamos muy especialmente que todo ello, entonces, expresamente se ha limitado en los términos de la sentencia antes analizada, es decir, donde existe un derecho preeminente de Mendoza para el uso del agua en la satisfacción del ambiente humano conformado en las 75671 has que conforman el oasis irrigado, y una exhortación a negociar para dar lugar a usos futuros. Pero tal negociación se encuentran delimitadas por las pautas y principios considerados en la misma sentencia, donde –como vimos– existen limitaciones a la posibilidad de generarse esos “usos futuros” en razón de los déficits existentes.

Recordemos también que las acciones impulsadas por el Protocolo de Entendimiento Interprovincial en torno al tema en análisis, implican una obligación de negociación que es de medios, en cuanto no puede garantizarse que se logrará un resultado que depende de la eventual –y dificultosa– generación de caudales.

Con posterioridad a dicho tratado, diversas instancias de negociación llevaron a la suscripción de un nuevo convenio en 2008, consistente en un Tratado Marco por el que se pretendía el financiamiento conjunto de obras de efficientización a efectos de producir un ahorro de agua que permita usos futuros en ambos Estados provinciales.

Este acuerdo, nunca tomó validez jurídica, ni estuvo en condiciones de hacerlo **por causas ajenas a Mendoza**, independientemente de los demás motivos que justificaron la decisión discrecional de la Legislatura mendocina de desecharlo, como analizaremos luego.

Su falta de contenido jurídico válido que pueda contribuir al derecho aplicable al caso, no sólo se produjo finalmente por la decisión fundada de la Legislatura mendocina en 2014 de denegar la ratificación legislativa, definiendo la imposibilidad de que tome vigencia jurídica.

Muy por el contrario, desde su elaboración en 2008 hasta la decisión mendocina de 2014, el instrumento convencional **carecía de los elementos esenciales para que pudiera tomar vigencia, ya que carecía de las firmas de rigor por parte de una de las partes.**

Como ya hemos resaltado dentro de los hechos que hacen a este proceso, **en ningún momento el Estado Nacional -una de las otras partes del acuerdo, esencial para la eficacia del mismo ya que comprometía la financiación de las obras- lo suscribiera de manera efectiva ni avanzara en actos a tal fin.**

Señalamos esto porque aunque el convenio consideraba al Estado Nacional como parte, una parte esencial (financiador de las acciones previstas), nunca fue efectiva ni válidamente suscripto por el Poder Ejecutivo Nacional. En su lugar, el



acuerdo fue suscripto “simbólica” y “formalmente” por dos ministros nacionales, quienes resultaban incompetentes e incapaces para ello, en virtud de los arts. 99 y 103 CN, y por no contar con delegación o autorización alguna para ejercer tal representación¹²⁰.

Ese convenio, entonces, fue más un acto simbólico de las políticas que invocaban los intervinientes, que un compromiso real con una potencialidad jurídica que se concretaría con las ratificaciones. La Nación nunca comprometió su voluntad de financiar lo que se pretendía acordar, y no podían las provincias ratificar un acuerdo no suscripto por una parte esencial.

Con posterioridad, e incluso al tiempo en que Mendoza decidió finalmente desechar el acuerdo, tampoco existe ningún acto del Poder Ejecutivo Nacional procurando sanear dicho extremo mediante convalidación de lo actuado por sus dependientes jerárquicos.

¹²⁰ Como ya hemos referido, ARMAGNAGUE, Juan Fernando, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada, anotada y concordada*, Ed Jurídicas Cuyo, 2005, pág. 376, observa que el art. 103 CN refuerza la unipersonalidad presidencial, ya que los ministros no tienen prerrogativas propias o autónomas, sino limitadas al ámbito administrativo y económico de sus departamentos. ORIHUELA, Andrea M., *Constitución Nacional Comentada*, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2008, pág. 183, coincide en cuanto a que los ministros nunca podrán tomar privativas del Presidente, solo pudiendo tomar decisiones económicas o administrativas relacionadas con sus departamentos.

Es decir, la Nación nunca impulsó acto alguno para que el Convenio de 2008 estuviera en condiciones regulares para ser puesto a ratificación por ella misma y por las otras partes, incluyendo a la Provincia de Mendoza (ya que si no estaba firmado por el Poder Ejecutivo Nacional, ni este había aprobado lo actuado por sus dependientes en la materia, el negocio jurídico esbozado no estaba consolidado, y mal podía esperarse una ratificación regularmente efectuada).

El efecto jurídico de este hecho que señalamos, es decir la ausencia de firma o convalidación del Poder Ejecutivo Nacional, a la luz del Derecho de los Tratados aplicable a las relaciones interestaduales propias del derecho internacional, y consiguientemente también al del derecho intrafederal, es expresamente previsto en el artículo 8 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹²¹, expresamente ratificada por el Congreso Nacional mediante Ley 19865.

En ese contexto, este intento de acuerdo no surtió efecto alguno en lo jurídico, siendo una perorata infundada todo reclamo que pretenda achacar a tal situación de ajuricidad –por su falta de vigencia- un contexto de antijurídica imputable a Mendoza, cuando en realidad, ese intento de convenio –junto al Tratado de 1992

¹²¹ Artículo 8 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados: “Un acto relativo a la ejecución de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado”.



y otros- demuestra la existencia de un proceso constante en la búsqueda de soluciones que sólo es indicador de un actuar de buena fe por parte de Mendoza, como analizaremos al considerar el cumplimiento de la obligación de cooperar y negociar.

VII.3.- EL CONFLICTO SOBRE LOS USOS DEL AGUA DEL RIO ATUEL

a- Las supuestas “nuevas circunstancias” y “nuevos enfoques” no habilitan el replanteo de lo dispuesto en 1987, ni alteran la relación jurídica constituida

Más allá de las argumentaciones que hemos expresado al considerar la excepción de cosa juzgada, la actora ha pretendido argumentar que el presente caso dista de lo ya resuelto en 1987, y que por ello habría contenidos distintos que merecen un nuevo pronunciamiento de la Corte.

Contrariamente, las supuestas nuevas circunstancias que arguye la Provincia de La Pampa en su actual presentación no son tales, sino una reiteración de lo ya discutido y resuelto, como expresamos en la respectiva excepción interpuesta infra.

La Provincia de La Pampa busca, entonces, resistirse a la autoridad de la cosa juzgada que ha dispuesto esta Corte,

entrometiéndose de manera impertinente bajo excusas de nuevos planteos que no son tales, y que ya han sido resueltos.

En este sentido, “La Corte no puede permitir lo que cabe calificar como una clara interferencia en sus decisiones, y como una intromisión impertinente tal que impide que se cumpla con su sentencia sin que se vislumbre razón verosímil para ello, a fin de que no se reiteren y reconsideren, por una vía inadecuada, planteos que han sido exhaustiva y definitivamente juzgados”¹²².

Por ello, en el supuesto improbable de que no se haga lugar a la denuncia de cosa juzgada que hemos planteado como excepción, y sin perjuicio de las demás argumentaciones de fondo que expondremos, en el presente capítulo procuraremos exponer con claridad que no hay cambio de circunstancia alguna que amerite alterar en lo la solución arribada en 1987 mediante Fallos 310:2478.

a.1- Los actos propios de La Pampa en reconocer la legitimidad de la superficie irrigada en Mendoza y la existencia de caudales en su territorio

Para el improbable caso de que el Tribunal no haga lugar a la excepción de cosa juzgada oportunamente

¹²² Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Dimensión Integral de Radiodifusión S.R.L. c/ San Luis, Provincia de s/ daños y perjuicios, 25/09/01, Fallos 324:3025



planteada, esta parte entiende que debe atenderse muy especialmente que las nuevas circunstancias y enfoques expuestos por la actora en VII.A.1 a 4 de su demanda no son tales, ni alteran sobre la relación jurídica ya constituida.

Resulta inadmisibile que la actora replantee el proceso anterior bajo la premisa de que lo que se resolvió en el mismo tuvo por causa la aceptación que ella misma realizó en ese anterior proceso de la situación existente en relación a los usos actuales mendocinos, buscando “borrar con el codo”, a través de esta nueva queja, lo que escribió en su anterior protesta.

Aunque ahora la actora pretende sostener que los usos mendocinos actuales pueden entrar en crisis en este nuevo proceso, ya que antes nunca puso tal aspecto en discusión, lo cierto es que este planteo refleja **una notoria falacia** que hace insostenible su consideración seria.

Por una parte, es completamente falso que el mantenimiento de los usos actuales de Mendoza fue un parámetro ajeno a la sentencia de 1987. Justamente, como reiteradamente la Corte lo consideró en aquella oportunidad¹²³, ese fue el eje del planteo de la propia actora, y por ello –más que por el principio de

¹²³ La misma actora ha citado en su demanda diversos considerandos en que la Corte Suprema en su fallo de 1987 contempló que la posición asumida por La Pampa implicaba el respeto de los usos actuales existente en Mendoza, como son los Considerandos 83, 84, 116, entre otros.

congruencia- la Corte consideró (además del derecho aplicable al caso) los actos propios de la misma actora.

Esta valoración de la postura pampeana es manifiesta en el Considerando 117 in fine de la sentencia de 1987, donde se expresó que

“la conducta de la Provincia de La Pampa, al admitir el respeto de los usos consuntivos, no significó otra cosa que reconocer trascendencia a los que efectúa Mendoza, bien que en los límites de un ejercicio racional”.

Esos actos propios se mantienen incluso en la actual demanda, a pesar de sostener por un lado, que Mendoza no presenta derechos adquiridos a la luz de la anterior sentencia, a la vez que la actora reitera su posicionamiento de respeto a los usos existentes en Mendoza, y claramente La Pampa limita su pretensión en cuanto a que la solución que busca no implica cesar los usos actuales¹²⁴.

Lo cierto, es que desde el comienzo del conflicto, y en especial en el proceso anterior que ha vinculado a las partes, La Pampa ha sido clara en asumir una postura en la que reconoce el derecho mendocino a mantener el oasis conformado históricamente por las 75761 has, no siendo posible que hoy cuestione

¹²⁴ En la pág. 298 de la demanda, en este sentido, expresa que “No se procura la destrucción de los Nihuales o la eliminación de las áreas de riego en San Rafael y General Alvear”.



su propio posicionamiento y actitud procesal previa, ni los efectos que ello acarrea.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación es clara en cuanto a que “nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, máxime cuando ellos fueron producto de una determinada actitud procesal válidamente adoptada en su oportunidad”¹²⁵, no siendo lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe¹²⁶, ya que existe “un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever”¹²⁷.

¹²⁵Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema in re Alsogaray, María Julia s/rec. de casación e inconstituc., 22/12/2008, Fallos 331: 2799

¹²⁶Corte Suprema de Justicia de la Nación in re San Juan, Provincia de c/A.F.I.P. s/impugnación de deuda, 24/04/2007, Fallos 330: 1927

¹²⁷Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Bergada Mujica, Héctor c/Río Negro, Provincia de s/reivindicación de inmueble, 19/12/2006, Fallos 329: 5793

En forma concordante con todo ello, y en coincidencia con el criterio de esa misma Corte Suprema¹²⁸, es inadmisibile el desconocimiento de los efectos jurídicos que trae aparejado el proceso anterior resuelto en 1987, pues importaría la adopción de una postura contraria a la que se había exteriorizado anteriormente, comportamiento que debe ser desestimado a la luz de la doctrina de los propios actos, ya que de acuerdo al principio cardinal de la buena fe, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz¹²⁹.

Y por ello, si La Pampa en el proceso resuelto en 1987 realizó un sometimiento voluntario y sin reservas expresas a un régimen jurídico que se definía en un reconocimiento al derecho de Mendoza a mantener los “usos actuales”, ello obsta a su ulterior impugnación con base constitucional, pues nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz¹³⁰.

¹²⁸Corte Suprema de Justicia de la Nación in re González, Oscar Alberto c/Welsch de Bairos, Edgardo y otro, 28/11/2006, Fallos 329: 5424

¹²⁹Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Argencard S.A. c/ Chubut, Provincia del y otro s/ acción declarativa, 21/03/2006, Fallos 329:755

¹³⁰ En este sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Arduino, Diego José y otro s/ P.SS.AA. infr. ley 23.737 -causa n° 64/00-, 22/03/2005, Fallos 328: 470



El análisis que venimos efectuando, entonces, pone de manifiesto que la Provincia de La Pampa en el proceso sustanciado en autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” y resuelto en 1987 adoptó una postura que hoy le impide sostener –como hace en la p. 50 y ss de la demanda- que no hay un derecho adquirido al riego de los usos actuales que la sentencia de 1987 reconoció preferentes para Mendoza sobre 75761 has.

Y en tal esquema, hoy los actos propios de La Pampa le impiden sostener que la existencia de usos del agua en Mendoza que fueron oportunamente reconocidos resulta ilegítimos, o generadores de responsabilidades que puedan reclamarse judicialmente.

Esta solución que afirmamos desde la doctrina de los actos propios, es además reafirmada desde los principios del **derecho intrafederal** que ha aplicado la Corte norteamericana en situaciones similares.

Así, el Tribunal norteamericano ha entendido que cuando uno de los Estados litigantes asume cierta posición en un proceso legal, y logra mantener esa posición, no puede después de eso, simplemente porque sus intereses han cambiado, asumir una posición contraria, especialmente si es en perjuicio de

parte contraria que se benefició de la posición anteriormente adoptada¹³¹.

Estas mismas máximas son aplicables a las argumentaciones que pretenden una reclamación de caudales teñida de argumentos ambientales. La Provincia de La Pampa ha publicado reiteradamente que el río Atuel tiene en su territorio al menos un caudal medio superior a **8 m³/seg en el Arroyo La Barda**¹³², valor que según las estadísticas oficiales¹³³ de la autoridad de agua pampeana

¹³¹Corte Suprema de Estados Unidos, in re New Hampshire v. Maine, 532 US 742 (2001): “Judicial estoppel is a doctrine distinct from the res judicata doctrines of claim and issue preclusion. Under the judicial estoppel doctrine, where a party assumes a certain position in a legal proceeding, and succeeds in maintaining that position, he may not thereafter, simply because his interests have changed, assume a contrary position, especially if it be to the prejudice of the party who has acquiesced in the position formerly taken by him”.

¹³² *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>. En concordancia con Expediente 8258 (Anexo 4 de prueba documental de la actora) y Estudios de la Universidad Nacional de la Pampa obrante en Anexos 9 y 10 de la prueba documental acompañada por la actora.

¹³³ Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.



alcanza un valor de **10,20 m³/seg como caudal medio**, de acuerdo a los registros existentes en APA y SRH para el período 1982/2007.

Junto al reconocimiento de la existencia de caudales consistentes con los que se reclama en el río Atuel, otros cauces de la zona que aportan hidrológicamente al mantenimiento de los humedales supuestamente afectados por los usos mendocinos son señalados por la misma actora con significativos caudales, cercanos cada uno de ellos al módulo del río Atuel incluso antes de cualquier consumo. El cauce del Salado-Chalideuvú presenta según la actora aportes del orden de los **30 m³/s como caudal medio**¹³⁴, mientras que el Río Curacó (aportante a la parte baja del sistema) es identificado con un **caudal promedio de 31,43 m³/s**¹³⁵.

¹³⁴ *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>. En igual sentido, Documento "CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales" (Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015), donde afirma que el caudal para el río Salado a la altura del puente de la ruta provincial N° 10 es de 36,69 m³/seg en el período 1987/2008.

¹³⁵ El estudio "ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE LAS OBRAS DE REGULACION Y MANEJO DEL RÍO CURACO EN LA ZONA DE LA LAGUNA LA AMARGA - INFORME FINAL", de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa, que considera el aprovechamiento productivo de las aguas del río Curacó y su

Entonces, si la actora reconoce en sus actos anteriores que los cauces que se relacionan y aportan al sistema de humedales existente en su territorio presentan caudales de esa magnitud, no puede ahora contradecir sus propios actos y pretender que hay una destrucción de esos entornos por el consumo de caudales en Mendoza.

Indudablemente los sistemas hidrológicos son complejos, y con ello aún cuando en Mendoza existe un consumo importante y significativo, ello no quiere decir que –luego del oasis mendocino- no existan caudales que se generen a partir de los escurrimientos subsuperficiales que afloran a lo largo del cauce¹³⁶, junto a los aportes pluviales, e incluso los excedentes que genera superficialmente el uso actual en Mendoza.

análisis hidrológico, puede consultarse en:
<http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5924-proyecto-obras-en-el-tapon-de-alonso.html>. En igual sentido, “CANAL DE DERIVACIÓN Y REGULACIÓN DEL RÍO CURACÓ – TAPÓN DE ALONSO”, también de la misma autoridad de aguas de La Pampa, disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5945-obra-puelches.html>. Ambos estudios fueron consultados en 15 de julio de 2015.

¹³⁶ Resaltamos nuevamente el Estudio “Análisis Hidrológico del Río Atuel en la Cuenca Inferior” de Universidad Nacional de La Pampa, acompañado como Anexo 9 en la prueba documental de la actora, donde se identifica la existencia de escurrimientos subterráneos al cauce del Atuel que son independientes de las erogaciones superficiales, y que se producen en épocas climáticas de baja evapotranspiración a partir de los caudales aplicados al riego con los niveles de eficiencia actuales, así como de los aportes que provienen de manera subterránea desde el río Diamante



La Pampa, a la vez que reiteradamente reconoce esa realidad, ahora pretende ponerse en contradicción con sus propios actos para formular este reclamo, lo que es repugnante no solo al derecho sino también a la relación de buena fe que debe imperar entre las partes.

***a.2- Consideración de la situación actual en la sentencia de 1987.
Inexistencia de nuevas circunstancias***

Muy contrariamente a lo sostenido por la demanda, la sentencia de 1987 definió no sólo una preferencia a favor de Mendoza para tal utilización en base al reconocimiento hecho por La Pampa (que ahora le impide una postura contradictoria al respecto), sino **también y muy especialmente en base a las reglas aplicables a la relación interprovincial** existente en torno al río Atuel.

La Pampa, pretende maliciosamente tergiversar el contenido de lo resuelto en el proceso anterior para burlar la autoridad de la cosa juzgada de esa Corte, fabulando que lo que hoy plantea responde a unas “nuevas circunstancias” que son inexistentes, ya que fueron objeto del debate anterior, y sabiamente la Corte las consideró expresamente a los fines de dictar una sentencia que regule la relación no sólo en ese momento (resolutivos 1 y 2 de Fallos 310: 2478), sino también a futuro (resolutivo 3 de Fallos cit.).

En tal sentido, por una parte, recordemos que como hemos explicitado al fundar la excepción de cosa juzgada, y reiteraremos luego en el marco de esta defensa de fondo, las cuestiones ambientales tampoco son nuevas. Fueron parte de la demanda interpuesta por La Pampa, y que VE rechazó en 1987.

Pero por otra, además, es falso el argumento sostenido en la demanda en cuanto a que el resultado del pleito anterior se basó exclusivamente en los límites con que ejerció su pretensión, y que los considerandos 117 a 126 de los Fallos 310: 2478 resultan de naturaleza *obiter dictum*. El mismo responde al planteo que demandó expresamente La Pampa (posesión de caudales usados en los usos existentes en Mendoza), más allá de que en la resolución del caso se haya tenido presente el acto propio de la actora en reconocer la legalidad de los usos actuales.

En particular, la mera lectura de dichas consideraciones demuestra que la Corte no se expresó en las mismas de un modo innecesario a la resolución del conflicto o de manera ajena al mismo, y la consiguiente fijación de las reglas que se aplican a las partes actualmente.

Esto último es fundamental, ya que la posibilidad de usos futuros sobre los que las partes deben negociar, ha sido encauzada por el mismo “sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia”¹³⁷.

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310:2478, resolutive 3º.



El considerando 117 de los Fallos 310:2478 es claro en este sentido, al anunciar que “aún” si La Pampa no hubiera expuesto un acto propio de reconocimiento al uso actual mendocino, el respeto de las 75761 has en cuestión no dejaba de resultar la solución del caso a la luz del derecho aplicable a los cursos de aguas interprovinciales:

“117) Que aún con prescindencia de la autolimitación que supone el reclamo de la parte actora, tal como se lo precisó a fs. 460 vta., la solución del litigio no resultaría distinta a la luz de los antecedentes del derecho federal norteamericano y las directivas que imponen las reglas del derecho internacional público. En particular debe considerarse, muy especialmente, el principio generalizado en uno y otro ámbito del aprovechamiento equitativo y la importancia que en la determinación de tal concepto se ha otorgado a los usos ya existentes, concepto que no importa, necesariamente, privilegiar sólo la mera prioridad cronológica”.

Tales considerandos 117 y ss, en particular, implican el análisis de las condiciones de uso del agua en las utilidades existentes en Mendoza, utilidades que son las mismas que hoy existen, aunque no se presenten exactamente con el mismo nivel de eficiencia en el uso (ya que ha sido mejorado dentro de las previsiones que la misma Corte contempla en Fallos 310:2478 como

reducción del déficit de suministro que presentan los usos actuales reconocidos a Mendoza¹³⁸).

La Corte, entonces, en el marco del planteo pampeano, también analizó si los usos de Mendoza respondían al principio del uso equitativo y razonable, y tal como hemos descripto en los hechos y el derecho aplicable al caso, valoró que la forma de utilizarse el agua en Mendoza en cuanto el grado de eficiencia en el uso del agua aplicada a la superficie reconocida a favor de Mendoza determinaría la existencia o no de excedentes o faltantes que permitan nuevos usos¹³⁹.

En este marco conceptual, y a partir de las pruebas periciales realizadas, entiende que la eficiencia en el uso del

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 310:2478, considerando 110: “Desde luego, de mantenerse como pauta una eficiencia de 0,30 no habrá excedente posible toda vez que no la hubo para el cálculo sobre 61.034 ha. Pero es particularmente importante advertir que no cambiaría esa situación aun de lograrse una eficiencia en el régimen de riego de 0,50 toda vez que el déficit, aunque más reducido, se mantendría”.

¹³⁹Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310:2478, considerando 93: “Que habida cuenta de los requerimientos de que se ha hecho mérito, calculados según el grado de eficiencia de la red de riego, ya sea que se adopte una referencia teórica o una real, y confrontadas esas necesidades con la oferta hídrica, podrá determinarse la existencia de excedentes o faltantes, es decir, si el recurso hídrico es suficiente para abastecer el uso consuntivo en Mendoza y factible de aprovechamiento para usos agrícolas en La Pampa, o si, por el contrario, sólo cubre aquella utilización que la actora ha admitido en la medida de su racionalidad. Desde luego, juega aquí un papel muy importante la eficacia del sistema de riego”.



agua en Mendoza –en cuanto es la generalizada en el país y en las principales áreas de regadío de los países de la región-, aún cuando presenta deficiencia, **no representa un derroche injustificado de agua** (considerando 103)¹⁴⁰.

Sobre esta base entiende que las circunstancias existente a ese momento de eficiencia y superficie reconocida a favor de Mendoza **no hay excedentes** de agua posibles para su uso en La Pampa, y que **incluso si se optimizara la eficiencia hídrica a niveles sustancialmente superiores aún así existiría déficit en el derecho reconocido a los usos mendocinos**, situación que sólo se superaría con otras obras de recuperación de caudales (considerando 110).

Resaltamos que encuadrando plenamente su conducta en la buena fe y el principio de uso razonable, Mendoza desde 1987 hasta el presente ha realizado significativos esfuerzos en mejorar la eficiencia de sus propios usos (tal como referimos en detalle en base a informes del Departamento General de Irrigación, tanto al definir la plataforma fáctica de la causa como –infra- al analizar los efectos del cambio climático), conducta que refleja un actuar diligente, aunque no haya logrado producir nuevos usos, aunque esta

¹⁴⁰Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310:2478, considerando103:

“Que establecidos estos presupuestos, parece claro que el sistema de riego del río Atuel, aunque padece de los defectos que se han puesto en evidencia, no revela un nivel de ineficiencia tal que importe un derroche injustificado del recurso hídrico”.

circunstancia tal había sido prevista por la misma Corte en 1987 (como refleja el párrafo anterior).

Este análisis sumario que hemos realizado del texto de 1987 muestra claramente que el actual planteo pampeano, en cuanto argumenta la necesidad de readecuación de los usos existentes, no hace más que reeditar un tema estudiado expresamente para brindar la solución que fija la sentencia de 1987.

No hay nuevas circunstancias fácticas a las ya analizadas, discutidas y resueltas en 1987: los “usos actuales” mendocinos son efectuados de una manera que ya era eficiente en 1987, y es aún más eficiente hoy en día por las obras realizadas a costa exclusiva de Mendoza, sin que existan por ello excedentes para dar lugar a los usos futuros sobre los que –cuando sea el caso– corresponderá negociar.

No hay menores caudales en el territorio pampeano que afecten el entorno. Esta circunstancia tampoco ha cambiado. Las series hidrológicas que La Pampa anuncia en sus propios sistemas de monitoreo¹⁴¹ dan cuenta que el caudal medio entre 1982 y 2007 para el río Atuel en su ingreso a La Pampa (arroyo La Barda) es de 10,20 m³/seg, y con ello las mediciones que se realizan

¹⁴¹ Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.



desde antes de la sentencia de 1987 a la fecha muestran que ha habido y hay un caudal superior al que se reclama.

Finalmente, debemos resaltar que incluso si esas “nuevas circunstancias” existieran, A MODO DE MERA HIPÓTESIS, ello no altera en nada la situación de Fallos 310:2478.

Desde el Derecho Internacional que resulta aplicable al caso, es especialmente de interés la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Gabcikovo*¹⁴², donde justamente se analizó en particular si el nuevo estado del conocimiento en materia ambiental y las nuevas reglas jurídicas que ello ocasionaba permitían desconocer las normas jurídicas establecidas entre las partes para definir la participación equitativa y razonable sobre el curso compartido, tal cual ya las ha establecido VE entre Mendoza y La Pampa en Fallos 310:2478.

En el análisis que efectúa la Corte Internacional de Justicia, en los numerales 92 y 97 de la sentencia, se afirma que:

92. En el curso de este proceso Hungría presentó cinco argumentos en favor de la legalidad y efectividad de la notificación de terminación. Estas eran la existencia de un estado de necesidad, la imposibilidad de cumplimiento del

¹⁴² Corte Internacional de Justicia, asunto del *Proyecto Gabcikovo – Nagymaros*, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1997, pág. 7,

Tratado; la ocurrencia de un cambio fundamental en las circunstancias; la violación grave del Tratado por Checoslovaquia; y, finalmente, **el desarrollo de nuevas normas de derecho internacional del medio ambiente.** Eslovaquia negó cada uno de estos fundamentos.

97. Finalmente Hungría arguyó que **los requerimientos posteriormente impuestos por el derecho internacional** en relación al medio ambiente precluían la ejecución del Tratado. La **obligación de no causar daño sustancial** al territorio de otro Estado habría, según Hungría, evolucionado en una obligación *erga omnes* de prevención del daño de acuerdo con el “principio precautorio”. Sobre esta base, Hungría alegó que su terminación estaba “compelida por la negativa de la otra Parte a suspender los trabajos de la Variante C”.

Resolviendo este posicionamiento de Hungría, en el numeral 104 de su resolutivo, la Corte entendió que:

104. Adicionalmente, Hungría alegó que estaba facultada para invocar varios eventos que, acumulados, habrían constituido un **cambio fundamental en las circunstancias**. A este respecto ella describió cambios profundos de naturaleza política, la viabilidad económica decreciente del proyecto, **el progreso del conocimiento medio ambiental y el desarrollo de nuevas normas y prescripciones de derecho internacional medio ambiental.**

[...]

La Corte no considera que se pueda decir que los nuevos desarrollos en el estado del conocimiento medio



ambiental y del derecho ambiental fueran completamente imprevistos. Es más, la formulación de los artículos 15, 19 y 20, que estaban diseñados para acomodar los cambios, permitió a las Partes el tomar en cuenta esos desarrollos y el aplicarlos al implementar las disposiciones del Tratado.

La circunstancias modificadas que menciona Hungría no son, en opinión de la Corte de tal naturaleza que su efecto, individual o colectivo, sea el de transformar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse para llevar a cabo el Proyecto. Un cambio fundamental en las circunstancias debe haber sido imprevisto; la existencia de esas circunstancias debe haber constituido una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el Tratado. La redacción negativa y condicional del artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es clara al indicar que la estabilidad de las relaciones establecidas por medio de tratados requiere que una alegación basada en el cambio fundamental en las circunstancias se aplique sólo en casos excepcionales.

Estos mismos conceptos son plenamente aplicables a la relación que entre La Pampa y Mendoza ha dado lugar Fallos 310:2478.

Aunque en ese momento aún el Derecho Ambiental no tenía el actual grado de desarrollo normativo, no puede afirmarse seriamente que sus valores, conceptos y preceptos no fueran

conocidos en ese momento, y consiguientemente previsibles en cuanto a su futura presencia.

No sólo las circunstancias de hecho que hacen al río Atuel eran totalmente conocidas y valoradas al momento de emitirse los Fallos 310:2478 (incluso formaron parte de las argumentaciones pampeanas en el proceso concluido en 1987), sino que en ese momento la existencia de un derecho al ambiente, así como el principio precautorio y preventivo eran parte de una realidad jurídica conocida y aplicada en esa época en Argentina, tanto en el orden provincial como federal¹⁴³, y por ello previsible y disponible

¹⁴³ Numerosos fallos judiciales –e incluso algunas normas como la Ley 10000 de Santa Fe- ya habían incorporado la cuestión ambiental en ese momento, con reconocimiento del derecho al ambiente, el actuar preventivo y precautorio, entre otros aspectos. En este sentido, entre otros: Juzgado n° 2 de Primera Instancia Federal Contenciosoadministrativo, in re Kattan, A. E. Y ot c. Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo), auto del 22 de marzo y sentencia del 10 de mayo de 1983, La Ley, T° 1983-D, pág. 568 y pág. 576. Juzgado Federal en lo Contenciosoadministrativo de la Capital Federal, in re Kattan, Alberto E. c/ Estado Nacional (Secretaría de Agricultura y Ganadería) s/venta de agroquímico 2.4.5-T , auto del 21 de noviembre de 1983, publicado en Revista Ambiente y Recursos Naturales, Ed La Ley, Buenos Aires, vol I, n° 1, Enero-marzo 1984, pág. 57. Juzgado Federal de San Isidro, in re Colombo Muruá, Roberto y otro s/incidente por declaración de inconstitucionalidad del Decreto del PEN 2125/78 en querrela por contaminación del río Reconquista, sentencia del 16 de agosto de 1984, publicada en ED 115-131 y Revista Ambiente y Recursos Naturales, vol II n° 1 enero-marzo 1985, pág. 75. Cámara Federal de Apelación de de La Plata, in re Colombo Muruá, Roberto y otro s/incidente por declaración de inconstitucionalidad del Decreto del PEN 2125/78 en querrela por contaminación del río Reconquista,



como parámetro de consideración al momento de resolverse ese pleito dirimente, más allá de la cabida que VE le haya otorgado en ese momento.

sentencia del 5 de diciembre de 1984. Juzgado Federal en lo Contenciosoadministrativo de la Capital Federal, in re Kattan, Alberto E. c/ Comité Federal de Radiodifusión s/revocación de autorización a la publicidad del tabaco, auto del 5 de noviembre de 1985, publicado en Revista Ambiente y Recursos Naturales, La Ley, Buenos Aires, vol II, n° 4, Octubre-diciembre 1985, pág. 88. 4° Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza, in re Morales, Víctor H. Y Rinaldi J.J. c/Provincia de Mendoza p/Acción de Amparo, sentencia del 2 de octubre de 1986. Juzgado federal n° 2 de La Plata, in re “Bustos Miguel c/ Dirección de Fábricas Militares”, sentencia del 30 de diciembre de 1986, y su confirmatoria por la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata del 7 de marzo de 1987, publicadas en Ambiente y Recursos Naturales, vol IV, n° 1, enero-marzo 1987, ps. 68-71. Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Colombo Muruá, Roberto y otros/incidente por declaración de inconstitucionalidad del Decreto del PEN 2125/78 en querrela por contaminación del río Reconquista, sentencia del 19 de noviembre de 1987, publicada en ED 115-131 y JA 1988-I-510. 14° Juzgado Civil, Comercial y Minas de Mendoza, sentencia del 2 de mayo de 1988, in re Unión Comercial e Industrial de Mendoza p/Acción de Amparo, publicada en Jurisprudencia Ambiental”, Programa de investigación y difusión del Derecho Ambiental, Mendoza, 1991, pág. 43. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III, in re Giménez, Domingo y otra c. Estado nacional -Ejército Argentino, pronunciamiento del 08/08/1988, publicado en Doctrina Judicial, T° 1989-2, pág. 610-624.

a.3- Los principios del derecho interestadual de aguas ante la subsistencia de la plataforma fáctica ya resuelta en 1987

Al analizar el derecho aplicable al caso observábamos la existencia de ciertos principios que deben encauzar la resolución de los conflictos entre las provincias en relación a los cursos de agua compartidos.

La sentencia recaída en Fallos 310:2478, justamente, resolvió el mismo conflicto que hoy se reedita sobre las bases de esos principios, aplicando en particular el principio de la participación equitativa y razonable en el curso de agua interprovincial. Para ello tuvo en cuenta las características presentes y pasadas de uso, las que hoy en día no han cambiado.

Reeditada la cuestión, y sin perjuicio de que la autoridad de cosa juzgada que revisten los Fallos 310:2478 debe llevar a que se rechace el planteo de la actora tal cual excepcionamos supra, practicaremos un sumario análisis de los referidos principios a la luz del nuevo proceso que nos ocupa.

a.3.1- El principio del uso equitativo y razonable

Dentro de los principios que arroja el Derecho sobre cursos de agua interjurisdiccionales, se impone el que corresponde al uso equitativo y razonable de las aguas.

Este principio, conforma una norma consuetudinaria que ha impuesto la práctica de los Estados



acompañada de la *opinio iuris sive necessitatis*, lo que ha sido puesto de manifiesto desde hace tiempo en cuanto se ha observado que el referido principio ha sido adoptado por numerosos Estados a la hora de concertar convencionalmente los usos de las aguas compartidas¹⁴⁴.

La sentencia dictada en Fallos 310:2478, expresamente acude a la aplicación del principio del uso equitativo y razonable para resolver el mismo conflicto que hoy nos ocupa entre La Pampa y Mendoza, tal como detallaremos infra.

Sin embargo, este principio también es esbozado en las Reglas de Helsinki¹⁴⁵, que en su Artículo IV establecen que "Cada Estado-cuenca tiene derecho, dentro de su territorio, a una parte equitativa y razonable de los usos de una cuenca de agua internacional".

En la actualización de esos conceptos que realizó la Asociación de Derecho Internacional mediante las Reglas de Berlín (2004), este concepto no cambió. De acuerdo a estas, "1. Los Estados de la Cuenca deberán en sus respectivos territorios gestionar

¹⁴⁴ MATIELLO, Hugo y HAYTON, Robert D., *Reglas de Helsinki*, INCyTH- INELA, Mendoza, 1976, pág. 5 a 6, refieren algunos casos en los que el principio en análisis fue instrumentado o aplicado de manera implícita. Igualmente, AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La Regulación Internacional del Agua Dulce. Práctica Española*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 129

¹⁴⁵ Aunque estas reglas no importan necesariamente una norma internacional, su origen y naturaleza de doctrina colectiva hace que puedan calificarse como un elemento indicador de la *opinio iuris* en la materia.

las aguas de una cuenca de drenaje internacional de manera equitativa y razonable, teniendo debidamente en cuenta la obligación de no causar daños sensibles a otros Estados de la cuenca. 2. En particular, los Estados de la cuenca deberán desarrollar y utilizar las aguas de la cuenca con el fin de lograr el uso óptimo y sostenible de estas y los beneficios de los mismos, teniendo en cuenta los intereses de otros Estados cuenca, en consonancia con la protección adecuada de las aguas”.

Aunque este precepto resulta más extenso y descriptivo que su antecedente, en definitiva se centra en el uso equitativo y razonable del recurso entre los Estados ribereños, uso que debe resultar óptimo y sostenible que logre beneficios en los Estados, según sus intereses.

La Convención de Nueva York de 1997, sobre el Derecho de los cursos de agua internacionales para usos distintos a la navegación, surgida dentro del proceso de codificación que lleva adelante la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas¹⁴⁶, por su parte, también contempla este principio, en los siguientes términos:

¹⁴⁶ Esta Convención ha sido formulada a través de un proyecto propuesto por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, a la cual la Asamblea General encomendó recopilar y codificar los preceptos vigentes en la materia en el ámbito internacional. A diferencia de las Reglas de Helsinki y Berlín (que sólo son recomendaciones de una entidad científica privada), la Convención de Nueva York integra el Derecho Internacional vigente e implica



"Artículo 5 - Utilización y participación equitativas y razonables

1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate.

2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención".

Obsérvese que tanto las Reglas de Helsinki y Berlín como la Convención de 1997 expresamente advierten que la participación equitativa por parte de los Estados en el curso de agua **no necesariamente implica una cogestión**, sino que cada Estado "tiene derecho, dentro de su territorio, a una parte equitativa y razonable de los usos de una cuenca de agua internacional" (Reglas de

una labor de sistematización del mismo hecha por las Naciones Unidas, lo que le otorga un valor preferente en el análisis.

Helsinki¹⁴⁷), de modo que los Estados del curso de agua de manera equitativa y razonable los “utilizarán en sus territorios respectivos” (Convención de Nueva York). Como observa BARBERIS, “Los recursos naturales compartidos se hallan bajo la jurisdicción exclusiva del Estado en cuyo territorio se encuentran, en donde no hay condominio o coimperio”¹⁴⁸.

En relación a la naturaleza y contenido de este principio, se ha observado que el mismo más que un mero principio de equidad resulta más concretamente una norma jurídica que reenvía al principio de equidad¹⁴⁹, es decir, es el orden jurídico quién dispone que se aplique la equidad¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Las Reglas de Berlín coinciden: “deberán en sus respectivos territorios gestionar las aguas de una cuenca”.

¹⁴⁸ BARBERIS, Julio, “La utilización de las aguas subterráneas y el derecho internacional”, Anuario de Derecho Internacional, VIII, 1985, pág. 51 y 78.

¹⁴⁹ BARBERIS, Julio, Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 38. McCAFFREY, Stephen C., *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford, 2003, pág. 344.

¹⁵⁰ La diferencia que señalamos no es menor, en cuanto se señala que la equidad, es decir, el sentimiento común de lo justo y de lo injusto, no es en materia internacional norma jurídica por sí sola. Consecuentemente, salvo el caso de la equidad *secundum legem*, o cuando el tribunal internacional está expresamente autorizado a juzgar *ex aequo et bono*, no corresponde recurrir a la misma para resolver una cuestión de Derecho internacional, debiendo excluirse la aplicación tanto de la equidad *contra legem*—en cuanto contraria a normas consuetudinarias o convencionales— como de la *praeter legem* —en cuanto no existe norma válida—. Esto último, en cuanto si el Derecho



Pero justamente ese reenvío a la equidad implica que la norma presenta un contenido genérico y casuístico, que no puede ser preciso ni exhaustivo¹⁵¹. En concreto, este principio procura que los Estados ribereños accedan a una participación que – aunque no igualitaria- resulte equitativa y razonable en el marco de las circunstancias fácticas del caso.

Es que la equidad no se condice necesariamente con la “igual” participación, en cuanto dicha equidad implica que en función de las circunstancias concretas de cada caso puede determinarse en la práctica el reconocimiento de derechos de alcance diferenciado en cuanto al aprovechamiento del curso de agua, de modo que se encuentre un equilibrio en la satisfacción de los intereses de cada Estado ribereño¹⁵².

No se desconoce el principio de igualdad entre los Estados, pero en tal sentido se ha observado que los Estados gozan de un derecho de igual acceso a los beneficios que pueden derivarse del río, aunque ello no significa que el derecho de

internacional tiene lagunas, significa que los Estados no tienen obligaciones que observar o derechos que proteger, y la equidad no es capaz de crearlos. Conf., CONFORTI, Benedetto, *Derecho Internacional*, edición en español revisada y anotada por Raúl Vinuesa, Zavalía, Buenos Aires, 1995, pág. 69.

¹⁵¹ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La Regulación Internacional del Agua Dulce. Práctica Española*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 132.

¹⁵² SALINAS ALCEGA, Sergio, “Las aguas no marítimas internacionales”, *Derecho y Administración de Aguas*, Zeta, Mendoza, 2007, pág. 343.

participación sea idéntico para cada uno, debiendo todos los Estados acceder a los beneficios en una proporción razonable en razón de sus necesidades.¹⁵³

Si bien existe una comunidad de intereses sobre un curso compartido, no necesariamente los intereses presentan idénticas exigencias para su consecución. El principio en análisis, entonces, propicia así derechos de alcance diferenciado con respecto al aprovechamiento de agua por parte de cada Estado, acordando éstos en función de las necesidades de los mismos.

Pero esa participación equitativa debe además resultar razonable. La razonabilidad importa la consecución de una utilización óptima del recurso compartido, tal como surge del citado artículo 5 de la Convención de 1997, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate.

Es decir, la participación es equitativa en orden a los intereses de los Estados, y razonable si, atendiendo dichos intereses, se logra un aprovechamiento óptimo y sostenible del curso, lo que conlleva obligaciones de cooperación en la protección y aprovechamiento del curso.

¹⁵³ BARBERIS, Julio A., ARMAS PFIRTER, Frida M., QUEROL, María, “Aplicación de los principios de Derecho Internacional a la administración de ríos compartidos. Argentina con Paraguay y Uruguay”, en EMBID IRUJO, Antonio (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tº II, Civitas, Madrid, 2002, pág. 77.



Acorde a este razonamiento, el principio de participación equitativa y razonable nos enrola necesariamente en las doctrinas restrictivas de la soberanía territorial, en cuanto conlleva sobre cada uno de los Estados ribereños tanto un derecho como una obligación: “el derecho de todo Estado ribereño a utilizar y a beneficiarse de la porción o parte del curso de agua internacional que se encuentra en su territorio; y la obligación de hacerlo de manera que dicha utilización sea equitativa y razonable, esto es, sin sobrepasar los límites de su derecho a una utilización equitativa y sin privar, por tanto, a otros Estados de su derecho también a una utilización equitativa”¹⁵⁴.

Es por ello que los textos que han procurado normativizar el principio del uso equitativo y razonable contemplan una serie de **criterios** a efectos de considerar la solución equitativa y razonable de cada caso.

Así, el **Artículo 6.1 de la Convención de New York de 1997** procura enumerar orientativamente los factores pertinentes en una utilización equitativa y razonable, estableciendo que: “la utilización de manera equitativa y razonable de un curso de agua de conformidad con el artículo 5 requiere que se tengan en cuenta todos los factores y circunstancias pertinentes, entre otros: a) Los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos

¹⁵⁴ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La Regulación Internacional del Agua Dulce. Práctica Española*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 133.

y otros factores naturales; b) Las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; c) La población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; d) Los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; e) Los usos actuales y potenciales del curso de agua; f) La conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto; g) La existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto”, aclarando en el numeral 3 de ese precepto que el peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes; debiéndose examinar conjuntamente todos los factores pertinentes y llegar a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable.

Las **Reglas de Helsinki**¹⁵⁵, por su parte, establece en su artículo V.2 que los factores relevantes que se han de considerar incluyen, si bien no en forma limitativa, los siguientes:

¹⁵⁵ El art. 13 de las Reglas de Berlín adopta igual técnica valorativa, enumerando los siguientes factores: a. Geográficos, hidrográficos, hidrológicos, hidrogeológicos, climáticos, ecológicos y otros elementos naturales; b. Las necesidades sociales y económicas de los Estados interesados de la cuenca; c. La población depende de las aguas de la cuenca en cada Estado de la cuenca; d. Los efectos del uso o usos de las aguas de la cuenca de drenaje internacional en un Estado de la cuenca hacia otros Estados cuenca; e. Los



- a) La geografía de la cuenca, que incluye particularmente la extensión del área de drenaje correspondiente al territorio de cada uno de los Estados de la cuenca.
- b) La hidrología de la cuenca, que incluye en forma particular la contribución de agua por parte de cada uno de los Estados de la cuenca.
- c) El clima que influye en la cuenca
- d) La utilización anterior de agua de la cuenca, que incluye en particular la utilización existente
- e) Las necesidades sociales y económicas de cada Estado de la cuenca.
- f) La población que depende de las aguas de la cuenca en cada Estado
- g) Los costos comparativos de medios alternativos para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado de la cuenca
- h) La disponibilidad de otros recursos

usos actuales y potenciales de las aguas de la cuenca de drenaje internacional; f. Conservación, protección, desarrollo y economía de uso de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica internacional y los costos de las medidas adoptadas para alcanzar estos fines; g. La disponibilidad de alternativas, de valor comparable, al uso particular existente o previsto; h. La sostenibilidad de los usos propuestos o existentes; i. La minimización de los daños ambientales. El peso de cada factor será determinado por su importancia en comparación con los otros factores relevantes. Para determinar lo que es un uso razonable y equitativo, todos los factores relevantes deben ser considerados juntos y llegar a una conclusión sobre la base de la totalidad.

- i) El evitar el derroche innecesario en el uso de las aguas de la cuenca
- j) la posibilidad de compensación a uno o más Estados de la cuenca, como un medio de dirimir los conflictos entre usos
- k) El grado en el que se pueden satisfacer las necesidades de un Estado sin causar perjuicio sustancial a otro Estado de la cuenca.

El peso que se ha de dar a cada factor – específica el artículo V.3 de esas reglas- estará determinado por su importancia en comparación con la de los otros factores relevantes. Al determinar qué es una participación razonable y equitativa se han de considerar todos los factores relevantes en forma conjunta y se ha de alcanzar una conclusión basada en la totalidad.

A su vez, estas nociones y valoraciones generales son completadas con otros preceptos específicos, acorde a los cuales a un Estado de la cuenca no se le puede negar el uso razonable actual de la cuenca hidrográfica con el fin de reservar para otro Estado de la cuenca un uso futuro del agua (Artículo VII)¹⁵⁶. Esta

¹⁵⁶ Las reglas de Berlín en su art. 15 mantienen y especifican esta máxima, incluso haciéndola aplicable a los usos propios de los caudales ambientales: “1. La asignación por acuerdo o de otra manera a un Estado de la cuenca no impide su uso por otro Estado de la cuenca en la medida en que el Estado al que se asigna el agua no hace, de hecho, uso del agua. 2. El uso del agua para los efectos de este artículo, **incluye el agua necesaria para garantizar los caudales ecológicos o de otro tipo para mantener la integridad ecológica o para minimizar el daño ambiental.** 3. El uso del agua por un



norma, coincidente con la valoración que las mismas reglas hacen de los “usos preexistentes” para determinar la equidad del caso (art. V.2.d), determina la ausencia de antijuricidad de la conducta mendocina que diera lugar a tales desarrollos previos.

a.3.2- El principio del uso equitativo y razonable en la jurisprudencia intrafederal comparada

El principio del uso equitativo y razonable presenta una clara aplicación en el Derecho intrafederal, e incluso, como han observado McCAFFREY¹⁵⁷ y SCHWEBEL¹⁵⁸, el mismo ha tenido su origen en la práctica judicial de los países federales de principio del siglo XX, habiendo influido desde allí en el ámbito internacional.

Dentro de la casuística jurisprudencial de los países federales, la experiencia norteamericana sobre conflictos entre Estados federados por aguas compartidas resulta destacable en

Estado de la cuenca que no sea aquel al que se asigna, no se puede oponer al Estado de la cuenca al que el agua se asignó en uso cuando decide hacerlo”.

¹⁵⁷ McCAFFREY, Stephen C., *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford, 2003, pág. 324.

¹⁵⁸ SCHWEBEL, Stephen M., *The law of the non-navigational uses of International watercourses. Third Report on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, Naciones Unidas, Doc. A/CN.4/348, New York, 1982, pág. 7.

relación al establecimiento del referido principio como norma jurídica aplicable.

En el presente caso, nos interesa de sobremanera. En parte por la trascendencia que VE ha dado a esos precedentes en Fallos 310:2478, y en parte por la trascendente analogía que presenta el régimen constitucional norteamericano con el sistema federal argentino.

Este desarrollo se produce a partir del asunto entre Kansas y Colorado¹⁵⁹ por las aguas del Río Arkansas en 1907, y se consolida como un reiterado criterio en dicho tribunal para resolver las disputas interestadales sobre aguas hasta la actualidad¹⁶⁰.

En dicho pleito¹⁶¹, la Corte afirmó que los Estados pueden determinar cómo se distribuye el agua dentro de sus propias fronteras, pero **no puede imponer sus métodos a otros**

¹⁵⁹*Kansas v. Colorado* (1907), 206 US 46.

¹⁶⁰*Wyoming v Colorado* (1922), 259 US 419; y (1922), 260 US 1; y (1957), 353 US 953; *Connecticut v. Massachusetts* (1931), 282 US 660; *New Jersey v. New York* (1931), 283 US 336; *Washington v. Oregon* (1936), 297 UD 517; *Colorado v. Kansas* (1943) 320 US 383; *Nebraska v. Wyoming* (1945), 325 US 589; y (1953), 345 US 981; *Colorado v. New Mexico* (1982), 459 US 176; *Texas v. New Mexico* (1983), 462 US 554; *Colorado v. New Mexico* (1984), 467 US 310; *Kansas v. Colorado* (1986), 475 US 1079; *South Carolina v. North Carolina* (2007), U.S.S.C. No. 138, Original; entre otros. Para observar otros casos, HAYTON, Robert, *Régimen legal de los recursos naturales en los Estados Unidos de América*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 50 y ss.

¹⁶¹*Kansas v. Colorado* (1907), 206 US 46, 95 a 118.



Estados, siendo la igualdad de derecho el principio rector entre los Estados, y el objetivo en tal marco es ajustar la situación de manera que ambos Estados compartan los beneficios del río **de la manera más equitativa posible**.

En este contexto el Tribunal consideró que aunque Kansas había sufrido de manera relativa por la extracción de agua en Colorado (principalmente para riego), y éste Estado se había beneficiado considerablemente de ello, por lo tanto, **el principio de igualdad autorizaba dicha extracción**, pudiendo Kansas, sin embargo, iniciar un nuevo reclamo futuro, si el aumento de las extracciones de Colorado crece -a partir de los usos actuales- hasta el punto de que la división ya no sea equitativa.

En esta concepción, la distribución equitativa es una doctrina del Derecho federal común en virtud de la cual el tribunal, en una controversia entre dos Estados sobre la desviación y el uso de las aguas de un cauce, atribuye la base de agua disponible sobre el examen de los hechos particulares¹⁶², considerando cualesquiera de las circunstancias relevantes de tales situaciones¹⁶³.

En este sentido, ha sostenido el máximo tribunal norteamericano que un río es más que un atractivo, es un tesoro; brinda un elemento indispensable para la vida que se debe racionar entre los que tengan poder sobre él; no pudiendo los Estados

¹⁶²*Wyoming v Colorado* (1922), 259 US 419, 464

¹⁶³*Connecticut v. Massachusetts* (1931), 282 US 660, 670/1

riberenos ejercer tal poder hacia la destrucción del interés de sus pares. Ambos Estados tienen intereses verdaderos y substanciales en el río que deben ser reconciliados de la mejor manera posible¹⁶⁴.

En *Connecticut v. Massachusetts*, tal vez imprudentemente a la luz de *Kansas v. Colorado*, el Estado de aguas abajo afirmó un derecho a recibir las aguas del río Connecticut que consideró: "irreprochable en cuanto a cantidad y no contaminadas de calidad", enrolándose así en un desarrollo propio de la doctrina de la integridad territorial, argumentando la aplicación de la misma en base a la similitud del derecho de ambos Estados a partir del sistema *riparian law*.

En ese caso, el Tribunal se negó a aplicar esa doctrina absolutista, reafirmando que la determinación de los derechos relativos de los Estados contendientes en relación con la utilización de los cursos que fluyen a través de ellos **no se rige por las mismas normas de Derecho que se aplican en esos Estados para la solución de cuestiones similares de Derecho privado**, y después de **rechazar la petición de Connecticut en cuanto a un reparto que implicara una situación sin menoscabo de flujo para el Estado de aguas abajo**, la Corte determinó la equidad en base a considerar que la eventual lesión invocada por el demandante era demasiado especulativa¹⁶⁵.

¹⁶⁴*New Jersey v. New York* (1931), 283 U.S. 336, 342-43

¹⁶⁵*Connecticut v. Massachusetts* (1931), 282 US 660.



En ese orden de ideas, se advierte que en el juego de intereses que importa la asignación equitativa del recurso, la jurisprudencia norteamericana, en aras de **garantizar desarrollos existentes frente a especulaciones de eventuales desarrollos futuros**, ha sido muy estricta en exigir las probanzas adecuadas en relación al daño que importaría una nueva asignación en el *status quo* existente, con lo que puede hablarse de una **presunción de equidad a favor de los usos preexistentes**¹⁶⁶.

SOLANES, en torno a estos precedentes, extrae como corolario que en la jurisprudencia norteamericana, frente a los usos futuros, el principio es la protección de las estructuras económicas existentes, aunque reconoce que la doctrina de la Corte es flexible en cuanto analiza cada caso por separado teniendo en cuenta las condiciones de hecho en que se encuentra cada Estado en relación con las aguas, y dentro de éstos hechos considera muy especialmente la prioridad en el uso, las estructuras socioeconómicas existentes y la viabilidad económico-financiera de las posibles medidas de mejoramiento de los usos existentes¹⁶⁷.

¹⁶⁶*Nebraska v. Wyoming* (1945), 325 US 589; *Washington v. Oregon* (1936), 297 UD 517; *Colorado v. New Mexico* (1982), 459 US 176; *South Carolina v. North Carolina* (2007), U.S.S.C. No. 138, Original. En este sentido, también puede observarse *Missouri v. Illinois* (1906), 200 US 496.

¹⁶⁷ SOLANES, Miguel, "La teoría de la asignación equitativa de los ríos interprovinciales a la luz de la doctrina y jurisprudencia", *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, vol. I, n° 4, octubre-diciembre 1984, pág. 91.

a.3.3- El principio del uso equitativo y razonable aplicado al caso del río Atuel

En 1987, VE en Fallos 310:2478 hizo una aplicación de esos principios, junto a las restantes reglas del derecho de gentes, para ponderar el grado de aplicación que la participación equitativa y razonable presentaba en la relación entre La Pampa y Mendoza sobre las aguas del río Atuel.

De las resultas de tal valoración, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es el esquema de participación que fijó la referida sentencia dirimente, rechazando la queja pampeana en cuanto a una posesión actual de caudales y la disposición de una preferencia sobre los mismos a favor de Mendoza para abastecer las 75671 has reconocidas como “usos actuales”.

Para llegar a tal resolución, la Corte en primer término puso de manifiesto la trascendencia que presenta la prioridad en el uso desarrollado en el territorio mendocino¹⁶⁸, y con

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re La Pampa Provincia de c/Mendoza Provincia de p/acción posesoria de aguas y regulación de usos, Fallos 310:2478, considerando 117, señalará que “la solución del litigio no resultaría distinta a la luz de los antecedentes. del derecho federal norteamericano y las directivas que imponen las reglas del derecho internacional público. En particular debe considerarse, muy especialmente, el principio generalizado en uno y otro ámbito del **aprovechamiento equitativo y la importancia que en la determinación de tal concepto se**



apoyo en la jurisprudencia norteamericana comparada resaltó como rector que el principio de equidad que fundamenta la protección de las economías existentes es generalmente vinculante, en razón de que el quebrantamiento de los usos ya establecidos origina un daño inmediato en tanto que los beneficios de una derivación propuesta resultan conjeturales¹⁶⁹.

Desde ese abordaje el Tribunal también advierte que la posibilidad de excepcionar esa regla sólo es posible ante medidas de conservación que sean financiera y físicamente posibles y dentro de límites accesibles, de modo que “todo esfuerzo de eficacia, “financiera y físicamente posible” —reiteraba— debe incluir un estudio cuidadoso de los usos futuros” (Considerando 123). Y con ello, en el Considerando 124 aplica esas reglas al caso de La Pampa y Mendoza en relación al uso de las aguas del río Atuel, observando que

“ha quedado comprobado que aun medidas razonables de conservación que elevarían la eficiencia del sistema del Atuel a 0,50 no son suficientes para generar excedentes, y que para ello se necesitaría realizar las obras de recuperación en Las Juntas. Tales trabajos no parecen ser “financiera ni físicamente posibles” ni tampoco se ha acreditado “clara y convincentemente” la existencia de

ha otorgado a los usos ya existentes, concepto que no importa, necesariamente, privilegiar sólo la mera prioridad cronológica”.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re La Pampa Provincia de c/Mendoza Provincia de p/acción posesoria de aguas y regulación de usos, Fallos 310:2478, Considerandos 118 a 121.

usos benéficos futuros que justifiquen el conjunto de los trabajos que han descripto los peritos hidráulicos”.

En esta misma línea, en el Considerando 125 la Corte considera oportuna la cita de las conclusiones del peritaje económico en cuanto los factores económicos son contemplados en las Reglas de Helsinki a fin de determinar la distribución equitativa de las aguas, acorde al cual **“los resultados económicos son negativos, o sea que los beneficios del proyecto no compensan los costos de los recursos que serían necesarios para la construcción”**, el que también agrega que **“se observa que las diferencias son considerables, esto es, que las pérdidas serán cuantiosas en caso de encararse el proyecto. Este resultado es aún más desalentador si se tiene en cuenta que se ha trabajado con hipótesis optimistas en cuanto al ritmo de incorporación de las nuevas tierras regadas”** (se refiere a las de la región pampeana que recibirían riego) a la producción efectiva. [...] Por tal razón, concluía: **“En síntesis, aun en las condiciones más favorables, el proyecto desde el punto de vista económico, no es aconsejable”**.

De igual modo, con posterioridad la Corte centra su análisis¹⁷⁰ en los efectos que, sobre una economía establecida como la del sur mendocino, tendría la derivación de aguas sin el

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re La Pampa Provincia de c/Mendoza Provincia de p/acción posesoria de aguas y regulación de usos, Fallos 310:2478, Considerando 126.



complemento de obras, advirtiendo que **en las condiciones actuales, el río no genera excedentes por lo que si aún así se decidiera derivar 16 m³/s, volumen que constituye la mitad de su módulo, quedaría sin utilización entre un 40 % y un 45 % de la infraestructura económica de la Provincia demandada** que, a valores de reposición, significarían, según los cálculos para marzo de 1984 “más de mil millones de dólares”.

Estas consideraciones de la Corte son también coincidentes con el análisis efectuado por la Universidad Nacional de Cuyo sobre la reclamación que se contesta, según el informe que acompañamos, donde se pondera que **en la postura pampeana no se internalizan las externalidades negativas derivadas de su proyecto**, las cuales recaerían sobre actores socio-productivos del sur mendocino (menor producción de Mendoza, el menor uso y pérdida de infraestructura existente de riego, agrícola e industrial, la emigración que sobrevendría, la pérdida de calidad de vida en grandes poblaciones, etc).

Reafirmando estas argumentaciones, en los Considerando 127-134 la Corte brinda detalle de la evolución y desarrollo del principio en cuestión a la luz del derecho internacional, para finalmente en el Considerando 135 aplicar estos conceptos en el caso concreto del río Atuel y la participación equitativa y razonable de Mendoza y La Pampa sobre el mismo:

“Estos principios, aplicables por directa analogía a los cursos de agua interprovinciales, deben ser confrontados

con las características que presenta en concreto el caso sub examine, sin excluir sus circunstancias procesales. De tal cotejo se desprenden consecuencias significativas. La cuenca hidrográfica del río Atuel está ubicada, según los peritos en fotointerpretación, en alrededor de **un 80 % en territorio mendocino**, donde nace y por donde discurre con **la mayor contribución de agua**. No hay duda acerca de la **preexistencia de los usos** en la Provincia demandada, como que el **desarrollo económico de las zonas de San Rafael y General Alvear** está basado, fundamentalmente, en un sistema de riego servido con aguas del Atuel. Ese desarrollo ha creado una **importante infraestructura económico-social y estimulado el crecimiento demográfico** que alcanza, en la actualidad, a alrededor de 100,000 habitantes dedicados, casi totalmente, a la actividad agraria.

También **ha quedado descartada la existencia de usos altamente ineficaces**. No hay dudas, tampoco, de que **La Pampa estuvo lejos de demostrar que los usos pretendidos superen en importancia a los actuales**. Y resulta evidente que **las obras destinadas a regar una superficie de alrededor de 15.000 has. de La Pampa son inconvenientes, pues su onerosidad resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener.**

La valoración de todos estos factores es necesaria para solucionar la cuestión atinente a la utilización del curso de agua interprovincial de modo razonable y equitativo. Tal valoración conduce a desestimar el reclamo actual de



la Provincia de La Pampa, solución que, —por lo demás—, se adecua a los términos en que esta Provincia planteó su pretensión, que importa respetar los usos consuntivos “efectivos y actuales” (fs. 4430 vta.).

Ello trae la consecuencia de que la Provincia de **Mendoza ha de mantener los usos consuntivos actuales sin exceder los límites de 75.671 has.**, pero no excluye, en principio, el derecho de La Pampa a participar en los usos futuros del curso de agua interprovincial. En cuanto a esos **usos futuros**, las partes deberán negociar de buena fe y con espíritu de buena vecindad con miras a lograr un acuerdo que regule su participación razonable y equitativa, teniendo en consideración, a partir de los usos actuales, las circunstancias pertinentes a que se ha hecho mención en los considerandos precedentes”.

De este modo, en Fallos 310:2478 la Corte ha realizado un análisis múltiple para entender la solución del caso dentro del principio del uso equitativo y razonable. Ello ha llevado a considerar no sólo la preexistencia de las actividades mendocinas, sino también la manifiesta conveniencia de las mismas frente a la inconveniencia del desarrollo de caudales mediante obras de ahorro para ser destinados al territorio pampeano.

Ninguno de estos parámetros ha cambiado, ni la actora ha pretendido argumentar o probar al

respecto, y por ello no puede alterarse la distribución ya resuelta, la que reviste autoridad y preclusión de cosa juzgada.

La invocación de la variable ambiental, y la aspiración de un caudal ecológico, no cambia esta situación. Una lectura sincera de la pretensión pampeana muestra que –justamente– ese caudal ambiental tiene por destino diversas y variadas actividades productivas, en forma concordante con una apreciación del entorno humano como bien jurídico protegido.

Además de ello, la misma actora reconoce en sus publicaciones y sistema de información¹⁷¹ que el caudal que reclama como ecológico se encuentra ampliamente presente en el sistema hídrico vinculado a sus humedales, sea desde el arroyo La Barda, o incluso desde aportantes más significativos como el Salado-Chalideuvú o el Curacó, tal cual ya hemos referido.

¹⁷¹*El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>. Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.



a.3.4- La presente causa a la luz del principio del uso equitativo y razonable

La presente causa, en definitiva, procura la participación de las provincias ribereñas en los beneficios – económicos, sociales y ambientales- que puede arrojar el río Atuel. Lo que ya ha sido resuelto en Fallos 310:2478.

Esa participación, sea mediante los usos que se desean generar en La Pampa a partir del requerimiento de caudales que se efectúa en este proceso, configurando un entorno humano que altere el actual status quo, o sea mediante el resguardo de los usos actuales existentes en Mendoza, no puede ser otra que la ya reconocida en Fallos 310:2478.

En primer lugar, en cuanto no han cambiado las circunstancias tenidas en el considerando 135 y concordantes de esos Fallos en 1987. Sería un **escándalo jurídico** la existencia de sentencias contradictorias, amén de un arrebató que destruiría la seguridad jurídica y el estándar de justicia ya dispuesto.

En segundo lugar, las reglas que aporta el derecho intrafederal comparado muestra que no sólo que es legítimo el uso preexistente ocurrido en Mendoza en tiempos en que La Pampa no practicaba los mismos, así como que se deben garantizar desarrollos existentes frente a especulaciones de eventuales desarrollos futuros.

Finalmente, una valoración de la equidad y razonabilidad de la participación, a la luz de las reglas de Helsinki, de Berlín, o de la Convención de Nueva York no cambia este extremo.

Tomando como eje a los **criterios de valoración que enumera la Convención de New York de 1997**, que estimamos esenciales a partir de su naturaleza de norma jurídica internacional, desde la perspectiva de los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales, la cuenca del Atuel sigue siendo conformada –como se consideró en Fallos 310:2478 por un 80% de territorio mendocino, desde donde se aporta la generalidad de los caudales, caudales que se contempla su disminución futura –y actual- por efectos del cambio climático, lo que a la vez aumentará la disponibilidad de precipitaciones en La Pampa.

A su vez, la Pampa cuenta no sólo con aguas subterráneas –como reconoce¹⁷² y otras fuentes que subexplota (ver en este sentido el análisis del derecho al agua que analizamos en el punto VII.3.d de este responde, así como en el punto VII.4.b.3.6 en relación al cambio climático en el marco precautorio), sino además también presenta caudales excedentes de la subutilización que realiza

¹⁷² En la pág. 252 de la demanda, al referirse a la discontinuidad de caudales superficiales en el río Atuel, la actora reconoce que: “En tal situación, el agua subterránea representa el único recurso hídrico con disponibilidad permanente, presentando así un escenario de escasez y condiciones cualitativas desfavorables”.



del río Colorado¹⁷³, lo que le permitiría cubrir sus necesidades de desarrollo mediante una adecuada planificación del territorio¹⁷⁴. Y cuenta además, con caudales trasvasados desde Mendoza mediante el acueducto construido a partir del Convenio de 1992, que satisfacen plenamente las necesidades poblacionales de sus actuales habitantes, y a futuro las necesidades del doble de esa población.

Además de esas disponibilidades, como hemos relatados en los hechos que narramos en este responde, existe en torno al río Atuel -y demás cauces asociados a su sistema de humedales- disponibilidades existentes que (aunque no sean consideradas en la demanda que se contesta) La Pampa ha reconocido públicamente en forma oficial, las que **superan los requerimientos ecológicos y ambientales de esta demanda**.

Junto a ello, a partir del cambio climático se ha comprobado, más allá del pronóstico de reducción de

¹⁷³ El informe de la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos probatoriamente muestra en este sentido que en La Pampa sólo se aprovechan 8500 has a partir del río Colorado, a pesar de tener una disponibilidad para más de 100.000 has.

¹⁷⁴ En este sentido, una propuesta que Mendoza ha efectuado en la negociación (ver nuestro análisis del cumplimiento del deber de negociar en este mismo responde), y que La Pampa ha rechazado considerar, es sumar esos caudales excedentes al porcentaje de agua que Mendoza tiene derecho a trasvasar desde el río Colorado a la cuenca del Atuel, y así aprovechar la infraestructura mendocina para dar lugar a un uso beneficioso de los mismos en la zona en la que La Pampa manifiesta tener necesidades.

escurrimientos de origen níveos que afectará a los caudales del Atuel en Mendoza, un corrimiento de las Isohietas hacia el oeste pampeano, con un efecto beneficioso en los sistemas hídricos que importan un aumento significativo de precipitaciones, al punto que la localidad de Sana Isabel hoy duplica la media de precipitaciones mendocina, y se pronostica mayores mejoras aún.

Resaltamos en este punto que las mismas Reglas de Berlín que -desde el *soft law*- invoca con vehemencia la parte actora exigen que los Estados deben concretar sus mejores esfuerzos para manejar las aguas superficiales, aguas subterráneas, y otras aguas pertinentes de una manera unificada y completa.¹⁷⁵

En cuanto a las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; desde el punto de vista socioeconómico, como reconoce VE en Fallos 310:2478, el desarrollo económico de las zonas de San Rafael y General Alvear está basado, fundamentalmente, en un sistema de riego servido con aguas del Atuel. El núcleo poblacional allí existente, que subsiste de esas actividades, engloba doscientas mil personas, que no podrían existir sin el uso que se realiza de las aguas en disputa.

En contraposición, La Pampa presenta en el suroeste de su provincia áreas que aunque tienen disponibilidad de

¹⁷⁵ Reglas de Berlín, artículo 5: “Conjunctive Management: States shall use their best efforts to manage surface waters, groundwater, and other pertinent waters in a unified and comprehensive manner”.



agua para un crecimiento de entre 85.100 y 110.100 hectáreas¹⁷⁶, previstas a ser servidas desde el río Colorado, ello no se produce, lo que demuestra que el recurso hídrico no es el factor determinante del desarrollo en ese territorio (ver en este sentido el análisis que realizamos en el punto VII.4.a de esta contestación)¹⁷⁷. Contrariamente, la política de los últimos años ha implicado una exportación de agua desde esas fuentes hacia el noroeste provincial, el que de por sí

¹⁷⁶ El Tratado del río Colorado de 1976, suscripto por Mendoza, La Pampa, Neuquén, Buenos Aires y Río Negro y debidamente ratificado por ley por todas ellas -junto a Nación que lo ratificó por Ley 21611- aprobó un “Programa Único de Habilitación de Áreas de Riego y distribución de Caudales” (art. 1) y adjudicó un volumen de 34 m³/s para trasvase al río Atuel (art. 3). Además, “al sólo efecto de la asignación de áreas y distribución de caudales en la cuenca media del río Colorado se adopta la alternativa individualizada en el Programa Único como “Exportación de 24 metros cúbicos por segundo”, y con una concentración salina en la entrada de la cuenca inferior del Río Colorado de 1,8 mmhos por centímetro” (art. 2). En el marco de la alternativa individualizada en el art. 2, y de acuerdo al Cuadro n° 3 del Programa Único aprobado (y que se encuentra transcrito en la Ley 21611), las provincias podrían realizar el siguiente desarrollo: Neuquén 1000 has, **Mendoza 1000 has, La Pampa 85100 has**, Río Negro 85100 has, Buenos Aires sin limitación. De resultar más favorable la calidad el agua a la calculada, de acuerdo al Cuadro n° 5, **las hectáreas de La Pampa y Río Negro pueden ascender hasta 110.100 has, aunque Mendoza y Neuquén siempre son limitadas a 1.000 has.**

¹⁷⁷ El informe de la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos probatoriamente es gráfico y detallado en este aspecto, dando una existencia total de cultivos que **no supera las 8.500 has.**

presenta mayores disponibilidades hidrológicas que la zona suroeste de La Pampa y toda la Provincia de Mendoza.

En relación a la población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; la población pampeana en le área, e incluso el doble de la misma, no necesitan el agua del río Atuel para su subsistencia, gracias al acueducto construido desde fuentes mendocinas en 1992. Sus actividades económicas actuales, a su vez, no dependen de ese curso, y en su caso cuentan con otras fuentes alternativas, sean las pluviales, subterráneas, o incluso las disponibles en el río Colorado, o en otras localidades¹⁷⁸.

Contrariamente, la población mendocina no cuenta con otras fuentes de agua, siendo el caudal del Atuel afectado por un fuerte contenido de cambio climático, que analizamos infra en el apartado correspondiente.

¹⁷⁸ El Plan Estratégico Territorial diseñado en 2008 por Nación en base a las prioridades de cada provincia contemplaba un acueducto desde Puelén hasta Santa Isabel. Sin embargo, en versiones posteriores tal acueducto ha dejado de ser considerado como obra a desarrollar. Ver: *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, págs. 66/7 y 139 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>]; *Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, pág. 220/221 y 224 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].



Con respecto a los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; **los caudales y usos de agua que pretende La Pampa presentan un efecto devastador en Mendoza**, donde existen usos actuales atendidos deficitariamente. Los usos de agua en Mendoza, resultan un desarrollo consolidado en tiempos pasados, sin que en ese momento se afectaran a los inexistentes usos pampeanos (lo que ya se determinó en Fallos 310:2478).

El informe elaborado por la Universidad Nacional de Cuyo y que acompañamos probatoriamente, en este sentido, pone en cuestión el estudio de caudal ecológico que se efectúa por no atender las externalidades que sobre la población humana que actualmente utiliza el agua se generarían, advirtiendo que si tales externalidades fueran tenidas en cuenta resulta altamente probable que los costos derivados del proyecto pampeano que recaerían sobre la estructura productiva y social de la Provincia de Mendoza superarían los beneficios estimados para la Provincia de La Pampa.

Este aspecto, además, ya fue contemplado por VE en Fallos 310:2478 en base a la probanza allí rendida, a la que remitimos:

Que tampoco deben perderse de vista los efectos que, sobre una economía establecida como la del sur mendocino, tendría la derivación de aguas sin el complemento de obras. Es obvio que en las condiciones

actuales, **el río no genera excedentes por lo que si aún así se decidiera derivar 16 m³/s**, volumen que constituye la mitad de su módulo, quedaría sin utilización entre un 40 % y un 45 % de la infraestructura económica de la Provincia demandada que, a valores de reposición, significarían, según los cálculos para marzo de 1984. **“Más de mil millones de dólares”** (ver fs. 15 y fs. 107).¹⁷⁹

De lo que se trata esta discusión, más allá de que se la tiña bajo excusas ambientales, es de las expectativas de crecimiento pampeanas mediante caudales que hoy están adjudicados de manera preferente a los usos actuales de Mendoza; ello, frente a la mera subsistencia de Mendoza (téngase presente que **desde 1930 el oasis mendocino no se ha expandido por falta de recurso**, siendo toda obra de eficiencia necesaria para cubrir el déficit del suministro a los usos actuales que se observó expresamente en Fallos 310:2478).

Con respecto a los usos actuales y potenciales del curso de agua; justamente ese ha sido el análisis de Fallos 310:2478.

Los usos actuales, según VE declaró en Fallos 310:2478, resultan preferentes a favor de Mendoza hasta las 75671 has reconocidas como históricamente preexistentes. Mendoza (por sus 132636 has) y La Pampa pretenden usos futuros, los que tiene fuertes limitantes de desarrollo en razón de los aspectos técnicos,

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310:2478, considerando 126



económicos y financieros que implican, todo ellos aspectos considerados en los autos referidos.

Con respecto a la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto; este aspecto también ha sido ya ponderado en Fallos 310:2478, donde se concluyó la razonabilidad de los usos mendocinos en virtud de su nivel de eficiencia.

Desde entonces, como hemos argumentado en este proceso, ha existido una constante política de Mendoza en mejorar los niveles de eficiencia, con cuantiosas inversiones que demuestran una marcada política de uso racional del agua, permitiendo ello una reducción al déficit de suministro que en ese mismo fallo dirimente se observa que existe con respecto a los usos actuales, aunque en gran parte este esfuerzo se diluye en los efectos del cambio climático (ver los informes del Departamento General de Irrigación que referimos en la plataforma fáctica descripta supra).

Con respecto a la existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto, en Fallos 310:2478 se ha demostrado que las alternativas de desarrollo en La Pampa no justifican de manera objetiva ni la realización de costosas obras de ahorro del agua, ni el cese del uso mendocino. **La eventualidad de caudales o usos futuros en La Pampa, en definitiva, es antieconómica e inconveniente, y sólo será posible mediante una política de fomento extraordinaria que**

es una atribución política implementar, sacrificando recursos que hoy están destinados a otras políticas públicas prioritarias (salud, seguridad, etc), y que excede la prudencia de la decisión que corresponde a esta Corte.

Las **Reglas de Helsinki y de Berlín**, por su parte, establecen desde el *soft law* factores relevantes que no cambian el análisis ya efectuado.

Desde la perspectiva de la geografía de la cuenca -que incluye particularmente la extensión del área de drenaje correspondiente al territorio de cada uno de los Estados de la cuenca-, la hidrología de la cuenca -que incluye en forma particular la contribución de agua por parte de cada uno de los Estados de la cuenca-, como ya hemos observado, corresponde a Mendoza la superficie mayoritaria de la misma y el aporte -principal- de caudales que conforman el río Atuel.

El clima que influye en la cuenca permite resaltar no sólo que -a diferencia de La Pampa- Mendoza no cuenta en su territorio con un área húmeda que permita una alternativa de desarrollo territorial. El absoluto territorio desértico de Mendoza sólo permite el desarrollo humano en oasis como el implementado, lo que es manifiesto si se atiende que sólo el 3,5% de la superficie provincial se explota económicamente. El cambio climático ha agravado y



agravará esta situación, disminuyendo caudales en Mendoza¹⁸⁰, pero beneficiará a La Pampa al presentar mayores precipitaciones y disponibilidades en su territorio¹⁸¹, como analizamos en el punto VII.b.3.6.

Completando esos datos, resaltamos que la población que depende de las aguas de la cuenca en Mendoza es del orden de las 200.000 personas, frente a las cerca de 3.000 personas que habitan la cuenca baja en La Pampa, las que –además- se les ha otorgado una fuente alternativa mediante el Tratado de 1992 que excede notoriamente sus necesidades actuales.

En relación a la utilización anterior de agua de la cuenca, que incluye en particular la utilización existente – usos actuales-, es uno de los factores atendidos en Fallos 310:2478, con apoyo en las reglas del derecho intrafederal, que ha dado como resultado la preeminencia de los usos actuales de Mendoza – desarrollados previamente en la historia- frente a los usos futuros o potenciales de ambas partes.

¹⁸⁰ Como ya hemos observado, los pronósticos para la zona cordillerana central anuncian que en los próximos años se producirá una disminución de entre el 15 y 30% de los caudales de origen níveo.

¹⁸¹ Como detalla el informe de la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos probatoriamente, en las últimas décadas el corrimiento de la isohieta en La Pampa ha generado que las precipitaciones en Santa Isabel se eleven significativamente, siendo hoy del doble que las que se producen en el territorio mendocino, fenómeno que continuará a medida que el cambio climático se consolide.

Las necesidades sociales y económicas de cada Estado de la cuenca y la población que depende de las aguas de la cuenca en cada Estado, ya las hemos considerado supra. Agregamos que justamente La Pampa presenta una economía alternativa en su zona húmeda, y recursos hídricos disponibles –y llamativamente ociosos- para desarrollar su propia entidad socioeconómica en el suroeste provincial, e incluso mediante obras de infraestructura razonables en el área de mayor influencia del río Atuel. Mendoza, en cambio, en la actualidad se encuentra comprometida en una crisis hídrica que con los actuales caudales, generalmente los usuarios pasan largos periodos sin disponer de agua, como analizamos al considerar los efectos del cambio climático.

En relación a los costos comparativos de medios alternativos para satisfacer las necesidades económicas y sociales de cada Estado de la cuenca, la disponibilidad de caudales ociosos que presenta La Pampa en el río Colorado –frente a la inexistencia de caudales en Mendoza, cuya generación implica obras que hacen antieconómicos los usos-, y la similar distancia desde tal punto a Carmensa (para el caso que hubiera que construir obras alternativas de conducción) hacen que si La Pampa quisiera hacer un desarrollo territorial en las localidades que tiene sobre la cuenca del Atuel, el costo aconsejaría desechar el uso del Atuel (como lo hizo VE en Fallos 310:2478).

De igual modo, el aumento de precipitaciones ocurrido en las últimas décadas en el territorio



pampeano –ver lo observado en los hechos descriptos en este responde y al tratar infra el cambio climático- da lugar a la posibilidad de desarrollos en el territorio pampeano que no dependen de caudales del río Atuel, sino de la aplicación productiva del agua pluvial, tal cual ya se recomienda técnicamente¹⁸², lo que no es posible en Mendoza.

Resaltamos que las Reglas de Berlín especifican el análisis de los costos en relación a las medidas de conservación, protección, desarrollo y economía de uso de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica. Estas medidas son justamente las que las pericias practicadas y expuestas en Fallos 310:2478 descartaron por la inconveniencia manifiesta de sus costos.

Además, no es razonable que en la misma región suroeste de La Pampa se pretende forzar un desarrollo en la zona de influencia del Atuel a un alto costo, mientras se tiene ocioso el recurso para un área de desarrollo de aproximadamente 100.000 has en 25 de Mayo. Mendoza, en este sentido, ha generado una política territorial buscando el desarrollo hídrico en los lugares donde ello es viable, y por ello su territorio presenta un 96,5% de secano desértico, y sólo el 3,5% está desarrollado mediante usos artificiales del agua.

La disponibilidad de otros recursos, en Mendoza, no existe; por ello lleva adelante una clara política de

¹⁸² UMAZANO, A. M., E. O. ADEMA & S. B. AIMAR. 2004. Tajamares: una tecnología alternativa para la zona árida-semiárida de La Pampa. EEA Anguil. INTA. Publicación Técnica N° 56

inversión en ahorrar agua, al sólo efecto de cubrir déficits¹⁸³. La Pampa, en cambio, presenta hoy en día cuantiosos recursos Hídricos expeditos y ociosos que pueden ser extraídos del río Colorado sin obra alguna, más allá de los caudales que reconoce existentes en el arroyo La Barda (brazo del río Atuel) o en otros cauces que aportan al sistema de humedales –como el Salado-Chalideuvú o el Curacó, que ya hemos descripto.

En relación al criterio basado en evitar el derroche innecesario en el uso de las aguas de la cuenca, en Fallos 310:2478 se ha demostrado que Mendoza no tiene derroches en tal sentido, y aunque el sistema local presenta ciertas limitaciones, el uso se encuentra dentro de los estándares de eficiencia aceptados. Luego de ese proceso, la política mendocina se ha esforzado en aumentar la eficiencia de manera constante, mediante cuantiosas inversiones,

¹⁸³ No desconocemos que el Tratado de 1976 sobre el río Colorado asignó a Mendoza un derecho a trasvasar agua desde ese río al Atuel. Pero los costes de tal realización, hasta el momento, han impedido la misma. Mendoza sin perjuicio de ello lleva adelante una activa política tendiente a obtener financiamiento, como lo demuestran los acuerdos con Nación tendiente a la construcción de una obra previa al trasvase (y en magnitud menor al mismo), como es el Dique Portezuelo del Viento. Aunque hasta el momento los recursos económicos necesarios aún no existen, Mendoza ha priorizado estas obras dentro de los proyectos de inversión que impulsa nacionalmente. Ver: *Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, pág. 220/221 y 224 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].



conforme hemos argumentado y probado mediante los informes del Departamento General de Irrigación que se acompañan probatoriamente. Al relatar los hechos, al igual que al considerar los esfuerzos para mitigar la falta de caudales en el punto VII.4.b.3.6, se detallan la millonaria inversión para revestir 132 km de canales, con un costo de más de u\$s 145.000.000, lo que ha permitido ahorrar tan solo un caudal algo más de 4.000 litros por segundos.

Muy por el contrario, en el suroeste pampeano, no sólo existe un desaprovechamiento de las aguas del río Colorado, las que se usan en un 10% de su potencial a niveles muy bajos de eficiencia de uso (ver informe de la Universidad Nacional de Cuyo), sino que incluso el 50% del agua destinada a poblaciones que se entrega a La Pampa desde el Tratado 1992 hoy carece de usuarios, y sin embargo no se conoce consumo o aprovechamiento alternativo alguno, lo que implica que se pierde o derrocha en el mismo sistema de distribución de agua en La Pampa.

Tampoco se observa aprovechamiento alguno de los significativos caudales existentes en el sistema Saldado-Chalideuvú, o en el Atuel (Arroyo La Barda) o en el río Curacó, todos ellos reconocido en el sistema de monitoreo de la actora, con módulos mucho mayores a los caudales que se reclaman en este proceso, como hemos ya mencionado. Ni se tiene conocimiento del aprovechamiento y consideración hidrológica de los mayores aportes pluviales que La Pampa presenta en la actualidad, con tendencia en aumento.

En cuanto a la posibilidad de compensación a uno o más Estados de la cuenca, como un medio de dirimir los conflictos entre usos, ello se ha producido a través del tratado de 1992, en el que las partes acordaron un trasvase de aguas perteneciente a una fuente extraña al Atuel, para abastecer las necesidades de la población pampeana para 6000 habitantes, cuando recién hoy sólo existe la mitad de tal población.

Finalmente, en cuanto al grado en el que se pueden satisfacer las necesidades de un Estado sin causar perjuicio sustancial a otro Estado de la cuenca, es decir, los efectos del uso o usos de las aguas de la cuenca en un Estado de la cuenca hacia otros Estados cuenca, en Fallos 310:2478 ha quedado claro que el crecimiento de los usos mendocinos ocurrido hasta 1930 fue en realidad frente a un territorio pampeano en el que las políticas de colonización no fueron eficientes, y por ello, cuando en 1920 comienzan a desarrollarse usos que alteran en sustancia el escurrimiento, a ese momento ya no había actividad en La Pampa que fuera afectada.

Completando este último factor de análisis, las mismas Reglas de Helsinki estipulan en su artículo VII que a un estado ribereño no se le puede negar el uso razonable actual de las aguas de la cuenca con el fin de reservarlas para usos futuros de otros Estados de esa misma cuenca, y con ello no puede encuadrarse como un perjuicio los efectos de los usos actuales producidos.



En cuanto a la sostenibilidad de los usos existentes y la minimización de daños ambientales que atienden las Reglas de Berlín, resaltamos que la actividad agrícola desarrollada en Mendoza es una de las actividades agrícolas más sustentables, logrando una adecuada combinación de las variables ambientales, sociales y económicas que hacen al principio de sustentabilidad, con aptitud de sostenibilidad temporal incluso para satisfacer a las generaciones futuras.

El Estudio de caudales ambientales que acompaña La Pampa, no brinda elemento alguno para desacreditar la sustentabilidad que exponemos de los usos actuales en Mendoza. Por el contrario, se limita a exponer escenarios alternativos que de manera parcial ponderan el beneficio en el aprovechamiento económico que se generaría en La Pampa, pero para nada se pone en valor el perjuicio que ello causaría en el sistema socioeconómico que se ha instaurado en Mendoza a partir del uso beneficioso y efectivo del agua.

Por otra parte, resaltamos que la alteración ambiental que se ha producido –como se analiza con mayor detalle en el punto VII de este responde-, no es un daño ambiental, en cuanto no puede catalogarse de negativo. Por el contrario, la única manera de lograr un ambiente apto para el desarrollo humano en un entorno natural árido como el que caracteriza a la cuenca del río Atuel, donde se soporta la existencia de 200.000 argentinos de manera sustentable, es mediante el esquema de producción y sociedad organizada en un oasis que utilice el agua de manera intensiva.

a.3.5- Obligación de no causar perjuicio sensible

Atendiendo el enfoque que La Pampa realiza en su queja desde la consideración del daño ambiental, y sin perjuicio que dicha materia (responsabilidad por daño ambiental) es ajena a este proceso dirimente, analizaremos también la obligación de no causar perjuicio sensible que existe en el derecho intrafederal de los cursos de agua, pero en especial en cuanto a su vinculación con el uso equitativo y razonable que ha sido establecido en Fallos 310:2478.

Este principio no es otra cosa que el principio general del Derecho referido en la máxima latina *sic uteretur ut alienum non laedas*¹⁸⁴.

En materia de Derecho internacional, desde una inicial casuística ambiental, la sentencia del Tribunal Arbitral que entendió en 1941 en el asunto de la Fundición Trail¹⁸⁵

¹⁸⁴ El Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas Stephen M. SCHWEBEL (en *The law of the non-navigational uses of International watercourses. Third Report on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses*, Naciones Unidas, Doc.A/CN.4/348, New York, 1982, pág. 92) formula la referencia al principio “responsibility for appreciable harm” aplicado a los cursos de agua internacionales a partir de esta máxima romana.

¹⁸⁵ Tribunal Arbitral en el *Trail smelter case*, sentencias del 16 de abril de 1938 y 11 marzo de 1941, en *Reports of International Arbitral Awards - Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. III, Naciones Unidas (UN Sales No. 1963.V.3), 2006, págs. 1905-1982.



entre Canadá y Estados Unidos recurrió a esta máxima para indicar que ningún Estado tiene derecho de usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que se causen daños por emisiones en el territorio de otro Estado o en las propiedades o personas del mismo. Igual concepto aplicó en 1949 la Corte Internacional de Justicia en el asunto del Estrecho de Corfú¹⁸⁶ para fundar la obligación estatal de notificar a los demás Estados de ciertos peligros para ellos.

En materia de cursos internacionales, este principio fue especificado en cuanto a que no debían producirse “daños sensibles” a partir de la sentencia arbitral de 1957 en el asunto del Lago Lanós entre Francia y España¹⁸⁷, admitiéndose entonces que los Estados deben soportar las incomodidades que se ocasionen como producto de la vecindad¹⁸⁸. Coincidentemente con ello, en la práctica

¹⁸⁶ Corte Internacional de Justicia, sentencia del 9 de abril de 1949 en *The Corfu Channel Case, Reports of Judgments, Advisory and Opinions and Orders*, Lyde, 1949, págs. 1 a 169.

¹⁸⁷ Tribunal Arbitral en el *Affaire du lac Lanoux*, sentencia del 16 de noviembre de 1957, en *Reports of International Arbitral Awards - Recueil des Sentences Arbitral*, vol. XII, Naciones Unidas (UN Sales No. 1963.V.3), 2006, pág. 308. Esta cualificación del daño también estaba presente en el *Trail smelter case*, sentencias del 16 de abril de 1938 y 11 marzo de 1941, en *Reports of International Arbitral Awards - Recueil des Sentences Arbitrales*, vol. III, Naciones Unidas (UN Sales No. 1963.V.3), 2006, págs. 1905-1982, donde el tribunal arbitral refería a las "consecuencias graves" ("serious consequences") de la explotación de la fundición.

¹⁸⁸ BARBERIS, Julio A., ARMAS PFIRTER, Frida M., QUEROL, María, "Aplicación de los principios de Derecho Internacional a la administración de ríos

de los Estados, algunas convenciones se han referido también a un daño "sensible" ("significant"), "grave" ("serious") o "sustancial" ("substantial") como el umbral o límite más allá del cual pueden nacer pretensiones jurídicas¹⁸⁹.

compartidos. Argentina con Paraguay y Uruguay”, en EMBID IRUJO, Antonio (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tº II, Civitas, Madrid, 2002, pág. 76.

¹⁸⁹ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), en Asamblea General, Documentos Oficiales, 59º período de sesiones Suplemento Nº 10 (A/59/10), Naciones Unidas, New York, 2004, pág. 190, en el Capítulo VII sobre Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas) cita como ejemplos: la Convención para regular las actividades relacionadas con los recursos minerales antárticos, y la Convención sobre evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, además del Convenio de Nueva York de 1997. También ha sido contemplado en el proyecto de convención sobre el uso industrial y agrícola de los ríos y lagos internacionales, preparado por el Comité Jurídico Interamericano en 1965 (Organización de los Estados Americanos, Ríos y Lagos Internacionales, 4ª ed., en 1971), las Normas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales de la Asociación de Derecho Internacional, el artículo 21 de las Normas [revisadas] de la Asociación de Derecho Internacional sobre la utilización equitativa y el desarrollo sostenible de las aguas (décimo proyecto, de febrero de 2004), la Resolución 2995 (XXVII) de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1972, relativa a la cooperación entre los Estados en el campo del medio ambiente; la Recomendación del Consejo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) sobre los principios relativos a la contaminación transfronteriza, 1974, el Memorando de intenciones entre Estados Unidos y



La determinación del "daño sensible" supone por una parte la atención de **criterios fácticos y objetivos** –en orden a la cuantificación de la gravedad material del daño-, pero en especial **un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formó ese juicio**, de modo que la consideración del daño depende de las prácticas aceptables al momento de su realización¹⁹⁰.

La valoración así practicada no debe perder de vista que es una exigencia para asegurar que realmente exista un interés jurídico vulnerado que justifique la intervención tendiente a evitar inconvenientes a los restantes Estados ribereños, evitándose que alteraciones razonables terminen por impedir toda

Canadá sobre la contaminación atmosférica transfronteriza, de 1980, el artículo 7 del Acuerdo de 1983 entre México y Estados Unidos para la cooperación en la solución de los problemas ambientales en la zona fronteriza.

¹⁹⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 56º período de sesiones (3 de mayo a 4 de junio y 5 de julio a 6 de agosto de 2004), en Asamblea General, Documentos Oficiales, 59º período de sesiones Suplemento N° 10 (A/59/10), Naciones Unidas, New York, 2004, pág. 190 observa en el Capítulo VII sobre Responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho internacional (responsabilidad internacional en caso de pérdida causada por un daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas), que: "una pérdida determinada, en un momento determinado, podría no considerarse "sensible" porque, en ese momento preciso los conocimientos científicos o la valoración hecha por el hombre tal vez han considerado tolerable esa pérdida."

actividad en salvaguarda de un status quo que impide todo nuevo desarrollo¹⁹¹.

Lo contrario, implicaría caer en la **contradicción** de –por una parte- legitimar una distribución de caudales por responder de la mejor forma a la equidad que debe relacionar a las partes (como ya hizo VE en Fallos 310:2478), y por la otra, sancionar las consecuencias de esa distribución.

No resulta entonces aceptable que pueda considerarse un perjuicio o daño, en aquellos casos en que la transformación material producida en un Estado por el uso del agua en otro Estado encuadre dentro del concepto de equidad y razonabilidad, como ocurre con la situación existente entre Mendoza y la Pampa a la luz de Fallos 310:2478.

Especialmente cuando la misma actora **reconoce** que las alteraciones al sustrato natural que aquellos usos ocasionaron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, no presentaban en aquel momento el actual juicio de valor que hoy, más de un siglo después, puedan presentar, sino que se las consideraba beneficiosas en el momento en que las políticas las implementaron¹⁹².

¹⁹¹ SALINAS ALCEGA, Sergio, “Las aguas no marítimas internacionales”, Derecho y Administración de Aguas, Zeta, Mendoza, Mendoza, 2007, pág. 350.

¹⁹² En la pág. 255 de su demanda, la actora afirma en relación a los humedales que dice afectados:

“Otrora considerados como criaderos de mosquitos sin ningún valor, y desdeñados como marismas y pantanos, hoy los humedales son



En estos casos, de modo similar a lo que analizamos en el punto VII.4.a y VII.5, **no existe un daño, sino una transformación positiva del espacio** en base a políticas de desarrollo humano que encauza la vida socioeconómica en el territorio.

En este sentido, en forma coincidente con el régimen del daño ambiental contenido en la Ley 25675, no cualquier alteración es dañosa, si no es sensible o relevante. Y a su vez, no toda alteración relevante es dañosa, si se considera positiva. Sobre este aspecto, debe tenerse especialmente en cuenta las **políticas públicas** que diseñan el entorno humano, tal cual analizamos en el punto VII.4.a de este responde, así como las exigencias de la participación equitativa y razonable que se acuerden en el caso concreto.

En materia específica de ríos interestaduais el principio ha sido reconocido por diversos tratados

considerados vitales para nuestro medio ambiente, y se encuentran protegidos por el derecho. Este cambio de aproximación a los humedales puede verse al contraponer su valoración actual, frente al **menosprecio que ellos recibían en la primera mitad del siglo XX**. Muestra de ello es que el año 1900, la Suprema Corte de los Estados Unidos llegó a afirmar que “la salud pública está profundamente preocupada en la recuperación de pantanos y tierras anegadas. Si existe algún hecho que puede suponerse conocido por todo el mundo, y por lo tanto por los tribunales, es que los pantanos y aguas estancadas son la causa de las fiebres palúdicas y malignas, y que el poder de policía nunca puede ser ejercido de modo más legítimo que al remover esas molestias”.

bilaterales, ejemplo de los cuales refiere la doctrina especializada¹⁹³, así como en el artículo 7 de la Convención de Nueva York de 1997, sobre el Derecho de los cursos de agua internacionales para usos distintos a la navegación.

Sin embargo, se ha observado que en esta materia **el principio en análisis se relaciona fundamentalmente a las cuestiones de calidad de las aguas o de impacto ambiental, pero no así a las propias de la regulación de caudales y su distribución entre ribereños**, donde actúa encauzado por el principio de la participación equitativa y razonable¹⁹⁴, aspecto que precisaremos más adelante al considerar la relación entre los principios del uso equitativo y razonable y del no perjuicio sensible.

El principio del “no harm” ha sido contemplado en la Convención de las Naciones Unidas de 1997 en los siguientes términos:

“Artículo 7 - Obligación de no causar daños sensibles

¹⁹³ QUEROL, María, *Estudio sobre los convenios y acuerdos de cooperación entre los países de América Latina y el Caribe, en relación con sistemas hídricos y cuerpos de agua transfronterizos*, Serie Recursos Naturales e Infraestructura n° 64 de la CEPAL, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2003, pág. 17. Por su parte, Antoni PIGRAU SOLÉ (*Generalidad y particularismo en el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales. Reflexiones en torno al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 59) enumera diversos instrumentos y documentos internacionales al respecto.

¹⁹⁴ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La Regulación Internacional del Agua Dulce. Práctica Española*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 167 y ss.



1. Los Estados del curso de agua, al utilizar un curso de agua internacional en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua.
2. Cuando a pesar de ello se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización”.

a.3.6- Vinculación entre el uso equitativo y razonable y el principio sic uteretur ut alienum non laedas

Si bien por lo general se plantea la existencia del principio del uso equitativo y razonable como algo autónomo del principio de la prohibición de causar un daño sensible, es inevitable apreciar cierta vinculación entre ellos.

Incluso, se sostiene que normativamente la Convención de New York ha determinado la **preeminencia del principio del uso equitativo y razonable por sobre la obligación de no producir daños sensibles**, al estipular su Artículo 7.2 que cuando se causen daños sensibles a otro Estado del curso de agua, el Estado cuyo uso los cause deberá, a falta de acuerdo con respecto a ese uso, adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en

cuenta lo dispuesto en los artículos 5 y 6 –que regulan el uso equitativo y razonable-, pudiendo incluso estipularse medidas compensatorias.

Más allá de esto, lo cierto es que desde cierta perspectiva ambos preceptos refieren a una cuestión conexas, debiéndose compatibilizar sus contenidos frente a su aplicación práctica.

Es que en realidad, como una **consecuencia necesaria** del uso del curso de agua por uno de los Estados, lo usual es que se produzcan **transformaciones sensibles** en otro de los Estados, y de allí que no podamos evitar advertir que las eventuales alteraciones en tales casos –mas que considerarse consecuencias dañosas- deben ser alcanzadas dentro de las situaciones lícitas que contempla el concepto de uso equitativo y razonable.

Dicho de otra manera, el hecho de que las condiciones naturales o iniciales de un Estado de la cuenca -con la consiguiente disponibilidad de agua (en caudal, volumen y calidad) original, o inicial a partir de determinado momento tomado como punto de partida en el análisis- se vean mermadas por la disminución o alteración del flujo que se realiza aguas arriba, es algo que puede presentarse claramente, sin que necesariamente tal merma y sus consecuencias –en cuanto altera no sólo las condiciones *in natura* del río, sino también los usos actuales y potenciales que pueden darse- deba calificarse como daño.



Las Reglas de Berlín (art. 15) de la International Law Association, no sólo reafirman estos postulados al señalar que la evitación de daño debe hacerse teniendo en cuenta el principio del uso equitativo y razonable (art. 16), sino que además receptan claramente este concepto, cuando estatuyen que la asignación de caudales para uso -por acuerdo o de otra manera como ha sido Fallos 310:2478- a un Estado de la cuenca “incluye el agua necesaria para garantizar los caudales ecológicos o de otro tipo para mantener la integridad ecológica o para minimizar el daño ambiental”¹⁹⁵.

En el actual caso que nos ocupa, La Pampa demanda a esta parte reclamando un caudal que en definitiva y más allá de su discurso ambientalista, en realidad pretende destinar a un sinfín de usos económicos que entiende que integran su entorno humano, en base a los cuales a valuado un supuesto daño.

Si nos enrolamos en las doctrinas que relativizan la soberanía de los Estados ribereños y consiguientemente

¹⁹⁵ Resaltamos que –como veremos en el punto VI de este responde, estas Reglas (pertenecientes al Soft Law, y con ello sin fuerza imperativa) son las únicas que contemplan alguna previsión internacional sobre caudales ecológicos que deban mantenerse en un cauce. Aún así, el comentario que hace la propia International Law Association al art. 24 de esas Reglas muestra que esa previsión no refleja ningún consenso que le de validez, incluso dentro del ámbito de esa misma organización.

rechazan derechos absolutos entre los mismos¹⁹⁶, no puede admitirse que ningún Estado de la cuenca tenga un derecho absoluto a mantener el curso sin atender la comunidad de intereses presentes en el mismo; por el contrario, sólo acudiendo a la doctrina de la integridad territorial absoluta puede entenderse que se catalogue como “daño” a las alteraciones ecosistémicas o productivas que sean consecuencia de la variación de la calidad o cantidad inicial del curso, con motivo del uso del mismo en los términos de equidad y razonabilidad que ya ha evaluado VE en Fallos 310:2478.

Esta correlación entre ambos principios no es nueva, e incluso generó desacuerdos en el proceso de codificación que arribó al texto de la Convención de Nueva York de 1997. AURA Y LARIOS DE MEDRANO nos señala los debates que existieron entre los Estados en el proceso codificador, y que hoy se mantiene dentro de cierta doctrina, en cuanto a qué principio

¹⁹⁶ Dentro del Derecho fluvial internacional, distintas doctrinas han buscado justificar los derechos de los Estados sobre los cursos de agua. Las doctrinas extremas –como la doctrina Harmon o la doctrina de la integridad territorial– ponían énfasis en una soberanía absoluta que acarrearaba un derecho absoluto del Estado en cuyo territorio el caudal se encontraba (Harmon), o un derecho absoluto del estado de aguas abajo a que el caudal natural que integra su territorio no fuera menoscabado. Las doctrinas restrictivas, en cambio, consideran que existen límites a la potestad soberana que surgen de la comunidad de intereses que implica un curso compartido, lo que da lugar a principios como el uso equitativo y razonable. Sobre estas doctrinas y su evolución ver PINTO, Mauricio, *El régimen jurídicos de los ríos interprovinciales en Argentina*, Lajouane, 2014, pág. 125.



prevalece frente al otro, e incluso se enrola entre aquellos que entienden que el uso equitativo y razonable importa el principio cardinal del Derecho internacional, y por tanto debe priorizarse frente al del no daño sensible¹⁹⁷.

Dentro de la más destacada doctrina internacionalista que analiza el derecho de los cursos de agua, McCAFFREY¹⁹⁸ observa en este sentido que al igual que puede sostenerse la ocurrencia de un daño en el Estado de aguas abajo por la merma que implica el consumo en el Estado de aguas arriba, **también puede sostenerse un daño en el Estado de aguas arriba por la limitación de los usos o caudales a favor del otro Estado**, lo que importa un **problema de naturaleza recíproca que impide considerar al daño como criterio decisivo**, debiendo ser -más bien- el objetivo encontrar un equilibrio donde resulta el mayor beneficio para las partes. Lo que nos lleva inexorablemente al principio del uso equitativo y razonable que ya valoró y aplicó VE en Fallos 310:2478.

¹⁹⁷ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La Regulación Internacional del Agua Dulce. Práctica Española*, Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 95, 128, 160 y ss., 170 y ss. Por su parte, Sergio SALINAS ALCEGA (“Las aguas no marítimas internacionales”, *Derecho y Administración de Aguas*, Mendoza, 2007, pág. 352) entiende que aunque la ambigüedad del texto de la Convención de 1997 permite argumentaciones contradictorias, aún así, existen elementos suficientes para inclinarse por la priorización de la utilización equitativa y razonable por sobre el principio referido al daño.

¹⁹⁸ McCAFFREY, Stephen C., *The Law of International Watercourses. Non-Navigational Uses*, Oxford, 2003, pág. 327.

En este sentido, se ha observado que ambos principios –el del uso equitativo y razonable y el de no daño transfronterizo- no constituyen sino facetas instrumentales de un concepto mayor, cual es la comunidad de intereses que surge entre los Estados que resultan jurídicamente pares ante un recurso compartido, y por ello para deslindar el concepto de daño no puede dejar de atenderse el derecho a la participación equitativa y razonable que cada Estado¹⁹⁹ debe hacer en su territorio²⁰⁰.

Es que justamente, determinar cuándo ante una alteración hay daño o no, implica un juicio de valor que depende de las circunstancias del caso y del momento en que se formó ese juicio, de modo que la consideración del daño depende de las prácticas aceptables al momento de su realización. La valoración así practicada no debe perder de vista que es una exigencia para asegurar que realmente exista un interés jurídico vulnerado que justifique la intervención tendiente a evitar inconvenientes a los restantes Estados ribereños, inconvenientes que no pueden considerarse reales cuando se ha acordado –o resuelto, como ocurre en Fallos 310:2478- la legitimidad del consumo preferente de un caudal como pauta de equidad y razonabilidad.

¹⁹⁹ PINTO, Mauricio, *El régimen jurídicos de los ríos interprovinciales en Argentina*, Lajouane, 2014, pág. 153.

²⁰⁰ BARBERIS, Julio A. “La utilización de las aguas subterráneas y el derecho internacional” en *Anuario de derecho internacional*, Navarra, VIII 1985 pág. 51 y 78.



Con ello, los Estados han de utilizar el curso compartido de manera equitativa y razonable, **lo que de por sí conlleva a cambios del *status quo* inicial o *in natura*, sin que tales cambios -aunque sean sensibles-, en cuanto resultan lícitos y beneficiosos, importen un daño**²⁰¹.

La vinculación entre ambos principios – uno referido a la utilización antrópica del recurso, y el otro a la prevención y reparación de las consecuencias dañosas de tal uso- no es más que una consecuencia del concepto de desarrollo sostenible, que importa conjugar en una única acción estadual el desarrollo productivo y social con el mantenimiento o protección ambiental, concepto que no es extraño al Derecho de los cursos de agua internacionales²⁰².

²⁰¹ En este sentido, destacamos que en el asunto del *Proyecto Gabčíkovo – Nagymaros*, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1997, pág. 7, donde la Corte Internacional de Justicia analizó un caso referido al desvío de un curso por parte de Checoslovaquia sin referir al daño que ello ocasionaba, sino en base al concepto de equidad y razonabilidad en el uso.

²⁰² Corte Internacional de Justicia, orden del 13 de julio de 2006 en *Case concerning pulp mills on the River Uruguay, Request for the indication of provisional measures*, *General List n° 135*, con motivo del conflicto entre Argentina y Uruguay, sostuvo en este sentido que: “el presente caso pone en evidencia la importancia de asegurar la protección en el terreno del medio ambiente, de los recursos naturales compartidos permitiendo un desarrollo económico sustentable, que conviene tener particularmente en cuenta la dependencia de las Partes respecto de la calidad de las aguas del río Uruguay en tanto que éste constituye para ellas una fuente de sustentos y de

Aún así, reconocemos que incluso existiendo un uso equitativo y razonable pueden producirse daños sensibles que deban encauzarse conforme regula el Derecho. Pero no es el presente caso, sino que serían aquellos casos en que las actividades de un Estado, a diferencia de situaciones como las de autos, conllevaran un perjuicio hacia los restantes que **no derivan del uso del agua en sí mismo, sino de situaciones conexas a tal uso** (como ocurriría con la inundación territorial que ocasiona una presa, o el vertimiento de sustancias indebidas²⁰³, lo que excede el simple uso del curso de agua).

La Convención de Nueva York de 1997 se ha preocupado en coordinar ambos principios a través del artículo 7.2, que hemos transcrito supra y al cual remitimos. Las Reglas de Helsinki y las de Berlín, por su parte, muestran la interrelación referida cuando contemplan entre los factores relevantes para establecer el uso

desarrollo económico; que, desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta la necesidad de garantizar la protección continua del medio ambiente del río así como el derecho al desarrollo económico de los Estados ribereños ”.

²⁰³ Stephen C. McCaffrey (*The law of the non-navigational uses of International watercourses. Fourth report on the law of the non-navigational uses of international watercourses*, Naciones Unidas, Doc.A/CN.4/412 and Add.1 and 2, New York, 1988, pág. 241) sostiene en razón de la importancia creciente de la cuestión ambiental que los usos del agua que causan perjuicio apreciable de contaminación para otros Estados del curso de agua y para el medio ambiente bien podrían considerarse *per se* inequitativos e irrazonables, aspecto que entiende especialmente válido cuando se trata de perjuicios causados por contaminantes tóxicos y persistentes, habida cuenta de los efectos graves y de larga duración de esas sustancias.



equitativo y razonable al grado en el que se pueden satisfacer las necesidades de un Estado sin causar perjuicio sustancial a otro Estado de la cuenca.

Pero además, de manera expresa las Reglas de Berlín hace la misma relación que la Convención de Nueva York entre el deber de no dañar y el derecho de usar el curso de manera equitativa y razonable, reflejando en definitiva que el uso del agua en un Estado impacta necesariamente en la situación del otro Estado.

Así, el artículo 16 de las Reglas de Berlín, al reglar la evitación de daños, expresa que si bien los Estados de la cuenca, en la gestión de las aguas de una cuenca hidrográfica internacional, deben prevenir –y abstenerse- actos u omisiones en su territorio que causen un daño significativo a otro Estado de la cuenca, ello debe ser teniendo debidamente en cuenta teniendo el derecho de cada cuenca de Estado para hacer uso equitativo y razonable de las aguas.

a.4- Las nuevas normas no se aplican al nacimiento y configuración de las relaciones ya constituidas. Efecto de sentencia de 1987

Más allá que el alcance de la sentencia de 1987 revista autoridad de cosa juzgada, incluso ante normas de orden

público que alteren el régimen vigente al momento de dicho proceso²⁰⁴, aspecto en que se basa la excepción planteada al respecto por esta parte, lo cierto es que –además– dichas normas tampoco alteran el contenido de la relación nacida bajo un régimen anterior previo entre las Provincias de La Pampa y Mendoza.

La sentencia dirimente de 1987, lejos de resultar un clásico acto jurisdiccional que se limita a declarar el derecho vigente entre las partes a ese momento, es un acto que resuelve una queja planteada por una provincia ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, sustituyendo la ausencia de acuerdo interprovincial mediante una *lex specialis* que constituye una nueva fuente reguladora de la situación que las partes controvirtieron en el proceso, y que debe ser respetada por las partes y por terceros²⁰⁵.

²⁰⁴Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Bonino, Rodolfo c/ANSeS s/reajustes varios, 03/07/2007, Fallos 330:2964: “la Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades que el respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional y por ello no es susceptible de alteraciones ni aun por vía de la invocación de leyes de orden público, porque la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales tiene igual carácter y constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica; la autoridad de la sentencia debe ser inviolable tanto con respecto a la determinación imperativa del derecho sobre el cual requirió pronunciamiento judicial, cuanto en orden a la eficacia ejecutiva de este último (Fallos: 184:137; 209:303 y 405; 235:171 y 512; 243:306 y 467; 259:289; 266:167; 271:388; 307:1289 y 1709; 311:495, 651 y 2058; 312:122, entre muchos otros)”.

²⁰⁵En este sentido, la CSJN en Fallos 310:2478, con apoyo en la jurisprudencia norteamericana expuso que en torno al conflicto que allí se resolvía sobre el



Es decir, la Corte ha resaltado que el ejercicio de su función dirimente en los términos del art. 127 CN responde al mantenimiento de la paz interior²⁰⁶, generándose un

uso de las aguas del río Atuel“debemos recordar que involucran los intereses de cuasi soberanos, presentan cuestiones delicadas y complejas y debido a la posibilidad de una futura alteración de las condiciones existentes, requieran más de una experta administración que de la decisión judicial basada sobre reglas demasiado estrictas. Tales controversias podrían resolverse mediante la negociación y el acuerdo en el marco de la cláusula de los tratados de la Constitución”, recordando además que su par norteamericana en *Kansas v. Colorado* (206 US 46) entendió que: “Como el Congreso no puede formular tratados entre Estados, como no puede, respecto a ciertos asuntos, obligarlos mediante su legislación a actuar independientemente, las disputas entre Estados deben ser resueltas por la fuerza o, en su defecto, mediante un recurso ante los tribunales competentes para determinar su razón o su error. La fuerza, en nuestro sistema de gobierno, está abolida”, advirtiendo que en esa misma línea la Corte norteamericana ha observado que tal particularidad: “[...] nace de la propia génesis de la creación de los poderes que la Constitución le confirió como sustituto para el arreglo diplomático de las controversias entre entes soberanos y una posible respuesta al uso de la fuerza. La jurisdicción está, por consiguiente, limitada a las disputas que entre Estados enteramente independientes podrían ser materia de un arreglo diplomático [...] ante un daño o gravamen a su capacidad cuasi soberana”.

²⁰⁶ En este mismo sentido, Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Santa Fe, Fallos 323:1877.: "Es dable recordar que el delicado equilibrio del sistema federalista, que asegura la armonía y el respeto recíproco de los Estados provinciales —y la de éstos con el poder central— requiere que, como medio de garantizar la paz interior, la Corte Suprema intervenga para resolver las querellas entre estos

mecanismo que suple la falta de acuerdos que podrían adoptar las provincias.

Con ello, la sentencia de 1987, además de su estabilidad por reglas de la cosa juzgada, contiene disposiciones cuyo status jurídico es análogo a si las mismas hubieran sido establecidas mediante un Tratado interprovincial.

Las relaciones jurídicas que nacen en las sentencias dirimientes van mucho más allá que la mera declaración del derecho aplicable a las partes, para conformar un verdadero estatuto que –enmarcado en ese derecho aplicable a las partes- establece los derechos y obligaciones de las partes a partir de ese momento, como si se hubieren acordado en el tratado al que no lograron arribar voluntariamente.

Con ello, las relaciones jurídicas que existen entre las partes que tienen como causa una sentencia dirimente, aunque puedan ser alcanzadas por las nuevas leyes en cuanto a sus consecuencias, no lo son en cuanto al nacimiento y configuración de los débitos y créditos existentes entre las mismas (conforme el principio receptado tradicionalmente en el art. 3 CC –según Ley 17711- y en el art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial).

En ese esquema de aplicación temporal, las nuevas leyes que se aplican a las relaciones existentes, aunque

organismos autónomos partes del cuerpo de la Nación, mediante el adecuado mecanismo previsto en el art. 127 CN".



pueden encauzar el modo en que tales relaciones se manifiestan, no pueden desnaturalizarlas ni extinguirlas o alterarlas retroactivamente.

El orden público de las normas ambientales no altera esta circunstancia. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público (art. 3 CC, al igual que el nuevo art. 7 CCyC), y con ello el contenido de las relaciones jurídicas consolidadas entre Mendoza y La Pampa en torno al río Atuel no se altera por las circunstancias del cambio de legislación.

La sentencia de 1987, entonces, estableció la relación entre La Pampa y Mendoza en torno al río Atuel, asignando una preferencia al uso de Mendoza sobre las aguas del río Atuel para satisfacer hasta 75671 has., y aunque las consecuencias de tal relación puedan regirse por las nuevas normas, **el objeto y contenido de esa relación no es alterado por las mismas.**

La relación jurídica estatuida en dicha sentencia implicó que no corresponde a la Provincia de La Pampa la posesión de caudales ni que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del Río Atuel y sus afluentes, siempre que la Provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie reconocida de 75761 has (resolutivo 2).

Con ello, aunque las nuevas normas de orden público puedan alcanzar la forma en que los ciudadanos mendocinos desarrollan sus actividades bajo el control de la autoridad

territorialmente competente que recae en el Gobierno de Mendoza, dichas normas no pueden alterar el alcance que la sentencia de 1987 brindó al objeto de la relación interprovincial en torno al río Atuel, y por ello mientras subsistan los usos actuales no hay derecho a la tenencia *animus domini* de ningún caudal pampeano, ni a la regulación del río en un sentido distinto al respeto de los usos actuales ya regulado en Fallos 310:2478.

En el marco jurídico del derecho intrafederal que proviene del ámbito internacional, es decir la Convención de Nueva York de 1997, expresamente se ha dado esta misma solución, limitado cualquiera de los contenidos de las nuevas normas que puede introducir esa Convención en relación a las normas y relaciones jurídicas preexistentes entre los Estados.

En efecto, el artículo 1 de la misma estipula claramente que:

nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a los derechos u obligaciones de un Estado del curso de agua derivados de acuerdos que hayan estado en vigor respecto de él en la fecha en que se haya hecho parte en la presente Convención.

Y sobre tal base, la relación jurídica establecida entre Mendoza y La Pampa en Fallos 310:2478 no puede ser alterada luego por normas posteriores, como pretende la actora.



Esta misma máxima es establecida en la Convención de Viena de 1969, que estipula en el art. 28 que el derecho de los tratados reconoce el principio de irretroactividad. Con ello, los nuevos acuerdos bajo el art. 125 CN, o la solución dirimente en su defecto según el art. 127 CN, no pueden obligar a Mendoza en contradicción con los derechos que reconoce Fallos 310:2478.

De igual manera, en relación expresa a las relaciones preexistente sobre los ríos interjurisdiccionales frente al nuevo régimen ambiental, la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Gabcikovo*²⁰⁷ -en los numerales 92, 97 y 104 de la sentencia- entendió que ni las nuevas circunstancias, ni tampoco las normas ambientales posteriores, pueden alterar los derechos y obligaciones preexistentes entre los Estados.

El respeto a esa relación jurídica establecida en Fallos 310:2478, por otra parte y como referimos en el punto VII.5 de este responde, no resulta además contraria a las normas ambientales ni causa daño alguno; sólo reconoce un ambiente humano definido por las políticas públicas de acuerdo a las necesidades de las áreas secas, y donde la organización del ejido social exige configurar sistemas de regadío que transforman el entorno, aunque bajo una valoración general positiva.

²⁰⁷ Corte Internacional de Justicia, asunto del *Proyecto Gabcikovo - Nagymaros*, Sentencia del 25 de septiembre de 1997, *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1997.

De igual manera, si fuere posible dar lugar a usos futuros por encima de esa superficie desarrollada como usos actuales, los convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel deben ser adoptados por las partes sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esa sentencia (resolutivo tercero).

Entonces, más allá de que los usos actuales que se desarrollan en Mendoza deben respetar las nuevas normas, la relación jurídica existente que ha nacido²⁰⁸ en la sentencia impide a la Provincia de La Pampa reclamar la posesión de caudales en tanto no existan condiciones para dar lugar a los usos futuros, es decir intertanto no se superen los usos actuales.

Las nuevas normas, no imponen de ninguna manera un estándar determinado que implique una forma concreta de usar el agua. Mendoza no ha omitido de ninguna manera exigir a sus usuarios una regulación ambiental concreta, más allá de las vagas y difusas imputaciones que realiza La Pampa al respecto.

²⁰⁸ Resaltamos que la sentencia dirimente es una expresión que subroga la potestad de acordar tratados, y con ello constituye relaciones entre las partes, ajustando los desacuerdos entre ellas. La naturaleza de una sentencia dirimente, lejos de resultar declarativa de derechos (como generalmente resultan las de naturaleza judicial), es esencialmente constitutiva de una relación jurídica que adquiere estabilidad desde que se configura. En este sentido, MOYANO, Amílcar, "Derecho interestadual de aguas. A propósito de las consecuencias de la sentencia sobre el Atuel", La Ley Gran Cuyo, Tº 2004, p. 727.



La actora se limita en su queja a sostener que existen normas nuevas que han modificado las bases jurídicas en que se asienta la sentencia de 1987, y enumera en abstracto una serie de preceptos de diversas naturaleza y ámbito para sostener que es necesario un nuevo análisis a partir de ello.

Pero no establece de modo claro, en concreto, por qué entiende que las reglas fijadas en la sentencia se ejercitan de manera contraria a dichos preceptos.

Es absolutamente falso que existe un incumplimiento de principios o normas ambientales en Mendoza a partir de la solución del caso dispuesta por la sentencia, sino que como se demuestra a partir de las obras de eficiencia que constantemente se realizan, la Provincia presenta una política pública definida en lograr un uso racional del recurso hídrico, tal cual dispone el art. 41 de la Constitución Nacional; los programas de obra para efficientizar el uso del agua son constantes y presupuestariamente significativos, implicando un marcado esfuerzo público que de hecho ha mejorado la eficiencia que existía en 1987. Y a la vez existe una activa política de preservación del recurso hídrico organizada y reglamentada bajo la autoridad de aguas.

Esa realidad es muy distinta a la que se ha podido constatar en las zonas de regadío de la provincia de La Pampa. El Estudio de la Universidad Nacional de Cuyo constata que la más del 90% de los caudales asignados a La Pampa en el Tratado de 1976 sobre el río Colorado, cuatro décadas después, continúan sin

aprovechamiento alguno, a pesar de no existir limitación técnica como grandes obras (por encontrarse la zona de riego lateral al río) para su uso inmediato; y la escasa parte que se utiliza de esos caudales, se hace con bajo niveles de eficiencia que demuestran la ausencia de programas estables de inversiones.

Por otra parte, es también absolutamente falso que exista un daño ambiental que pueda ser recompuesto²⁰⁹, sino que lo que existen son políticas públicas que desde hace un siglo han transformado el ambiente natural en un entorno humano, reconduciendo ciertos servicios naturales del medio hacia servicios ambientales que permiten la calidad de vida de más de 200.000 personas en un entorno en el que no podrían vivir de otra forma. ¿o acaso la restitución que pretende La Pampa no implicaría dejar de usar caudales de los que hoy depende ese ambiente configurado por la decisión pública?

Lo que La Pampa persigue con esta demanda, en definitiva, es que se adopte una política pública distinta a la reconocida en la sentencia de 1987, la que a su vez es coherente con

²⁰⁹ Resaltamos nuevamente que existen caudales estables en los ríos Atuel (brazo La Barda) y demás cauces asociados a los humedales de la zona, con módulos que **superan ampliamente los caudales demandados**, dato que aunque se omite en esta demanda, la Provincia de La Pampa ha publicado reiteradamente en el pasado, y fundamentalmente hasta el momento de esta contestación difunde en su sistema de información *on line*. Junto a esos caudales, hay un aumento de precipitación constante que ya ha potenciado significativamente las disponibilidades en esa provincia.



la desarrollada legislativa y administrativamente por las autoridades nacionales y provinciales que históricamente configuraron el desarrollo territorial de la cuenca del río Atuel, tanto en Mendoza como en La Pampa, tal como analizamos al considerar la inexistencia de daño ambiental.

Pero su disconformidad con la política implementada no implica que la misma sea realmente negativa en su transformación del entorno, o que violente las normas actualmente existentes.

El derecho que la sentencia de 1987 establece en favor de Mendoza para mantener sus usos actuales ha sido ejercido, antes y después de 1994, acorde a la obligación de usar racionalmente los recursos naturales que actualmente contempla la Constitución, y dentro del respeto de un ambiente humano en el que las actividades satisfacen las necesidades productivas sin comprometer a las generaciones futuras, siempre dentro de la distribución del recurso y la planificación del desarrollo territorial que han fijado las políticas públicas establecidas nacionalmente y provincialmente -incluyendo esto último la decisión dirimente adoptada por la Corte en 1987 ante la falta de acuerdo provincial-.

La razonabilidad de ese uso fue expresamente valorada fundadamente en la sentencia de 1987, mediante una evaluación comparativa con otras zonas de regadío, existiendo autoridad de cosa juzgada con respecto a tal valoración, sin que además la actora acompañe un solo elemento concreto que ponga

en dudas esa razonabilidad. Y desde entonces, las acciones de Mendoza han resultado eficaces para aumentar progresivamente la eficiencia del uso del agua; aunque tales esfuerzos políticos y económicos no lleven a satisfacer las expectativas pampeanas, lo que es inexplicable si se considera la falta de desarrollo y carencia de obras de eficiencias que presenta sus propias zonas de regadío a partir de caudales asignados hace 40 años.

Este último aspecto es de alto valor para analizar la inconsistencia de la postura pampeana, ya que más allá de sus quejas constantes, la Provincia de La Pampa no ha sido diligente en la utilización del agua disponible en otras zonas de esa provincia, donde no existe un desarrollo socioeconómico que satisfaga el uso de caudales asignados (caso del Tratado del río Colorado), ni tampoco una política pública de aprovechar esos caudales ociosos para cubrir las supuestas necesidades en base a las cuales se reclama a esta parte.

No existen violaciones a la legislación vigente –sea de fuente internacional, nacional o provincial- que busca preservar el ambiente. Sólo existe el uso del recurso hídrico validado por esa misma Corte Suprema como un derecho preferente sobre los usos actuales reconocidos en la sentencia de 1987, el cual se desarrolla sin violentar ninguna norma ambiental o de otra naturaleza.

A efectos de una mayor comprensión, no puede calificarse el desarrollo territorial y la afectación del recurso natural efectuado en la cuenca del río Atuel como atentatorio de las leyes ambientales, si de igual modo no se califica la situación de la flora



y fauna que ha sido desplazada en la Provincia de La Pampa y otros lugares del país para plantar trigo, soja, cebada, o criar vacas, implantar ciudades u otras obras de infraestructura.

a.5- La cuestión ambiental tampoco es una nueva circunstancia

Incluso la variable ambiental alrededor de la cual pretende replicarse este proceso, fue objeto de la demanda resuelta en 1987, y con ello –como analizamos al plantear la excepción de cosa juzgada- no implica una nueva circunstancia distinta a lo ya discutido en el proceso anterior.

La demanda planteada por la Provincia de La Pampa que fuera resuelta en Fallos 310:2478 al rechazarse la pretensión de esa provincia, incluía la cuestión ambiental que se plantea en esta nueva reedición, tal como se detalla a continuación:

- En referencia al Decreto N° 1560/73 se afirmó
“medida ésta que en nada revierte el problema y la degradación ecológica continúa ...” (demanda p. 7)

- Cuando se citan los estudios de destacados especialistas ajenos a la Administración Pública pampeana y cuya imparcialidad tildan de inobjetable se consignó:
 - E) Al desarrollarse velozmente en las décadas de 1920 y 1930 los cultivos de riego en Alvear, Real del Padre, Carmensa, etc, comienzan a advertirse aguas abajo,

incrementados, los retroalimentos negativos en el geosistema.- F) Los feed-backs negativos en La Pampa se advierten como sigue: a) alteraciones ecológicas en fauna y flora; b) empobrecimiento de los acuíferos y descenso de napas; c) crecientes porcentajes de sales nocivas en aguas de las napas subterráneas; d) aumento de la superficie de salitrales en reemplazo de los antiguos bañados; e) desaparición de lagunas y atrofia de cauces; aparición de `uadis´ entre los 36º S y el complejo de Urrelauquen; f) disminución de la potabilidad del agua en los cauces a cielo abierto.”
(demanda p. 13 vta. y 14)

- En el Capítulo VI - *CONSECUENCIAS DEL CESE DE LOS ESCURRIMIENTOS DE LAS AGUAS DEL RIO ATUEL EN TERRITORIO PAMPEANO* se concluye

“La degradación ecológica, las causales de la misma, los datos estadísticos, las posibilidades de revertir este proceso mediante una optimización de los aprovechamientos, se encuentran debidamente acreditados con las pericias que se acompañan”.
(demanda p. 25).

Luego, hoy es falso que existan nuevas circunstancias que autoricen a una conclusión distinta a la ya expuesta en los Fallos 310:2478.



Además, como ya hemos analizado en el punto VII.3.a.2 de este responde, la jurisprudencia internacional es concreta en cuanto a que no corresponde analizar replanteos argumentando nuevos estados de la legislación ambiental y el conocimiento de los ecosistemas, precedente que es directamente aplicable al caso, haciendo que resulte una cuestión abstracta analizar la existencia de las supuestas nuevas circunstancias invocadas por la actora.

a.6- Los caudales del río Atuel aplicados en el oasis mendocino

a.6.1- Caudales disponibles y derechos sobre las aguas

La actora pretende argumentar que las supuestas nuevas circunstancias darían como resultados una modificación de los caudales jurídicamente disponibles, y una mutación de los derechos sobre las aguas.

Más allá de que reiteramos la falacia que engloba sostener que alguna circunstancia ha cambiado, al menos en el sentido que expone la actora, existe un grosero error conceptual en los argumentos expuestos por la Provincia de La Pampa.

En primer término, como analizamos en el punto VII.4 de este responde, no existen dudas de que la configuración del entorno natural ha cambiado con el desarrollo de las actividades humanas; pero es un error entender que tal mutación ocurrida desde hace un siglo por efecto de políticas públicas nacionales, y de ambas

provincias, pueda calificarse de dañosa, cuando justamente es el resultado de esas políticas públicas que procuraron al actual ambiente humano, más allá de que hoy en día quienes gobiernan La Pampa hubieran deseado otro camino al que legítimamente tomaron, en su oportunidad, sus antecesores.

Los caudales que históricamente se consumen en los usos actuales existentes en el oasis sur mendocino, y sobre los que la Corte en Fallos 310:2478 reconoció un derecho preferencial a su utilización en Mendoza, constituyen la base de un ambiente humano desarrollado por dichas políticas públicas, con lo que hoy no puede sostenerse que el flujo de agua destinado a la existencia del oasis agrícola que contiene la población deba ser alterado con respecto a su normal situación de los últimos cien años.

Además, no puede omitirse en la consideración del caso que más allá de los usos mendocinos y las posibilidades de caudales excedentes que se reclama, lo cierto es que las estaciones de aforo y medición de caudales que la actora tiene demuestran que ya existen caudales acordes a los que se reclaman (ver las referencias que hemos realizado a caudales existentes en arroyo La Barda y otros importantes cauces que aportan a los humedales de la zona), lo que demuestra un abuso en acudir a esta jurisdicción.

Pero más allá de ello, lo cierto es que lo que la Corte realizó en 1987 fue reconocer la modalidad en que históricamente las políticas públicas moldearon el uso territorial a partir del uso del agua. Y ese reconocimiento, fue independiente de las



hectáreas a las que Mendoza concedió derechos de agua. Quedó muy claro en la aclaratoria resuelta por la Corte el 26 de julio de 1988 que el caudal para satisfacer las 75761 has que se reconocían como ambiente humano desarrollado en Mendoza, era sin perjuicio de las superficies a las que Mendoza había otorgado derechos, e incluso de la suficiencia de dicho caudal para una satisfacción plena de la superficie reconocida como preferente.

Más precisamente, en esa aclaratoria se especifica la validez de las 132.696 hectáreas empadronadas en Mendoza, y con ello, los caudales reconocidos a Mendoza no lo fueron en base a los derechos empadronados, sino en base a los usos y al ambiente humano históricamente existente y que debía respetarse.

Tampoco ese caudal respondía a la satisfacción plena de los derechos empadronados en relación a las hectáreas reconocidas como preferentes en Fallos 310:2478. Y por ello, en esa sentencia la misma Corte valoró expresamente en el considerando 110 (en concordancia con los considerandos 116 y 124) que:

Desde luego, de mantenerse como pauta una eficiencia de 0,30 no habrá excedente posible toda vez que no la hubo para el cálculo sobre 61.034 ha. **Pero es particularmente importante advertir que no cambiaría esa situación aun de lograrse una eficiencia en el régimen de riego de 0,50 toda vez que el déficit, aunque más reducido, se mantendría.**

Es decir que, en definitiva, el caudal reconocido dentro del derecho preferente para mantener las 75761 has que conforman el ambiente humano desarrollado en Mendoza, no implican el suministro pleno de los derechos empadronados a nombre de los regantes, sino de los consumidos racionalmente por ellos, pero con pautas de insatisfacción que se mantendrían incluso de existir ahorros de agua.

Es más, la misma Corte en el Considerando 126 atendió expresamente la posibilidad de reducir los caudales asignados a las referidas hectáreas, y **desechó tal posibilidad por el impacto que produciría**. En sentido concordante, el estudio de la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos probatoriamente expresa que existe una falencia en el análisis expuesto por la demanda, al no internalizar las externalidades negativas que generaría lo que se reclama, siendo altamente probable que los costos derivados del proyecto pampeano que recaerían sobre la estructura productiva y social de la Provincia de Mendoza, superarían los beneficios estimados para la Provincia de La Pampa.

Con ello, el planteo que realiza la actora resulta distorsionado: no se trata de analizar el alcance de los derechos que integran la esfera individual de los usuarios como “concesionarios del agua” y su eventual afectación en el contexto del art. 17 CN, sino de respetar el alcance de los denominados “usos actuales” que en la sociedad mendocina se han consolidado históricamente, y que



conforman un sustrato ambiental apto para el desarrollo humano en una superficie que se identificó en 75761 has, y que hace a la esfera social en la que se desarrolla la vida de la generalidad de la población en ese territorio árido.

Con esto, no negamos que cada usuario, en el contexto del ejercicio de su propiedad, utiliza el agua en el marco de una concesión que debe ser aplicada con respeto a las normas ambientales. Pero ello no excluye que en las zonas áridas el ambiente humano se configure en base a dichas utilidades individuales, las que en conjunto generan un entretejido socioambiental que supera la mera esfera individual de cada concesionario, para constituir un ambiente humano habitable en la situación geográfica reinante. Por ello, es inexacto y erróneo reducir la utilización del agua que existe en Mendoza a la mera aplicación que realiza el regante de manera individual.

En Fallos 310:2478 esa Corte reconoció un uso histórico del agua que ha configurado un sistema ambiental que contiene al ser humano, y es a dicho sistema –y no en forma directa a los individuos que interactúan con el mismo- que en la sentencia de 1987 se le ha reconocido un caudal.

En tal sentido, resumiendo el análisis de antecedente que realiza en el contexto de las normas aplicables, el Considerando 135 de los Fallos 310:2478 expresa claramente que son las características del oasis mendocino –y no la de las utilidades de

cada persona- las que exigen asignar el caudal a dicha conformación ambiental –y no a los habitantes que allí usan el agua-:

“La cuenca hidrográfica del río Atuel está ubicada, según los peritos en fotointerpretación, en alrededor de un 80 % en territorio mendocino, donde nace y por donde discurre con la mayor contribución de agua. No hay duda acerca de la preexistencia de los usos en la Provincia demandada, como que el desarrollo económico de las zonas de San Rafael y General Alvear está basado, fundamentalmente, en un sistema de riego servido con aguas del Atuel. Ese desarrollo ha creado una importante infraestructura económico-social y estimulado el crecimiento demográfico que alcanza, en la actualidad, a alrededor de 100,000 habitantes dedicados, casi totalmente, a la actividad agraria.

También ha quedado descartada la existencia de usos altamente ineficaces. No hay dudas, tampoco, de que La Pampa estuvo lejos de demostrar que los usos pretendidos superen en importancia a los actuales. Y resulta evidente que las obras destinadas a regar una superficie de alrededor de 15.000 has. de La Pampa son inconvenientes, pues su onerosidad resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener. La valoración de todos estos factores es necesaria para solucionar la cuestión atinente a la utilización del curso de agua interprovincial de modo razonable y equitativo”.

Esta situación tampoco varía argumentando la existencia de nuevas expresiones en el ámbito del



derecho internacional; la actora refiere brevemente al art. 24 de las Reglas de Berlín, referido a caudales ecológicos. Y más allá de que – como hemos referido- estas reglas no constituye un derecho vigente sino una recomendación de una asociación privada que refleja desde el soft law una apreciación meramente doctrinal, el alcance que esas mismas reglas dan a los caudales ecológicos es bastante más acotado que el que pretende la actora.

Si bien es cierto que los arts. 22 y 24 de las Reglas de Berlín refieren al mantenimiento de la integridad ecológica y al establecimiento de caudales ecológicos, la actora omite señalar que la misma International Law Association en el comentario a esas mismas normas que realizó al aprobarlas expresó que la definición de "integridad ecológica" en estos artículos es amplia, reconociendo expresamente sin embargo que **la necesidad hídrica de las actividades que afecta a humanos se opone a una norma absoluta de la integridad ecológica**, por lo que aunque en el caso deberá decidirse el difícil equilibrio entre las necesidades en conflicto, estos artículo **no tratan de explicar lo que específicamente se debe hacer con el fin de cumplir con esta obligación**²¹⁰.

²¹⁰ International Law Association, Berlin Conference (2004), Water Resources Law, donde en la nota al artículo 22 expresa: "The definition of "ecological integrity" in these Articles is broad. Still, the necessity of human activity affecting waters precludes an absolute standard of ecological integrity. It must involve, as with other managerial decisions, the often difficult balancing of conflicting needs. This Article does not attempt to spell out what specifically must be done in order to discharge this obligation".

Es más, dichos artículos, a su vez, son contextualizados claramente por el artículo 15.2 de esas mismas normas de Berlín, que establece que el agua necesaria para garantizar los caudales ecológicos o de otro tipo para mantener la integridad ecológica o para minimizar el daño ambiental, **está incluida dentro de la asignación de agua que se realice entre las partes, sea mediante tratados u otros medios de solución**²¹¹; de modo que la asignación de un caudal ecológico como el que hoy se reclama no es algo ajeno y novedoso frente a la disputa ya resuelta mediante la asignación ya producida entre las partes, como en el caso realizó VE en Fallos 310:2478. Estos aspectos los retomaremos en el punto VII de este responde.

Por todo ello, nuevamente es completamente falso el argumento de la demanda, en cuanto no existen nuevas circunstancias a valorar en torno a los usos de agua existente en Mendoza. Las circunstancias no han variado, y con ello la solución del caso no puede ser distinta.

²¹¹ Reglas de Berlín, Artículo 15: “Using Allocated Water in Other Basin States:

1. Allocation by agreement or otherwise to one basin State does not prevent use by another basin State to the extent that the basin State to which the water is allocated does not in fact use of the water. 2. Use of a water for purposes of this Article includes water necessary to assure ecological flows or otherwise to maintain ecological integrity or to minimize environmental harm. 3. Use of water by a basin State other than the one to which the water is allocated does not preclude the basin State to which the water is allocated from using the water when it chooses to do so”.



a.6.2- Caudales disponibles y derechos individuales sobre las aguas

Sin perjuicio de lo argumentado en el punto anterior, en cuanto a que lo resuelto en Fallos 310:2478 reconoció un uso histórico del agua que ha configurado un sistema ambiental que contiene al ser humano, y es a dicho sistema –y no en forma directa a los individuos que interactúan con el mismo- que en la sentencia de 1987 se le ha reconocido un caudal, la Aclaratoria de 1988 ha reconocido que la limitación de superficie en las 75671 has no afecta a la validez de los derechos otorgados en Mendoza por encima de esa superficie, los que podrán ser surtidos dentro de los usos futuros. Mendoza acreditó en esos autos la existencia de 132636 has concesionadas en su territorio, aunque no servidas efectivamente sobre los usos actuales reconocidos en el fallo.

De esta manera, la sentencia de 1987 y su aclaratoria, han cubierto tanto las esferas privada como social de los sujetos²¹². La privada, referida a lo individual, a los derechos patrimoniales de los concesionarios del agua; y la social, que hace al bien colectivo “ambiente humano” en el que se ejercen las concesiones.

Así, se ha dicho que los concesionarios mendocinos han recibido su protección indirecta desde el derecho internacional público, aplicado por analogía por la Corte. Así lo

²¹²LORENZETTI, Ricardo, “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, La Ley, Tº 1998-A, pág. 1024, relata la teoría de las esferas para ponderar los derechos involucrados en conflictos, señalando que la preservación de la esfera social prevalece sobre la individual.

reconoce la Corte Permanente de Justicia Internacional en su sentencia del 26 de marzo de 1925 y 10 de octubre de 1927 al resolver el conflicto entre Grecia y el Reino Unido, que en el caso tenía bajo mandato a Palestina, y que como mandataria había otorgado concesión de agua, electricidad y transporte a Mavrommatis en Jerusalén (Corte Permanente de Justicia Internacional C.P.J.I.²¹³). Aquí la Corte declaró la validez de la concesión, basándose en los principios admitidos por el derecho internacional en materia de contratos, sin considerar el derecho interno por el que había sido otorgada.

El precedente fue seguido por el laudo del 24 y 27 de julio de 1956 de la Corte Permanente de arbitraje CPA, al resolver el caso entre Francia y Grecia por la concesión de faros (Corte Permanente de Arbitraje C.P.A.²¹⁴) “la práctica internacional confirma que las concesiones no se ven afectadas por el cambio de soberanía”, y comprometen al estado sucesor como lo ha señalado la sentencia arbitral de M. Beichmann del 3 de setiembre de 1924 en el asunto de las reparaciones alemanas, porque su valor económico constituye parte del patrimonio del concesionario y su carácter contractual las hace depender de un acuerdo de voluntades, que no puede ser dejado de lado por las decisiones gubernamentales²¹⁵.

²¹³ serie A N° 5

²¹⁴ C.P.A. faros, págs. 47, 48, 305 a 307

²¹⁵ Recueil des sentences arbitrales publié par les Nations Unies, vol. I especialmente pág. 373 y 374



Por su parte la Corte Permanente señaló el 25 de mayo de 1926 al resolver el asunto de la fábrica de Chorzow entre Polonia y Alemania que “el principio del respeto de los derechos adquiridos forma parte del derecho internacional común²¹⁶”.

En esta línea, se reconoce que las concesiones que sean afectadas por el establecimiento posterior de caudales ecológicos están amparadas por la garantía propietaria, y no puede implementarse tales caudales sin afectar expropiatoriamente a los interesados afectados²¹⁷, ya que –como explica Embid Irujo²¹⁸- no puede admitirse que su implementación perjudique singularmente a determinados concesionarios sin que éstos reciban la correspondiente indemnización, ya que si habitásemos en un planeta sin biodiversidad en el que todos los ríos se comportan como compartimientos estancos de idénticas condiciones físico-químicas, el establecimiento de

²¹⁶ Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A N° 9.

²¹⁷ EMBID IRUJO, Antonio (dir), Diccionario de Derecho de Aguas, Iustel, Madrid, 2007, pág. 309; MARTIN RETORTILLO, Sebastián, Derecho de Aguas, Cívitas, Madrid, 1997, pág. 301; HERRAEZ VILA, P., “Régimen jurídico de los caudales ecológicos”, I Congreso de Caudales Ecológicos, Aproma, Barcelona, 2000, pág. 74 y ss.; CARO PATON CARMONA, I. y MENENDEZ, C. “Concepto, determinación e implementación de los caudales ecológicos. El problema de su afectación a derechos concesionales preexistentes”, Revista Española de Derecho Administrativo, n° 124, 2004, pág 598 y ss.

²¹⁸ EMBID IRUJO, Antonio (dir), Diccionario de Derecho de Aguas, Iustel, Madrid, 2007, pág. 309; MARTIN RETORTILLO, Sebastián, Derecho de Aguas, Cívitas, Madrid, 1997, pág. 301.

caudales ecológicos no exigiría sacrificios singulares sino que todos los titulares de aprovechamientos sufrirían un daño o lesión general; pero atendiendo a que las diferencias ecológicas exigen caudales distintos en cada cauce, o incluso en cada tramo de un cauce, el agravio a los derechos individuales no resulta equivalente y debe ser indemnizado.

En consecuencia los concesionarios de las 132.636 has del Atuel mendocino están protegidos por el derecho internacional atendiendo al carácter lícito beneficioso patrimonial y contractual de las concesiones que por la leyes de Aguas de 1884 y nº 930 de 1927 están otorgadas a perpetuidad. Y ello porque si bien la Corte en su sentencia de 1987 se ha referido a la protección de los usos consuntivos actuales, y ha señalado igualmente que la utilización equitativa y razonable de las aguas del Atuel debe hacerse sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos, de la sentencia de 1987 que remiten expresamente al derecho internacional, considerando 135 de la sentencia del 3.12.1987.

Por otra parte las 132.636 has. que han obtenido concesión legal de uso de aguas del Atuel en Mendoza, se otorgaron *intuitu rei* y son inherentes al predio beneficiado. Esto es crean un derecho patrimonial y territorial para los concesionarios mendocinos, que debe ser respetado.

El Atuel es interprovincial pero como recuerda Julio A. Barberis “los recursos naturales compartidos se



hallan bajo la jurisdicción exclusiva del Estado en cuyo territorio se encuentran, en donde no hay codominio o coimperio”²¹⁹.

Con todo ello, sin perjuicio del uso preferente reconocido a Mendoza para usar caudales del río Atuel para el mantenimiento del ambiente humano que conforman los usos actuales en 75671 has, son válidas la totalidad de concesiones otorgadas, y corresponde a Mendoza atender su eventual suministro en función de las disponibilidades futuras.

b- Ausencia de incumplimientos de la sentencia y acuerdos posteriores. Inexistencia de presupuestos necesarios para nuevos usos

Resulta absolutamente infundado el reclamo que efectúa la actora en torno a supuestos incumplimientos por parte de Mendoza de la sentencia previa recaída en Fallos 310:2478, o los acuerdos posteriores a la misma, o a los principios del derecho interestadual que enumera como eje de su análisis en el punto VII B de su demanda.

Los hechos que hemos referido dan cuenta de que esta parte ha actuado diligentemente, e incluso extraordinariamente, en procura de los intereses comunes en torno a

²¹⁹ BARBERIS, Julio A. “La utilización de las aguas subterráneas y el derecho internacional” en Anuario de derecho internacional, Navarra, VIII 1985 pág. 51 y 78.

las necesidades de uso de las aguas del río Atuel, tal como analizaremos –y en ciertos aspectos reiteraremos- a continuación.

Muy contrariamente, entendemos que gran parte del conflicto que caracteriza la relación con la Provincia de La Pampa, el que se exterioriza en este proceso, es un desconocimiento palmario de dicha provincia con respecto a lo ya resuelto en Fallos 310:2478, así como de las reales posibilidades fácticas de acordar que impone la realidad.

El interés parcial, individual de La Pampa, la lleva a ver incumplimientos donde sólo hay situaciones que no responden a sus expectativas. Como si el acuerdo sólo pudiera ser la satisfacción de sus requerimientos, más allá de la legitimidad y legalidad de su pretensión.

La postura pampeana, en este sentido, equivale a creer que sólo hay proceso de negociación si el contenido del acuerdo al que se aspira es sólo si obtiene el requerimiento que se le denegó en Fallos 310:2478, independientemente de las posibilidades de que ello se implemente. La obligación de negociar, así, pretende ser transformada en forma indebida en una suerte de obligación de resultados que sólo se cumple aceptando la voluntad unilateral de una de las partes, aunque sea contraria a lo resuelto en los Fallos 310:2478.

En la introducción realizada a este conteste, hemos advertido sobre esta falencia en la postura de la actora, al punto tal que en el objeto de la demanda, maliciosamente tergiversa el texto de la sentencia de 1987 omitiendo expresar que la



exhortación de VE a negociar refiere a los “usos futuros”, mas no a un replanteo de todos los usos y la regulación del río.

Junto a ello, La Pampa adiciona en el discurso que expone en esta temática a lo largo de su demanda una serie de reclamaciones infundadas y falsas, que para nada tienen que ver con la negociación que debe darse en torno al uso actual y futuro de un curso de agua interprovincial.

Así, a modo de ejemplo, cuestiona si Mendoza negocia o no con la Nación sin su participación en relación a aspectos que exceden plenamente su interés²²⁰, o entiende que todo

²²⁰ En la pág. 104 de la demanda se observa en este sentido las negociaciones para el traspaso de los Nihuales. Pero por una parte en nada debiera interesar a La Pampa tal traspaso, ya que el mismo se encontraba previsto desde 1941 en la Ley 12650 que constituyó el régimen de progreso bajo el cual la Nación construyó tales infraestructuras, y además era el cumplimiento del Tratado de 1941 -suscripto entre Mendoza y la Nación a efectos de permitir el uso del territorio mendocino para tal emprendimiento federal construido en la época en que La Pampa era un territorio nacional. Por otra parte, la transferencia de dominio sobre tal obra no importa alteración alguna del uso existente en el río, siendo un mero aspecto propio de la dominialidad de una obra pública, y con ello es un aspecto que excede cualquier interés pampeano ni importa que dicha provincia deba necesariamente participar en la instrumentación de lo acordado cincuenta años antes entre Mendoza y La Nación. Además de ello, la queja en definitiva es un verdadero abstracto, ya que a) en el Convenio suscripto el 07/02/1992 entre Nación y Mendoza para transferir los Nihuales (ratificado por Ley 5825 de Mendoza - BO 30/03/1992) ambas partes expresamente consideraron en la cláusula decimocuarta que “el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza se

estudio que se propicia es una necesidad inevitable, o si los mismos no se concretan sostiene que se debe a una falencia del actuar mendocino.

Creemos que La Pampa es absolutamente tendenciosa, y acude a extremos rituales para tergiversar el desarrollo de una relación negocial exitosa, incluso trayendo a colación puntuales anécdotas de décadas pasadas, las que resultan un abstracto a la luz de los acuerdos y avances efectivamente logrados.

b.1-La obligación de negociar y su verdadero alcance

Aunque la obligación de cooperar, incluyendo ello el deber de negociar, es una máxima indiscutible en las relaciones interjurisdiccionales, la provincia de La Pampa efectúa un planteo infundado en torno a la conducta mendocina en relación a sus necesidades y aspiraciones en torno a usos de aguas en la cuenca del río Atuel.

Más allá de todo el desarrollo dogmático y abstracto que realiza la actora en su queja sobre el alcance del deber de negociar, su planteo concreto se basa en una perspectiva errónea, en cuanto el enfoque con el que analiza el tema en su queja parte de

comprometen a dar intervención a la Provincia de La Pampa en todos los temas asociados a este convenio que puedan afectar sus intereses”; y a su vez en el Tratado suscripto ese mismo día entre Estado Nacional, Mendoza y La Pampa, en la cláusula décima expresamente se atiende que “la Provincia de La Pampa presta su conformidad a la transferencia del complejo hidroeléctrico Los Nihules que se instrumenta en el convenio que celebran en la fecha la nación y la provincia de Mendoza”.



malinterpretar de manera caprichosa y sesgada la sentencia recaída en Fallos 310:2478, realizando una lectura parcializada de la misma, y sobredimensionando o descontextualizando el alcance de ciertos aspectos.

Por ello, previo a todo es necesario recordar sintéticamente el contenido de dicha sentencia, base de todo análisis de la relación existente entre las partes, la que dispuso por una parte

“Rechazar la acción posesoria promovida por la Provincia de La Pampa y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/49 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del Río Atuel y sus afluentes, siempre que la Provincia de Mendoza mantenga sus usos consuntivos actuales aplicados sobre la superficie reconocida en el consid. 88”.²²¹

²²¹ Como conclusión, en el Considerando 88 la Corte expresa la superficie reconocida como “usos consuntivos actuales” existentes en Mendoza: “Por esas razones, el Tribunal entiende que resulta apropiado computar el área sometida a rotación de cultivos, toda vez que si bien no encuadra en la condición de sujeta a riego “permanente” que definen aquellos expertos, se encuentra en ese estado por las exigencias de un buen uso agrícola. De tal forma, **la superficie afectada al riego derivado de las aguas del río Atuel alcanza a 75.761 ha.**, que es la que los técnicos agrónomos determinan como resultante de la adición, a la que dan como efectivamente regada, de las sometidas a aquella modalidad del cultivo, y que no difiere, en sustancia, de la que los fotointérpretes definen como cultivada “bruta”, que agrega,

Pero además, también decidió

Exhortar a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los **usos futuros** de las aguas del río Atuel, **sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia**

De este modo, la relación interprovincial quedó constituida mediante la ausencia de un derecho posesorio de caudales a favor de La Pampa -y la regulación de los mismos- en tanto se mantengan los usos existentes; y una legítima aspiración a la existencia usos futuros por encima de los existentes en esas 75761 has, los que quedaban englobados en procesos negociales a los que refiere la exhortación realizada en la sentencia.

Pero sobre esto último, deben aclararse aspectos fundamentales que constantemente La Pampa, antes y durante este pleito, descontextualiza de manera notoria, al punto tal que excede el mero desconocimiento de la sentencia y la norma aplicable para transformarse en un posicionamiento caprichoso y artero.

además, las áreas afectadas a servicios interiores (ver punto 2.1.5.2, fs. 6, cuerpo XXXII). Obviamente, quedan fuera de consideración las tierras abandonadas.



a) Por una parte, el **alcance del resolutivo tercero de Fallos 310:2478 implica un contenido propio de una sentencia exhortativa**, muy distinto al alcance de lo dispuesto en el resolutivo segundo que al rechazar la pretensión pampeana de poseer caudales y regularlos importó un mandato o prohibición de afectar el desarrollo del ambiente humano alcanzado mediante los usos actuales.

Mientras que el referido resolutivo segundo implica un mandato en cuanto a la preservación del desarrollo humano consolidado mediante el uso no abusivo del agua en uno de los Estados que sin eliminar la comunidad de intereses propia del curso interjurisdiccional supone un equilibrio en el contexto de las circunstancias fácticas y jurídicas del caso, el resolutivo tercero toma una naturaleza muy distinta.

La exhortación a las partes para que celebren tratados que se expresa en el resolutivo segundo, a diferencia de lo dispuesto en el resolutivo anterior, no conlleva establecer una decisión relativa a la controversia propiamente dicha con un mandato o prohibición (cual alterar o respetar el uso preexistente), sino conexas a la misma.

En este sentido resultan ilustradoras las consideraciones que LORENZETTI realiza sobre este tipo de decisiones: “La sentencia exhortativa contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes, y una “exhortación” para que lo haga

efectivo. No se consagra una obligación jurídica determinada sino indeterminada y de valor político. No hay un derecho a exigir el cumplimiento, y su finalidad es llamar la atención y fortalecer el debate parlamentario sobre el tema”²²².

En el caso concreto, mientras que el establecimiento del respeto del uso preexistente en Mendoza resulta una obligación jurídica que la Corte declara mediante un mandato basado en la asignación equitativa y razonable del curso de agua entre las partes, la exhortación a celebrar acuerdos sobre usos futuros implica meramente llamar la atención a las partes sobre la constante necesidad de cooperar y negociar en el marco de la comunidad de intereses que implica un curso compartido.

Con ello, el pronunciamiento de la Corte aparece con una naturaleza mixta. En parte, constituye una sentencia desestimatoria, en cuanto -en relación a los usos actuales- rechaza la pretensión pampeana por entender que el uso equitativo y razonable está presente en el caso a la luz del Derecho interestadual. Y en parte, es una atípica sentencia de naturaleza exhortativa “de delegación”, en cuanto -en relación a los usos futuros- sin invadir la esfera de las autoridades políticas provinciales les recomienda ejercer sus

²²²LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág.148



potestades, pero encauzándolas: “sobre la base de los principios generales las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia”²²³.

Mal puede la Provincia de La Pampa, entonces, dar curso a reclamaciones por “incumplimientos” de disposiciones que no implican una obligación exigible, propia de un mandato o prohibición, ello sin perjuicio de que como analizaremos luego y ya hemos adelantado al relatar los hechos y derecho aplicable, **Mendoza constantemente ha mantenido una conducta negocialmente activa**, no sólo en forma sino también en sustancia, y ha realizado verdaderos esfuerzos en alcanzar acuerdos que en un primer acercamiento no parecían procedentes.

b) Por otra parte, como advertimos al señalar el régimen vigente aplicable al caso, debemos recordar que negociar no importa necesariamente la obligación de acordar, pero sí de desarrollar de buena fe acciones tendientes a alcanzar el acuerdo.

Es por ello que negociar es una **obligación de medios**, que se cumplimenta desarrollando los esfuerzos

²²³Néstor P. SAGÜES (“Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”) y su recepción en Argentina”, *Revista La Ley*, T° 2005-F, pág. 1461) sostiene que las sentencias exhortativas pueden calificarse en “por delegación” –por semejanza con las leyes de delegación legislativa o leyes bases- cuando fijan las pautas en las que debe ejercerse el acto que recomiendan. Así, la sentencia, aunque no ejerce realmente el poder de celebrar acuerdos interprovinciales, de alguna forma encauza los límites de los mismos al advertir la necesidad de que cumplan las pautas y principios generales que contiene.

razonables por conciliar los intereses inicialmente enfrentados²²⁴, debiéndose continuar la relación negocial durante todo el tiempo en que sea posible.

En este sentido se ha observado que negociar no sólo consiste en establecer negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos posible con miras a concertar acuerdos²²⁵.

Pero ese esfuerzo, de ningún modo implica que necesariamente la negociación ha de concluir exitosamente. En este sentido, se ha observado que aunque la necesidad de negociar de buena fe implica que las partes deben tener en consideración los intereses recíprocos y tratar de conciliarlos efectivamente, la ausencia de acuerdo no conlleva un incumplimiento, y por ello no genera una limitación a la soberanía de ninguna de las

²²⁴ Corte Internacional de Justicia, sentencia del 20 de febrero de 1969 en *North sea continental shelf cases*, págs. 3 y ss. En igual sentido, art. 17.2 de la Convención de New York de 1997.

²²⁵ Corte Permanente de Justicia Internacional, opinión consultiva del 15 de octubre de 1931 en *Railway Traffic between Lithuania Lithuania and Poland (railway sector landwarów-kaisiadorys)*, en *Judgments, Orders and Advisory opinions*, Series A/B No 42, Registro general n° 39, Leydes, 1931, págs. 108 y ss. En sentido concordante, Corte Internacional de Justicia, opinion consultiva del 20 de diciembre de 1980 en *Interpretation of the Agreement of 25 march 1951 between the WHO and Egypt, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1980, pág. 73.



partes, las que legítimamente pueden continuar sus cometidos en caso de que no se llegue a una voluntad común²²⁶.

Con ello, y llevando los conceptos referidos al derecho intrafederal que vincula a las partes, la definición de mayores caudales para dar lugar a aprovechamientos futuros del agua que permitan un caudal en beneficio del territorio pampeano es un resorte que las provincias involucradas –La Pampa y Mendoza– deben negociar, llevando tal relación adelante todo el tiempo que resulte adecuado, aunque las circunstancias no permitan en gran parte del proceso llegar a un acuerdo.

Y en este sentido, a pesar de las dificultades evidentes en lograr un acuerdo sobre caudales que sólo existirán si se avanza en obras que hasta ahora se presentan **inconvenientes** (como está acreditado y considerado expresamente en los Fallos 310:2478), sin dudas que Mendoza se ha esforzado en llevar la negociación lo más lejos posible y buscar alternativas conciliatorias de los intereses recíprocos.

Ese esfuerzo negocial, como se puede ver tanto en las Actas de la Comisión Interprovincial del Río Atuel que ha acompañado la actora en el Anexo 13 de su prueba documental, como en los instrumentos diversos que han suscripto las partes, se ha

²²⁶ El Tribunal Arbitral en el *Affaire du lac Lanoux* (sentencia del 16 de noviembre de 1957).

llevado constantemente lo más allá posible, con diversos resultados positivos que han devenido en acuerdos efectivos y vigente.

En materia de usos futuros de aguas, es decir de caudales disponibles más allá del *status quo* de 1987, Mendoza ha desarrollado los esfuerzos razonables por conciliar los intereses inicialmente enfrentados, participando en la búsqueda de **alternativas** a veces exitosas –como ceder en el Tratado de 1992 caudales propios que no pertenecen a la cuenca del río Atuel para los usos poblacionales pampeanos-, y otras veces que no logran cuajar definitivamente, pero que reflejan una permanente consideración los intereses recíprocos así como un esfuerzo en tratar de conciliarlos efectivamente–como el Convenio de 2008; o la propuesta de que La Pampa trasvase junto a Mendoza el cupo ocioso de agua que presenta sobre el río Colorado hacia el río Atuel.

Este último aspecto es trascendente. Lejos de la postura pampeana que sólo encuentra como salida exitosa a sus necesidades obtener caudales que provengan de los usos actuales mendocinos, existen **otras variantes de solución más adecuadas y convenientes**, que a pesar de ser traídas a la mesa de negociación por Mendoza nunca han sido siquiera consideradas por La Pampa. Para esa provincia, imponer la entrega de un litro del río Atuel vale más que el suministro efectivo de sus pobladores de 10.000 litros provenientes del río Colorado, ya que en definitiva su lucha es meramente simbólica y discursiva.



Así, por ejemplo, ante la propuesta de Mendoza de aunar esfuerzos para hacer llegar caudales del río Colorado al oeste pampeano a través de la infraestructura del trasvase previsto a favor de Mendoza en el Tratado de 1976, y a pesar de que La Pampa mantiene ociosos dichos caudales²²⁷, esa provincia responde que

“ha decidido no participar junto a Mendoza en el proyecto de trasvase al Atuel con parte del caudal del río Colorado que le corresponde, debido a los derechos de uso dados por La Pampa sobre las aguas del río Colorado a servirse desde el cauce del mismo”.²²⁸

La postura pampeana, en este sentido, que evade alternativas y entiende que toda situación ajena a su pretensión unilateral es un agravio, no se condice con el concepto de negociación. Contrariamente, esa postura se traduce en una ausencia de consideración de los intereses recíprocos (los que se pierden o son desplazados por la percepción unilateral del problema) y en una falta de esfuerzo en conciliarlos efectivamente.

²²⁷ Ver en este sentido el estudio de la Universidad Nacional de Cuyo que se acompaña probatoriamente, donde surge que más del 90% de los caudales asignados a La Pampa sobre el río Colorado no son utilizados, habiendo desarrollado sólo un máximo de 8500 has frente a un potencial de que alcanza entre 85.100 y 110.100 has.

²²⁸ Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior del 09/03/2004, obrante en el Anexo 13 cuerpo 2 de la prueba documental de la actora.

Esto último, el esfuerzo en conciliar intereses, implicaría respetar la situación de participación equitativa que se ha reconocido en Fallos 310:2478, reconociendo la preferencia de caudales a favor de Mendoza para sus usos actuales, así como los límites fácticos al ahorro de caudales que considera esa misma sentencia como elemento de la realidad común, aspecto que detallaremos en el punto siguiente.

Pero además, y a pesar de esas situaciones, la negociación que se ha generado en torno al río Atuel ha dado otros **resultados exitosos** vinculados a los diversos temas que constituyen el contenido negocial definido en el protocolo de Entendimiento Interprovincial que dio lugar a la constitución de la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior, como analizaremos al considerar infra el desarrollo de la relación negocial producida entre las partes.

b.2- La obligación de negociar y su encuadre según Fallos 310:2478. Límites a las posibilidades de acuerdos sobre caudales futuros

La negociación en torno a los posibles “usos futuros” del río Atuel ha sido encauzada en la exhortación dispuesta en el resolutivo tercero de Fallos 310:2478, de modo que se concrete “sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia”.

Es decir, no se trata de una mera negociación para disponer la distribución de caudales entre las



Provincias, **como si no hubiera existido el pronunciamiento judicial de 1987.**

La base errónea del actual planteo y de las reiteradas reclamaciones pampeanas, en este sentido, es que dicha provincia se posiciona en una apetencia que refleja una suerte de obligación de resultado, que sólo se satisface mediante la asignación de la posesión de caudales del río Atuel que le fue denegada en Fallos 310:2478, sin atender si ello es posible en el marco de la definición que VE ya realizó en la cosa juzgada vigente, o si existen otras alternativas posibles y menos perjudiciales para las partes.

Muy contrariamente, por ello, el proceso negocial que ha sido exhortado encuentra su **límite** en los derechos existentes y en las relaciones reconocidas y fijadas en esa sentencia, y por ello debe efectuarse acorde a los **principios y pautas fijadas en esos Fallos 310:2478.**

Aunque al relatar los hechos y el derecho aplicable al caso ya lo hemos reseñado, nuevamente esquematizamos y detallaremos de manera más precisa cuáles son esas pautas y principios definidos en Fallos 310:2478, ya que su importancia es capital a la hora de valorar la actuación de Mendoza en el marco del principio de cooperación sobre los curso de aguas interjurisdiccionales, y en concreto sobre la relación con La Pampa en torno al río Atuel.

Según Fallos 310:2478, los principios y pautas que deben encauzar la negociación sobre usos futuros de ambas provincias implican:

a) No corresponde una posesión de caudales a La Pampa, salvo para los eventuales “usos futuros” sobre los que las partes pueden celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa (resolutivos 2 y 3 de la sentencia)²²⁹. Este punto es esencial, en cuanto su omisión desnaturaliza en absoluto lo decidido por la Corte en 1987, y socaba plenamente la valoración del principio de equidad que realizó Fallos 310:2478 en base al desarrollo existente y los sacrificios-beneficios que implicaba alterarlo;

b) En tal negociación, el derecho de La Pampa a participar en los “usos futuros” no puede afectar el uso de Mendoza sobre los caudales necesarios para los “usos actuales” en 75671 has, base a partir de la cual se da lugar a los referidos “usos futuros”²³⁰,

²²⁹En igual sentido, “Ello trae la consecuencia de que la Provincia de Mendoza ha de mantener los usos consuntivos actuales sin exceder los límites de 75,671 has., pero no excluye, en principio, el derecho de La Pampa a participar en los usos futuros del curso de agua interprovincial. En cuanto a esos usos futuros, las partes deberán negociar de buena fe y con espíritu de buena vecindad con miras a lograr un acuerdo que regule su participación razonable y equitativa, teniendo en consideración, **a partir de los usos actuales**, las circunstancias pertinentes a que se ha hecho mención en los considerandos precedentes” (considerando 135).

²³⁰ “En cuanto a esos usos futuros, las partes deberán negociar de buena fe y con espíritu de buena vecindad con miras a lograr un acuerdo que regule su



correspondiendo sobre los caudales que satisfacen los usos actuales una “preeminencia exclusiva de la provincia de Mendoza” (Considerando 134 de la sentencia²³¹ y aclaratoria²³² resuelta el 26/07/1988) por aplicación del principio del uso equitativo y razonable (Considerandos 117 y ss.). Este esquema de preferencia, conlleva que una vez satisfechos los usos actuales, si existieran excedentes, podría darse lugar a usos futuros de ambas provincias;

c) Los “usos actuales” existentes en Mendoza se consideran razonables en cuanto a los niveles de eficiencia existentes (considerando 103 de la sentencia)²³³, y por ello tales usos no

participación razonable y equitativa, teniendo en consideración, a partir de los usos actuales, las circunstancias pertinentes a que se ha hecho mención en los considerandos precedentes” (Considerando 135).

²³¹ “...la Provincia de Mendoza ha de mantener los usos consuntivos actuales sin exceder los límites de 75,761 has., pero no excluye, en principio, el derecho de La Pampa a participar en los usos futuros del curso de agua interprovincial.” (Considerando 135)

²³² “En efecto, la sentencia admitió una preeminencia exclusiva de la Provincia de Mendoza sobre 75761 has” (Aclaratoria del 26 de julio de 1988 resuelta a solicitud de Mendoza). Nota: se ha corregido la cifra de hectáreas según resolución de la aclaratoria requerida por La Pampa a fa. 1279 del Expte L195, de fecha 26/7/1988.

²³³ “Que establecidos estos presupuestos, parece claro que el sistema de riego del río Atuel, aunque padece de los defectos que se han puesto en evidencia, no revela un nivel de ineficiencia tal que importe un derroche injustificado del recurso hídrico” (considerando 103 de la sentencia)

afectan derechos de La Pampa sobre la participación en usos futuros (considerando 85 de la sentencia)²³⁴;

d) Los “usos actuales” de Mendoza se abastecen en una situación deficitaria, y aunque se aumente la eficiencia de riego para disminuir tal déficit, ello no implica la existencia de excedentes para nuevos usos (considerandos 110²³⁵ y 116 de la sentencia²³⁶);

²³⁴ “Que esa decisión de respetar los usos consuntivos “efectivos” y “actuales” supone, naturalmente, limitar el reconocimiento a aquellos que resulten racionales a la luz de los sistemas de riego existentes. Supone, también, que en esos límites no importan turbación del derecho de La Pampa” (considerando 84 de la sentencia de 1987).

²³⁵ “Que corresponde, tras estas estimaciones, adecuarlas a la superficie de 75.671 ha. Desde luego, de mantenerse como pauta una eficiencia de 0,30 no habrá excedente posible toda vez que no la hubo para el cálculo sobre 61.034 ha. Pero es particularmente importante advertir que no cambiaría esa situación aun de lograrse una eficiencia en el régimen de riego de 0,50 toda vez que el déficit, aunque más reducido, se mantendría” (considerando 110 de la sentencia de 1987).

²³⁶ “habida cuenta de que no ha quedado acreditado de manera clara y convincente un notorio mal uso de la red de riego mendocina pese a las imperfecciones y deficiencias constatadas y que, aun la obtención de un rendimiento relevante del sistema que lleve su eficiencia a 0,50, no produciría excedente, la reconocida aceptación de La Pampa de los consuntivos “actuales” y “efectivos” conduce a desestimar su reclamo, toda vez que no ha acreditado con la necesaria certeza el uso abusivo que atribuye a Mendoza” (considerando 116).



e) Los “usos futuros” sobre los que las partes deben convenir involucran no sólo la posibilidad de usos en La Pampa, sino además los usos que resulten posible desarrollar en Mendoza, incluyendo la satisfacción de los derechos ya otorgados en Mendoza por un total de 132.636 has. (Aclaratoria del 26/07/1988)²³⁷;

f) En la determinación negocial de los “usos futuros” las partes de buena fe deben tener presentes las pautas brindadas en la sentencia, para considerar nuevos escenarios que deben ser sin perjuicio de los usos actuales, desarrollándose a partir de los mismos.²³⁸

g) La demanda pampeana resuelta en Fallos 310:2478 incluía dentro de la reclamación de caudales que fue rechazada, los

²³⁷ En referencia a las 57075 has empadronadas en Mendoza por sobre los usos actuales reconocidos (cuya sumatoria con las 75671 da el total de 132676 has), la Corte expresó que “...en tanto no se pretenda oponer dichas concesiones otorgadas sobre una superficie que excede la concerniente a los derechos que esta corte reconoció a la demandada, no corresponde atribuir al fallo el alcance de haber afectado la validez interna de las concesiones que la provincia de Mendoza sobre las ya referidas 57075 has, por ende, tampoco cabe asignarle la consecuencia de revocarlas o impedir su eventual ejercicio cuando haya aguas disponibles”(Aclaratoria del 26 de julio de 1988).

²³⁸ “En cuanto a esos usos futuros, las partes deberán negociar de buena fe y con espíritu de buena vecindad con miras a lograr un acuerdo que regule su participación razonable y equitativa, teniendo en consideración, a partir de los usos actuales, las circunstancias pertinentes a que se ha hecho mención en los considerandos precedentes” (Considerando 135, Fallos 310:2478).

contenidos propios de la materia ambiental (ver el análisis que realizamos en al fundar la excepción de cosa juzgada, y al analizar la ausencia de nuevas circunstancias en el punto VII.3.a.5 de este responde). Y consiguientemente, en Fallos 310:2478 la asignación de caudales realizada incluye la valoración de la alteración de la naturaleza que implica el desarrollo de un ambiente humano.

En el encuadre brindado por la misma Corte en Fallos 310:2478, entonces, existen principios y pautas que conducen la base a partir de la cual deben considerarse las futuras soluciones, y con ello limitan las posibilidades de negociación entre las partes en vista a “usos futuros”.

Por ello, tal negociación no puede ser enfocada como una obligación de resultado que necesariamente se satisface o incumple dependiendo si se logra un acuerdo que genere usos futuros. Lo que existe es una obligación de medios, que presenta como límite manifiesto **la posibilidad física y económica** de concretar tales usos en las condiciones existentes o posibles.

Más allá de que la exhortación realizada en la sentencia de 1987 al respecto no conlleva una obligación exigible sino sólo una recomendación de esfuerzo razonable, lo cierto es que las negociaciones de buena fe no pueden esperar concretar acuerdos allí donde no es técnica y económicamente posible. En ese sentido, como ya se expresó, resaltamos que en el mismo proceso de 1987 ha



quedado demostrado que los usos actuales son satisfechos de manera deficitaria, las mejoras en eficiencia en el sistema de riego no llegan a cubrir las necesidades actuales, estando esta situación afectada por el proceso de cambio climático actualmente existente.

Sólo si fuera viable un nuevo uso tal acuerdo podría conformarse, lo que evidentemente no ha ocurrido.

VE, en este sentido, en el Considerando 134 de la sentencia de 1987 (Fallos 310:2478), ha fijando una de las pautas de procedimiento para los futuros convenio a los que exhorta, la Corte claramente ha reflejado que es necesario precisar en el caso concreto, a través de la negociación, los aspectos que puedan hacer a la participación equitativa y razonable de los usos futuros que se den a partir de los usos actuales reconocidos sobre las 75761 has:

Que esa cooperación ha de procurarse a través de negociaciones que, para cada caso concreto, precise cuál es la participación equitativa y razonable a que tiene derecho cada estado y, **de ser conveniente**, determine cuáles han de ser los mecanismos o procedimientos adecuados para la administración y gestión del curso de agua.

De la transcripción de tal consideración hemos resaltado que la misma Corte pone de manifiesto la valoración de la conveniencia, aspecto que va de la mano

Y lo cierto es que Mendoza ha participado activamente de un proceso de negociación en el que se han generado

diversos acuerdos con una visión integral y sustentable, que incluso van mucho más allá de los usos del agua, aunque de ese proceso no haya surgido en lo más mínimo elemento que acredite la conveniencia de dar lugar a esas utilizaciones del agua que La Pampa pretende.

Aunque los esfuerzos han sido notorios en el tiempo, y los logros –como lo veremos- también lo han sido, lo que no se ha podido es determinar que existe alguna situación distinta a la ya valorada en Fallos 310:2478, que permita acordar ante una situación que se identifique técnicamente como conveniente.

En esos Fallos, recordemos que se determinó como hecho probado y no desvirtuado con posterioridad, ni en el proceso negocial desarrollado entre las partes, ni en este proceso dirimente, que:

124) Que estas consideraciones son aplicables al presente caso. En efecto, ha quedado comprobado que aun medidas razonables de conservación que elevarían la eficiencia del sistema del Atuel a 0,50 no son suficientes para generar excedentes, y que **para ello se necesitaría realizar las obras de recuperación en Las Juntas. Tales trabajos no parecen ser “financiera ni físicamente posibles” ni tampoco se ha acreditado “clara y convincentemente” la existencia de usos benéficos futuros que justifiquen el conjunto de los trabajos que han descripto los peritos hidráulicos.**

125) [...] En su informe, el Dr. Zalduendo, al contestar la pregunta M 54, considera que, analizadas todas las hipótesis de trabajo que plantea el caso, **“los resultados económicos**



son negativos, o sea que los beneficios del proyecto no compensan los costos de los recursos que serían necesarios para la construcción”, También —agrega— “se observa que las diferencias son considerables, esto es, que **las pérdidas serán cuantiosas en caso de encararse el proyecto**. Este resultado es aún más desalentador si se tiene en cuenta que se ha trabajado con hipótesis optimistas en cuanto al ritmo de incorporación de las nuevas tierras regadas” (se refiere a las de la región pampeana que recibirían riego) a la producción efectiva. Esta apreciación se basa en la experiencia nacional de desarrollo de áreas de riego, que incluso se ha reflejado en la experiencia de zona en la provincia de La Pampa. Por tal razón, concluía: “En síntesis, **aun en las condiciones más favorables, el proyecto desde el punto de vista económico, no es aconsejable**”

126) Que tampoco deben perderse de vista los **efectos que, sobre una economía establecida como la del sur mendocino**, tendría la derivación de aguas sin el complemento de obras. Es obvio que en las condiciones actuales, **el río no genera excedentes por lo que si aún así se decidiera derivar 16 m³/s, volumen que constituye la mitad de su módulo, quedaría sin utilización entre un 40 % y un 45 % de la infraestructura económica de la Provincia demandada** que, a valores de reposición, significarían, según los cálculos para marzo de 1984. “Más de mil millones de dólares”.

Con ello, en la merituación del desarrollo negocial, como hemos resaltado reiteradamente, debe tenerse presente que una decisión seria y responsable en relación al desarrollo de caudales futuros presenta serios inconvenientes, con lo que su adopción implica en el fondo una clara política de fomento que las partes tienen .

Aún así, un repaso de las acciones negociales, incluso a partir de las mismas Actas de la labor desarrollada en la Comisión Interprovincial del Río Atuel que ha acompañado la actora en el Anexo 13 de su prueba documental, como veremos, demuestra con claridad que no ha existido un incumplimiento del deber de negociar, e incluso tal negociación ha sido productiva de convenios y acuerdos valiosos, que sólo en una posición sesgada como la que expone la actora se pueden perder de vista.

b.3- El desarrollo de la relación negocial y su encuadre en las pautas generales del derecho interprovincial y particulares del Fallo 310:2478

b.3.1- La relación negocial y sus resultados concretos

La misma actora, como Anexo 13 de su probanza documental, ha acompañado una serie de actas que hace al proceso negocial implementado a partir del protocolo de Entendimiento interprovincial, y desarrollado en parte en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior.



Antes del análisis de tales elementos probatorios, ponemos de manifiesto que las negociaciones interprovinciales no siempre se han formalizados de manera documental, e incluso las negociaciones entre las Provincias no siempre se han desarrollado en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior. Más allá del contenido de esas Actas, existen otras numerosas acciones que –como es razonable- se realizan en ámbito negocial informal que incluye reuniones y diálogos no acreditables fácilmente, pero que existen y que **pueden percibirse a partir de sus resultados.**

La realización de reuniones que no se formalizaron en actas, además, puede verse reconocida de manera expresa en el Acta de fecha 18/02/2008, celebrada al margen de toda reunión de la Comisión Interpovincial del Atuel Inferior²³⁹. En ella se concreta la construcción de acuerdos de lo que sería luego el Convenio de 2008, lo que se hace en base a la documentación ya acordada en mayo de 2006²⁴⁰, **“y lo actuado en reuniones de las partes hasta la fecha”**, expresión que deja en claro una constante actividad negocial entre mayo de 2006 y febrero de 2008.

Aún así, no es tan importante si acreditamos mayores actas que las ya acompañadas por la actora o si

²³⁹ Esta acta puede observarse en las fs. 623 y ss del Expediente 8259/2001, acompañado por la actora como prueba documental (Anexo 4).

²⁴⁰ El acta de esta otra reunión obra a fs. 612 del referido Expediente 8259/2001, acompañado por la actora como prueba documental (Anexo 4).

detallamos cada momento de esa relación con énfasis en un enfoque determinado, ya que existen resultados negociales en Tratados diversos que se presentan más allá de las actas formales realizadas.

Los procesos de negociación presentan posturas y posicionamientos propios de las posiciones inicialmente en conflicto, y con ello no es representativo de nada resaltar –como hace la actora- elementos puntuales de algo que en realidad es un proceso, proceso en el que incluso en ocasiones no se sigue la formalidad extrema de reflejar todo lo que se trabaja.

Basta atender en ese sentido, por ejemplo, que entre la última acta formal de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (marzo 2005) y la suscripción del Convenio de 2008 pasaron tres años; pero ese convenio nunca se hubiera firmado si las provincias no hubieran seguido con un constante proceso de negociación, consolidando y avanzando sobre lo último que reflejaron en esa acta.

En este sentido, el Tratado de 1992 o el Convenio de 2008, así como los otros tratados interprovinciales suscriptos (sobre colaboración técnica o sobre incendios forestales), son productos concretos que prueban actuaciones negociales complejas, y que sin embargo no se reflejan plenamente en las referidas actas. Por ello, lo más importante es apreciar que entre ambas provincia existe un proceso de acuerdos que se reitera en el tiempo, más allá de la “**chicana**” de negar el mismo resaltando elementos parciales y aislados de ese proceso.



Aún así, tales actas –al igual que los acuerdos referidos- permiten acreditar la existencia y contenido de un verdadero proceso de negociación continua en el que las partes hacen esfuerzos razonables por acercar intereses que inicialmente estaban en conflicto.

En este sentido, entonces, puede apreciarse la existencia de esa relación de negociación no sólo en las diversas reuniones realizadas en el marco de la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior, y que la probanza de la misma actora acredita al menos desde 1989 y hasta 2005²⁴¹, aunque como referimos se han realizado reuniones que han permitido suscribir acuerdos con posterioridad que demuestran la continuidad de ese proceso.

Pero además de ello, es innegable que más allá de esas reuniones, la relación negocial ha generado diversos acuerdos, que tuvieron alcances variados, e incluso en algunos casos estipularon aspectos que –además de alcanzar al área propia de la cuenca del Atuel- desarrollaron sus preceptos con escala provincial.

Muchas de las temáticas que se persiguen a partir de las negociaciones que se han implementado en base al Protocolo de Entendimiento Interprovincial resultan mucho más

²⁴¹En el Anexo 13 de las probanzas referidas, los antecedentes correspondientes a 1989 a 1996 se encuentran en el Cuerpo 3; el Cuerpo 1 contiene actas de reuniones producidas entre 2002 y 2004; el Cuerpo 2 contiene actas de reuniones producidas entre 2004 y 2005.

generales en su escala que la mera cuenca en cuestión, y con ello es lógico que queden englobadas en acuerdos generales sobre esas temáticas.

Es por ello que entendemos que no se puede negar la efectividad negocial de ese tipo de acuerdos en relación al desarrollo del Protocolo de Entendimiento Interprovincial y los objetivos de negociación allí estipulados, ya que por el hecho de brindarse al acuerdo una escala mayor, no por ello no deja de satisfacer los objetivos de negociación de ese protocolo.

En ese enfoque, los Tratados y acuerdos suscriptos en concordancia con la exhortación contenida en Fallos 310:2478 son los siguientes:

-Protocolo de Entendimiento Interprovincial de 1989: fue suscripto el 7 de noviembre de 1989, y sobre tal base por acta del 14 de diciembre de ese mismo año se constituyó la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior, lo que obra en los autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” ofrecidos como prueba. Aunque este Protocolo de Entendimiento Interprovincial no es propiamente un Tratado –y por ello las partes no han procurado en ningún momento la ratificación legislativa respectiva-, es un mecanismo interadministrativo de coordinación de las labores de negociación que llevan adelante las representaciones provinciales, dirigido a una serie de temas mucho más extenso el uso



del agua del río Atuel (sólo la Comisión “c” y las temáticas 4 y 5 del protocolo hacen referencia al río Atuel)²⁴².

Este documento es por ello meramente programático, sin que surjan del mismo –ni puedan surgir por la falta de ratificación legislativa- obligaciones jurídicas exigibles entre las partes. No por ello su importancia y valor deja de ser trascendental en torno a las negociaciones tendientes a usos futuros por encima de las 75671 has, y a las restantes temáticas que las partes han incorporado en el mismo al proceso de negociación, muchas de las cuales han concluido en acuerdos, tal como se detalla a continuación.

-Tratado del 07/02/1992: suscripto entre Mendoza, La Pampa y La Nación²⁴³, el cual expresamente reconoce ser adoptado “en el marco de lo establecido en el Protocolo de Entendimiento Interprovincial, firmado entre las provincias precitadas con fecha 7 de noviembre de 1989, según lo dispuesto en los autos “LA PAMPA, Provincia de c/ MENDOZA, Provincia de s/Acción posesoria de aguas y regulación de usos (Expediente L-195)”.

En este acuerdo, ante la imposibilidad técnica-económica y consiguiente ausencia de usos futuros, y más allá de la relación que fija Fallos 310:2478 sobre las aguas del río Atuel,

²⁴²Mayores detalles de este acuerdo los hemos expuesto al relatar los hechos y el derecho aplicable.

²⁴³ Ratificado por Ley 5826 (BO 30/03/1992) de Mendoza, y sus similares nacionales y pampeanas.

Mendoza cedió gratuitamente un suministro de agua potable externas al río Atuel en un caudal muy superior al que se necesitaba tanto en ese momento como actualmente, en beneficio de la población pampeana.

Este aspecto, por su trascendencia en cuanto a la voluntad negocial, será especificado con mayor detalle infra.

- Convenio de Cooperación Técnica – Comercial: suscripto el 02 de agosto de 2002 por Mendoza (ratificado por Ley 7243 de Mendoza BO 12/08/2004) y La Pampa²⁴⁴.

Este Tratado²⁴⁵ es concordante con el contenido sustancial de las acciones 2 y 3 del Protocolo de Entendimiento Interprovincial, aunque con un alcance territorial

²⁴⁴En la suscripción de este Convenio, La Pampa estuvo representada por su Ministro de Producción Néstor Alcalá, quien en ese momento era integrante del Comité Ejecutivo de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior designado por Decreto 289/02 –obrante en el Cuerpo 1 del Anexo 13 de la prueba documental de La Pampa-.

²⁴⁵Como dato anecdótico, la Diputada Nacional por la Provincia de La Pampa, Marta Osorio, propició ante la Cámara de Diputados de la Nación la declaración de beneplácito de dicha Cámara ante la suscripción de este acuerdo, lo que consta publicado dentro de las labores de la Comisión de Economías y Desarrollo Regional sobre el expte. 5.090-D.-2002, en el Orden Del Dia Nº 1001 de la Cámara de Diputados de la Nación - O.D. Nº 1.001, Sesiones Ordinarias 2002, la que puede consultarse en su publicación digital disponible on line en: www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-120/120-1001.pdf



general que involucra la relación de ambas provincias más allá de la concreta cuenca del río Atuel.

- Convenio sobre Alerta y Colaboración en los Incendios Rurales: suscripto por Mendoza y La Pampa–junto a San Luis- en 2003(ratificado por Ley 7717 de Mendoza - BO 13/08/2007 y por Ley 2071 de La Pampa – BO 10/10/2003).

Este Tratado responde a las acciones 3 y 7 del Protocolo de Entendimiento Interprovincial.

Y aunque su alcance –al igual que el anterior- excede el ámbito exclusivo de la cuenca del río Atuel para referirse a la totalidad de los territorios provinciales, destacamos que en la reunión del 24 de octubre de 2002 de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior²⁴⁶ expresamente se manifiesta que este Convenio fue considerado en el ámbito negocial de dicha Comisión, donde tanto Mendoza como La Pampa manifestaron su acuerdo al texto del proyecto en gestación, lo que demuestra acabadamente que los acuerdos que se gestan en dicho mecanismo institucional de negociación pueden implementar los objetivos buscados más allá del río Atuel y su acotado ámbito territorial.

-Convenio de 2008: este acuerdo fue suscripto por las Provincias de La Pampa y Mendoza, y también por Ministros del Poder Ejecutivo Nacional.

²⁴⁶El acta de este encuentro consta en el Anexo XIII de prueba documental aportado por la actora (Cuerpo 1).

Su contenido aspiraba a materializar aspectos propios de los puntos 4 y 5 del protocolo de entendimiento, aunque el mismo no tomó vigencia, tanto porque finalmente fue desechado por la Legislatura de Mendoza²⁴⁷, como –y muy especialmente- porque una de las partes esenciales (por su aporte económico-financiero), el Estado Nacional, **NUNCA** suscribió con efectividad legal el mismo (como ya hemos referido -en base a los arts. 99 y 103 CN- tanto al analizar los hechos y como el derecho aplicable a este caso), y con ello este Convenio nunca se configuró como tal a los fines de su eventual ratificación.

La configuración de su contenido tuvo lugar a lo largo de numerosas reuniones de trabajo, formalizadas algunas de ellas en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (hasta 2005), y muchas otras informales, que se realizaron algunas antes de 2005, pero especialmente desde esa fecha hasta la suscripción del Tratado en 2008.

²⁴⁷De acuerdo a los antecedentes probatorios (Anexo XII), tal decisión tuvo como base ASPECTOS DE LEGALIDAD debido a severas observaciones que recibió el contenido del Convenio por parte de Asesoría de Gobierno, Fiscalía de Estado y el Departamento General de Irrigación **en exptes administrativos 319 y 14406**, que contradiciendo Fallos 310:2478 afectaba caudales de usos actuales con impacto sobre los derechos de usuarios existentes, además de la merituación de otros elementos fácticos (crisis hídrica por ausencia de caudales) impiden en cuanto a la oportunidad el acuerdo, además de aspectos de mérito –como es la ruptura negocial que significó interponer por parte de La Pampa la demanda que aquí se contesta-



Incluso, entre la suscripción en 2008 y el rechazo legislativo que dispuso la Legislatura de Mendoza, la intención de concretar el objeto del Convenio se mantuvo plenamente presente en las labores gubernamentales mendocina. Prueba de ello, es que las obras que aspiraba a concretar este Convenio fueron consideradas por las autoridades de Mendoza al momento de priorizar sus obras de infraestructura. Así, en el Programa Estratégico Territorial de la Nación (Avance II), Mendoza enumeró como obra prioritaria la construcción del acueducto ganadero entre Monte Comán y La Horqueta, identificando en el árbol de problema vinculado al misma la necesidad de concretar las obras de ahorro de caudales del Convenio de 2008 que había suscripto con La Pampa a efectos de ahorrar el recurso hídrico correspondiente a ese acueducto.²⁴⁸

Este acuerdo, aunque no haya logrado obtener vigencia legal, se mantuvo en todo momento dentro la intención real de las autoridades de Mendoza, y es muestra de un constante esfuerzo de Mendoza en buscar soluciones concertadas, atendiendo los intereses de la vecina provincia de La Pampa junto a los propios, llevando al extremo el esfuerzo en concertar incluso a pesar de las dificultades climáticas y técnicas que –dentro de las mismas pautas dadas en la sentencia de 1987- dificultan jurídicamente la

²⁴⁸ *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, pág. 36, 66, 67 y 151 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

adopción de un consenso que pueda ser ratificado legislativamente, y que en definitiva, se rechazó recién cuando la ruptura de negociación por La Pampa (al disponer este proceso) no dejó otra alternativa.

b.3.2- La relación negocial y sus desarrollo

Aunque sostenemos sin equívoco que el proceso negocial se acredita suficientemente con los acuerdos que ha generado, también hay ciertas manifestaciones de la negociación que se pueden apreciar en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, mediante numerosas acciones en las que ha participado efectivamente Mendoza, de buena fe y con buena voluntad, buscándose de manera continua acuerdos que respondan a los intereses de ambas partes.

El discurso parcial que efectúa La Pampa, en este sentido, se encuentra teñido de subjetividad, tratando de colocar a esta parte en una posición que no es real. Muy por el contrario, de las propias actas acompañada por la actora como Anexo 13 de la prueba documental surge con claridad que esta parte ha actuado siempre acatando el deber de cooperar, lo que incluye la información y negociación de los temas que lo requieren.

Muchas de esas acciones han logrado – como hemos visto- constituir acuerdos y consensos que implicaron la firma de más de un Tratado, los que en general tomaron vigencia, incluso comprometiendo a favor de La Pampa caudales mendocinos ajenos a la cuenca del río Atuel.



También, como manifestación clara de la cooperación interprovincial, dicho ámbito de negociación ha permitido coordinar los intereses de ambas provincias en torno a diversos aspectos de la aplicación efectiva de tales tratados, luego de que estos tomaran vigencia. En este sentido puede observarse el Acta del día 24/10/2002 de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior²⁴⁹, donde se coordinan labores de mantenimiento del acueducto construido bajo en Tratado de 1992, o el Acta de la reunión del día 07/07/1992, donde se coordinaban labores para construir el acueducto acordado en ese Tratado²⁵⁰.

Otras veces, los acuerdos no han sido posibles de alcanzar, sea porque el acuerdo inicial no resultó finalmente suscripto o aprobado por las partes (como ocurre en el Convenio de 2008, que no fue efectivamente suscripto por Nación y fue finalmente desechado por Mendoza), o porque alguna de las partes se ha negado a avanzar en otras líneas de solución posible (como ocurre en torno a la propuesta de usar aguas excedentarias del río Colorado que La Pampa caprichosamente ha rechazado²⁵¹), o simplemente

²⁴⁹Obrante en el Cuerpo 1 del Anexo 13 de la prueba documental acompañada por la actora

²⁵⁰Obrante en el Cuerpo 3 del Anexo 13 de la prueba documental acompañada por la actora

²⁵¹ Ver en este sentido el Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior del 09/03/2004, obrante en el Anexo 13 cuerpo 2 de la prueba documental de la actora, donde La Pampa expresa que “ha decidido no participar junto a

porque no se logró generar una base para un acuerdo en el marco de temas en análisis.

Pero ello no implica de modo alguno el incumplimiento del deber genérico de negociar al que exhortó la Corte en Fallos 310:2478. Muy por el contrario, las constancias de las actas acompañadas por la misma actora muestra un esfuerzo en acercar posiciones con buena voluntad entre las partes; y aunque teniendo el deber de negociar una naturaleza de obligación de medios que no garantiza necesariamente el acuerdo, ello no quita el legítimo proceso de negociación desarrollado.

Ese proceso activo en encontrar soluciones, es expresamente reconocido por La Pampa en las Actas de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, lo que debería ser un acto propio suficiente para impedir que hoy esa Provincia sostenga que Mendoza ha incumplido su obligación de negociar en vista a acuerdos sobre el río Atuel por encima de los caudales que se destinan a los usos actuales acorde a Fallos 310:2478.

Así, en la reunión del 25/11/2004 de la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior, expresamente se dejó constancia que en la reunión

...prevaleció una actitud positiva dirigida a encontrar soluciones aceptables para las partes.

Mendoza en el proyecto de trasvase al Atuel con parte del caudal del río Colorado que le corresponde, debido a los derechos de uso dados por La Pampa sobre las aguas del río Colorado a servirse desde el cauce del mismo”.



De igual manera, también es reconocido en las reuniones internas de la representación pampeana en la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, donde consta que

El ingeniero LASTRILI rescata el papel desempeñado por el Ministro de Ambiente y Obras Públicas [de Mendoza] ingeniero MORANDINI quien impulsa el acuerdo interprovincial, manifestando la necesidad de lograr tal acuerdo.²⁵²

Resaltamos nuevamente que la actora presenta una visión sesgada, donde una relación verdaderamente exitosa²⁵³ es indebidamente teñida -mediante la construcción de un “relato”- como un fracaso, sólo porque no ha obtenido el total de sus aspiraciones (las que por cierto, a lo largo de esfuerzos negociales, no solo llegaron a ser materializadas en un texto convencional sino que -

²⁵² Acta de reunión interna de Representantes de la Provincia de La Pampa ante la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 14 de julio de 2004, obrante a fs. 395 del Expediente 8259/2001, acompañado por la actora como prueba documental (Anexo 4).

²⁵³ Estamos convencidos de que el proceso de negociación producido es un éxito, a pesar de la injusta e infundada queja pampeana. Afirmamos esto, porque pocas negociaciones interprovinciales presentan un marco estable de desarrollo, que ha dado lugar a numerosos Tratados como ocurre en el caso, incluso involucrando soluciones que implica buscar recursos ajenos a la comunidad de intereses propios del río interprovincial, satisfaciéndose las necesidades de una de las partes con recursos propios de la otra.

como veremos- incluso fueron acompañadas con obras físicas en Mendoza, lo que también indica el esfuerzo en acercar posiciones que ha efectuado esta parte²⁵⁴).

Este posicionamiento de La Pampa se vislumbra con claridad en las Actas de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fechas 25/11/2004 y 09/03/2005, obrantes ambas en el Cuerpo 2 del Anexo 13 de la prueba documental acompañada por la misma actora. Por ser estas las actas más recientes, y que refieren al estado más actual de la relación, revisten una importancia relativa mayor que las restantes, aunque todas en conjunto de igual manera demuestran una verdadera relación comercial exitosa.

En la primera de esas reuniones, en el punto 1 de análisis, claramente La Pampa reclama la misma pretensión que le fuera negada en los Fallos 310:2478, y Mendoza,

²⁵⁴A pesar de tales esfuerzos, sin embargo, la postura intransigente de La Pampa, que sólo entiende como acuerdo posible revertir el pleito que ya es cosa juzgada, es en realidad la causa del fracaso del Convenio de 2008, el que contenía disposiciones esenciales que contradicen las pautas y principios de Fallos 310:2478 con medidas que afectan los usos actuales. El artículo 10 inc. k) del Convenio de 2008, procuraba otorgar un caudal permanente a La Pampa, de forma inmediata y sin ninguna obra previa de ahorro de caudales, lo que indefectiblemente afecta los caudales que Fallos 310:2478 reconoce como preferentes a los usos actuales. Este motivo llevó a que el texto del acuerdo fuera objetado por los organismos de control de Mendoza en forma previa a que el Convenio sea considerado legislativamente. Ver en este sentido el expediente legislativo y sus antecedentes donde se tramitó el tema (Anexo XII de la prueba documental).



lejos de negar el diálogo negocial, responde fundadamente su posición y abre una instancia de análisis al más alto nivel político:

1. La Pampa solicita que se permita un escurrimiento inmediato de agua del río Atuel para satisfacer las necesidades mínimas locales de acuerdo al Protocolo de Entendimiento Interprovincial. Mendoza observa que no es posible en el marco de la actual disponibilidad y los derechos reconocidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de las 75761 has. La Pampa insiste en que se considere su petición y el Ministro Morandini se compromete a transmitir la inquietud al Gobernador y al Superintendente General de Irrigación para su consideración en función de los eventuales acuerdos de mejora de eficiencia a través de inversiones específicas²⁵⁵.

La transcripción del acta muestra con claridad que **es falso que no haya existido una negociación** sobre el objeto del presente litigio. Con nitidez existe un actuar de las partes, y de Mendoza en especial, que responde al contenido del deber de negociar que impone el Derecho Interestadual, donde esta parte ha procurado desarrollar los esfuerzos razonables por conciliar los intereses inicialmente enfrentados, no sólo aceptando entregar caudales extraños al río Atuel (Convenio de 1992), sino también continuando la relación negocial durante todo el tiempo en que sea

²⁵⁵Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 25/11/2004

posible con miras a concertar acuerdos, como lo demuestra incluso la suscripción del Convenio de 2008²⁵⁶.

Así, en ese momento puntual de la negociación, ante un interés de La Pampa contrapuesto al de esta parte, expresado por esa provincia en una petición totalmente infundada que se limitaba a requerir pero sin brindar la justificación jurídica de su postura, esta parte brinda el argumento de por qué lo peticionado es jurídicamente improcedente, con referencia expresa a Fallos 310:2478; y ante la insistencia pampeana, se brinda el compromiso de gestionar ante autoridades superiores el estudio de la cuestión a la luz de las pautas dadas en esos Fallos (obras de mejora de eficiencias, a pesar de que las mismas son inconvenientes).

Justamente negociar consiste en escuchar y valorar el interés de la contraparte, y es justamente lo que Mendoza realizó.

En la segunda de esas reuniones (09/03/2005), explícitamente se continúa el análisis, brindando Mendoza la respuesta comprometida en la reunión anterior en base al

²⁵⁶Resaltamos que el posicionamiento cerrado de La Pampa llevó al Poder Ejecutivo de Mendoza a suscribir el texto de ese convenio a pesar de que en forma previa el mismo había sido observado en su legalidad por las instancias administrativas que ejercen la función administrativa consultiva y de control. Y con ello, no debe resultar llamativo que luego a Legislatura no avalara tal acuerdo. Acompañamos en este sentido el Expediente N° 0000064886-S-2014, originario del H. Senado de la Provincia de Mendoza.



análisis del tema con las más altas autoridades administrativas mendocinas:

El Ministro Morandini inició conversaciones procediendo a dar tratamiento al primer punto del temario informando la postura consensuada con el Señor Gobernador de la Provincia, Ing. Julio César Cobos, el Departamento General de irrigación, la Asesoría de Gobierno y la Fiscalía de Estado, respecto del primer punto del Acta Anterior. Mendoza ratifica en un todo lo manifestado, de que en el actual marco de disponibilidad del recurso y los derechos reconocidos por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de las 75671 has, no es posible el escurrimiento inmediato de agua del Río Atuel. La Pampa manifiesta que necesita un caudal mínimo para consumo humano y de animales. Mendoza observa que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha impuesto un límite al decir que deben respetarse los usos consuntivos actuales por 75671 has y que sólo los usos consuntivos futuros y que respeten los derechos adquiridos de las 75671 has irrigadas en Mendoza, pueden dar lugar a la “utilización en forma compartida” con la provincia de La Pampa²⁵⁷.

Como puede verse con claridad de estas reuniones, **es absolutamente falso que no haya existido**

²⁵⁷Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 09/03/2005

negociación. En este punto concreto los intereses pampeanos han sido atendidos y debatidos, aunque no sea posible llegar a un acuerdo. Especialmente porque **no es razonable de modo alguno pretender que en la negociación exista alguna obligación de acordar en contra de lo resuelto en Fallos 310:2478**, especialmente a partir de que la misma Corte exhortó a negociar según los principios y pautas dados en ese pronunciamiento.

Incluso con posterioridad a estas constancias, la negociación continuó, y el Poder Ejecutivo mendocino suscribió un acuerdo, que finalmente fue rechazado por la Legislatura, la que tuvo en cuenta aspectos de legalidad (como disponer caudales en afección a los usuarios existentes sin las necesarias obras de ahorro y recupero), de oportunidad (como la existencia de una disminución sensible de caudales en el marco de una situación de emergencia hídrica), e incluso de mérito (como la ruptura en ese momento de la relación negocial por La Pampa al disponer la presente demanda), a lo que debemos sumar (también afectando la legalidad del acuerdo pretendido) la falta de suscripción del convenio por autoridad competente nacional -que ya hemos analizado-.

La postura de La Pampa, entonces, se encierra caprichosamente en que sólo existe negociación si se acordara un resultado que refleje su propia pretensión, borrando de esta manera el resultado que la Corte pronunció en 1987, sustituyendo así la cosa juzgada por una situación contraria. Desvirtuar la cosa juzgada dictada esa oportunidad es considerado de ese modo por La Pampa



como el único alcance que puede tener una negociación, y se pierde de vista en tan sesgada posición los grandes logros negociales, que incluso ya han otorgado un caudal de agua permanente para la población para la que reclama.

Otras de las facetas propias del deber de cooperación, tiene que ver con el intercambio de información. Las mismas actas de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior dan cuenta de que tal información se ha producido. En este sentido son gráficas las constancias de la prueba documental acompañada por la misma actora.

Así, la posibilidad de efectuar obras que generen caudales mediante ahorro de agua ha sido estudiada, y puesta a disposición de la provincia de La Pampa:

3- El Ing. Morandini invita al Secretario de Recursos hídricos de La Pampa a analizar en el Departamento General de Irrigación los estudios del impacto de las obras propuestas –canal marginal y revestimiento de secundarios y terciarios- sobre la eficiencia en el riego y sobre los caudales recuperables, los que serían la base de acuerdos futuros.²⁵⁸

Y del mismo modo, cumpliendo tales compromisos, se ha entregado a la vecina provincia que hoy nos

²⁵⁸Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 25/11/2004

demanda los estudios efectuados en cuanto a obras de ahorro de caudales, buscando avanzar en acuerdos en la materia:

El Ing. Lastriri, Director de Políticas Hídricas de La Pampa informa en referencia al tercer punto del acta anterior, que con fecha 27 de diciembre de 2004 y cumpliendo con el punto 3º del Acta, se visitó el Departamento General de Irrigación donde se le entregó informalmente un documento de trabajo preliminar acerca del impacto de las obras propuestas -Canal Marginal y revestimiento de la red primaria- sobre la eficiencia en el riego y sobre los posibles caudales recuperables en el río Atuel.²⁵⁹

Incluso, desde Mendoza se ha dispuesto un **mecanismo permanente de información** sobre caudales a favor de La Pampa, que conlleva la **entrega diaria** de los datos pertinentes. En este sentido, en el Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 24 de octubre de 2002, se expresa que

La Provincia de Mendoza comenta las previsiones y consignas de operación del sistema de embalses, y se compromete a enviar diariamente a la provincia de La Pampa el Boletín Hidrometeorológico²⁶⁰.

²⁵⁹Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 09/03/2005

²⁶⁰ Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 24/10/2002



Desde entonces, a lo largo de los años de manera diaria el Departamento General de Irrigación ha enviado en forma constante la referida información, asegurando que las autoridades pampeanas tengan pleno y permanente conocimiento de la totalidad de datos relevante que hace al estado de caudales y reservas, manejo de embases, distribución en canales de riego, reservas níveas, y la gestión de esos recursos en el territorio de Mendoza²⁶¹, aspecto que demuestra una constante voluntad de generar situaciones de diálogo y análisis con la vecina provincia.

Contrariamente a lo sostenido por la actora, también se han brindado informaciones en general sobre obras de eficiencia que pretenden introducirse en la cuenca del Atuel, incluso cuando la misma pueda coordinarse con los usos de las aguas del río Colorado:

5- La Provincia de Mendoza informa sobre la implementación de un programa para el aumento de la eficiencia en el uso del agua en el río Atuel, dentro de la primera etapa de las obras del aprovechamiento integral del río Grande que procura acordar con la Nación, con aportes económicos para su ejecución.²⁶²

[...]

²⁶¹ Ver en este sentido el informe del Departamento General de Irrigación que se acompaña como Anexo XIII de la prueba documental de esta parte.

²⁶²Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 25/11/2004

Posteriormente, la Delegación de Mendoza informa acerca del estado de avance de las obras en el Canal Marginal del Atuel y de las gestiones realizadas ante el Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO): Respecto al primero de los temas, manifiesta que en mayo o en junio será inaugurado el Primer Tramo del Canal Marginal y que por sugerencias del Departamento General de Irrigación y las Inspecciones de Cauce que aglutinan a los usuarios, el próximo tramo a construir será el Cuarto, que llegará a Carmensa. Para este último tramo se está haciendo una **redefinición del caudal de proyecto, previendo un diseño que permita un recrecimiento futuro de 5m³/s para el caso de que la Provincia de La Pampa acepte trasvasar parte de su cupo en el río Grande o para el caso de que prospere alguna de las propuestas presentadas.**²⁶³

El verdadero espíritu de acuerdo que tiene Mendoza, queda de manifiesto con gran claridad en la última transcripción, correspondiente al acta de la Comisión Interprovincial de fecha 09/03/2005. En efecto, **Mendoza ha llegado incluso a diseñar su infraestructura de conducción de aguas sobredimensionada, en vista a futuros acuerdos,** sean los que hacen a la realización de obras de ahorro de agua (si las mismas en algún tiempo no fueran inconvenientes, tal cual se acredita en los Fallos 310:2478), o sean en base a otras alternativas posibles, como la

²⁶³ Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior de fecha 09/03/2005



propuesta efectuada a La Pampa de que utilice en la cuenca del Atuel parte del cupo de agua que le corresponde en el río Colorado, concretando el trasvase junto al que Mendoza tiene derecho según el convenio de 1976.

Es decir, Mendoza no sólo estuvo participando del proceso de negociación como una mera formalidad – como indebidamente pretende acusar la actora al adjudicar a esta parte un actuar ajeno a la buena fe-, sino que sus propias obras y a su propio costo son previstas de manera sobredimensionada físicamente en procura de acuerdos que eventualmente pudieran concluirse para satisfacer el interés pampeano. E incluso, entre la firma del Convenio en 2008 y su rechazo legislativo en 2014, Mendoza programó y gestionó el financiamiento de obras para disponer los caudales que le corresponderían de la ejecución del Convenio referido²⁶⁴, lo que es una

²⁶⁴ Además de sobredimensionar obras propias –como consta en las Actas del Comité Interprovincial del Atuel Inferior-, resaltamos nuevamente que las autoridades de Mendoza incluso han tenido presente los efectos que tendría el Convenio del 2008 al momento de priorizar sus obras de infraestructura, y por ello en el *Plan Estratégico Territorial II* de la Nación, en el año 2011, se incluyó el acueducto ganadero Monte Comán - La Horqueta, identificando en el árbol de problema vinculado al misma la necesidad de concretar las obras de ahorro de caudales del Convenio de 2008 que había suscripto con La Pampa a efectos de ahorrar el recurso hídrico para abastecer ese acueducto. Ver al respecto *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, pág. 36, 66, 67 y 151 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

clara prueba de la buena fe en la negociación, e incluso en toda la etapa posterior hasta su rechazo legislativo.

El Convenio de 2008 fue un resultado en este sentido, que muestra que el proceso de negociación existió y se llevó lo más lejos posible, respaldado incluso en los proyectos de obras de infraestructuras desarrollados sobredimensionados para conducir futuros volúmenes de agua u otros proyectos de acueductos que pretendían transportar los mayores caudales que se suponían disponibles, según la previsión de lo que se estaba negociando; aunque lamentablemente la inconveniencia financiera de tal estrategia que se acreditó en los Fallos 310:2478, junto a las consideraciones ya expuestas (en especial, la existencia de cláusulas que atentaban contra los usos actuales al disponer de caudales no ahorrados, los escenarios climáticos desfavorables y la ruptura del vínculo negocial por parte de La Pampa), no permitieron que el mismo cuajara en definitiva como una opción viable.

b.3.3- Cumplimiento del deber de cooperar y la asignación de recursos extracuenca

Sin perjuicio de que, a pesar de la instrumentación de los procesos negociales pertinentes, una situación de fuerza mayor ha hecho imposible generar nuevos usos futuros por encima de los usos actuales en las 75761 has reconocidas como



preferentes en Fallos 310:2478, ya que la inconveniencia de tal desarrollo de usos futuros constatada en dichos precedentes no se ha desvanecido, lo cierto es que la Provincia de Mendoza ha sido fiel al principio de cooperación, yendo incluso más allá de las pautas esenciales que encamina dicha sentencia para encontrar soluciones a las necesidades pampeanas.

Hoy en día se acusa injusta e indebidamente a esta parte de actuar con mala fe, y se pretende teñir de inadecuada la conducta de esta Provincia en el marco de una relación de cooperación que ha sido todo lo contrario, y que ha generado en los procesos de negociación no sólo una actividad destacada, sino incluso la cesión de derechos propios de la Provincia de Mendoza a favor de la Provincia de La Pampa, enmarcado en un contexto de solidaridad que sólo buscaba de atender las necesidades básicas de esa provincia.

Es claramente palpable que la conducta de esta parte, en el marco de la cooperación y negociación que desarrolla con la Provincia de La Pampa, ha estado marcada por una buena conducta que va mucho más allá de las exigencias básicas en la materia.

Afirmamos ésto porque en función de las pautas y principios dados en Fallos 310:2478, y ante la seria dificultad ya referida en cuanto a la generación de caudales que permitan satisfacer usos futuros por sobre los actuales existentes en las 75671

has en un marco acorde al principio de equidad y razonabilidad²⁶⁵, no debería hasta el momento existir absolutamente ningún acuerdo que beneficie a La Pampa con nuevos usos por sobre los existentes en 1987.

Tales acuerdos, sólo deberían producirse si en el proceso de negociación se logra determinar una pauta de participación equitativa y razonable que resulte conveniente (Considerando 134 de Fallos 310:2478).

Resaltamos este aspecto, ya que esta parte ha negociado de una forma constante que claramente refleja la buena voluntad en encontrar soluciones sustanciales, incluso a pesar de que se determinó pericialmente que existen severas dificultades que hacen –hasta el momento- imposible superar las limitaciones fácticas que implica la ausencia de caudales suficientes en el río Atuel, ya que ello implica obras que han sido calificadas de inconvenientes desde la perspectiva económica²⁶⁶ y de difícil realización técnica²⁶⁷, limitándose

²⁶⁵ “No hay dudas, tampoco, de que La Pampa estuvo lejos de demostrar que los usos pretendidos superen en importancia a los actuales. Y resulta evidente que las obras destinadas a regar una superficie de alrededor de 15.000 has. de La Pampa son inconvenientes, pues su onerosidad resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener. La valoración de todos estos factores es necesaria para solucionar la cuestión atinente a la utilización del curso de agua interprovincial de modo razonable y equitativo”. (Considerando 135, Fallos 310:2478).

²⁶⁶ “Que el costo de tales trabajos que se describen en detalle a fs. 171/113, asciende en dólares norteamericanos a U\$S 676.000.000 (ver fs. 42, 52/57) y “la totalidad de estas obras son, a juicio de esta pericia —dicen los



el posible alcance de las obras de eficiencia a la mera cobertura de los déficit existentes en los usos actuales²⁶⁸.

hidráulicos a fs. 666 vta. del cuerpo XXVII— las que necesariamente se tendrían que realizar para hacer disponible, derivar y conducir con seguridad y calidad de aguas los caudales para su utilización en la zona de Santa Isabel”. A estas cifras, no cuestionadas en el escrito de fs. 630/641 del cuerpo XXVII y sólo objeto de tardías observaciones en el escrito de fs. 115/136 donde se impugna el peritaje económico, corresponde adicionar los “costos de mantenimiento, conservación y reconstrucción” (ver fs. 56, cuerpo XXIV). Estos costos y su financiación superan ampliamente toda factibilidad económica financiera ante los relativamente magros resultados de producción y beneficios que podrían obtenerse considerando solamente el noroeste de la Provincia de La Pampa (fs. 51 de ese cuerpo)”. Considerando 113, en concordancia con considerado 102 de Fallos 310:2478.

²⁶⁷ “Que los agrónomos coinciden en lo sustancial con la opinión de los hidráulicos en el sentido de que las obras a encarar consisten, básicamente, en la recuperación de caudales en Las Juntas y en la rehabilitación integral del distrito de riego, lo que demandará “fuertes inversiones, grandes esfuerzos humanos, aun sacrificios y un tiempo considerable” y que si fueran iniciadas de inmediato “superaría fácilmente más allá de la segunda década del próximo siglo” (fs. 76, cuerpo XXVIII), y en sentido semejante se expiden los hidrólogos, que al referirse a los caudales recuperables indican los medios para lograrlo (respuesta a la pregunta LP 106, cuerpo XVII)” Considerando 114 de Fallos 310:2478.

²⁶⁸ “Que estas consideraciones son aplicables al presente caso. En efecto, ha quedado comprobado que aun medidas razonables de conservación que elevarían la eficiencia del sistema del Atuel a 0,50 no son suficientes para generar excedentes, y que para ello se necesitaría realizar las obras de recuperación en Las Juntas. Tales trabajos no parecen ser “financiera ni físicamente posibles” ni tampoco se ha acreditado “clara y

Claro que desde un posicionamiento sesgado –como el pampeano- nada de ello tiene valor, ya que su propio posicionamiento –que busca una victoria simbólica más que otra cosa- lo lleva a ignorar o descartar cualquier situación, fundamento o alternativa que no sea la que exige.

Sin embargo, la buena voluntad mendocina en el proceso de negociación es incuestionable si se advierte no sólo que –a pesar de tan claras dificultades determinadas en las pericias- acordó un proceso de negociación continua, estableciendo mediante un Protocolo de Entendimiento Interprovincial en 1989 un mecanismo de coordinación y negociación permanente entre las Administraciones de ambas provincias, sino que además -en procura de los objetivos negociales fijados en el Protocolo de 1989- en 1992 acordó un tratado en el que se adjudicó un caudal a la provincia de La Pampa proveniente de fuentes externas al río Atuel.

Es decir, con aguas exclusivas y propias de Mendoza, sobre las que La Pampa no tenía ninguna vinculación ni derecho, se ha procurado satisfacer lo que no era posible desde el río interprovincial.

Si bien sólo se llegó a suscribir el referido Tratado de 1992 para habilitar el uso de aguas propias mendocinas en La Pampa, esta línea de análisis se ha repetido en el proceso de

convincentemente” la existencia de usos benéficos futuros que justifiquen el conjunto de los trabajos que han descripto los peritos hidráulicos” (Considerando 124 de Fallos 310: 2478).



negociación, habiendo estado en reiterada consideración la posibilidad de ampliar ese beneficio en favor de La Pampa a otras aguas propias de Mendoza.

Así, en las Actas de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior es claro que además del Tratado de 1992 que habilita a La Pampa el uso de aguas surgentes en la localidad mendocina de Punta del Agua mediante la construcción de un acueducto, además también se analizaba la identificación de otras fuentes complementarias ajenas al Atuel²⁶⁹. Más precisamente, en la reunión de fecha 27/08/2002, en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior se analizó que –además del uso de las aguas de Punta del Agua- se practicara en La Pampa el riego con otras aguas de origen exclusivo mendocino, ajenas a la cuenca del Atuel, como son las aguas de Agua Escondida²⁷⁰ (paraje mendocino ubicado cerca del límite con La Pampa, que presenta fuentes que –al igual que en el caso de Punta del Agua- no escurren al río Atuel ni llegan a territorio pampeano).

E incluso, con posterioridad, a sabiendas de las limitaciones existentes para generar usos futuros, ha mantenido permanentemente abierto el proceso negocial, llevándolo lo más lejos

²⁶⁹Punto 3 del Acta de la reunión de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, Subcomisión de Recursos Hídricos, 22 y 23 de octubre de 1992, Anexo 13 Cuerpo 3 de la prueba documental de la actora

²⁷⁰Acta de la reunión de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, 27 de agosto de 2002, Anexo 13 Cuerpo 1 de la prueba documental de la actora

posible, incluso al extremo de avanzar en la firma de acuerdos que presentaban objeciones técnicas de los organismos con competencias en la materia (como ya hemos expuesto, por afectar los caudales asignados a los usos actuales), y cuyo análisis –junto a otros aspectos de oportunidad y mérito- llevó a que carecieran de la posterior ratificación legislativa.

No pueden existir dudas entonces, de que más allá de todas las quejas y disconformidades de La Pampa, la actuación real de Mendoza refleja con **resultados concretos** una conducta diligente y efectiva en satisfacer los intereses pampeanos en juego, incluso más allá de las meras obligaciones que le competen por su calidad de coribereño. Ello es así al punto tal de que Mendoza ha declinado sus derechos sobre caudales de fuentes propias, y ha comprometido en el Tratado de 1992 atender con ellos necesidades básicas de la vecina provincia.

La cooperación, como bien afirma la demanda interpuesta por la actora (p. 90/91), implica la adaptación de conductas a preferencia de los otros actores, brindando un medio para que éstos alcancen sus objetivos.

Y en este sentido, no hay mejor prueba de la verdadera conducta de Mendoza que la concesión contenida en el Tratado de 1992. La buena voluntad y la solidaridad que implica tal decisión supera cualquier maquinación que pueda expresar la actora a través de su constante “relato” de disconformidad.



Contrariamente, la queja de la actora, en el fondo, no deja de tratar de esconder en las formalidades que descontextualiza, el verdadero éxito de la negociación y cooperación interprovincial, ejemplo de la solidaridad que debe existir en la República Argentina²⁷¹: ante la imposibilidad y dificultad actual de generar “usos futuros”, una provincia ha cedido a otra provincia recursos propios de vital importancia en zonas áridas, a pesar de que ésta última no tenía derecho alguno sobre ellos por provenir de fuentes externas a la cuenca común.

Y la postura crítica que La Pampa expone en su queja, que busca sólo obtener su objetivo más allá de que contradicen la participación equitativa y razonable dispuesta en Fallos 310:2478, y desconoce abiertamente todas las pautas dadas en esa sentencia para negociar sobre la participación equitativa y razonable sobre usos futuros, por el contrario, no deja de mostrar una posición maliciosa, que desoye lo resuelto, desconoce los derechos mendocinos, y claramente dificulta la posible negociación y acuerdo por alejarse del mismo concepto de cooperación que ella ha citado²⁷².

²⁷¹ PINTO, M., TORCHIA, N., MARTIN, L., *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008, pág. 170

²⁷² Resaltamos en este sentido que la cooperación desde la perspectiva pampeana, implica que Mendoza decline de sus usos actuales a pesar de la legalidad y legitimidad que el fallo de 1987 les reconoce, modifique los mismos o avance hacia situaciones que técnicamente se observan como inconvenientes. Lejos está La Pampa de atender cualquier objetivo que no

c- Improcedencia e inoportunidad de la creación de un comité para la cuenca del Atuel

La actora pretende que en este proceso VE proceda a la creación de un Comité de cuenca con potestades de administración. En concreto, al detallar el objeto de la demanda, expresa que lo que solicita es que

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

En consonancia con ello, en el punto VII-C de la demanda brinda las argumentaciones en base a las cuales manifiesta su postura.

Sin perjuicio de la incompetencia que en el marco del art. 122 presenta VE para resolver tal petición, tal cual hemos expresado al fundar la correspondiente excepción en tal sentido, y sin perjuicio de los mecanismos de cooperación existentes

sea el exclusivamente propio; y ello es tan así que sin escuchar razones reitera constantemente la misma reclamación ya resuelta en el pasado, sin siquiera atender que esta parte ha cedido caudales propios en pos de satisfacer intereses exclusivamente pampeanos.



que analizaremos infra, entendemos que lo requerido por la Provincia de La Pampa en esta materia carece de todo asidero legal y fundamento jurídico, según los siguientes argumentos.

c.1- Improcedencia de la creación de un organismo de cuenca como una obligación imperativa

En primer término, debemos observar que el establecimiento de una estructura como la pretendida, no resulta una solución necesaria ni un imperativo jurídico que en el marco del derecho intrafederal pueda imponerse sin la aceptación de la Provincia de Mendoza. Lo contrario, no solo violenta las reglas formuladas desde el ámbito internacional sino también el propio constitucional que rige el art. 122 CN, y además los arts. 121, 124 y 125 CN.

En este sentido, las aspiraciones pampeanas de desarrollar usos futuros, no pueden ser llevadas adelante destrozando las máximas jurídicas vigentes, tanto constitucionales como intrafederales, ya que como VE ya ha señalado, ello es tan o más reprochable que la imposibilidad de alcanzar el progreso que se procura.²⁷³

²⁷³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini s/ P.V.E. apelación, 19/03/2002, Fallos 325:428, donde expresó que: “El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de la Constitución Nacional, porque tan censurables son los regímenes políticos que niegan el bienestar de los hombres, como los que pretendan edificarlo sobre el desprecio o el quebranto de las instituciones”.

Desde el Derecho Internacional de Aguas, la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, suscripta en el ámbito de las Naciones Unidas el 21 de mayo de 1997, ha regulado la creación de estructuras institucionales vinculadas a la obligación de cooperar en el art. 8 de la misma:

Obligación general de cooperar

1. Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional.

2. Los Estados del curso de agua, al determinar las modalidades de esa cooperación, podrán considerar la posibilidad de establecer las comisiones o los mecanismos conjuntos que consideren útiles para facilitar la cooperación en relación con las medidas y los procedimientos en la materia, teniendo en cuenta la experiencia adquirida mediante la cooperación en las comisiones y los mecanismos conjuntos existentes en diversas regiones.

La doctrina ha señalado que este texto internacional habilita una posibilidad a los Estados coribereños, pero



nunca una imposición, por lo que se sostiene que este es un precepto sin fuerza normativa en este aspecto²⁷⁴.

En forma coincidente, el art. 24 de la misma Convención reafirma la potencialidad del establecimiento de un organismo mixto entre las partes de la cuenca:

1. Los Estados del curso de agua entablarán, a petición de cualquiera de ellos, consultas sobre la ordenación de un curso de agua internacional, lo cual **podrá** incluir la creación de un órgano mixto de ordenación.

Las Reglas de Berlín también exteriorizan esta situación potencial en torno a la eventual creación de un organismo común. Por una parte, de manera implícita cuando contempla que los Estados de la cuenca deben gestionar las aguas **en sus respectivos territorios** de una manera equitativa y razonable (art. 12).

En forma expresa, el art. 64 de estas Reglas de Berlín expone que tales instituciones pueden establecerse cuando sea necesario (párrafo 1) o apropiado (párrafo 2), lo que refleja su potencialidad. Reafirmando este concepto, el comentario que realiza la International Law Association de este precepto es claro en reflejar

²⁷⁴ AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela, *La Regulación Internacional del Agua Dulce*, Thomsom-Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 96

que no existe posibilidad de imponer este tipo de organismos como una obligación interestadual:

[...] el derecho internacional consuetudinario no exige específicamente que se establezcan tales instituciones ni proporciona detalles específicos para este tipo de mecanismos.

Otro tanto se advierte desde la letra constitucional expresa que regula las relaciones interprovinciales, donde claramente se estipula que “las provincias podrán crear regiones ... y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines” (art. 124).

Como puede observarse-contrariamente a lo sostenido por la actora-, del texto de la misma Constitución, e incluso de los plexos internacionales vigentes, no surge en absoluto que la creación de organismos de cuenca resulte una norma imperativa que obligue a las partes de un curso de agua interjurisdiccional.

Los Principios Rectores de Política Hídrica²⁷⁵ que invoca la actora, no refieren de modo alguno a la

²⁷⁵ Los Principios Rectores de Política Hídrica de Argentina no constituyen una norma jurídica que obligue de algún modo a las provincias. Aunque sí revisten un carácter de idea fuerza que ha sido puesto de manifiesto por las autoridades provinciales del agua mediante la suscripción del Acuerdo Federal del Agua, en el que dichas autoridades administrativas asumieron el compromiso de impulsar modificaciones en sus respectivos ordenamientos provinciales para la adopción de tales principios políticos. Sobre la gestación



existencia necesaria de una estructura como la requerida. Sino que ponen de manifiesto la jurisdicción local en la gestión del agua, aunque coordinada entre las provincias, siendo la configuración de organismos comunes sólo una potencialidad²⁷⁶.

de estos principios, ver ENRIQUEZ, Ignacio y MAGNANI, Cesar, “Hacia una política hídrica para la República Argentina”, Incorporación de los principios de la Gestión Integrada de Recursos Hídricos en los marcos legales de América Latina”, Universidad Externado de Colombia, 2005, Bogotá, pág. 124.

²⁷⁶ Los mismos principios citados por la actora así lo demuestran. El Principio 16 expresamente señala que cada Estado es responsable de la gestión de sus propios recursos y la gestión “coordinada” de las compartidas, lo que para nada implica un organismo de coadministración. La actora ha omitido parte de este principio, que refiere a que las estructuras de administración deben estar descentralizadas al nivel local más próximo al usuario, lo que no coincide para nada con su apetencia de una estructura regional supraprovincial. El Principio 19 propicia la gestión y planificación por cuenca, de modo que se consideren todas las ofertas y demandas; justamente eso es lo que ha hecho Fallos 310:2478 al establecer una regla de atribución de caudales; sin perjuicio de ello en ocasiones incluso ha sido posible incluso adicionar caudales extracuenca (Tratado de 1992), aunque La Pampa también se ha negado a ello (ver en punto VI.3.b.2.3 la propuesta de Mendoza en trasvasar de manera conjunta caudales ociosos del río Colorado). El Principio 23 manifiesta que las organizaciones de cuenca (de manera genérica) son ámbitos propicios para encontrar soluciones; y justamente eso es lo que usualmente ocurre en la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, aunque algunas de las posturas de la actora (contrarias al contenido de Fallos 310:2478) no hayan podido ser acordadas, como tampoco algunas de las propuestas de Mendoza (ejemplo del trasvase conjunto desde el río Colorado). El Principio 24 propicia una autoridad única “en cada jurisdicción

En ese sentido, la creación de tales estructuras interjurisdiccionales, en su caso, es una potestad que ostentan las partes de la relación (sea internacional o intrafederal), las que pueden optar por un sinnúmero de posibilidades al respecto.

En este sentido, Guillermo CANO en su tesis doctoral explicaba que “la clase de instituciones administrativas responsables del desarrollo de una cuenca hídrica internacional, en su organización y facultades, puede variar al infinito. [...] Esa variada gama incluye y empieza por la perspectiva de que no exista agencia alguna, porque los gobiernos interesados hayan considerado conveniente no crearla, limitándose a estipular por vía de tratados sus derechos y obligaciones y a administrarlos cada uno por sus propias agencias nacionales, como es el caso de los canales del Bajo Rin de los Países Bajos, Bélgica y Francia”²⁷⁷.

Esta gran variabilidad, responde a un particularismo que caracteriza en general al Derecho Internacional, y en particular al Derecho de los cursos de agua internacionales, donde la situación de cada cuenca y los factores que la caracterizan conlleva

(nacional y provincial)”, lo que excluye su relación al análisis actual. El Principio 25 promueve la formación de organismos de cuenca, lo que no implica que deban existir necesariamente en todos los casos, sino cuando las provincias los constituyan de acuerdo al art. 125 CN.

²⁷⁷ CANO, Guillermo, *Recursos hídricos internacionales de la Argentina*, Victor de Zavalia, Buenos Aires, 1979, pág. 126.



que existan diversas fórmulas en cuanto a las posibles estructuras institucionales²⁷⁸.

Incluso en los casos en que eventualmente se estatuyen mecanismos institucionales de cooperación, la formulación de los mismos es sumamente variable, según la voluntad de las partes en conformar las estructuras de gobierno o gestión en cuestión. McCaffrey, clasifica en este sentido estructuras que van desde meras reuniones de funcionarios que corresponden a cada gobierno nacional, hasta extremos en los que se establecen verdaderos organismos internacionales de gestión²⁷⁹.

La situación no se altera en la casuística federal. En este sentido, aunque se han producido diversos y numerosos acuerdos de distinta naturaleza sobre las aguas interprovinciales²⁸⁰, sólo algunos de ellos estipulan organismos de

²⁷⁸ SALINAS ALCEGA, Sergio, "Organismos de gestión de cuencas hídricas transfronterizas. El caso de las cuencas hispano-portuguesas", en EMBID IRUJO Y MATHUS ESCORIHUELA, *Organismos de Cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiamiento*, Dunken, Buenos Aires, 2010, pág. 441.

²⁷⁹ MCCAFFREY, S., "Action Relating to the Various Spaces. International Watercourses", en DUPUY, R.J., *A Handbook on international organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1998, pág. 742.

²⁸⁰ LOPEZ, Joaquín, "problemas generados por el aprovechamiento de los ríos interprovinciales", *La Ley*, Tº 1975-A, secc. Doc., pág. 1013. CANO, Guillermo, *Los recursos hidráulicos de argentina*, Tº 6, Consejo Federal de Inversiones,

cuenca para la gestión interestadual de cursos de agua; otros no conforman esquemas de administración, o sólo se limitan a conformar, a lo sumo, comisiones de coordinación de políticas individuales²⁸¹.

Con ello, no sólo existen límites constitucionales claros a la pretensión pampeana, sino que además en el marco del derecho intrafederal—tanto desde su contenido generado mediante tratados interprovinciales, como desde su contenido generado desde el Derecho Internacional o de gentes—, lo peticionado tampoco encuentra asidero sustancial alguno, no pudiendo imponerse a una provincia un mecanismo institucional que no acuerde.

c.2- El límite de la autonomía local

Pretender que la Corte imponga una organización burocrática a las provincias se manifiesta en perjuicio de la autonomía provincial que asegura la Constitución Nacional, y de la cual es garante el Gobierno Nacional, incluyendo ello en especial a los órganos judiciales federales.

VE ha señalado en este sentido que

Buenos Aires, 1969, pág. 113. PINTO, Mauricio, *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales*, Lajouane, 2014, pág. 281 y ss.

²⁸¹ PINTO, Mauricio, “Caracterización de los Organismos de Cuenca en el Derecho Argentino”, en EMBID IRUJO Y MATHUS ESCORIHUELA, *Organismos de Cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiamiento*, Dunken, Buenos Aires, 2010, pág. 114.



“Que, como lo determina el art. 122 de la Constitución Nacional, “las provincias se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas. Establecen su régimen electoral, eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal”, con la obvia salvedad de que en este precepto la palabra “Gobierno” incluye **a la Corte Suprema, a la que no le incumbe**, tal como lo sostuvo en el caso registrado en Fallos: 177:390, al debatirse la validez de la Constitución de Santa Fe de 1921, **discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma conforme al art. 105 de la Constitución Nacional.**

Que la naturaleza y las implicaciones de la cuestión planteada llevan a destacar que **este Tribunal, desde sus primeros pronunciamientos, jamás ha descuidado la esencial autonomía y dignidad de las entidades políticas por cuya voluntad y elección se reunieron los constituyentes argentinos**, y ha sentado el **postulado axiomático** de que “**la Constitución Federal de la República se adoptó para su gobierno como Nación, no para el gobierno particular de las provincias**, las cuales, según la declaración del art. 105, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones, y elegir por sí mismas sus gobernadores, legisladores y demás empleados; es decir: que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a

los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 104" (Fallos: 7:373; 317:1195).²⁸²

En este sentido, debemos advertir que el régimen constitucional de Mendoza ha establecido una autoridad exclusiva para la administración del agua en el territorio provincial (art. 188 CM), lo que desde ya impide el tipo de estructura administrativa que pretende conformar la actora, con potestades para de administración como máxima autoridad en las actividades de la cuenca.

En efecto, cualquier forma de institucionalización que la provincia de Mendoza acuerde, cuando exista un grado de coordinación en base a usos futuros que lo justifique, nunca podría constituirse con el "fin de administrar, como autoridad máxima, la utilización del agua en la cuenca", ya que ello impactaría sobre el alcance y contenido de la misma Constitución de Mendoza, en perjuicio de los artículos 5, 7, 122 y 123 de la Constitución Nacional, afectando la autonomía provincial que esa Corte, como integrante del Gobierno Federal, debe salvaguardar.

La forma, alcance, atribuciones y estructura de un eventual organismo de cuenca, en su oportunidad,

²⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re C. 1675. XLIII.RECURSO DE HECHO- Córdoba - convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2de septiembre de 2007 s/ recurso de apelación y nulidad



deberá ser acordado entre las provincias, no pudiendo ser desplazadas de ninguna manera en cuanto a tal potestad sin destruir la entidad que a las mismas ha asignado el federalismo argentino.

En este sentido, resaltamos que como ese Tribunal ha resuelto,

Si bien no es acertada una interpretación estática de la Constitución Nacional, porque ella dificulta la ordenada marcha y el adecuado progreso de la comunidad nacional que debe acompañar y promover la Ley Fundamental, sería falsear la tarea interpretativa desarraigar a las normas de aquellas ideas rectoras a cuya luz nacieron y que, aunque no impiden enriquecer progresivamente sus contenidos, siguen siendo fuentes nutricias de éstos (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi)²⁸³.

c.3- Inoportunidad e irrazonabilidad en la actual pretensión de constituir un organismo de cuenca

Al margen de tales limitaciones legales a la decisión que requiere la Provincia de La Pampa, observamos que tampoco existe razonabilidad ni oportunidad alguna en tal pretensión.

Como ya hemos expresado, la Corte en Fallos 310:2478 ha delimitado una clara distinción entre los usos actuales del curso de agua –sobre los que existe una preferencia de

²⁸³ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro, 01/12/1988, Fallos 311:2553

aplicación en las 75761 has que conforma el ambiente humano irrigado artificialmente en Mendoza; y los usos futuros que eventualmente puedan desarrollarse, según las pautas y principios que establece esa sentencia para la participación equitativa y razonable en el curso de agua del río Atuel.

Así las cosas, fuera del caso del suministro ya acordado en el Tratado de 1992 en beneficio del oeste pampeano, actualmente no solo no existen otros usos futuros que impliquen la posibilidad o necesidad de una actuación administrativa regional. Sino que además, el referido suministro acordado en 1992 opera eficientemente desde hace dos décadas sin necesidad de una estructura burocrática. No es entonces oportuno ni razonable generar una burocratización que no surge de las exigencias propias de la experiencia de gestión.

Con ello, lo razonable es que en el momento en que existan otros usos futuro, entonces deberá evaluarse la necesidad de una administración conjunta de algún tipo, y en tal caso podrán existir diversos mecanismos institucionales de coordinación, no necesariamente en base a nuevas estructuras burocráticas que desplacen a las autoridades legítimamente constituidas²⁸⁴.

²⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, el Comité Interjurisdiccional del Río Colorado, creado por Tratado en 1976 entre La Pampa, Mendoza, Buenos Aires, Neuquén, Río Negro y la Nación, además de un Plan de desarrollo de la cuenca, dispuso la creación de una estructura administrativa que aunque tiene por objeto asegurar el cumplimiento del Programa Único de



Sin perjuicio de todo ello, debemos también poner de manifiesto que es inexacto que hasta el momento no existen mecanismos institucionalizados de coordinación o que los mismos sean un fracaso; aunque los mismos no presentan una atribución de gestión administrativa, como infundadamente pretende de manera abusiva la Provincia de La Pampa, sí se manifiestan como una estructura negocial que coordinación interadministrativa la relación de las autoridades ejecutivas hacia la formulación de Tratados que son puesto a consideración de las respectivas legislaturas.

Si bien tal estructura de coordinación no ha producido el resultado que, de manera caprichosa y desconociendo las pautas y principios dados en Fallos 310:2478- procura la actora, no puede sostenerse que sean un fracaso ni que no hayan instrumentado una cooperación interprovincial eficaz, con acuerdos en aquellos puntos donde es física y económicamente posible llegar a los mismos.

Habilitación de Áreas de Riego y Distribución de caudales, de modo alguno desplazan a las autoridades competentes de cada Estado signatario en sus propios territorios, las que ejercen plenamente sus competencias; el COIRCO se conforma así sólo como un coordinador de las distintas jurisdicciones, las que actúan territorialmente en cada provincia a través de sus propias autoridades. El detalle de estas atribuciones puede verse en PINTO, Mauricio, "Caracterización de los organismos de cuenca en el derecho argentino", en EMBID IRUJO, Antonio y MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (dir), *Organismos de Cuenca en España y Argentina. Organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 2014, pág. 115 y ss.

Nos referimos a la Comisión Interprovincial del Río Atuel Inferior, la que se conformó en 1989 en el marco de un Protocolo Interprovincial de Entendimiento.

Tal Comisión, lejos de lo que sostiene falazmente la Provincia de La Pampa, ha sido un ámbito útil para la cooperación y negociación interprovincial en torno al río Atuel, como lo demuestra tanto el Tratado de 1992 (negociado en el marco de la misma, incluyendo en la solución arribada incluso recursos hídricos mendocinos ajenos al río Atuel) como el Convenio Marco de 2008 (aunque el mismo no lograra tomar vigencia, no deja de demostrar la existencia de un ámbito útil de coordinación y negociación entre las provincias), como otros resultados negociales propios de su objeto amplio, los que detallamos en la descripción de los hechos que hemos realizado supra.

En el punto VII.3.b.3.1 y ss., hemos expuesto el contenido negocial que se ha logrado, exitosamente, en el ámbito de la Comisión Interprovincial existente, en numerosas temáticas que incluso han impactado en Tratados varios con alcance provincial.

Como analizamos en el punto VII.2-c. y VII.3.b de este responde, el Protocolo de Entendimiento Interprovincial suscripto en 1989, aunque no es propiamente un Tratado sino sólo un acuerdo interadministrativo de coordinación, ha sido esencial para arribar a acuerdos de alta trascendencia, no sólo vinculado a las necesidades hídricas de la población de la Provincia de La Pampa



(como el suministro de agua potable gratuito para la población pampeana de la zona dispuesto en 1992 más allá del conflicto sobre el río Atuel), sino a muchas otras. En ese ámbito de relación interadministrativa acordado por las autoridades ejecutivas provinciales, y -aunque incluyéndolo- más allá del recurso hídrico, se han realizado innumerables actuaciones formales e informales tendientes a concretar acuerdos interprovinciales, dentro de los objetivos de negociación que fueron pautados en el Protocolo de Entendimiento Interprovincial²⁸⁵, los que sin dudas muestran el

²⁸⁵ La Comisión Interprovincial del Atuel Inferior instrumentada por este protocolo, se organiza en base a diversas áreas temáticas que, además de la temática c) Recursos Hídricos, el Protocolo contempla las áreas temáticas a) Aspectos sociales, b) Aspectos económicos y d) Aspectos políticos e institucionales. A través de dichas áreas se contemplan acciones tendientes a 1- Formular planes en áreas de educación, salud, cultura y vivienda que abarquen no sólo necesidades de infraestructura sino también la formación y asistencia a los individuos; 2- políticas de fomento y promoción comercial y turística que propendan el aumento del intercambio y complementación comercial; 3- proyectos de desarrollo agropecuario que simultáneamente planteen la recuperación del sistema ecológico; 4- Aumento de la oferta hídrica del río Atuel que permita la creación de nuevas áreas bajo riego; 5- Acciones tendientes al restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del río Atuel, y a la utilización de las aguas para satisfacer las necesidades de aprovisionamiento de la población; 6- planes energéticos y viales; 7- sistemas de comunicación civil y policial; 8- Participación del estado Nacional; 9- Incorporación de los sectores sociales y económicos al proceso de integración.

indudable éxito del proceso de cooperación²⁸⁶.

La instancia de institucionalización acordada en la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior, presenta un Estatuto de funcionamiento aprobado como Anexo I y acompañada en autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” por los Fiscales de Estado de ambas provincias, donde puede atenderse a los fines probatorios, donde se especifica que el objeto de esa Comisión es – justamente- desarrollar las acciones, estudios y proyecto para cumplir las metas fijadas en el protocolo de entendimiento interprovincial (art. 2); y que su Comité Ejecutivo debía elevar al Consejo de Gobierno los proyectos de acuerdo, convenio, protocolos, etc. correspondientes para lograr los objetivos del Protocolo de Entendimiento Interprovincial.

Específicamente, se estipula dentro de las Funciones del Comité Ejecutivo de la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior, que el mismo deberá “b) Proponer la creación de entes u organismos interjurisdiccionales para la ejecución, por administración o por terceros de los estudios, proyectos y obras necesarias para el cumplimiento de los objetivos planteados.

²⁸⁶Por Ley 7243, Mendoza ratificó el Convenio de Cooperación Técnica – Comercial con la Provincia de La Pampa, el que materializa las acciones 2 y 3 del Protocolo de Entendimiento Interprovincial. Por Ley 7717 Mendoza ha ratificado en Convenio sobre Alerta y Colaboración en los Incendios Rurales, que responde a las acciones 3 y 7 del protocolo de Entendimiento Interprovincial.



En definitiva, la creación de tal tipo de entes puede ser propuesta a los Gobernadores, quienes en finalmente ostentan las potestades constitucionales de suscribir tratados, que eventualmente pueden ser aprobados o desechados por las legislaturas, sin intervención del gobierno federal. Justamente, este esquema es el que dio lugar al Convenio de 2008, también mencionado por la actora, el que como ya se ha expresado fracasó por su rechazo legislativo en Mendoza y su no suscripción regular por la Nación.

Debemos resaltar, finalmente, que el ámbito de la Comisión Interprovincial existente ha demostrado ser adecuado y eficiente –como hemos analizado en los puntos VII.3.b.3- en caso de que deba negociarse un Tratado –sobre usos futuros u otro tema- o coordinarse la realización y mantenimiento de obras interprovinciales –como se instrumentó a partir del Tratado de 1992-.

Con ello, en la medida en que resulten posibles usos futuros, existe una previsión formalizada para negociar y en su caso crear un organismo interjurisdiccional, si así se entendiere adecuado en ese momento. Pero intertanto los usos actuales no logren superarse, todo ello es una mera expectativa.

c.4- Las relaciones interprovinciales y las normas de presupuestos mínimos

Una referencia particular requieren las normas nacionales que invoca la actora, en particular las Leyes 25675 y 25688.

En primer término, debemos resaltar que la relación entre las provincias en torno al uso de las aguas interjurisdiccionales, en principio, es de naturaleza política, y con ello se rigen por el derecho constitucional, y ante vacíos o lagunas en el mismo, por el **derecho intrafederal**, y no por las normas que generan los poderes constituidos federales, los que carecen de potestades para regular aspectos no delegados (art. 121 CN), en especial cuando se trata de establecer órganos de administración regionales.

Justamente, la jurisdicción dirimente por la que se ha planteado este litigio importa limitar su contenido a la relación interprovincial que hace a las partes, y con ello es en el marco del derecho intrafederal donde debe encontrarse la solución del caso.

La expresión Derecho intrafederal fue desarrollada por Fermín UBERTONE²⁸⁷, quien comprendía en tal expresión al Derecho interprovincial (tratados entre provincias) y al Derecho intrafederal propiamente dicho (tratados entre Nación y provincias), siendo tal categoría jurídica mantenida con posterioridad en la doctrina y jurisprudencia.

²⁸⁷UBERTONE, Fermín, “Los tratados parciales en la Constitución Federal”, Revista La Ley, T° 141, pág. 876



BIDART CAMPOS refiere al Derecho intrafederal como **aquel que se compone por las relaciones de las provincias con el Estado federal, y de las relaciones interprovinciales**, permitiendo así su distinción del Derecho federal (propio de los órganos federales) y provincial (propio de los órganos locales). Su contenido incluye las normas de naturaleza interjurisdiccional, como tratados o “leyes-convenio”²⁸⁸.

Es en este marco donde aparecen las regiones y los tratados interprovinciales (art. 124 y 125 CN) y el poder dirimente de la Corte ante quejas interprovinciales (art. 127 CN).

La Corte Suprema de la Nación Argentina ha observado esta manifestación del Derecho al entender que: “El Pacto Federal, como las demás creaciones legales del Federalismo de concertación, configura el Derecho intrafederal y se incorpora, una vez ratificado por la legislatura, al Derecho público interno de cada Estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: Nación y provincias”²⁸⁹.

²⁸⁸ BIDART CAMPOS, Germán, *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pág. 50

²⁸⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa, sentencia del 19/08/1999, Fallos 322:1781; in re Estado Nacional - Estado Mayor General del Ejército

Con ello, advertimos primeramente que la relación que la demandante pretende producir mediante una sentencia dirimente, es una relación de derecho intrafederal, donde la Corte subsana una queja interprovincial, **dentro de los límites que impone la constitución**, y en su defecto los principios generales que provienen del **derecho internacional o de gentes**.

En el derecho comparado, la Corte norteamericana ha establecido que la determinación de la derechos relativos de los Estados contendientes en relación con la utilización de los cursos que fluyen a través de ellos no se rige por las mismas normas de Derecho que se aplican en esos Estados para la solución de cuestiones similares de Derecho común o civil, y rechazó una petición de Connecticut en cuanto a un reparto de caudales que implicara una situación sin menoscabo de flujo para el Estado de aguas abajo en base a las legislaciones de aguas perteneciente al derecho común de los Estados²⁹⁰.

El Derecho dictado por el **Congreso**, en este sentido, **carece de significancia** para la determinación de la solución del caso como ha sido planteado, y por ello las referencias a las normas nacionales que se efectúan en torno al tema que analizamos

c/Córdoba, Provincia de s/acción de inconstitucionalidad, 10/07/2012, Fallos 335: 1274

²⁹⁰*Connecticut v. Massachusetts* (1931), 282 US 660.



–como la Ley 25688- son improcedentes e ineficaces a la relación sobre la que debe resolverse.

Por ello, aunque el Congreso es competente para dictar normas que regulan diversas materias – incluyendo los presupuestos mínimos de protección ambiental-, la relación interprovincial que es objeto de un proceso dirimente como el presente no se constituye sobre el esquema regulatorio policial que se aplica a las relaciones subjetivas bajo el control del Estado, y por ello no puede ser juzgado como si se tratara de una causa judicial.

c.5- Las normas de presupuestos mínimos y sus límites constitucionales

Sin perjuicio de lo que expresamos en el punto anterior, por otra parte, debemos resaltar que esta parte en su oportunidad cuestionó la constitucionalidad de la Ley 25688, aunque VE, en ejercicio de las competencias que le otorga el art. 117 CN, entendió que no correspondía resolver la causa por cuanto se carecía de un “caso”, encuadrando el planteo entablado por Mendoza como meramente consultivo y desprovisto de la concreción e inmediatez necesaria para un fallo al respecto²⁹¹.

²⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Mendoza, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de inconstitucionalidad, 26/03/2009, donde se expresó que “Que de ello se sigue que la acción entablada reviste carácter meramente consultivo, aparece desprovisto de la concreción e inmediatez necesarias, al

En el actual proceso, ajeno a la competencia judicial que otorga el art. 117 CN, es impropio pretender una declaración de la inconstitucionalidad de esa norma.

Sin embargo, en el ejercicio de la función dirimente que habilita el art. 127 CN, la Corte **no puede dejar de aplicar primeramente la Constitución Nacional** antes que cualquier precepto legal que entienda –en su caso- aplicable a la causa, y en tal supuesto debe interpretar armónicamente dichos preceptos con los límites que la jerarquía constitucional impone.

Sin perjuicio de ello, y a pesar de que entendemos que formalmente este proceso dirimente no es una instancia judicial en la que sea procedente un planteo de inconstitucionalidad, a los fines de no relegar ninguna variante defensiva, **en este acto planteamos la inconstitucionalidad** de los arts. 4 y 6 de la Ley 25688, por contradecir los arts. 5, 41, 121, 122, 123, 124, y 125 CN, lo que solicitamos que se tenga presente y –en caso de considerarse procedente- se resuelva.

propio tiempo que el contenido de la demanda muestra [...] que no se dirige a que se establezca el modo de ser de la relación jurídica que vincula a la actora con YPF SA en sede administrativa, sino a obtener la derogación *erga omnes* de la ley impugnada y la nulidad absoluta de todos los actos administrativos que se hubieren dictado en consecuencia de aquella [...], declaración ésta última ajena a la específica modalidad que ha admitido este Tribunal” (Considerando 13).



Traemos entonces a colación las diversas observaciones de las que ha sido objeto la Ley 25688, en especial en el sentido y alcance invocado por la actora en su queja.

Las apreciaciones doctrinarias sobre la inconstitucionalidad de esta norma son diversas y nutridas.

Amílcar MOYANO sostiene que la ley nacional 25688 cuando pretende establecer presupuestos mínimos y rectores de la política hídrica nacional, olvida que el art 41 CN le impide modificar la jurisdicción local, y que el art 75 inc. 12, con el art. 121, 124 *in fine* y 125 confirman que el dominio y jurisdicción sobre las aguas en Argentina es exclusivamente local, lo que incluye la facultad de crear regiones geográficas o económicas, entre las que están comprendidas las cuencas hídricas²⁹²

²⁹² MOYANO, Amílcar, “La inconsistencia de la ley de cuencas hídricas para Mendoza”, *Revista La Ley Gran Cuyo*, T° 2003, pág. 289. El autor además observa que: “La potestad de las provincias para crear regiones geográficas o económicas es una facultad no delegada a la nación en el art. 124 de la Constitución nacional. Por ende cuando el art. 3 y 4 de la ley 25688 crea cuencas hídricas ambientales como unidad de gestión, se arroga facultades inexistentes, porque dominio y jurisdicción sobre las aguas provinciales siguen siendo atribución exclusiva de los Estados miembros, tal como se desprende de los arts. 41 y 75 inc. 12 de la misma Constitución. Aún más, después de aceptado el dominio originario de los recursos naturales de las 24 provincias argentinas en el art. 124 *in fine* de igual Constitución, la nación carece de toda disposición sobre las cuencas jurisdiccionales o interjurisdiccionales. Pero aún así, el art. 3 de la ley 25688 considera que la cuenca es indivisible en su gestión, lo que viola los arts. 5 y 122 de la

Mario VALLS entiende que en toda la ley 25688 lo único que podría considerarse incluido en los presupuestos mínimos que el artículo 41 CN autoriza es la declaración del artículo 3 en cuanto a que las cuencas hídricas como unidad de gestión del recurso se consideran indivisibles. Sostiene además que: “El art. 7 también refiere a esos presupuestos, pero sin nombrarlos. Es el que encarga a la autoridad nacional que los dicte. [...] Las demás normas de la Ley 25688 reforman el Código Civil en materia de uso de aguas y organizan un sistema administrativo nacional para cumplir determinadas funciones con relación a las cuencas interjurisdiccionales, pero no establecen presupuestos mínimos”²⁹³. Resaltamos justamente, en relación al señalado “sistema

Constitución, por los que la nación debe garantizar a las provincias que se den sus propias instituciones locales y se rijan por ellas”.

²⁹³VALLS, Mario, “Ley 25688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas ¿Presupuestos mínimos ambientales o policía federal de actividades que causen impacto ambiental significativo sobre otras jurisdicciones”, *Jurisprudencia Argentina*, 16 de abril de 2002, fascículo n° 3, y *Jurisprudencia Argentina*, T° 2003- II. Desde ya debemos señalar que si bien coincidimos con la opinión de este autor en cuanto a que la Ley 25688 no establece presupuestos mínimos, no creemos que se trate de una reforma a la legislación de fondo, ya que regula sobre uso de bienes públicos (propio del derecho administrativo provincial) y sobre relaciones interprovinciales (propio del derecho interestadual y ajeno a las normas civiles, conforme reconoce la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos* (1987), Fallos 310: 2478, considerandos 70 y 71.



administrativo nacional” que el art. 41 CN impide que las normas de presupuestos mínimos alteren la jurisdicción local.

Desde el mismo ámbito del Poder Ejecutivo nacional se ha observado, en referencia a la Ley 25688 y su contenido, que “la determinación de presupuestos mínimos ambientales que la Reforma Constitucional de 1994 atribuyó a la Nación, no fue realizada por el Congreso Nacional sino que éste delegó dicha atribución en la “autoridad de aplicación”. Esta delegación no surge del art. 41 CN y, más aun, resultaría vedada por el art. 76 que expresamente prohíbe “la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o emergencia pública, con lazos fijados para su ejercicio, y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.²⁹⁴

PIGRETTI afirma que aunque la Ley 25688 se denomina Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, de cuestiones ambientales no trata. Entiende que en realidad constituye una ley de manejo político de las aguas. La cuestión ambiental es incidental en el texto en cuestión, pero en cambio entiende que: “Lo que sí puede decirse desde una visión político-jurídica, es que la ley elabora una auténtica centralización de la decisión hídrica. Ello se logra mediante la aplicación de la norma por cómo se organiza la toma de decisión

²⁹⁴ Observatorio de Políticas Públicas del cuerpo de administradores gubernamentales, Jefatura de Gabinete de Ministros, Estudio de Caso de Políticas Públicas, Situación de cuencas hídricas. Cuenca Matanza Riachuelo, 2008. Disponible en www.sgp.govar/contenidos/ag/paginas/opp/opp.html

unitaria que propone. [...] Tampoco creemos que se trate de presupuestos mínimos, pese a que nos encontramos frente a una ley muy breve. Pese a su brevedad, su contenido es de presupuestos máximos de manejo de aguas, pero nada de ambiente. [...] No podemos menos que considerar que este tipo de legislación que enfrentamos no persigue otra cosa que la transferencia de las facultades no delegadas por las Provincias al Estado nacional. Hay una suerte de desesperación jurídica por lograr convertir al país federal en un país unitario, sin necesidad alguna de realizar una reforma constitucional”²⁹⁵.

Como autoridades del Consejo Hídrico Federal, PETRI, ROHRMANN y PILAR han expresado que: “El 18 de diciembre de 2002, la mayoría de las Autoridades Hídricas Provinciales suscribimos una nota que fue enviada al Poder Ejecutivo Nacional en la que solicitamos se arbitren los medios para vetar totalmente dicha norma. [...] Posteriormente, el 8 de mayo del 2003, los integrantes del COHIFE, recientemente constituido, elaboramos un acta declarativa sobre la Ley 25688, impulsando su derogación”²⁹⁶. Esta oposición por parte de las autoridades administrativas con competencia en la

²⁹⁵PIGRETTI, Eduardo, “Gestión Ambiental de las Aguas”, *Anales de la Legislación Argentina*, vol. 1/2003, pág. 42 (LXIII-A-1417). PIGRETTI, Eduardo, *Derecho Ambiental Profundizado*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 90.

²⁹⁶PETRI, Daniel, ROHRMANN, Hugo y PILAR Jorge, “Posición del COHIFFE sobre la Ley 25688”, *Revista La Ley*, Suplemento de Derecho Ambiental, 11 de mayo de 2005, pág. 2. En el momento de emitir esta opinión, los autores formaban parte del Comité Ejecutivo del Consejo Hídrico Federal (COHIFE)



materia -explican PETRI, ROHRMANN y PILAR- se genera en cuanto la mayoría de las Autoridades Hídricas Provinciales, con diferentes matices, coinciden en que la Ley 25688 avanza sobre competencias provinciales no delegadas a la Nación en materia de cuencas y de organización de Comités de Cuenca, como también en la gestión de los recursos naturales, el desarrollo de instituciones locales y la planificación, uso y gestión del agua, observando que ese criterio es compartido por varios Senadores Nacionales, que presentaron proyectos de derogación de la norma.

FLORES²⁹⁷ entiende que resulta claro que todo lo establecido por la Ley 25688 limita a las Provincias de su competencia para realizar la explotación de sus cursos y cuerpos de agua haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 124 in fine y 125 primer párrafo CN. Con ello, entiende que las Provincias se ven limitadas para poder firmar convenios con otras Provincias a fin de constituir regiones, o bien establecer con la Provincia que necesiten o dispongan una forma de explotación de común de sus ríos, ya que se encuentran limitados por las cuencas que han sido creadas y establecidas en la Ley de Presupuestos Mínimos 25688. Sobre tal razonamiento, concluye: “Luego de la lectura del plexo normativo vigente en la Provincia de Buenos Aires sobre la materia de aguas, el que debe ser conjugado con la Constitución Nacional, el Código Civil y

²⁹⁷ FLORES, María Marcela, “La regulación del recurso agua en la Provincia de Buenos Aires”, *Revista La Ley*, suplemento de Derecho Ambiental, miércoles 11 de mayo de 2005, pág. 5.

la Ley de Presupuestos Mínimos 25688, y realizando un análisis ambiental de cómo se encuentra regulado este tema, surge la necesidad primaria de establecer una gestión integral del recurso en estudio. En este sentido, y utilizando los instrumentos jurídicos existentes en la normativa reseñada, entendemos que deberían conformarse los comités de cuenca interjurisdiccionales, siguiendo el sistema establecido en el art. 124 de la Constitución Nacional, a los fines de lograr de esta forma el consenso entre las jurisdicciones locales que formarán parte de los mismos”.

MATHUS ESCORIHUELA²⁹⁸, ha sostenido que aunque la ley 25688 no contiene “presupuestos mínimos” ambientales para la protección o preservación de las aguas, capaces de tener vigencia en todo el país y ser útiles a las Provincias para que éstas las complementen con legislación Provincial, siendo lo más paradójico de esta ley que en su artículo 7 difiere toda la regulación normativa sustancial a la autoridad de aplicación, considerando que ello es una verdadera aberración jurídica porque por vía de reglamentación anómala confiere potestad legislativa al órgano ejecutivo, en una clara violación a la división de poderes que consagra la CN. Con todo ello MATHUS ESCORIHUELA concluye: “Como se advierte, lo que caracteriza al articulado reseñado, es un desconocimiento de las facultades y atribuciones que por la

²⁹⁸MATHUS ESCORIHUELA, Miguel, “La legislación y la administración del agua en la actualidad entre la utopía y la realidad”, ponencia en XX Congreso Nacional del Agua, Mendoza, mayo 2005, publicado digitalmente en la Actas del referido Congreso.



Constitución Nacional les corresponde a las Provincias, en el campo de la administración y de la gestión de sus recursos hídricos, es decir, de lo concerniente al uso del agua, que es una materia ajena a las competencias de la Nación, salvo los supuestos de excepción a los que nos hemos referido más arriba.”

PINTO, por su parte, observado entre otras cosas que la referida norma no puede considerarse de presupuestos mínimos -en la medida en que dispone desarrollos que no dejan margen alguno para la complementación provincial²⁹⁹-, y altera las jurisdicciones locales violentando el sistema federal al constituir desde la esfera nacional órganos que deberían propios de aquellas jurisdicciones y colocar en manos de éstos una autoridad ajena a los mismos³⁰⁰; resaltando además que la norma regula –

²⁹⁹ “Sin embargo, la Ley 25688, lejos de considerar cuestiones mínimos, básicas, que resulten el piso a partir del cual las provincias puedan dar sus normas complementarias, ha avanzado en aspectos normativos que exceden dichas cuestiones. Cuando la referida Ley 25688 dispone la creación de organismos consultivos específicos (art. 4), más que fijar objetivos o establecer bases que las provincias desarrollen complementariamente de acuerdo a sus necesidades, ha pretendido fijar una “solución” definitiva a las cuestiones interjurisdiccionales, olvidándose de las distintas realidades y necesidades en cada provincia y en cada cuenca, así como las distintas alternativas de solución que la forma federal reinante en nuestro país puede dar lugar (con cita de ejemplos de dichas alternativas referidos en la doctrina)”

³⁰⁰PINTO, Mauricio, “Consideraciones sobre la pretendida norma de presupuestos mínimos ambientales en materia hídrica. A propósito de la ley 25688”, La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, 29 de abril de 2003, pág.

excediendo la competencia que delega el art. 41 CN- aspectos que hacen al uso del agua más que a la protección a la que deben referir los “presupuestos mínimos de protección”, siendo que en el único artículo en que la Ley se refiere a la protección lo hace para encomendar su regulación a la autoridad administrativa, lo que es inconstitucional en base al artículo 76 CN³⁰¹.

RODRIGUEZ SALAS, a su vez, refiere las observaciones que tanto en la doctrina como desde el COFEMA se realizan sobre el exceso normativo que se da en la materia, para luego resaltar la desnaturalización que del art. 41 CN produce la Ley 25688 cuando impone los comité de cuenca, ya que ello vulnera lo que se entiende por presupuesto mínimo ambiental, interviniendo en la gestión misma de un recurso natural que por imperio constitucional corresponde a cada Estado provincial gestionar³⁰².

MORALES LAMBERTI y NOVAK³⁰³ expresan -en un extenso análisis- un fuerte cuestionamientos a la norma referida. En lo que nos interesa al tema en danza, observa que el art. 4 de la Ley 25688 no promueve, sino establece organismos de

1; “Ley de presupuestos ambientales hídrico”, La Ley Gran Cuyo, Tº 2003, pág. 292.

³⁰¹ PINTO, Mauricio, *El régimen jurídico de los ríos interprovinciales*, Lajouane, Buenos Aires, 2014, pág. 268.

³⁰² RODRIGUEZ SALAS, Aldo, “El fin del federalismo discrecional”, *Revista de Derecho Ambiental*, nº 16, pág. 89

³⁰³ MORALES LAMBERTI, Alicia y NOVAK, Aldo, *Instituciones de Derecho Ambiental*, Lerner, Córdoba, 2005, pág. 554 y ss.



cuenca, siendo esta una facultad que no ha sido delegada a la Nación. Esta situación, según observan, no constituye un presupuesto mínimo de protección ambiental sino la imposición de una estructura que decide sobre el destino del dominio público local olvidando que la jurisdicción es local³⁰⁴

Defendiendo la conveniencia del régimen establecido por la Ley 25688, la entonces Senadora MÜLLER³⁰⁵ ha expresado que: “Cuando se comenzó a estudiar la presentación legislativa de esta norma, nos orientamos en una propuesta del ex Consejo Nacional de Posguerra, presidida por el entonces Coronel Juan D. Perón, que atribuyó facultades regulatorias de los ríos

³⁰⁴ “En su artículo 4 se crean los comités de cuencas hídricas para asesorar en la gestión del agua, y colaborar en la gestión ambientalmente sustentable de las cuencas. El art. 41 CN, en la parte final de su tercer párrafo, es claro en cuanto a que los presupuestos mínimos no pueden alterar las jurisdicciones locales, las que continúan dentro de la materia no delegada a la Nación, y por ello reservada (art. 121 CN). Por ello, como ya se expresó, la jurisdicción local, a través de sus instituciones, es enteramente responsable de la regulación y desarrollo de la gestión del agua como recurso. Un organismo interjurisdiccional impuesto por una ley nacional (y no por la voluntad de los Estados provinciales soberanos) que decide en forma vinculante sobre el dominio público provincial, y que ejerce a modo de colaboración funciones administrativas, resulta una clara violación a la soberanía de cada Estado y a la Constitución Nacional”.

³⁰⁵ MÜLLER, Mabel, “Gestión ambiental de aguas: una estrategia de uso sustentable”, Revista La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, miércoles 11 de mayo de 2005, pág. 1

interprovinciales en organismos federales para asegurar su racional y armónica utilización en todo su curso de acuerdo con la población y necesidades de cada Provincia. La reforma constitucional de 1948 afianzó este criterio cuando facultó al Congreso de la Nación para legislar (art. 68 inc. 14) y al Poder Ejecutivo para ejercer la policía de los ríos interprovinciales (art. 83 inc. 2) y nacionalizó las caídas de agua”. Creemos importante citar la opinión de la Senadora MÜLLER, ya que es la autora del proyecto de la Ley 25688. La parte transcripta de su opinión doctrinal es trascendental, en cuanto muestra que **el texto de ley se fundó en Derecho constitucional que no está vigente, y que incluso es contrario al de la Constitución de 1853** y su modificación de 1994, donde no corresponde a la Nación legislar ni ejercer funciones de policía de los ríos interprovinciales, ni el dominio de las caídas de agua. Solo dictar presupuestos mínimos de protección ambiental sin alterar las jurisdicciones locales. Por demás, el resto del comentario doctrinal de la Senadora MÜLLER pretende justificar la validez de la Ley 25688, aunque reconociendo que regula aspectos de gestión (y no de estricta protección) y crea instituciones federales que han de aplicar la norma en las jurisdicciones locales (es decir, alterando las mismas).

En resumen, el eje del cuestionamiento que realizamos, es que el Congreso es incompetente para crear cualquier comité o estructura burocrática que actúe en el ámbito jurisdiccional local, y mucho menos que adopte decisiones – dictámenes vinculantes- sobre la eventual utilización de recursos provinciales.



Tal posibilidad, vedada de manera genérica por el art. 121 CN, ha sido prohibida de manera expresa por el art. 122 CN. Y la norma contenida en el art. 41 CN, aunque delega a la nación la posibilidad de regular aspectos de protección ambiental, expresamente establece que ello debe ser sin alterar la jurisdicción local.

Resaltamos al respecto que la Ley General del Ambiente 25675 no incurrió en el error de la Ley 25688. Cuando introdujo un organismo interjurisdiccional lo hizo **respetando el marco constitucional expresado**. Así, en su artículo 23 crea el Sistema Ambiental Federal con el objeto de desarrollar la coordinación de la política ambiental en todo el país, con eje en el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA). Este es un **organismo de derecho intrafederal creado convencionalmente por las provincias en el año 1990** y cuya acta constitutiva se incorporó como Anexo I a la Ley 25675, no sin antes **ratificar los acuerdos federales** (art. 25). Reconoce así los límites competenciales constitucionales, no obstante su carácter de Ley de presupuestos mínimos de protección ambiental, para la organización y concertación de la política ambiental argentina. La importancia del COFEMA en las cuestiones interjurisdiccionales se refleja en numerosas resoluciones que han señalado necesidad de lograr una interpretación armónica de las normas de presupuestos mínimos sin desnaturalizar lo dispuesto por el Artículo 124 in fine de la Constitución Nacional (tal cual contempla la Resolución 313/15 de COFEMA, de carácter imperativo para las partes).

Otro tanto ocurre con la creación de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR), donde la Ley 26168 reconoció la necesidad del **acuerdo provincial a través de la adhesión** de las respectivas jurisdicciones locales mediante sus propias legislaturas (art. 14), tal cual habían programado las partes intervinientes en el Convenio de 28/08/2006³⁰⁶.

c.6- La improcedencia de una participación necesaria del Estado Nacional en la gestión de un río interprovincial

Es absolutamente inadmisibles la proposición pampeana en cuanto a que en la eventual estructura burocrática que se conforme, en su caso y de la forma que contempla la Constitución Nacional, deba participar necesariamente el Estado Nacional.

No es que la Nación no pueda participar si así se conviniera, pero ello es una posibilidad bajo decisión de los Estados provinciales que acuerden al respecto, y no puede ser impuesta de modo alguno en el marco de los arts. 121, 122, 124 y 125 CN.

Si bien en el proceso convencional intrafederal el Estado federal a través de las autoridades de su

³⁰⁶ Ver este proceso en PINTO, Mauricio, "Caracterización de los Organismos de Cuenca en el Derecho Argentino", en EMBID IRUJO Y MATHUS ESCORIHUELA, Organismos de Cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiamiento, Dunken, Buenos Aires, 2010, pág. 144.



gobierno se presenta en diversas ocasiones como parte de tratados interprovinciales sobre cursos de agua, cuando los arts. 124 y 125 CN regulan las atribuciones provinciales para suscribir esos tratados o crear regiones y darles sus propios órganos, no sólo no contemplan en tal relación presencia nacional, sino que excluyen su carácter necesario –en concordancia con el art. 122 CN- al descartar autorización del Congreso al respecto.

De igual manera, desde la perspectiva competencial, el mismo art. 41 CN ha impuesto como principio la actuación de la jurisdicción local, así que salvo delegación hacia la esfera federal, la misma no presente causa que justifique su participación.

Por ello, la participación del Estado Nacional en los Tratados interprovinciales que regulan regiones como las cuencas, y dan órganos para las mismas, es algo contingente y no necesario que –no estando ni exigido ni prohibido- nada lo impide, pero tampoco lo impone.

En consecuencia, si bien el Estado federal, salvo que presente un interés propio concreto, no resulta una parte necesaria en los tratados parciales que celebren las Provincias para fines de interés económico o trabajos de utilidad común o para crear regiones y darle órganos administrativos, puede ser en el caso concreto un actor de importancia, que incentive y apoye los objetivos procurados por las partes, y las provincias acepten incorporar a una relación que a la que en principio es ajeno (como la actora y esta parte

contemplaron analizar en las negociaciones que instrumentó el Protocolo de 1989, y que dieran finalmente lugar al Tratado de 1992 con una participación del Estado Nacional en la financiación de las obras allí dispuestas).

El federalismo de concertación justamente se basa en este tipo de acuerdos, pero justamente es un federalismo “de concertación”, depende de la voluntad directa de los actores necesarios, es decir, de las provincias.

Especialmente, porque como observa FRIAS, aunque la nación puede cubrir un rol que favorece la coordinación, no siempre la presencia nacional es adecuada, ya que puede generar un círculo vicioso a partir de una falta de desarrollo técnico y político de las jurisdicciones locales, que de facto les resta independencia de la centralización que pueda impulsar políticamente el gobierno nacional, siendo ello un signo de dependencia que deteriora el sistema federal³⁰⁷.

En este sentido, genera un fuerte rechazo de esta parte la argumentación pampeana expuesta en la p. 185 de la demanda, donde justifica la “necesidad inaplazable” de incorporar al Estado Nacional al organismo de cuenca que impulsa. En la visión pampeana, ante la imposibilidad de llegar a acuerdos entre Mendoza y La Pampa, debería imponerse un organismo de administración como

³⁰⁷ FRÍAS, Pedro, “Autonomía y dependencia en las Provincias”, en FRÍAS, Pedro et al, *Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 27



máxima autoridad que esté conformado con el Gobierno Nacional para que decida frente a esa disidencia de las provincias.

Nos alarma esta pretensión. En parte, porque la diferencia entre provincias no las debe resolver el Poder Ejecutivo Nacional sino esta Corte (art. 127 CN), y con ello lo que La Pampa procura es neutralizar la igualdad soberana entre ambas provincias en el régimen constitucional y reemplazarla por un esquema de alianza política favorable para una de las provincias.

Pero además, porque aunque el rol del gobierno federal puede ser determinante en algunos casos para el éxito de la relación –en cuanto a su capacidad financiera y técnica– un liderazgo técnico no compartido por una de las partes genera una dependencia descalificable³⁰⁸.

Por otra parte, resaltamos la indebida invocación que realiza la actora para justificar su pretensión del principio de subsidiariedad, cooperación y solidaridad que estatuye el art. 4 de la Ley 25675, así como del precepto expuesto en el art. 5 de esa misma ley.

En relación a esto último, el señalado principio de subsidiariedad expresamente es positivizado por el legislador en forma acotada a la relación **entre el Estado y los particulares**. Es concreción desde la legislación ambiental de su más

³⁰⁸ FRÍAS, Pedro, *Introducción al Derecho Público Provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 87

conocida expresión que en materia socioeconómica propician las vertientes liberales, y acorde a las cuales el Estado no debe desplazar al individuo en los cometidos en que éste sea suficiente.

Tal definición normativa se separa de otras aplicaciones del principio, de corte político, y que conlleva a las relaciones interestadales³⁰⁹, y que es lógico que así sea ya que ello llevaría a modificar la distribución de competencias que fija la Constitución, generando una suerte de acompañamiento permanente de la Nación sobre el actuar provincial.

De este modo, la misma Ley 25675 ha excluido explícitamente a la aplicación de tal máxima de la relación federal entre Nación y Provincias, lo que es plenamente coherente con el sistema de distribución de competencias que fijan los arts. 121 y 41 CN, donde la Nación no puede actuar en materia que no le ha sido delegada, ni avasallar con leyes de presupuestos mínimos a las jurisdicciones locales. Por ello, dicho principio de subsidiariedad nada tiene que ver con la eventual relación que pueda existir entre las provincias y la Nación, y nunca puede justificar que la Nación actúe complementando a la autoridad provincial allí donde no es

³⁰⁹ En este sentido, a diferencia de nuestro régimen, se materializa el principio de subsidiariedad en el Derecho Comunitario Europeo. Sobre esta conformación: GIL-ROBLES y GIL-DELGADO, José María, "El principio de subsidiariedad en la construcción europea", Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 2, 1993, págs. 7-25.



competente, no pudiendo nunca la Ley 25675 -al fijar este principio- haber alterado la jurisdicción local en contradicción con el art. 41 CN.

Además de ello, explica CAFFERATTA que además del aspecto positivo -actuación subsidiaria cuando sea necesaria-, el principio contiene un aspecto negativo, consistente en que la autoridad nacional debe abstenerse de asumir funciones que pueden ser cumplidas eficientemente por los particulares³¹⁰.

Y en torno a la conformación de estructuras burocráticas como las pretendidas por La Pampa, justamente, y más allá de que como ya referimos no estamos ante una relación entre particulares controlados por la policía ambiental nacional, sino de provincias autónomas que actúan con independencia de toda intervención federal, no existe impedimento o debilidad alguna de los estamentos establecidos por la Constitución para gestionar sus propios asuntos.

En relación al principio de solidaridad, de acuerdo a la Ley 25675 el mismo importa que “La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos”. Nuevamente, **el rol que se asigna al Estado nacional en el texto expreso de la ley se refiere “a su**

³¹⁰ CAFFERATTA, Néstor, “La Ley 25675. General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, Doctrina Judicial, Tº 2003-3, pág. 1142.

propio accionar”, y con ello nada tiene que hacer allí donde no actúa por no tener competencias asignadas por la Constitución.

RODRIGUEZ, aclara pertinentemente en este sentido que el principio de solidaridad refiere a las obligaciones estatales de prevenir situaciones ambientales que se extiendan más allá de los límites territoriales de cada jurisdicción³¹¹.

Tampoco existe justificación de la postura de la actora en razón del principio de cooperación. El mismo estipula que “Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta”, y con ello no surge de modo alguno la participación nacional que reclama la actora. Muy contrariamente, este principio no es más que una expresión del principio del uso equitativo y razonable que VE ha aplicado para disponer la solución dada en Fallos 310:2478, contra la que hoy se alza la actora.

Finalmente, tampoco importa la necesaria participación del Estado Nacional en un organismo interprovincial la invocación que hace la actora del art. 5 de la Ley 25675, con cita a Fallos 329:2316.

En parte, porque ese precedente judicial no es asimilable al presente: se trataba de un proceso judicial en el que

³¹¹ RODRIGUEZ, Carlos Aníbal, *Ley General del Ambiente de la República Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pág. 77



se reclamaba responsabilidad de los Estados Nacional y Provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires frente a un evento de contaminación que alteraba de modo insalubre la calidad de un curso interjurisdiccional; mientras que este caso es un proceso dirimente en el que se efectúa una queja por la distribución de agua entre dos Provincias, donde lo que se reclama en realidad persigue una aspiración de menor consumo por parte de los usos actuales para permitir usos futuros en otra provincia.

Y en parte porque en dicho proceso la Corte no impuso –ni lo podía hacer- un organismo de cuenca, sino que requirió que todos los estamentos estatales demandados presentaran un plan integrado y progresivo de recomposición, y ellos respondieron constituyendo además voluntariamente por un acuerdo (instrumentado mediante una Ley Convenio) un organismo de cuenca a tal fin, que podrían haber omitido de existir la voluntad política de actuar en forma directa los Estados demandados³¹².

³¹² Otro precedente similar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo constituye el proceso que corre en los autos M. 853. XLIV, caratulados Municipalidad de Rosario c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ amparo (daño ambiental), donde aunque el objeto de la demanda procuraba que en la sentencia definitiva se ordene a los Estados provinciales demandados la creación de un órgano integrado por las distintas jurisdicciones provinciales y municipales afectadas, en el fallo del 09/12/2009 la Corte tuvo presente que el 25 de septiembre de 2008 el Estado Nacional y las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe suscribieron una Carta de Intención en virtud de la cual se comprometieron a la elaboración de un "Plan Integral

RODRIGUEZ señala que el principio contenido en el art. 5 de la Ley 25675 procura la integración de políticas sectoriales, y refiere que en las respectivas jurisdicciones y como una tendencia a darles mayor jerarquía burocrática, existen organismos ambientales específicos, pero más allá de ello es necesario que existan también políticas integrales en materia ambiental que integren a las restantes políticas económicas, de obras públicas y acción social; por ello sugiere que cada ministerio o repartición cuente con un área ambiental³¹³.

Como se ve claramente de ese análisis doctrinal, entonces, la exigencia del art. 5 implica una integración de políticas, pero para nada una integración burocrática. Lo contrario, llevaría a una unicidad de toda la esfera de acción gubernamental, desapareciendo las estructuras en que se dividen las autoridades provinciales, y en una escala mayor las estructuras federales autónoma que impone nuestra forma constitucional de gobierno.

Estratégico para la Conservación y Aprovechamiento Sostenible en el Delta del Paraná", y la creación de un "Comité Interjurisdiccional de Alto Nivel para el Desarrollo Sostenible de la Región del Delta del Paraná", como instancia de coordinación de las acciones encaminadas al cumplimiento de los postulados enunciados en la referida Carta de Intención".

³¹³ RODRIGUEZ, Carlos Aníbal, *Ley General del Ambiente de la República Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pág. 79



d- El derecho humano al agua y la cooperación del Estado de Mendoza a satisfacer las obligaciones de la Provincia de La Pampa

d-1. La improcedencia manifiesta de la maliciosa reclamación pampeana

Nuevamente observamos que la queja pampeana es manifiestamente improcedente en esta línea argumental que se analiza sobre el derecho humano al agua, y en todo caso solo refleja deficientes políticas públicas en la materia, políticas que en definitiva no sólo son responsabilidad exclusiva de la Provincia de La Pampa, sino que además, incluso han sido apoyadas por la Provincia de Mendoza en el marco de las negociaciones desarrolladas efectivamente.

La actora demuestra una clara postura desaprensiva y negligente, que pretende transferir todo problema – real o no³¹⁴- que pueda existir en su territorio hacia el esquema de participación sobre el río Atuel definido tanto por los usos históricos preexistentes como por la valoración de la equidad y razonabilidad de tal configuración que ya realizó la Corte en Fallos 310:2478.

Este tema, entonces, es una muestra más de que nos encontramos frente a un planteo manifiestamente incorrecto, que sin dudas recurre y echa mano a cualquier argumento,

³¹⁴ Como desarrollaremos, la Provincia de La Pampa no presenta déficit alguno en materia de acceso al agua en la zona, ya que justamente un Tratado suscripto hace más de 20 años ha garantizado caudales permanentes a tal fin.

tergiversándolo maliciosamente para replantear un tema ya resuelto con ardidés y manifestaciones que lejos de la realidad sólo consisten en la construcción de un “relato”.

Incluso, esta parte observa que en el fondo no deja de existir una falta de probidad y buena fe procesal y sustancial en la actora, cuando se arguyen aspectos que resultan extremadamente forzados, como ocurre en torno al presente tema. La actual instancia ante la Corte, que presenta una naturaleza diplomática, debería estar signada por una especial buena fe –no sólo procesal- en las argumentaciones de las partes, y con ello planteos como el presente no deberían nublar la discusión.

La misma actora claramente refleja que el derecho humano al agua ha sido reconocido en el marco de la satisfacción de las necesidades propias del agua potable y el saneamiento, y es un hecho claramente demostrado y reconocido por la misma actora que esta Provincia ha cedido en el Tratado de 1992 un caudal de suministro extremo al río Atuel para abastecer una población que duplica a la actualmente existente en el territorio pampeano vinculado a la cuenca del río Atuel.

A partir de allí, se presenta absurda y malintencionada la discusión que nos ocupa en este momento.

La Corte Suprema recientemente ha resuelto una causa vinculada al derecho humano al agua³¹⁵, dando

³¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Kersich, Juan Gabriel y otros c/Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo, sentencia del 02/12/14



claridad en cuanto a que su alcance se relaciona con el reconocimiento internacional efectuado en torno al acceso al agua potable y saneamiento que debe asegurar cada Estado con respecto a sus propios habitantes.

En este sentido, la obligación de satisfacer tal derecho en territorio de la Provincia de La Pampa no puede ser asignada bajo ningún concepto a la Provincia de Mendoza.

Más aún, cuando la distribución de caudales que sustentan los usos actuales ha sido reconocida como legítima en Fallos 310:2478, no existiendo usos futuros hasta el momento que permitan superar ese esquema.

En ese contexto, cada Estado debe atender las necesidades de satisfacción de las necesidades de sus poblaciones de acuerdo a la participación equitativa y razonable que se hubiera fijado, y que se ha fijado justamente en esos Fallos 310:2478.

Como analizamos en este y otros puntos de este responde, La Pampa cuenta con fuentes hídricas para satisfacer sus necesidades al margen de los caudales del río Atuel que históricamente se encuentran ocupados por la población de Mendoza, y que resultan esenciales a la configuración existente del ambiente humano. Esas fuentes hídricas, hoy en día son utilizadas o podrían ser utilizadas por los propios pobladores del área de influencia del río Atuel (como es el caso de las aguas subterráneas o las aguas de lluvia); y las políticas pampeanas incluso podrían conducir caudales ociosos de

otros cursos –como el Colorado- del mismo modo en que lo han hecho hasta poblaciones más distantes, e incluso más al norte, que las que hacen a este reclamo.

Sin perjuicio de ello, resaltamos que aún así, sin que existan posibilidades técnicas y económicas de dar lugar a esos usos futuros a partir de aguas del río Atuel, en el marco de la buena voluntad que caracteriza el proceso negocial mantenido en forma constante desde esos Fallos 310:2478, esta Provincia aceptó como parte del Tratado suscripto en 1992, “entregar el caudal de agua potable necesario para satisfacer la demanda de uso humano de las localidades de Santa Isabel y Algarrobo del Águila de la Provincia de La Pampa hasta un máximo de seis mil (6.000) habitantes”, es decir, para el doble de la actual población en esas localidades.

Este acuerdo, vino a satisfacer plenamente en forma sustancial el objetivo negocial acordado en el protocolo de 1989 en relación a implementar acciones tendientes a la utilización de las aguas para satisfacer las necesidades de aprovisionamiento de la población (punto 5). Pero claramente importó una buena voluntad de esta parte, en cuanto extendió el ámbito de análisis más allá del recurso natural compartido del río Atuel, asignando caudales propios que son intraprovinciales (fuentes de aguas existentes exclusivamente en la localidad de Punta del Agua, Mendoza, ajenas al curso del Atuel) para lograr cubrir las necesidades pampeanas en esa materia

Con ello, **hoy aparece inentendible la postura pampeana**. Nuevamente resaltamos que en el fondo, la actora



exterioriza con su queja un rechazo a la autoridad juzgada de Fallos 1987:2478, y atentando directamente contra el sistema constitucional para encauzar las relaciones interprovinciales, se niega a aceptar un resultado distinto a su inamovible postura, incluso al grado de agraviar y deshonorar los significativos logros alcanzados en acuerdos como el de 1992.

De allí que con argumentaciones forzadas conflictúa permanentemente la relación mantenida, con una permanente voluntad de cooperación y diálogo por parte de la provincia de Mendoza.

En forma constante, en este proceso y en toda la relación negocial previa, La Pampa califica como “falta de cooperación” y “no negociación” cualquier acto que no implique otorgar lo que ilegítimamente pide, tal cual ya resolvió esta Corte en Fallos 310:2478.

No basta con que Mendoza, ante la imposibilidad fáctica (técnica y económica) de dar lugar a usos futuros en los que se participe equitativa y racionalmente en el marco de los principios y pautas de Fallos 310:2478, ceda recursos hídricos propios, claudicando sus expectativas de uso y desarrollo sobre los mismos. Aún así la queja pampeana se levanta con todo el ruido público posible, y mediante la construcción de un relato mítico se demanda la “injusticia”, como si nada hubieran hecho las partes luego de 1987, y sobre todo como si esta Corte no hubiera fallado en ese año, dando pautas y principios a atender en vista a esos usos futuros.

Finalmente, la actora falaz y maliciosamente expresa que la falta de agua se agrava por una absoluta imprevisibilidad e irregularidad de la disponibilidad, acusando a esta parte de realizar sueltas de agua sin previo aviso.

En realidad, tales sueltas no ocurren. El análisis del manejo de caudales que corresponde al río Atuel, así como los informes de la Universidad Nacional de Cuyo y el Departamento General de Irrigación que acompañamos, muestran que en este aspecto también la actora falta a la verdad, pretendiendo achacar a Mendoza las consecuencias de las **avenidas naturales** que provocan las lluvias, aguas debajo de los sistemas de embalse, y por tanto ajenas al manejo de caudales programado que puede arrojar sistema hídrico mendocino³¹⁶, aspecto que tiene implicancias tanto en las carencias de políticas públicas –en este caso de control y aprovechamiento de las avenidas aluvionales- que analizamos en el punto siguiente, como en la

³¹⁶ El Estudio “Análisis Hidrológico del Río Atuel en la Cuenca Inferior”, de la Universidad Nacional de La Pampa (presentado como Anexo 9 de la prueba documental de la actora) expresa en este sentido que la causalidad de las grandes lluvias (de 45 y 107 mm) en los picos de caudales registrados tanto en Carmensa como en Puesto Ugalde; y aunque –repitiendo de manera tendenciosa el discurso que construye la actora- habla de “repentinas sueltas” y de “apertura de compuertas en Carmensa”, reconoce que las precipitaciones ocurren en el área de riego o aguas abajo de la misma, es decir, aguas abajo de los embalses (En Carmensa no existe ningún embalse, es decir, es imposible que el manejo de agua en dicho lugar genere una suelta repentina de aguas). Incluso, observa la existencia de picos de caudales mayores en Puesto Ugalde que en Carmensa, justificándolos por las precipitaciones que ocurren aguas abajo de esa última localidad.



disponibilidades para la satisfacción de las necesidades hídricas básicas que se analiza en el punto posterior.

El Informe de la Universidad Nacional de Cuyo acompañado como prueba, en este sentido, muestra con cita de la fuente oficial del Gobierno de La Pampa que existen caudales que son periódicamente aforados en La Pampa (arroyo La Barda) pero que no dependen de erogaciones mendocinas, sino de la mecánica natural del cauce, pudiéndose observar que los caudales máximos existentes en La Pampa no guardan relación alguna con los caudales excedentes que Mendoza eroga en Carmensa.

En el fondo, bajo la excusa del derecho al agua, La Pampa pretende revertir la cosa juzgada existente y desposeer a los habitantes del territorio mendocino del acceso al agua que históricamente desarrollaron de manera eficiente, situación en virtud de la cual la Corte entendió equitativo y razonable tal participación en el curso de agua del río Atuel.

d-2. La situación del oeste pampeano y el derecho al agua. Reflejo de las políticas públicas

La descripción que realiza la actora en su queja de la situación en el oeste pampeano no permite de modo alguno sostener la afectación al derecho humano al agua que afirma. Mucho menos un análisis realista de las fuentes de suministro en el área, ya que la actora omite en su “relato” gran parte de la realidad existente en

su territorio, construyendo un discurso irreal y falso de la situación existente en relación al acceso al agua por parte de su población.

Sin lugar a dudas, la utilización previa de un recurso escaso -como es el agua en una zona desértica, o el suelo fértil, o los minerales de una mina- afecta el acceso a dicho recurso por otros usuarios. En todas las zonas secas del país, y en realidad en las legislaciones de todas las provincias argentinas, las políticas públicas programan el uso del agua y la asignan a ciertos usos, y ciertos usuarios, incluso fijando preferencias entre los solicitantes, lo que implica desplazar a unos del acceso al agua que realizan otros³¹⁷.

En Mendoza, por ejemplo, sólo el 3,5% del territorio provincial tiene derecho a usar el agua mediante concesión, mientras que el 96,5% de ese territorio se encuentra en la misma situación sobre la que la Provincia de La Pampa efectúa su queja.

La sentencia de 1987, justamente, evaluando las circunstancias fácticas, y sus implicancias históricas, técnicas, sociales y económicas, dispuso un orden de preferencia en el

³¹⁷ El mismo Código de Aguas de La Pampa, aprobado por Ley 2581 de esa Provincia, presenta un uso intenso del instituto de la prioridad en el acceso al agua, asignando así la preferencia a ciertos usos y usuarios frente a otros que quedan privados del recurso cuando el agua escasea (arts. 2, 11, 12, 37, 49, 64, 67, 68, 69, 77, 98, 103, 144 y 155). Aunque en el artículo 67 establece preferencias de acceso al agua para uso especial de ciertas actividades frente a otras, lo hace priorizando el abastecimiento de poblaciones y los usos en consumo humano y doméstico frente a los restantes, lo que coincide con los arts. 2 inc f), así como con la preferencia del uso común que otorga el art. 64.



uso de los caudales del río Atuel a favor de los usos actuales existentes, sin perjuicio del eventual desarrollo de usos futuros.

Con ello, la satisfacción del derecho al agua en el oeste pampeano, no deja de ser distinta a la satisfacción de esa misma prerrogativa en todo el territorio seco de nuestro país, inclusive el 96,5% de mendocino.

Pero esa realidad no implica que el derecho al agua sea afectado, y en su caso son las políticas públicas de cada provincia las que, con los recursos disponibles para cada provincia, deben procurar la satisfacción respectiva.

En este último sentido, como analizamos en el punto VII.3.d, en el desarrollo de las políticas provinciales, de la misma manera que Mendoza no puede aspirar a solucionar sus necesidades a costa del caudal del río Colorado que se ha establecido en el tratado de 1976 a favor de La Pampa, o de Neuquén, Buenos Aires o Río Negro, ni esas provincias pueden tener aspiraciones en base al caudal que ese mismo Tratado reconoce a Mendoza, tampoco la Provincia de La Pampa puede pretender asignar causales en usos de su territorio que les han sido asignados a Mendoza en Fallos 310:2478.

Por lo pronto, desde la situación resuelta en Fallos 310:2478, donde el abastecimiento preferencial de los usos actuales podría implicar la existencia de ciertas intermitencias de caudales, el Tratado de 1992 provocó un cambio sustancial de la situación.

Ese cambio de situación implicó la entrega de un caudal permanente de agua potable, adecuado para satisfacer la demanda de uso humano para el doble de la actual población pampeana involucrada en la zona, mediante la construcción de un acueducto hasta el punto de entrega acordado.

Con ello, es completamente falso que pueda existir alguna afectación del derecho al agua de la población a causa de los usos mendocinos. Si esos usos preexistentes comprometían de alguna manera la situación de la población pampeana, ello hoy no puede sostenerse ya que –más allá de las obligaciones exigibles en el marco de Fallos 310:2478- la cortesía y buena vecindad ha dado una solución mediante la construcción de un acueducto desde Punta del Agua a Santa Isabel que “compensa” cualquier uso mendocino mediante un suministro de agua potable que excede en un 100% a las necesidades de la actual población pampeana.

Pero si estando ese caudal disponible, aún así existe población desatendida, ello ya excede la relación interprovincial y Mendoza nada tiene que ver. La falta o deficiente política pública interna en satisfacer el derecho al agua de su propia población en La Pampa no puede ser achacada a Mendoza.

En este sentido, destaca en la argumentación pampeana que más allá de los usos del río Atuel, las poblaciones se abastecen con pozos y jagüeles para el acceso a las aguas subterráneas, así como aljibes (acumulación de aguas de lluvia).



En todos estos casos, al menos desde lo que sustancialmente expresa la queja pampeana, denota con claridad que lo que no existe –o más bien la actora dice que no existe³¹⁸- es una distribución entre la población pampeana de los caudales propios cedidos por Mendoza en 1992, lo que demuestra no sólo que existen fuentes alternativas que satisfacen el acceso autónomo al agua potable por los propios interesados en aquellos casos en que el servicio estatal pampeano se ausente, sino también que ante cualquier falencias en dicho acceso el Estado de La Pampa tiene disponibilidades hídricas – suministradas de cortesía por Mendoza- para abastecer subsidiariamente a las poblaciones.

Al margen de ello, resaltamos además que la Provincia de La Pampa cuenta con recursos hídrico propios que permiten satisfacer cualquier abastecimiento poblacional que resulte menester. De hecho, con las aguas ociosas del río Colorado y de otras fuentes –propias de la región suroeste de esa provincia- ha construido diversos acueductos en beneficio de diversas áreas de su provincia, tanto de la zona oeste provincial que se relaciona a la cuenca del Atuel, e incluso hacia la zona húmeda de esa provincia.

En este sentido, la Provincia de La Pampa ha construido y desarrollado distintos acueductos para abastecer las

³¹⁸ Esta aclaración es en cuanto –como veremos infra- desde los acueductos existentes hay una alta cobertura a las necesidades poblacionales de la zona, no sólo en los radios urbanizados, sino también en puestos o escuelas alejadas.

necesidades de su territorio desde fuentes relativamente lejanas: Acueducto Puelén - Chacharramendi - La Reforma - Puelches (207 kms de longitud, 50m³/hora), Acueducto Casa de Piedra - Puelches (120 km de longitud, 36 m³/hora), entre otros. De especial magnitud es el Acueducto que ha construido La Pampa desde el río Colorado hasta Santa Rosa (265 km), el que continúa aún más al norte para satisfacer las zonas de General Pico (140 km más) y Realicó.

Todas estas infraestructuras son de público y notorio conocimiento, al grado que esta parte las conoce por la publicidad de los actos de gobierno y las noticias que efectúan los medios masivos de comunicación, lo que nos releva de actividad probatoria, sin perjuicio de que hemos ofrecido prueba tendiente a acreditar lo expresado.

De igual modo, en fs. 16 de la nota n° 445-D-2014, iniciada por la empresa Aguas del Colorado SAPEN (creada por Ley 2223 y 2654 de La Pampa), acumulada al expediente 1767-D-2014 (que acompañamos como prueba), la referida empresa enumera éstos y otros acueductos, aseverando que es su función mantenerlos.

En su sitio web³¹⁹, esa empresa pública pampeana anuncia que administra un total de 1069 km de acueductos para abastecer 24 localidades, lo que incluye tanto el Acueducto del Río Colorado (con una extensión de 264 km en su parte troncal, y otros 250 km en sus tramos secundarios), como diversos acueductos en el oeste de la provincia: Acueducto Punta de Agua - Santa Isabel - A. del

³¹⁹ <http://www.aguasdelscolorado-lp.com.ar/> (consulta: 01 de julio de 2015)

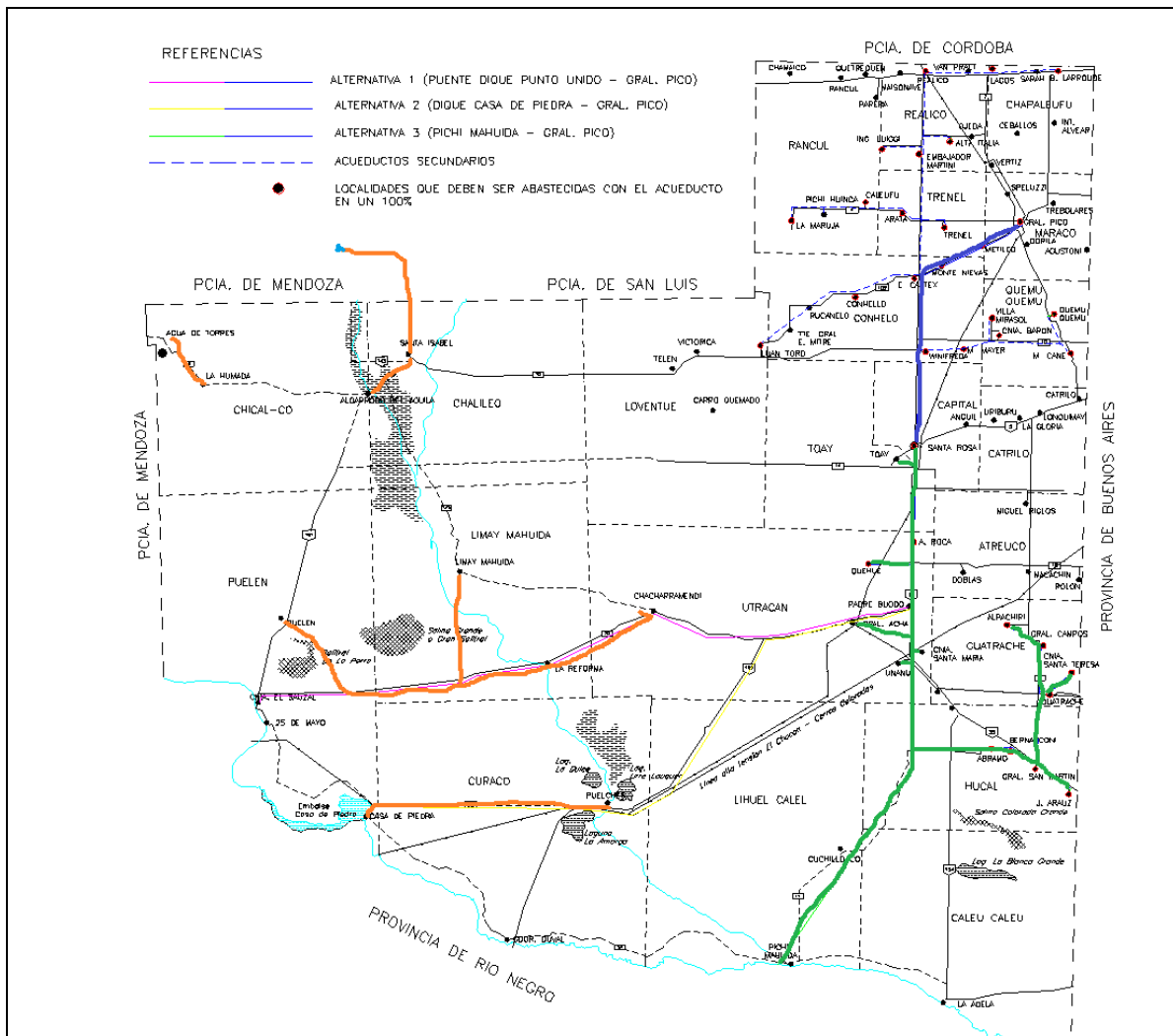


Águila (190 km de extensión); Acueducto Agua de Torres- La Humada (25 km de extensión); Acueducto Puelen – Chacharramendi (Limay Mahuida) (260 km de extensión); y Acueducto Casa de Piedra – Puelches (110 km de extensión).

En torno al área de influencia del río Atuel, interesa destacar que esa empresa informa en su web estar suministrando agua desde el Acueducto construido desde la localidad mendocina de Punta del Agua, además del suministro de las localidades de Santa Isabel y Algarrobo del Águila que contempla el convenio de 1992, a 54 puestos del oeste pampeano y la Escuela N°260.

Los acueductos que unen Torres-La Humada, Puelen – Chacharramendi (Limay Mahuida), y Casa de Piedra – Puelches, además, se encuentran dentro del área de influencia de la cuenca del Atuel, con lo que tales poblaciones también están cubiertas adecuadamente

Si se observa el mapa que esa misma empresa tiene cargado en la referida página web, el cual reproducimos a continuación se observa que **no sólo Santa Isabel y Algarrobo del Águila presentan suministro de agua** (junto con más de medio centenar de puestos y escuelas de la zona), sino que en realidad la totalidad de las localidades poblacionales del oeste pampeano presentan infraestructura de suministro.



Mapa de acueductos administrados por empresa pública Aguas del Colorado.

Fuente: <http://www.aguasdelcolorado-lp.com.ar/> (consulta: 01 de julio de 2015)

Es decir, el abastecimiento humano en el oeste pampeano no depende de obras de suministro en base al río Atuel y los eventuales usos futuros que puedan desarrollarse, sino que –sin perjuicio del autoabastecimiento que los pobladores también pueden realizar, y de hecho realizan como reconoce la misma actora- la Provincia de La Pampa cuenta con otras fuentes de suministro que



también podrían cubrir las necesidades en cuestión mediante obras de infraestructura de conducción como las que ya ha hecho: el Tratado del río Colorado, suscripto en 1976, asignó a La Pampa un caudal mayoritariamente no utilizado para abastecer una superficie mucho más extensa que la reconocida a favor de Mendoza.

Incluso, la distancia entre el agua hoy disponible en el río Colorado y Santa Isabel (principal localidad pampeana en el área de influencia del río Atuel es de aproximadamente 190 km, mientras que la distancia entre el sistema de regadío de Mendoza (General Alvear) y esa misma localidad es de 160 km. Y con ello, la magnitud de las obras de conducción necesarias es similar³²⁰ o incluso menor si se considera el acueducto en su momento proyectado entre Puelén y Santa Isabel (que detallamos infra); además, el agua del río Colorado está disponible sin necesidad de otras obras que generen caudales para usos futuros, como sucede con cualquier aumento de disponibilidad por ahorro de caudales en Mendoza. Es indudable que la decisión más racional sería disponer del recurso ocioso en el río Colorado, más que conflictuar con Mendoza por una solución que ya se probó en Fallos 310:2478 que es técnica y económicamente inconveniente.

³²⁰ El Convenio suscripto en 2008 contemplaba la construcción de un acueducto desde Carmensa a Santa Isabel para transportar los caudales ahorrados, obra esencial en virtud de que la alta pérdida que implica el uso del cauce natural hace inconveniente otra solución.

Debe observarse en este sentido que La Pampa está extrayendo aguas de esos caudales ociosos del río Colorado para trasvasarlas al norte húmedo de esa provincia, pero omite hacerlo con respecto al sector oeste, mucho más cercano y con mayor déficit hídrico.

Entonces, fuera del área de la cuenca del río Atuel, y también en la zona del río Atuel, existe una política pampeana en abastecer de agua a la población, dándose los acueductos necesarios, con fuentes que tiene disponibles. Pero si esa política excluye la zona de esa provincia que sirve de base al actual conflicto, y si existiera realmente alguna falencia de suministro en esa zona (al decir de La Pampa existiría una falencia de suministro incluso a pesar de que Mendoza provee normalmente caudales que exceden las necesidades reales del doble de la población actual), ello es ajeno a las obligaciones y responsabilidades de Mendoza.

Sin perjuicio de ello, observamos además que incluso dentro de la actual planificación territorial nacional, elaborada con participación del Gobierno de La Pampa en relación a ese territorio, han existido alternativas previstas y proyectadas para abastecer de agua la zona en cuestión, aunque luego políticamente han sido excluidas de planes posteriores, lo que denota que si existe alguna crisis de suministro en La Pampa ello es responsabilidad de las decisiones –y omisiones- propias de las autoridades de esa provincia.

Sin perjuicio de que este aspecto se profundiza al tratar las políticas públicas que conforman el ambiente



humano en la zona, resaltamos que en el **Plan Estratégico Territorial 2008**,³²¹ elaborado por el Gobierno Nacional con participación de las autoridades provinciales -cuya copia en la parte pertinente se acompaña como prueba- se había previsto expresamente la construcción de un acueducto desde Puelén a Santa Isabel para cubrir una situación de déficit hídrico, lo que reafirma no sólo la posibilidad de concretar el suministro con caudales propios existentes, sino también la previsión en las políticas públicas competentes de esta línea de acción.

Agregamos que la cercanía entre Puelén y el río Colorado hacen completamente razonable que esa obra de infraestructura que estaba prevista contemple el uso de aguas de ese cauce antes que las propias del Atuel, y resaltamos además que los restantes acueductos que contempla esa planificación territorial, que llevan agua del río Colorado al norte provincial, ya han sido construidos (a diferencia del que llevaría agua a Santa Isabel) y son referenciados dentro de los acueductos secundarios que administra la empresa pública pampeana, lo que una vez más muestra que la situación de Santa Isabel y el oeste pampeano es un resorte de las

³²¹ *Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, pág. 220/221 y 224 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

políticas nacionales y pampeanas que han relegado internamente ese territorio.

También resaltamos que luego de 2008, en las actualizaciones posteriores de ese Plan Estratégico Territorial, La Pampa³²² ha optado por **excluir de las planificaciones la construcción de tal obra de infraestructura de conducción hídrica en beneficio de la población del área**, y en cambio ha impulsado la previsión de construcción del Embalse La Correntada sobre la cuenca del Atuel, aunque en la parte baja de la cuenca –casi sobre su desembocadura al río Colorado–.

d-3. Los mecanismos de satisfacción del derecho al agua en el oeste pampeano

El derecho humano al agua ha evolucionado históricamente en la forma de configurarse, desde el uso común de las leyes de agua, pasando por su concepción como servicio público en el Estado de Bienestar, hasta el actual concepto de derecho humano al agua.

“Estos tres institutos en los que ha evolucionado el derecho –el uso común, el servicio público de agua y el derecho humano al agua– no son más que distintas formas jurídicas de

³²² *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, págs. 66/7 y 139 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].



atender la misma realidad: el acceso al agua es una necesidad humana que no puede ser desamparada por el orden jurídico”³²³

a) En relación al uso común, MARIENHOFF lo ha definido como aquel que realiza toda persona por su mera condición de tal, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias, distinguiéndolo de los “usos especiales”, que procuran ampliar la esfera patrimonial de los usuarios en un marco de contenido económico que se condice con un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial³²⁴.

En esta concepción, el uso común importaba ya en la legislación decimonónica el reconocimiento de un derecho al agua, que no sólo abarcaba las actividades domésticas, sino además todas aquellas que –como la agricultura, industria, etc– fueran realizadas con fines de proveer a la inmediata subsistencia humana³²⁵.

³²³ PINTO, M., TORCHIA, N., MARTIN, L., *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008, pág. 2.

³²⁴MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Tº V. Abeledo, Buenos Aires, 1939, pág. 729. La naturaleza de este “uso común” del agua –explica Marienhoff– es la de un derecho natural de todo individuo, un atributo inherente a la personalidad humana, siendo por ello un derecho preexistente al Estado, innato del individuo, a quien pertenece como consecuencia de su condición de hombre miembro de la colectividad.

³²⁵ PINTO, M., TORCHIA, N., MARTIN, L., *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008, pág. 6.

En la misma demanda que genera este responde, la actora ha reconocido que la gran parte de las personas en su territorio presentan satisfecho el acceso al agua a través de esta variante del derecho humano al agua, tal cual regula expresamente la misma legislación de esa provincia al reconocer en dicho acceso un derecho de toda persona³²⁶.

En concreto, en las ps. 199-200 de la demanda se reconoce que el 68% de la población es abastecida mediante el almacenamiento del agua de lluvia, aduciéndose incluso que en ocasiones el autoabastecimiento se produce no sólo por necesidad, sino también por gusto o tradición cultural, sin perjuicio del refuerzo de suministro público que se refiere, y sobre el cual precisaremos infra.

³²⁶ El Código de Aguas de la Provincia de La Pampa (Ley 2581, sancionada en octubre de 2010) regula el uso común de las aguas en general, y de las subterráneas en particular: “Artículo 63.- Habrá uso común cuando el agua se destine a satisfacer **necesidades domésticas del usuario y de abreviar el ganado. Toda persona tiene derecho al uso común**, siempre que tenga libre acceso a ella y no excluya a otro del ejercicio del mismo derecho”. “Artículo 49.- El Estado podrá otorgar prioridad al propietario del fundo en que se extraiga agua subterránea para el uso común de la misma frente a terceros y en la medida de su necesidad”. “Artículo 50.- Se considera uso común del agua subterránea en la medida del interés del propietario, según lo previsto en el artículo precedente, aquel que esté destinado a satisfacer las necesidades domésticas conforme se establece en el capítulo referido a los usos comunes”.



Recordemos en este momento que el cambio climático, a la vez que implica una reducción de caudales en Mendoza, genera un aumento ya comprobado de precipitaciones en el territorio pampeano, habiéndose probado un corrimiento de las isohietas de mayores lluvias hacia el suroeste de La Pampa que ha aumentado significativamente la disponibilidad hídrica del área, siendo hoy en Santa Isabel del doble de la existente en promedio en Mendoza (ver nuestro desarrollo supra, así como el punto VII.4.b.3.6 de este responde).

Debemos agregar además que la misma actora reconoce en p. 204 que recibe grandes caudales de agua superficial que generan inundaciones, los que atribuye indebidamente a un supuesto e inexistente manejo de compuertas mendocino. Esas avenidas aluvionales, en realidad producto de grandes lluvias naturales que se producen aguas abajo del sistema de Mendoza (como lo demuestran los informes del Departamento General de Irrigación y la Universidad Nacional de Cuyo, así como los registros de caudales de aguas en Carmensa), mediante obras de infraestructuras adecuadas podrían generar reservorios que cubran el acceso al agua de la población mediante su uso común.

La información de la propia autoridad pampeana³²⁷ que hemos reproducido supra da cuenta de que en el

³²⁷ Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en

arroyo La Barda, el río Atuel presenta en tal sentido un escurrimiento promedio en el período 1982/2007 de 10,20 m³/seg., independientemente del manejo hídrico que se realiza en Mendoza. Caudal que se confirma con otros reconocimientos de la misma actora³²⁸ que demuestran la presencia de caudales medios mensuales que satisfacen el módulo reclamado en este proceso a lo largo de todo el año, lo que permite el acceso al agua que se pretende.

E incluso en el Anexo 11 de las pruebas acompañadas por La Pampa puede verse que esa Provincia contemplaba la técnica estructural de construcción de un embalse para aprovechar las aguas del río Atuel a partir de los caudales que esperaba recibir de Mendoza, no impidiendo nada que ello se realice en torno a estas otras avenidas hídricas.

Llamativamente la demanda no menciona el uso común de agua subterránea, claramente disponible en la zona³²⁹,

<http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.

³²⁸ Expediente 8259/2001, cuadro de caudales medios mensuales obrante a fs. 17, acompañado en la prueba documental de la actora como Anexo 4.

³²⁹ En la pág. 252 de la demanda, al referirse a la discontinuidad de caudales superficiales en el río Atuel, la actora reconoce que: “En tal situación, el agua subterránea representa el único recurso hídrico con disponibilidad permanente, presentando así un escenario de escasez y condiciones cualitativas desfavorables”. Además, el Estudio “Análisis de la Interacción Agua Superficial y Subterránea y su Influencia en los Escurrimientos en el Tramo inferior de Cuenca del río Atuel”, acompañado por la actora como Anexo 10 de su prueba documental, aunque muestra una relación del nivel



más que para ganado (p. 199 in fine), a pesar de que es una posibilidad marcada en relación a las personas tanto en el régimen legal pampeano como en absolutamente todas las normas de aguas de las provincias argentinas.

Se limita a restringir el análisis vinculado al uso humano al agua que se extrae del cauce superficial o de lluvias; cuando en toda la zona árida argentina el acceso al agua desde fuentes subterráneas es una realidad ampliamente desarrollada, y claramente disponible en el lugar.

b) En relación al servicio de agua potable, el mismo constituye un mecanismo propio del desarrollo estatal que se implementa mediante concesiones de uso especial para abastecimiento poblacional que permite, dentro de una política pública, destinar un caudal significativo hacia el conjunto de la población, lo que implica un volumen que requiere una dotación

freático con respecto a pozos cercanos al río (que descienden 2,9m su nivel cuando existe intermitencia de caudal), determina que a más de 200 metros del cauce no hay incidencia alguna en la disponibilidad de agua. Resaltamos además que –como ya hemos expresado– éste y otros estudios acompañados por la actora como prueba determinan que **sólo el 18%** del tiempo existe una carencia de caudales, con lo que el efecto de tal situación es sólo temporal y en un área territorial muy reducida (no más de 200 metros desde el río).

considerable que excede las características del simple uso común individual³³⁰.

Mientras que el acceso al agua en los instrumentos decimonónicos como el “uso común” reflejaba la fuerte presencia del ideal liberal de subsidiariedad, y con ello el deber de satisfacer las necesidades de agua se planteaba como una prerrogativa individual, correspondiendo al Estado un rol pasivo, con el advenimiento del regímenes de servicio público se buscó garantizar como prestación estatal activa el acceso al agua de manera masiva. El papel del Estado y de los individuos en la satisfacción del acceso al agua cambió considerablemente, generándose desde la iniciativa

³³⁰ MARTIN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 241. PINTO, Mauricio et al, *Ley de Aguas de 1884. Comentada y Concordada*, Irrigación Edita, 2006, pág. 117. En torno a la evolución desde el uso común al abastecimiento de poblaciones mediante un servicio público, PINTO, M., TORCHIA, N., MARTIN, L., *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008, pág. 13 observan: “Ahora bien, quizás no en la esencia, pero sí en el método, en la forma y los propósitos existen diferencias entre las previsiones de las leyes en torno al uso común y la conformación de los sistemas de abastecimiento poblacional. Disponer de agua potable en casa de modo continuo, sin tener que ir al pozo o al río como exigía el uso común, resultó un proceso lento y plagado de problemas técnicos, jurídicos, sociales y económicos. [...] El “uso común” entonces, se identifica más con aquella primera etapa, donde había que ir a “buscar” el agua y su extracción no resultaba sensible al caudal, que con esta segunda, en la que se crean sistemas de provisión domiciliarios de agua potable que, para abastecer a la totalidad de la población, deben extraer notorios caudales concesionados a tal fin”.



gubernamental servicios de dotación domiciliaria de agua continua y regular –lo que implica salubridad y suficiencia–, prestación que debía asegurarse a todos y en condiciones de igualdad. Este régimen presupone, aun tácitamente, el reconocimiento del derecho humano al agua, que le sirve así de fundamento³³¹.

En relación a la satisfacción del derecho al agua desde esta vertiente en el oeste pampeano, llama poderosamente la atención que la actora omita cualquier referencia a la existencia de políticas de suministro poblacional en la zona, lo que en caso de ser cierta tal falencia, refleja una marcada omisión que no puede achacarse a esta parte.

En especial, si atendemos que desde hace más de veinte años Mendoza y La Pampa han suscripto un Tratado, en 1992, a partir del cual Mendoza entrega a disposición del Gobierno de La Pampa, en el punto acordado con esa provincia, un suministro de agua potable suficiente para 6000 personas, es decir para **el doble del total de los habitantes en la zona**.

Claramente, si existe desidia gubernamental en generar, a pesar de los años transcurridos, un sistema de acceso al agua potable disponible, ello no es una responsabilidad de Mendoza.

³³¹ PINTO, M., TORCHIA, N., MARTIN, L., *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008, pág. 21.

Aún así, dudamos seriamente del discurso construido por la actora. La empresa Aguas del Colorado y la red de suministro que expone la misma en su propio sitio web es prueba clara de que en el área existe una política, y que las principales poblaciones han sido satisfechas.

En este mismo sentido, como ya hemos observado, resaltamos que aunque en el **Plan Estratégico Territorial 2008**,³³² elaborado por el Gobierno Nacional con participación de las autoridades provinciales se había previsto expresamente la construcción de un acueducto desde Puelén a Santa Isabel para cubrir una supuesta situación de déficit hídrico, en las actualizaciones posteriores de ese Plan Estratégico Territorial³³³, La Pampa ha optado por **excluir la construcción de tal obra de infraestructura de conducción hídrica en beneficio de la población del área**, y en cambio ha impulsado la previsión de construcción del Embalse La Correntada sobre la cuenca del Atuel, en la parte baja de la cuenca, como obra hidroeléctrica complementaria del Embalse Casa de Piedra.

³³² *Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, pág. 220/221 y 224 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

³³³ *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, págs. 66/7 y 139 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].



Con ello se prueba manifiestamente que, en definitiva, la mayor o menor disponibilidad de agua en la zona, depende de las priorizaciones políticas de La Pampa, y Mendoza no guarda relación alguna con ese tipo de decisiones.

Aún así, analizando la argumentación de la actora, la misma señala en su demanda el contenido de la Observación General 15 del Comité de DESC, referida al derecho al agua, para exponer la necesidad de que los Estados utilicen el máximo de sus recursos disponibles en satisfacer el derecho al agua. Pero claramente, si existe la falencia que argumenta, entonces las políticas públicas del propio Gobierno de La Pampa, en lo que se refiere al oeste pampeano, no cumplen lo que predica.

Nos referimos a que –como ya hemos señalado- esa provincia ha efectuado una cuantiosa inversión en obras de infraestructura para conducir caudales desde diversas fuentes hasta poblaciones lejanas³³⁴. Muchas de esas fuentes, se encuentran en el suroeste pampeano (caso del río Colorado, entre otros como los

³³⁴ La Provincia de La Pampa ha construido y desarrollado distintos acueductos para abastecer las necesidades de su territorio desde fuentes relativamente lejanas: Acueducto Puelén - Chacharramendi - La Reforma – Puelches (207 kms de longitud, 50m³/hora), Acueducto Casa de Piedra - Puelches (120 km de longitud, 36 m³/hora), entre otros. De especial magnitud es el Acueducto que ha construido La Pampa desde el río Colorado hasta Santa Rosa (265 km), el que continúa aún más al norte para satisfacer las zonas de General Pico (140 km más) y Realicó.

Manantiales de Puelén) y trasvasan agua fuera de dicha región, hasta el noreste de la provincia.

Es decir, la política pampeana ha sido capaz de llevar el recurso hídrico desde mucho más al sur hasta mucho más al norte, sin siquiera detenerse a considerar las necesidades de agua que dice ahora insatisfechas; o mejor dicho, aunque en los planes de inversión de 2008 contemplaban acueductos desde Puelén a Santa Isabel, al 2011 ello ya era una idea abandonada por el propio gobierno pampeano, el que incluso, como ya observamos, e ha priorizado la construcción de esos acueductos al norte provincial.

Esa situación, se explica fácilmente considerando que esa zona, en realidad, ya cuenta con un suministro de agua que le provee Mendoza de manera gratuita para las necesidades que duplican a la actual población. Aún así, sea desde las obras de redistribución del agua en su territorio, o sea desde la obra que suministra agua de origen mendocino a la población pampeana, si existen faltas de suministro poblacional, ello no puede achacarse a esta parte.

Pero además de ello, no debe olvidarse que la misma actora reconoce que existen grandes volúmenes que provienen de escorrentías aluvionales –fenómeno natural que maliciosamente pretende adjudicar a un manejo de embalses por parte de Mendoza-, los que desaprovecha debido a que –dice- resultan irregulares e imprevisibles. En realidad, el flujo aluvional de todo cauce es propio del ciclo hídrico, y con ello mediante obras de infraestructura



perfectamente podrían laminarse, embalsarse y utilizarse tales caudales, actualmente desaprovechados en el contexto de un prédica que se limita a reclamar por el agua que corresponde a los usos actuales de otra provincia más que aprovechar la disponible.

c) En relación al derecho humano al agua, este es un concepto jurídico que otorga una mayor categoría protectoria, donde el Estado, además de abstenerse de intervenir frente al actuar del individuo y proteger ese actuar frente a terceros – como ocurre en el caso del uso común-, el Estado debe asegurar el cumplimiento de la prerrogativa reconocida dentro de tal categoría.

La doctrina del Comité de DESC en su Observación General n^o 15, esquematiza esa relación a través de las obligaciones estatales de respetar³³⁵, proteger³³⁶ y cumplir³³⁷ el derecho al agua de la población de cada Estado.

³³⁵ “21. La obligación de respetar exige que los Estados Partes **se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua.** Comprende, entre otras cosas, el abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o mediante el empleo y los ensayos de armas, y de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario”.

“La obligación de los Estados no importa por lo tanto el acceso efectivo al agua, sin más, por parte de todo interesado bajo su jurisdicción, para el desarrollo de todos los aspectos que pueda implicar un concepto amplio del derecho en su plenitud. Muy por el contrario, sólo implica la no limitación indebida por el Estado a tal acceso (“respetar”) y la actuación como poder público frente a terceros que obstaculicen indebidamente ese acceso (“proteger”). Pero también implica –ya como obligación de resultados– la acción activa frente a individuos o grupos que no puedan por causas ajenas satisfacer el contenido mínimo del derecho (“cumplir”),

³³⁶ "23. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceros que menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho al agua. Por terceros se entiende particulares, grupos, empresas y otras entidades, así como quienes obren en su nombre. La obligación comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua”.

³³⁷ "26. La obligación de cumplir exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas”.



sea generando condiciones que los permita superar tal impedimento (“promover”) o adoptando medidas directas de asistencia que materialicen la posibilidad de acceso al agua para subsistencia (“garantizar”)³³⁸.

En este sentido, mientras la regulación y desarrollo del uso común referido supra refleja la existencia de un derecho al agua autosatisfecho por los interesados y el cumplimiento de la obligación estatal de respetar el mismo, la obligación de cumplir se presenta tanto en su faceta de “promover” a través del servicio público de agua potable que debiera prestar la Provincia de La Pampa con el caudal de agua que le suministra Mendoza a tal fin, como con respecto a su faceta de “garantizar” el acceso al agua que realiza el Estado pampeano y sus organismos competentes dentro de su propia obligación al distribuir agua en las poblaciones que carecen de acceso³³⁹.

³³⁸ PINTO, M., TORCHIA, N., MARTIN, L., *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008, pág. 90.

³³⁹ En las ps. 199-200 de la demanda la actora reconoce expresamente la implementación de suministros mediante camiones cisternas. Esta modalidad de suministro ha sido observada como una manifestación de la obligación estatal en la materia: “La satisfacción del derecho humano al agua, en tanto depende de las posibilidades y el criterio del Estado obligado, no requiere en su configuración actual en todos los casos de sistemas de redes de distribución domiciliar, bastando que el agua disponible sea de calidad,

e- El crecimiento armónico y equilibrado entre provincias

e.1- La queja sobre políticas de progreso es ajena a las responsabilidades de Mendoza

Nuevamente nos encontramos en este punto con un esquema argumental forzado y caprichoso de la contraria, que pretende achacar a esta parte responsabilidades que corresponden a políticas ajenas, aspecto que analizamos con mayor detalle en el punto VII.4.a de este responde, al que remitimos.

Las cláusulas del progreso, establecidas en la Constitución Nacional mediante su art. 75 inc. 18 y 19 CN, importan la posibilidad del Congreso Nacional de regular y proveer lo conducente al progreso, en forma concurrente con las facultades locales previstas en el art. 125 CN.

Con ello, si en La Pampa existiera **-al menos hipotéticamente**, ya que como veremos infra el análisis de la realidad que efectúa la demanda ha sido distorsionado maliciosamente para forzar una redistribución de los usos actuales que ya adjudicó Fallos 310:2478- una situación de desequilibrio poblacional o de

accesible y asequible. En este sentido, pueden observarse las soluciones jurisprudenciales que comentamos en esta obra, que recurren a la entrega de agua envasada como mecanismo de satisfacción del derecho al agua” (PINTO, M., TORCHIA, N., MARTIN, L., *El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y ejercicio*, Abeledo Perrot, 2008, pág. 74).



desarrollo como invoca la actora, ello no es algo que deba reclamarse de ninguna manera a Mendoza.

Corresponderá en su caso que el Congreso (art. 75 inc. 18 CN) o la misma Provincia de La Pampa (art. 125 CN) instrumenten políticas activas de prosperidad, que tiendan a promover la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios.

En este sentido, tal atribución, en especial desde su ejercicio nacional, no puede ser sostenida de una manera descontextualizada con las restantes cláusulas constitucionales, de modo que se alteren los principios y garantías de la construcción federal que dispusieron los constituyentes.

La Corte ha expresado en este sentido que “El desarrollo y el progreso no son incompatibles con la cabal observancia de la Constitución Nacional, porque tan censurables son los regímenes políticos que niegan el bienestar de los hombres, como los que pretendan edificarlo sobre el desprecio o el quebranto de las instituciones”³⁴⁰, y que dicho desarrollo y progreso debe ser alcanzado mediante la observancia de las previsiones constitucionales e

³⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Banco del Suquía S.A. c/ Juan Carlos Tomassini s/ P.V.E. apelación, 19/03/2002, Fallos 325:428

integrarse con éstos, “de modo tal que la expansión de las fuerzas materiales y el correlativo mejoramiento económico de la comunidad sean posibles sin desmedro de las libertades y con plena sujeción a las formas de gobierno dispuestas por la Ley Fundamental, a cuyas normas y espíritu resultan tan censurables la negación del bienestar de los hombres como pretender edificarlo sobre el desprecio o el quebrantamiento de las instituciones”³⁴¹.

En este sentido, explica GELLI que en el ejercicio de las atribuciones establecidas en el art. 75 inc. 18 CN, el Congreso debe respetar los límites que le impone la misma Constitución, debiendo las atribuciones fijadas en este precepto leerse -junto a las establecidas en el art. 75 inc. 19 CN- “teniendo en cuenta las limitaciones que al Estado Federal le imponen las autonomías locales (art. 5) y las atribuciones reservadas por las provincias en el art. 121 de la Constitución Nacional.”³⁴²

Este límite aparece como esencial, en cuanto de lo contrario, como ha observado QUIROGA LAVIÉ, ha sido la cláusula de la prosperidad la que le ha permitido al Congreso realizar en la Argentina una suerte de federalismo de concentración y no de concertación, desplazando a las Provincias de sus competencias propias, que son las del poder de policía local, cada vez que lo

³⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Estado Nacional c/ Arenera El Libertador SRL. s/ cobro de pesos, 18/06/1991, Fallos 314: 595.

³⁴²GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, Tº II, Buenos Aires, 2008, pág. 196-197.



consideró conveniente, considerándose así que como la Constitución le da al Congreso la atribución de proveer al adelanto y bienestar de las Provincias, éste estaba habilitado para mutar el sistema federal en el sistema unitario práctico que ha ido instalando³⁴³.

Y en lo que hace a los ríos interprovinciales, tanto Mendoza como La Pampa deben ejercer su potestad de prosperidad enmarcados en la participación equitativa y razonable que ya se ha establecido, sea convencionalmente³⁴⁴ o de manera dirimente –como estableció Fallos 310:2478-.

En este último sentido, en el desarrollo de las políticas provinciales, de la misma manera que Mendoza no puede aspirar a solucionar sus necesidades a costa del caudal del río Colorado que se ha establecido en el tratado de 1976 a favor de La Pampa, o de Neuquén, Buenos Aires o Río Negro, ni esas provincias pueden tener aspiraciones en base al caudal que ese mismo Tratado reconoce a Mendoza; tampoco la Provincia de La Pampa puede pretender alterar los que han sido fijado como una participación equitativa y razonable sobre el curso del río Atuel en Fallos 310:2478.

³⁴³QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavalía, Buenos Aires, 2000, pág. 432

³⁴⁴ En este caso, el ejemplo radica en los Tratados sobre el río Colorado de 1976 y 1977, donde Mendoza, La Pampa, Buenos Aires, Río Negro y Neuquén acordaron un mecanismo de distribución de caudales (Programa Único de Habilidadación de Áreas de Riego y Distribución de Caudales), que estatuye la participación de cada provincia en el curso de agua.

Si la Corte dirimió ya el conflicto de distribución de caudales, y dentro de los arreglos que fija la Constitución decidió reconocer una superficie en Mendoza equivalente a 75761 has, otorgando para ellas una preferencia en los caudales del río Atuel, entonces La Pampa hoy en día debe procurar su desarrollo sin contradecir el orden legal que surge de ese precedente.

Justamente, dicho fallo no ha hecho más que reconocer el ejercicio activo histórico de Mendoza en el marco del art. 125 CN, frente a políticas distintas en el territorio pampeano, que privilegiaron en el pasado otras alternativas de desarrollo en el suroeste de la provincia referida, y que aún en el presente siguen el mismo camino.

En este sentido, resaltamos que justamente la componente histórica que se consideró en Fallos 310:2478, muestra con claridad que las políticas de desarrollo en el suroeste pampeano carecieron del desarrollo de medidas eficaces de progreso como las previstas en el art. 125 o 75 CN, ya sea mediante la colonización de la tierra, el poblamiento mediante la inmigración, el fomento de la actividad económica, la construcción de ferrocarriles para permitir la comercialización, etc. Todas estas políticas y medidas, en realidad, fueron direccionadas por la autoridad responsable del territorio hacia otro extremo del mismo, con impacto en la conformación del desarrollo territorial.

Pero además de ello, como analizamos en el punto VII.4.a de esta contestación, la situación reconocida en Fallos



310:2478 no impide en lo más mínimo que La Pampa o la Nación puedan desarrollar activas políticas de prosperidad y desarrollo humano en la zona suroeste de esa provincia, especialmente atendiendo no sólo que en el suroeste pampeano existen otras fuentes de agua disponibles y ociosas que pertenecen a La Pampa –que incluso la Provincia de La Pampa ha optado por trasvasar al norte húmedo de su provincia-, sino además la base de la prosperidad que encamina la Constitución no procura exclusivamente el desarrollo en base al consumo de agua, sino más bien mediante otras políticas basadas en privilegios y estímulos legales. Y La Pampa, ha centrado su postura en reclamar lo que le fue rechazado en 1987, sin diversificar su estrategia hacia una redistribución de sus propios recursos ociosos y el desarrollo de otras líneas como promociones industriales y comerciales que podrían impactar positivamente en el área.

En este último sentido, ponemos de manifiesto que el suroeste pampeano, al margen del recurso hídrico que pudiera corresponder dentro de usos futuros del río Atuel, presenta una importante disponibilidad de agua sobre el río Colorado, sin que sobre las misma exista política provincial alguna que sea eficiente para tal desarrollo.

Resaltamos en este sentido que –tal como probamos con el estudio elaborado por la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos- la zona de riego de 25 de Mayo y otras áreas de riego del suroeste pampeano que debieran desarrollarse a partir de las aguas disponibles del río Colorado, a pesar de contar con una

asignación de recurso para el desarrollo del área, son sumamente limitadas en su conformación. Su desarrollo histórico y reciente no es significativo en relación a los caudales y suelos fértiles realmente disponibles.

El Tratado de 1976, suscripto por Mendoza, La Pampa, Neuquén, Buenos Aires y Río Negro y debidamente ratificado por ley por todas ellas, dispuso “aprobar el “Programa Único de Habilitación de Áreas de Riego y distribución de Caudales” (art. 1) y “adjudicar una caudal medio anual de 34 metros cúbicos por segundo para derivar a la cuenca del río Atuel” (art. 3).

En tal marco, “al sólo efecto de la asignación de áreas y distribución de caudales en la cuenca media del río Colorado se adopta la alternativa individualizada en el Programa Único como “Exportación de 24 metros cúbicos por segundo”, y con una concentración salina en la entrada de la cuenca inferior del Río Colorado de 1,8 mmhos por centímetro” (art. 2).

En el marco de la alternativa individualizada en el art. 2, y de acuerdo al Cuadro nº 3 del Programa Único aprobado por esas normas, las provincias podrían realizar con aguas del río Colorado el siguiente desarrollo: Neuquén 1.000 has, Mendoza 1.000 has, La Pampa 85.100 has, Río Negro 85.100 has, Buenos Aires sin limitación. De resultar más favorable la calidad el agua a la calculada, de acuerdo al Cuadro nº 5, las hectáreas de La Pampa y Río Negro pueden ascender hasta 110.100 has, aunque Mendoza y Neuquén siempre son limitadas a 1.000 has.



Es decir, que según las características cualitativas del curso y su desarrollo, **La Pampa ha sido beneficiada con un caudal para utilizar en el suroeste pampeano para una superficie entre 85.100 y 110.100 hectáreas.**

A pesar de ello, el relevamiento de superficies en las que se usa el agua que ha sido efectuado satelitalmente por la Universidad Nacional de Cuyo –y que acompañamos probatoriamente- muestra que cuarenta años después del Tratado, el área cuenta con un desarrollo paupérrimo, que sólo ha dado lugar a algo más de 8000 has de usos efectivos, con niveles de eficiencia bajos.

Y muy por el contrario, La Pampa trasvasa ese recurso a la zona húmeda de la provincia, al norte de la misma, mediante un acueducto de más de 300 km que une Río Colorado - Santa Rosa - General Pico y –en desarrollo- Realicó, tal cual hemos detallado al considerar la satisfacción del derecho al agua en el territorio pampeano.

Es claro entonces que si existe algún problema de desarrollo en el suroeste pampeano no es por culpa de los caudales del río Atuel y su uso actual preferente en Mendoza. El conflicto es otro, como lo demuestra el fracaso rotundo de los usos del agua del río Colorado en el desarrollo de esa región, e incluso la “exportación” del agua que se realiza mediante un acueducto hacia la región norte de la provincia, en perjuicio de la región suroeste de esa

misma provincia, lo que incluye también el área de la cuenca baja del río Atuel.

Del mismo modo, al analizar la situación del derecho humano al agua en la planificación territorial nacional expusimos una previsión de abastecimiento a la zona de Santa Isabel mediante un acueducto iniciado en Puelén. Esta obra, fue prevista junto al acueducto mucho más extenso que ya lleva agua desde el río Colorado a la zona más húmeda de La Pampa –General Pico-, ubicada mucho más al norte. Sin embargo, las políticas públicas nacionales y locales no han priorizado la zona de Santa Isabel, sin que Mendoza tenga responsabilidad al respecto. Más aún, en el punto VII.3.d.2 de este responde observamos cómo al año 2011, ese acueducto de Puelén a Santa Isabel había sido excluido en las referidas planificaciones, lo que confirma la incidencia de la desidia política pampeana sobre el estado de situación que dice considerar inapropiado en la zona de su queja.

Indudablemente Mendoza y La Pampa han ejercido la atribución del art. 125 CN; pero mientras Mendoza lo hizo en el desarrollo de su oasis norte, centro y sur (con imposibilidad de usar el agua en el restante 96,5% de su territorio), La Pampa lo ha hecho privilegiando el norte sobre el suroeste de esa provincia, lo que explica –y demuestra- el desuso de gran parte del agua del río Colorado en la zona de regadío asociada al mismo sobre el suroeste de esa provincia y la construcción de infraestructura muy significativa para



vaciar de recursos hídricos a esa misma región en beneficio del norte de La Pampa.

Por otra parte, el Congreso Nacional, no ha sido ajeno a las políticas que han desarrollado el actual estado de la cuestión en torno a la participación sobre el río Atuel y el desarrollo provincial sobre esa cuenca.

Fue justamente una Ley sancionada en el marco del actual artículo 75 inc. 18 CN a través de la cual se dispuso la construcción del Dique El Nihuil, a los efectos de la generación eléctrica según manda explícitamente la misma Ley 12650.

Esta Corte Suprema, en el Considerando 56 de Fallos 310:2478, ha encuadrado esa actividad legislativa “en el mareo de las atribuciones del inc. 16 del art. 67 de la Constitución” de 1853. Con ello, hace más de 70 años el Congreso de la Nación ha resuelto discrecionalmente una política que fue implementada por el Poder Ejecutivo con los efectos consiguientes sobre los que hoy no se puede renegar legítimamente, y mucho menos adjudicar a Mendoza responsabilidades consecuentes.

Es fundamental atender que esa decisión discrecional y privativa del Congreso Nacional, conlleva una valoración política de lo que se entendió en ese momento como conducente a la prosperidad del país una acción de construir un dique que embalsara el caudal del río Atuel, cesando su escorrentía permanente.

Y la adopción de tal decisión, aunque implique una alteración del orden inicial o natural, limitando el caudal del curso de agua y su escorrentía de una manera que concluyó en la práctica beneficiando los usos del agua de una provincia sobre otra, resulta una máxima plenamente legítima y acorde al régimen constitucional.

La incidencia de este antecedente y los distintos crecimientos locales en las provincias ribereñas del río Atuel –al menos en teoría, ya que en la práctica hemos visto que el desarrollo en el suroeste pampeano no depende de la disponibilidad de agua, como muestra el caso del río Colorado-, para nada implica una situación de desigualdad que contradiga el plan constitucional: esta Corte ha dicho reiteradamente que, justamente, cuando el Congreso actúa en el marco del art. 75 inc. 18, adoptando medidas de privilegio, estímulo y protección, ello importa alterar la generalidad con que deben ser aplicados los institutos para conjugarlos con el art. 16 de nuestra Ley Fundamental³⁴⁵, siendo admisible en tal régimen un

³⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re In re Autolatina Argentina S.A. c/ Resolución N° 54/90 Subsecretaría de Transportes Marítimos y Fluviales s/ recurso de apelación, 19/12/1991, Fallos 314:1824; in re Carlos Pascolini SACIFICA. c/ DGI. s/ impugnación, 24/09/1991, Fallos 314: 1088; in re Maderas Martini, S.A.C.I.F., 1985, Fallos 307: 1083



tratamiento diferencial para cierta área geográfica que trastoque la inicial igualdad interprovincial³⁴⁶.

Es más, VE en los Fallos 310:2478, al analizar este mismo enfoque realizado por la actora frente al mismo conflicto que hoy se replantea en desconocimiento de la cosa juzgada, expresamente señaló con apoyo en la jurisprudencia comparada de su par norteamericana que la igualdad entre las provincias argentinas no implica idéntico desarrollo entre ellas³⁴⁷.

En este sentido, existiendo una verdadera igualdad entre todas las entidades que configuran nuestro país, sean Nación o provincia, a los efectos de adoptar autónomamente³⁴⁸ sus

³⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Argentini, Héctor M. y otros s/ contrabando, 13/02/2001, Fallos 324: 187; in re Maggi, Esteban Félix s/ presunto contrabando de importación, 09/12/1993, Fallos 316: 2797

³⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re La Pampa Provincia de c/Mendoza, Provincia de p/acción posesoria de aguas y regulación de caudales, 8/12/1987, Fallos 310:2478, considerando 82: “Que este testimonio de los destinos desiguales de una y otra región, que tantos otros ejemplos ilustran en sus consecuencias no deseadas, exige una valoración objetiva que prescinda de todo juicio crítico toda vez que, en definitiva, la garantía constitucional de la igualdad entre los estados que forman una federación, no importa la igualdad económica (339 U.S. 706)”.

³⁴⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Empresas Eléctricas de Bahía Blanca c/ Municipalidad de Bahía Blanca, 1948, Fallos 212:105 dejó en claro que no atenta contra situaciones de igualdad la configuración distinta que realizan las provincias a partir del ejercicio de sus propias facultades no delegadas.

propias políticas de desarrollo, parte de la esencia del federalismo es la posibilidad de la existencia de políticas diferentes en cada una de dichas unidades, lo que implicará distintos resultados. Esta Corte ha señalado, en este sentido, que el principio de igualdad consagrado en el plexo constitucional no es agraviado ante situaciones jurídicas que son de por sí asimétricas³⁴⁹.

Y con ello, el distinto resultado del ejercicio diferencial del mismo derecho por dos poderes públicos que administran sus propios ámbitos territoriales, no puede ser calificado como de ruptura de la igualdad en el crecimiento armónico y equilibrado. Lo que la Constitución busca, no es la uniformidad –ajena al ideal federal- sino ciertos niveles de desarrollo que –corresponde al Congreso y no a esta Corte- valorar en su caso, disponiendo las medidas de fomento adecuadas.

Pero además de todo ello, las políticas nacionales continúan hoy en día reafirmando la diferencia que históricamente generaron entre la zona oeste de La Pampa y el resto de esa provincia, aunque ahora lo hacen apoyando las políticas territoriales del actual Gobierno de La Pampa.

No puede dejar de tenerse en cuenta en este sentido que la decisión pampeana de trasvasar caudales del río Colorado al norte de la provincia, en desmedro de la zona ribereña del

³⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re La Pampa, Provincia de c/ Estado Nacional - Secretaría de Energía del Ministerio de Economía de la Nación s/ cobro de pesos, 18/04/2006, Fallos 329: 1317



río o de otras zonas como la propia de la cuenca del Atuel (que a todo esto es tributario del río Colorado en Tapón de Alonso), ha sido financiada con recursos de origen nacional, que el Congreso ha dispuesto presupuestariamente.

La Pampa y Nación suscribieron acuerdos a tal fin en 1996 y 1997³⁵⁰, a través de los cuales el Gobierno Federal comprometió el pago de **U\$S 180.000.000, como aportes no reembolsables**, para la construcción del referido acueducto desde el

³⁵⁰ Mediante el denominado "Convenio de Aporte", suscripto el 30 de noviembre de 1996 entre el GOBIERNO NACIONAL y la PROVINCIA DE LA PAMPA, y ratificado por la Ley 24805, el Gobierno Federal se comprometió a brindar el apoyo técnico, económico y financiero con el objeto de asistir a la construcción y operación de un sistema de acueductos que proveyera de agua a todo el territorio provincial. En el artículo 1º de la Ley citada se estableció que el GOBIERNO NACIONAL debería incluir en los proyectos de presupuestos nacionales de los DIEZ (10) años subsiguientes un aporte anual no reintegrable a la PROVINCIA DE LA PAMPA de DOLARES ESTADOUNIDENSES DIECIOCHO MILLONES (U\$S 18.000.000), cuyo primer aporte correspondería materializarse en enero de 1998. El 29 de diciembre de 1997 se celebró entre la PROVINCIA DE LA PAMPA y las autoridades ejecutivas nacionales un Acuerdo destinado a instrumentar lo prescripto por la Ley 24805, comprometiéndose la Provincia a la construcción de la obra "Acueducto Río Colorado" y la Nación a efectuar la transferencia de la suma U\$S 180.000.000, en carácter de asistencia financiera no reintegrable, en DIEZ (10) cuotas anuales consecutivas de DOLARES ESTADOUNIDENSES DIECIOCHO MILLONES (U\$S 18.000.000) a partir de enero de 1998. Tales recurso han sido sistemáticamente erogados por la Nación, según las previsiones presupuestarias, como las contenidas –por ejemplo- en las Leyes de presupuesto 26442 (art. 25) y 26337 (art. 90), entre otras.

río Colorado, montos que ha sido incluido en diversas cuotas en los presupuestos nacionales.

Queremos poner en significancia el monto que la Nación ha destinado, como **política de fomento**, para que La Pampa distribuya el agua del río Colorado a toda la Provincia **excepto** el área de influencia del río Atuel. Es un monto descomunal, que supera las cantidades que con marcados esfuerzos Mendoza ha logrado invertir en disminuir los déficits que afectan en su propio territorio a los usos actuales del Atuel a lo largo de casi cuatro décadas³⁵¹.

Y ese monto, sin lugar a dudas marca una clara dirección política de La Pampa y la Nación, que no tiene en su camino la asignación de agua al territorio en el que se supone que existe conflicto. Esta política que omite atender la realidad y necesidad en el área del río Atuel, es ajena a cualquier responsabilidad de la Provincia de Mendoza.

³⁵¹ De acuerdo a los informes del Departamento General de Irrigación que acompañamos probatoriamente, desde la sentencia de 1987 Mendoza ha invertido recursos propios para disminuir el déficit de suministro que presentan las áreas servidas con aguas del río Atuel, invirtiendo más de u\$s 145.000.000 para impermeabilizar de 132 km de canales, logrando ahorrar el 78,6% de las caudales que se infiltraban, y así recuperando el 8,95% del caudal erogado desde el embalse Valle Grande, aunque esto sólo representa un caudal algo más de 4. 000 litros por segundos, el que hoy por hoy no cubre los efectos que implica el fenómeno de cambio climático (remitimos al respecto al punto VII.4.b.3.6 de este responde).



e.2.- Improcedencia sustancial de lo afirmado por la actora

También debemos poner de manifiesto que lo afirmado por la actora, en cuanto a que existe un crecimiento inarmónico y desproporcionado a favor de Mendoza, es sustancialmente incorrecto.

El ardid al que recurre la actora para sostener su queja parte de un análisis descontextualizado, realizando comparaciones metodológicamente incorrectas.

El estudio practicado por la Universidad Nacional de Cuyo, que acompañamos probatoriamente, realiza un análisis de la línea base social que expone el estudio de la Universidad Nacional de La Pampa –de 2012- en el Anexo 3 Tomo II Vol. 3, en el que se ha basado al queja pampeana. El resultado de este análisis es contundente en cuanto a las falencias metodológicas a través de las cuales se ha **forzado** una conclusión errada en torno al impacto social del daño ocasionado a poblaciones residentes y a las no residentes afectadas por un proceso migratorio en el área de estudio.

En primer lugar, las políticas nacionales en la época del territorio nacional ocasionaron la ausencia de infraestructura de desarrollo –hídrica y de otro tipo- en el oeste pampeano, y el consiguiente despoblamiento que ahora se quiere imputar a Mendoza (remitimos también al análisis que efectuamos en el punto VII.4.a de este responde).

La provincialización de La Pampa, a mediados del siglo XX, conllevó un fuerte desarrollo urbano concentrado en Santa Rosa, lo que generó un éxodo de la población rural a la ciudad.

Esas dos situaciones generan una base de potencialidad de crecimiento distinta en el oeste y suroeste pampeano con respecto a la propia del sur mendocino, con lo que ahora no puede asignarse responsabilidades al actuar diligente de Mendoza en las limitaciones que existieron inicialmente en el territorio de La Pampa.

Pero además de ello, el informe de la Universidad Nacional de Cuyo es claro en cuanto a que la metodología de comparación utilizada para fundar la demanda en este punto es sesgada:

4) Resulta arbitraria, parcial y metodológicamente incorrecta, la comparación socioeconómica de los departamentos Chical Co, Chalileo, Curacó y Limay Mahuida, de la provincia de La Pampa, con los departamentos de San Rafael y General Alvear de la provincia de Mendoza. Lo procedimentalmente correcto sería, en primera instancia, analizar la estructura social y económica de cada uno de estos departamentos en relación a las demás jurisdicciones de la misma provincia. De este modo puede determinarse, con mayor detalle y absoluta objetividad, el impacto de las políticas públicas y las decisiones administrativas implementadas en cada provincia, sobre la orientación, desempeño y perspectivas de su esquema productivo y social.



Critica que reafirma y profundiza posteriormente al entender que:

6) El informe LBS utiliza un método sencillo Y RUDIMENTARIO [...]. Se hubiera ganado en objetividad si las conclusiones presentadas en el informe LBS, fuera resultado de utilizar o ensayar entre varios métodos de extrapolación, o al menos, realizar un análisis de sensibilidad sobre la tasa de crecimiento utilizada.

Un análisis con mayor precisión metodológica, en cambio, tal como demuestra el referido estudio de la Universidad Nacional de Cuyo, permite apreciar que desde mediados del siglo XX a la actualidad, los departamentos de la Provincia de Mendoza que corresponden a la cuenca del río Atuel (Alvear y San Rafael) resultaron los de **menor crecimiento relativo en la provincia; frente a los departamentos pampeanos que corresponden a esa misma cuenca, que presentaron el mayor crecimiento relativo dentro de su provincia.**

El gráfico siguiente, extraído del informe universitario que invocamos, permite ver claramente el área de La Pampa con mayor crecimiento poblacional intercensal desde 1960 a la fecha, apreciándose de manera muy sencilla que los departamentos de la cuenca del río Atuel han crecido a un ritmo mayor que otras áreas de esa provincia:

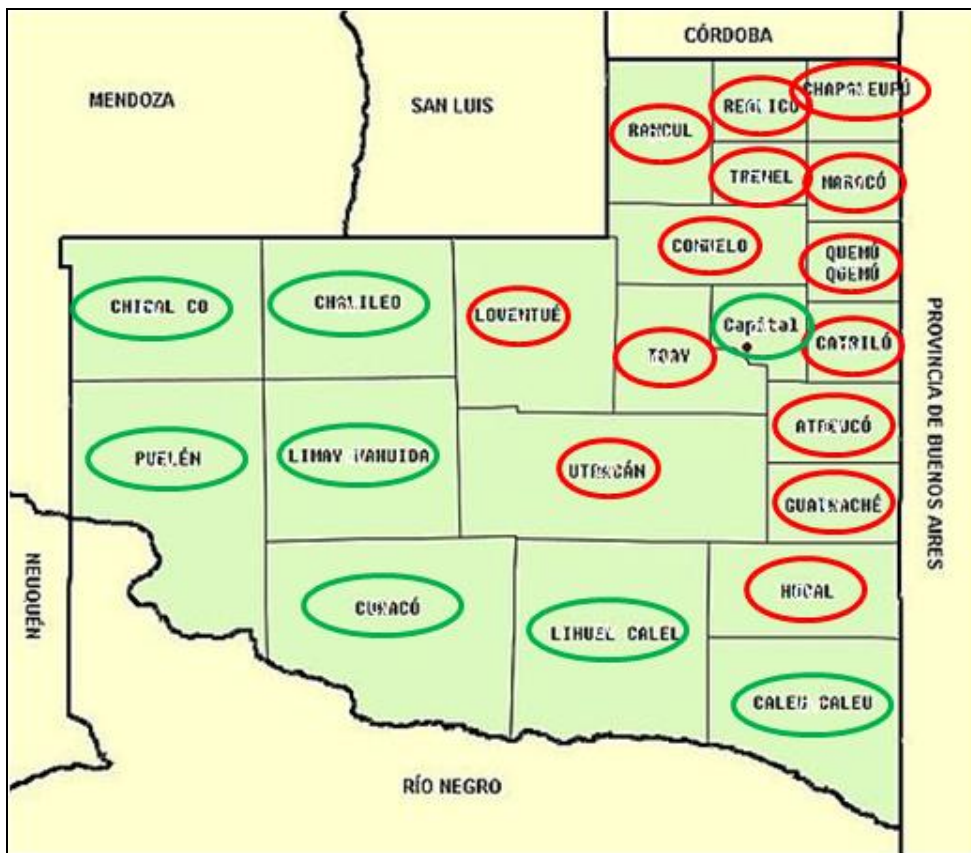


Ilustración 1: Departamentos de la provincia de La Pampa según tasa de crecimiento poblacional inter-censal. En verde, departamentos con mayor crecimiento poblacional inter-censal. En rojo, departamentos con menor crecimiento poblacional inter-censal

Con ello, es claro que la evolución social del área no se ha deprimido en realidad, con respecto a otras áreas de esa provincia. En palabras del informe universitario en el que nos basamos:

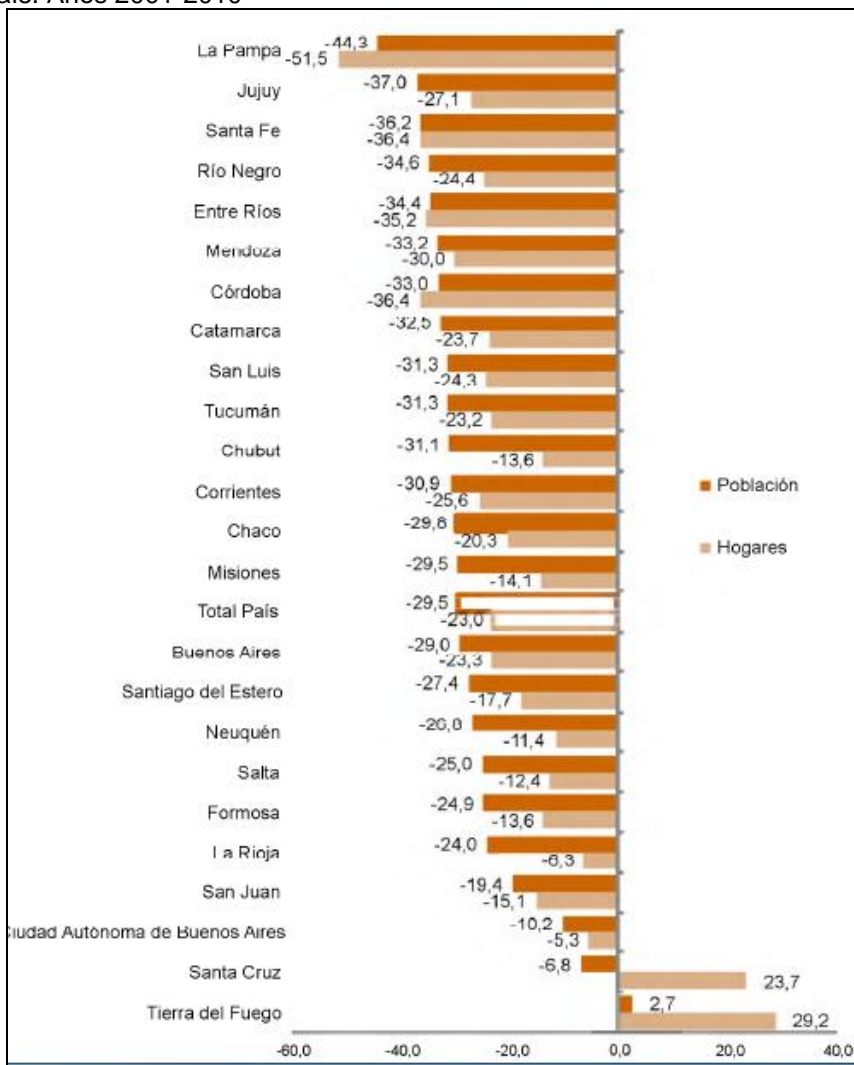
Desde los gráficos e ilustraciones anteriores, resulta objetivo mencionar que los departamentos ubicados en el sur de la provincia de Mendoza manifestaron una menor performance en cuanto a su desarrollo poblacional, comparándolos con las demás jurisdicciones de la Provincia. Por otra parte, objetivamente se aprecia que los departamentos ubicados en la franja oeste de la



provincia de La Pampa (y limítrofes con Mendoza y Río Negro), manifestaron un mayor crecimiento demográfico que el resto (con la única excepción de la capital pampeana) Esta dinámica muestra que los territorios del sur de Mendoza han sufrido un proceso de deterioro en relación a los demás integrantes de esa provincia, mientras que los departamentos del oeste pampeano han mejorado su dinámica poblacional en relación a los otros departamentos de La Pampa.

Por otra parte, el estudio de la Universidad Nacional de Cuyo revela otro dato significativo para analizar la realidad social de ambas provincias, el que es demostrativo de la falsedad de la premisa reclamada en cuanto a que existe un crecimiento inarmónico en perjuicio de La Pampa. El indicador de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) permite apreciar que La Pampa ha reducido la proporción de individuos y hogares con NBI en un 44,3% y un 51,5%, respectivamente, durante la década 2001/2010. Contrariamente, se advierte que el porcentaje de reducción de NBI en la provincia de Mendoza fue de 33,2% en población y de 30% en hogares para el período 2001/2010. Esto pone de manifiesto que la calidad de vida –medida a través de NBI– en la provincia de La Pampa mejoró en relación a la de la provincia de Mendoza, en 10 a 20 puntos porcentuales durante esos años, lo que impide sostener que exista una merma en el desarrollo pampeano.

Variación Inter-censal de Hogares y Población con NBI según Provincia. Total del País. Años 2001-2010

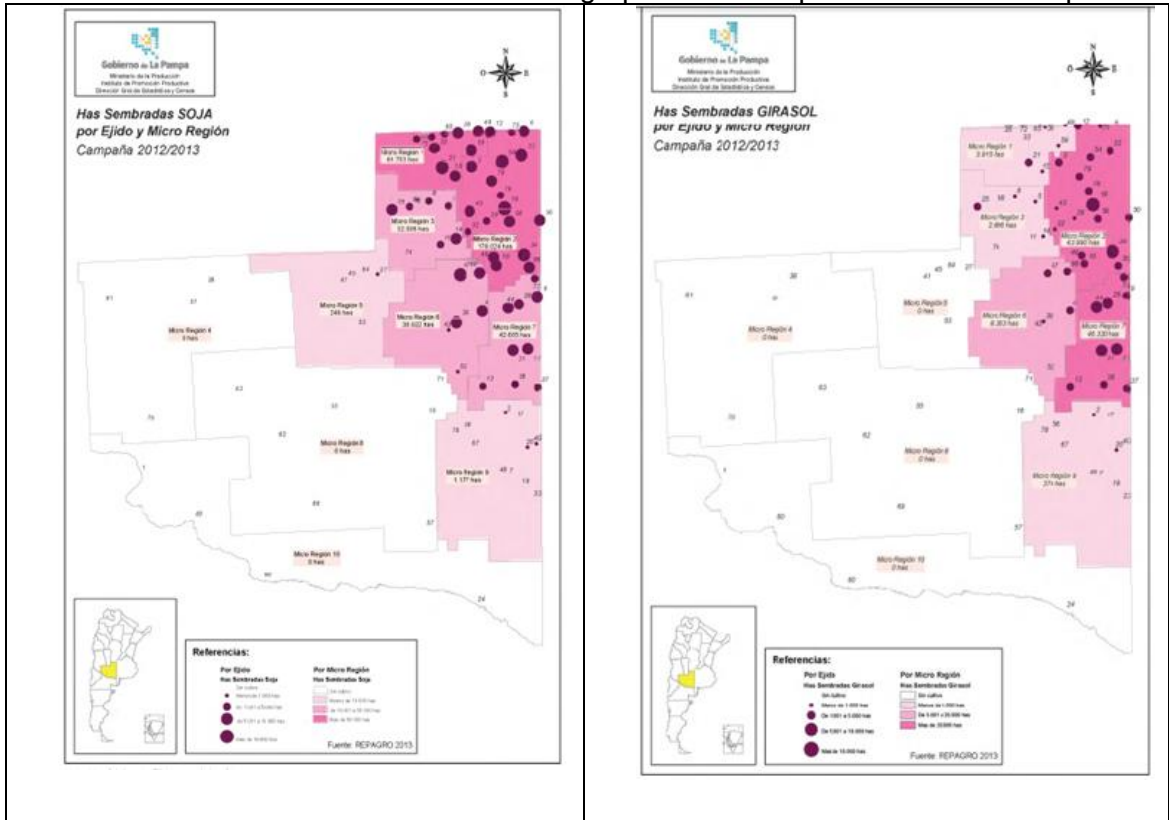


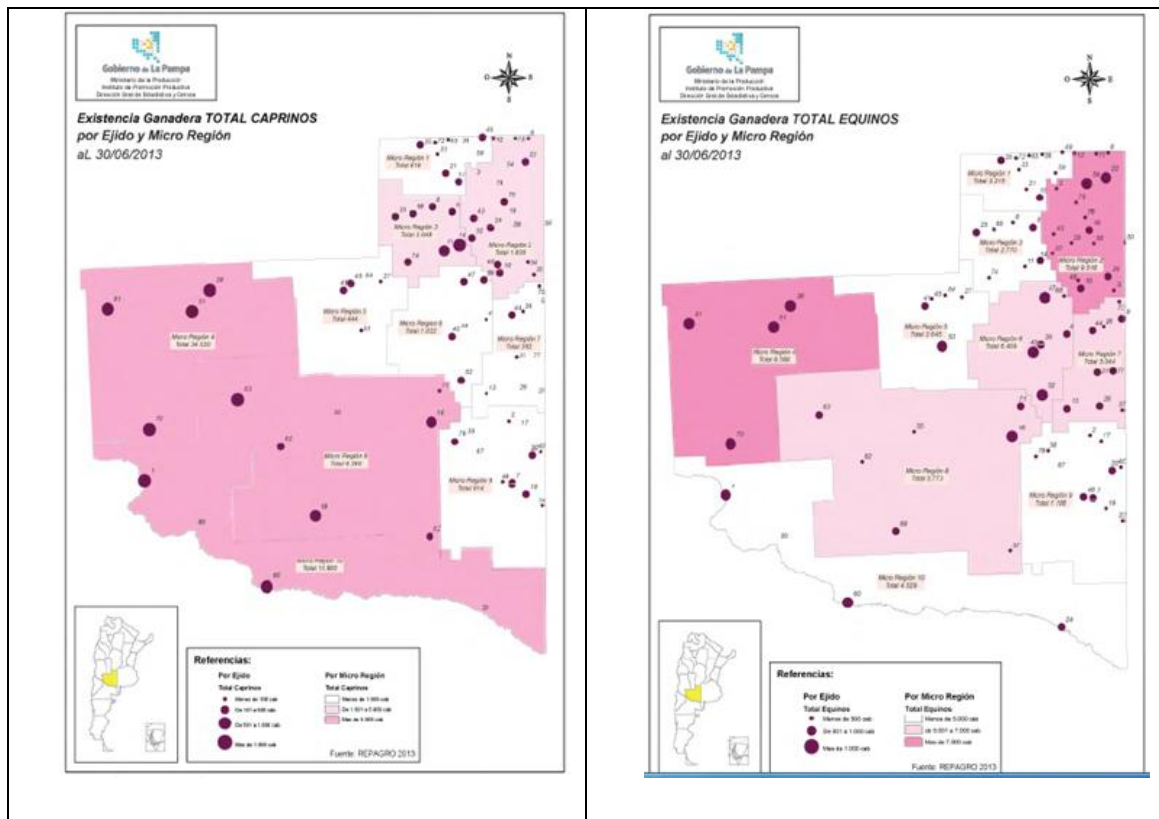
Esta mejora cualitativa fue, posiblemente, inducida por la fuerte renta derivada de las actividades productivas agrícolas que caracterizan a La Pampa, principalmente producción de soja, girasol y maíz, alojadas en el sector oriental del territorio pampeano y también de las provenientes del sector ganadero, principalmente caprinos y equinos, reconcentradas recientemente sobre la franja oeste de su territorio como consecuencia del desplazamiento y avance de la frontera agrícola en dirección este-



oeste. Las siguientes ilustraciones permiten verificar esta afirmación, con fuerte presencia ganadera en el oeste pampeano.

Ilustración: Concentración de actividades agropecuarias en provincia de La Pampa





En conclusión, lejos de constatarse que existe un crecimiento desproporcionado entre la zona sur de Mendoza y oeste-suroeste de La Pampa que pueda atribuirse al agua usada por Mendoza, observamos que el crecimiento relativo de los departamentos pampeanos, tanto en población como en calidad de vida, ha sido superior al producido en Mendoza, a partir de la base histórica que generaron las políticas de ocupación del territorio desarrolladas hasta mediados del siglo XX.

A ello sumamos una clara ausencia de políticas activas de desarrollo en el suroeste pampeano, donde la disponibilidad de agua del río Colorado debería haber dado lugar a un área de desarrollo superior al oasis sur de Mendoza. Pero la falta de



tales políticas tratan de ocultarse en una estrategia política más sencilla: echarle la culpa al vecino.

Sobre esta base analítica, el referido informe universitario **concluye** que las afirmaciones arribadas en el informe LBS en el que se basa la demanda, sobre la evolución de la población sobre los departamentos de la cuenca reducida del río Atuel, se realiza a partir del análisis de un conjunto de datos cuya profundidad y rigurosidad científica-técnica es prácticamente nula, mediante una lectura e interpretación simplista o naif, y que están direccionada forzosamente a probar la supuesta hipótesis implícita – descrita en el en el apartado del presente informe introducción y supuesto preliminares.

A partir de analizar los datos cuantitativos, sumado al análisis histórico sobre el resto de la información cualitativa (ambos aportados en el informe LBS), **es posible afirmar con firmeza la invalidación de la hipótesis planteada** en cuanto a que el supuesto corte definitivo del caudal permanente del río Atuel en 1947 por la puesta en funcionamiento del Complejo El Nihuil ha provocado directamente un perjuicio a la evolución de la población de los principales departamentos involucrados en la cuenca.

Es indudable que la política sobre el territorio pampeano en cuanto al trazado férreo, el desarrollo migratorio y la provincialización de La Pampa en 1951/1952, ocasionaron un fuerte desequilibrio territorial –que hoy se le

pretende adjudicar al río Atuel- transformando a la franja oriental en un polo de atracción y, principalmente, convirtiendo a la ciudad de Santa Rosa (que registró un aumento sustantivo del empleo urbano), en un centro receptor de amplios contingentes de población rural y del resto de los departamentos de La Pampa.

Es importante agregar, que simultáneamente, en la provincia de Mendoza el trazado férreo también se planificó separándolo en gran medida de los pequeños oasis irrigados ubicados en el este de la Provincia. La situación generada con el abandono del ferrocarril a partir de los años ochenta generó un importante éxodo migratorio, pese a la existencia recursos hídricos para sostener el desarrollo productivo. El abandono de las tierras productivas se produjo por las crisis económicas y la falta de infraestructuras de servicios, situación que se puede observar en la Patagonia argentina y en el noroeste argentino.

El aislamiento socioterritorial y la imposibilidad familiar de confluir en un proceso de capitalización progresiva, es pura responsabilidad del Estado, que lo convierte en una agente de injerencia primordial a la hora de intervenir sobre las condiciones básicas de la sobrevivencia.

Es necesario un estudio de la población que encuentre relación entre la demografía y otras disciplinas de las ciencias sociales, puesto que en sí mismos los fenómenos demográficos son determinantes y determinados por acciones sociales. Dicho de otra manera, para interpretar los fenómenos demográficos se requiere la



mirada y los aportes de otras disciplinas que sean capaces de contextualizar, social e históricamente, las tendencias de cambio poblacional. Este vacío toma valor ya que, los datos demográficos proporcionan información relevante y oportuna para el diseño de políticas, investigaciones y acciones dirigidas a la población objetivo.

En este sentido, y relacionado con las proyecciones de población, la misma representa una tarea compleja que debe realizarse a través de un análisis exhaustivo, el cual permita considerar distintos métodos y una vasta cantidad de información, ya sea la que proviene de censos anteriores, como también la de registros vitales y defunciones y estimaciones de migración.

VII.4.- INEXISTENCIA DE DAÑO AMBIENTAL

a - El estado del ambiente humano en la cuenca del río Atuel: una construcción de las políticas públicas

a.1- El concepto de ambiente como bien jurídico tutelado: el ambiente humano

Como reflejo de los hechos relatados supra, y ante el planteamiento de la actora vinculando el objeto del proceso a una supuesta alteración ambiental, debemos referir antes que nada al alcance del ambiente como objeto del derecho tutelado en el art. 41 CN.

Esta necesidad, además de exponer la base jurídico-conceptual de nuestro responde –en función a la cual sostenemos la inexistencia de daño-, es exigida frente a una reclamación que –en definitiva- busca desconocer la autoridad de esa Corte Suprema y la consiguiente cosa juzgada dispuesta en Fallos 310:2478, mediante el ardid de encuadrar como una situación dañosa a los desarrollos del entorno humano que han sido producidos de manera sistemática por las políticas públicas provinciales y nacionales, omitiendo atender que la situación del oeste pampeano sobre la que reniega –en su caso- es más una responsabilidad o consecuencia de las políticas pertinentes de las autoridades responsables –ahora y antes- de ese territorio, que de un obrar u omisión de esta parte.

En este sentido, no sólo las expresiones de los Convencionales que participaron en la argumentación del actual texto constitucional³⁵², sino la letra expresa del art. 41 CN dan cuenta

³⁵² En este sentido, en la Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, 13º Reunión, 3º Sesión Ordinaria, 20 de julio de 1994, pág. 1608, donde la Convencional ROULET, **al fundar el despacho mayoritario**, observó la cualidad de “sano” vinculándola no solo a la preservación de los bienes ambientales de los que depende el hombre, sino también a todos los ámbitos construidos por el hombre: “sano significa una ciudad con cloacas , con agua corriente, control del ruido y de las emanaciones, y con espacios verdes suficientes en relación al espacio construido, [...] vivienda adecuada [...], ámbito de trabajo adecuado [...], escuelas [...]”, etc. En relación a equilibrado sostuvo que “no es una noción que se refiere a los equilibrios naturales del ambiente intangible, aquel donde el hombre no ha tenido



de que el entorno tutelado en nuestro país es justamente el entorno humano, donde la naturaleza se transforma para satisfacer la mejor calidad de vida. Al decir de SABSAY y ONAINDIA, implica un conjunto dinámico de interacciones entre elementos naturales y artificiales, (físicos, químicos o biológicos) y psico-socio-culturales, cuya características determinan la existencia y el desarrollo de la vida en todas sus formas, y en definitiva, la calidad de vida de los seres humanos³⁵³.

La misma actora, en este sentido, parte de este mismo esquema de concepto, cuando –en la p. 234 de la demanda- a partir de la autorizada doctrina de Cafferatta y Rosatti sostiene una noción de ambiente en la conjunción de los valores culturales junto a los naturales-.

La determinación concreta de qué se encuentra involucrado en el objeto del derecho al ambiente, en definitiva, no sólo permite identificar aquello que es tutelado legalmente, sino además determinar cuándo el resultado de una conducta u omisión se torna antijurídico, siendo inevitable que en tal concepto exista una ponderación entre desarrollo económico y

ninguna actividad. Significa el equilibrio de los ambientes transformados por el hombre [...]”.

³⁵³ SABSAY, Daniel y ONANIDIA, José, La Constitución de los argentinos, Errepar, Buenos Aires, 1994, pág. 149 y ss.

preservación ambiental³⁵⁴; de modo que una definición excesivamente restrictiva podría provocar una afectación del desarrollo sostenible, pero una definición amplia en exceso ocasionaría la pérdida de recursos y una carga excesiva para la sociedad³⁵⁵.

El artículo 41 CN ha definido con claridad el reconocimiento positivo de un derecho de todos los habitantes a un ambiente sano y equilibrado y la obligación prioritaria de recomponer el daño al mismo, pero también ha configurado explícitamente el contenido de ese derecho, superando las discusiones sobre si el mismo se refiere a un criterio estricto (sólo los bienes naturales) o amplio (naturaleza y cultura, calidad de vida).

Hoy no caben dudas que el ambiente jurídicamente tutelado es un entorno **apto para el desarrollo humano, con actividades productivas** que satisfagan las necesidades de las generaciones presentes y futuras, con lo que los aspectos culturales y que hacen a la calidad de vida a través de la explotación de los recursos naturales se constituyen como **principios organizativos del paradigma ambiental**.

Explica en este sentido ZARATE, que a pesar de que el requisito constitucional de “equilibrado” que presenta

³⁵⁴ GIL BOTERO, Enrique y RINCON CORDOBA, Jorge Iván, Los presupuestos de la *responsabilidad ambiental en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 20

³⁵⁵ GOMIS CATALÁ, Lucía, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Madrid, 1998, pág. 63.



el ambiente implica una apreciación ecológica que advierta que los cambios efectuados en el ambiente afectan a todos los organismos que están en el mismo, “no debemos suponer que ese equilibrio significa inmovilismo o perpetuidad en las condiciones ambientales, pues se trata de un equilibrio dinámico, más si tenemos presente que es la propia naturaleza la que a veces se encarga de introducir factores de dinamismo en los ecosistemas: pensemos sino en las inundaciones, los incendios, los terremotos, etc. Todo esto nos debe llevar a la conclusión de que la intervención humana sobre el ambiente no siempre implicará un desequilibrio para el mismo. Además, si pensáramos en una eterna virginidad del mundo natural, de ese modo nuestra especie estaría condenada a la desaparición o como mínimo a la inexistencia de una civilización como hoy la conocemos”.³⁵⁶

El mismo autor, afianza esta perspectiva al referir a que el ambiente tutelado debe ser apto para el desarrollo humano, en los términos constitucionales, y con ello, “el carácter antrópico de esta normativa permite suponer inclusive la modificación de determinados ambientes con la finalidad de facilitar el desarrollo humano”, ejemplificando a continuación, de manera plenamente aplicable al caso, con la construcción un acueducto que lleve agua a una zona árida, lo que aunque puede implicar una modificación del

³⁵⁶ ZARATE, Enrique Augusto, *Manual de Derecho Ambiental*, Nova Tesis, Rosario, 2008, pág. 178

entorno, la mismo podría admitirse por tender a un ambiente más apto para el desarrollo humano³⁵⁷.

Néstor CAFFERATTA, en este sentido, enseña que se debe excluir de la idea de daño ambiental aquellas modificaciones al ambiente que se presentan en casos en que la actividad productiva transforma el entorno de una manera no lesiva, y trae a colación la diferencia entre el “daño ambiental” y el “daño ambiental necesario” que ingresa dentro de los límites de las incomodidades ordinarias³⁵⁸, nociones que en la jurisprudencia han sido aplicadas por el Superior Tribunal de Justicia de Chubut.³⁵⁹

Esta visión doctrinaria, se encuentra plenamente alineada con el contenido real del art. 41 CN, interpretando éste de manera auténtica, a la luz de la voluntad que pretendían expresar los Constituyentes al efectuar tal disposición. En

³⁵⁷ ZARATE, Enrique Augusto, *Manual de Derecho Ambiental*, Nova Tesis, Rosario, 2008, pág. 179.

³⁵⁸ CAFFERATTA, Néstor, “Régimen legal del daño ambiental”, *Daño Ambiental*, Tº II, Universidad Externado de Colombia, 2009, pág. 143.

³⁵⁹ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut in re Defensora del Pueblo de la Provincia del Chubut , sentencia del 28/06/2001, publicada en La Ley, Tº 2001-F , pág. 258 y Doctrina Judicial, Tº 2001-3 , pág. 1068, donde el Tribunal expresó que no puede identificarse el "daño ambiental" con cualquier lesión a un recurso natural –“daño ambiental necesario”, sino que aquel existirá sólo cuando la "afectación" tenga la capacidad de impactar sobre la vida, en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para la subsistencia.



este sentido, La Convencional ROULET³⁶⁰, al fundar el texto vigente, dijo:

La segunda calidad de ese ambiente que queremos garantizar es la del equilibrio, que no es una noción que se refiere a los equilibrios naturales del ambiente intangible, aquel donde el hombre no ha tenido ninguna actividad. Significa el equilibrio de los ambientes transformados por el hombre, lo que quiere decir que a las modificaciones a que se somete ese ambiente se le deben buscar respuestas que sean equivalentes, en condiciones aceptables, a las que resultan de la propia actividad del hombre. Ese mismo ambiente debe ser apto para el desarrollo humano.

Desde el derecho constitucional, por su parte, ROSATTI también concuerda con este enfoque al señalar que “el bien jurídico protegido por el art. 41 de la Constitución Nacional *no es la salud humana sino el equilibrio medioambiental asumido como presupuesto de la calidad de la vida humana*”³⁶¹.

La Ley 25675 ha regulado la recomposición del daño ambiental en los artículos 27 y ss., entendiendo por daño ambiental **toda alteración relevante que**

³⁶⁰ Actas de la CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 13ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 20 de julio de 1994, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar>.

³⁶¹ ROSATTI, Horacio D., *Derecho Ambiental Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág. 56.

modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos (art. 27), y especificándose que el que cause un daño ambiental “será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción, y en caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder” (art. 28).

Es claro entonces que **no toda alteración del entorno es un daño ambiental**, ya que éste requiere que tal alteración sea no sólo relevante³⁶², sino en especial que resulte

³⁶² En relación a la relevancia, expresa Kemelmajer que: “un sector de la doctrina entiende que este calificativo implica que la lesión desorganiza el sistema, retardando el desarrollo humano y afirma que la acción lesiva es aquella que comporta una desorganización de las leyes de la naturaleza; dicho en otras palabras, el daño ambiental se relaciona con el principio organizativo del sistema ambiental y existe cuando esa afectación es apta para impactar sobre el equilibrio de ese sistema. Otros asocian el requisito de la relevancia a la gravedad de la lesión. En este sentido, antes de la sanción de la ley, la doctrina mayoritaria hacía mención a la necesidad de que el daño presentare cierta gravedad, en el sentido de poner en riesgo la calidad de vida en forma significativa. El carácter relevante indica, pues, que la lesión debe ser importante; en este aspecto, coincide con el artículo 2618 del código civil (que se refiere a la "normal tolerancia"); consecuentemente, existe un umbral de tolerabilidad debajo del cual el daño no es indemnizable. En definitiva, "normal tolerancia y razonabilidad configuran el norte con el que



negativa. Y tal aspecto valorativo –lo positivo o negativo de la alteración- no puede analizarse sin tener en cuenta como eje de consideración al sujeto que es el titular del derecho a ese ambiente, es decir el ser humano, y la cualidad de “sano” y “equilibrado” que el entorno debe presentar según el art. 41 CN en el marco de las definiciones que de tal entorno configuran las políticas públicas.

Por ello, mal puede afirmarse que toda alteración significativa del entorno natural es un daño al ambiente por modificar el sustrato ecológico natural, ya que ello exigiría extraer del entorno al ser humano (con sus ciudades, carreteras, campos ganaderos, cultivos irrigados y no irrigados, etc), y así excluir su desarrollo cultural, priorizando a otras especies mediante leyes y conceptos culturales. **El entorno natural sin modificación antrópica no es el equivalente al ambiente tutelado.**

La alteración de las condiciones naturales por la actividad humana, como la que se analiza en este proceso, no puede considerarse un daño, y esto es palpable en la normatividad constitucional y legal argentina.

Así, el objeto del derecho de todos los habitantes es el ambiente en los términos regulados en el artículo 41 CN, permitiendo la exégesis de tal norma determinar el contenido que corresponde a la prerrogativa ambiental tutelada

cabe interpretar la noción de daño ambiental". (KEMELMAJER , Aída, “El daño ambiental colectivo y la nueva ley general del ambiente”, *Anales de la Legislación Argentina*, Boletín Informativo año 2003, N° 17, pp 1-9, La Ley).

constitucionalmente³⁶³, lo que permite advertir la improcedencia del reclamo efectuado por la Provincia de La Pampa.

Como punto de partida, entonces, debemos recordar que el ambiente al que se tiene derecho no importa un ambiente prístino, propio de una noción extrema que desconozca las necesidades productivas, y coloque al hombre y su desarrollo civilizado como algo extraño. Claro está que la realidad ambiental argentina –tanto en Mendoza como en La Pampa y en todo el país- es muy distinta a la de esa suerte de *estado de naturaleza* que encontró la colonización española en el siglo XVI o incluso de aquella que se presentó antes del desarrollo de los pueblos originarios que habitaron estas tierras antes de la cultura occidental; el historicismo ecológico³⁶⁴ da cuenta de que todo nuestro país –y el mundo en general- como consecuencia del actuar humano ha mutado significativamente desde el pasado remoto de la prehistoria, y no tan remoto a partir de la conquista.

La misma transformación que históricamente se puede observar en el territorio mendocino, se

³⁶³ ANDINO, Marcela y PINTO, Mauricio, “El derecho humano al ambiente en Argentina y su relación con el sistema interamericano de derechos humanos”, en EMBID IRUJO, Antonio (dir.) et al, *El derecho a un medioambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 521.

³⁶⁴ Ver por ejemplo BRAILOVSKY, Antonio y FOGUELMAN, Dina, *Memoria verde. Historia ecológica de la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 2002. BRAILOVSKY, Antonio, *Historia ecológica de Iberoamérica*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2006.



registra en la generalidad del territorio nacional, y en particular en el propio pampeano, donde la ganadería y cultivos han alterado totalmente la realidad natural, desforestando y erradicando flora y fauna nativa en pos de los sembradíos y otros desarrollo, sin que pueda sostenerse que ello es un daño propiamente dicho.

Y no por eso pasa por nuestra mente volver a un territorio sin actividad ganadera, agrícola o industrial, sin desarrollos urbanos, sin vías de comunicación terrestre, puertos, aeropuertos, sistemas de regadíos, eléctricos, cloacales u otras infraestructuras, todos ellos algunos –entre muchos otros- elementos que no son justamente “naturales” desde una perspectiva que excluya el desarrollo humano.

La misma actora, del mismo modo que aceptó en el proceso que culminó en Fallos 310:2478 el necesario respeto del desarrollo del oasis mendocino, acepta claramente también ahora estas premisas, al sostener en la página 298 de su demanda que

La Provincia de La Pampa tampoco pretende retrotraer la cuenca del Atuel a una situación previa a la intervención del Telis Menezes en la primera década del siglo XIX. No se procura la destrucción de los Nihuales o la eliminación de las áreas de riego en San Rafael y General Alvear

En todo caso, es fundamental -como explica LORENZETTI- atender si las alteraciones a la naturaleza afectan el principio organizativo del paradigma ambiental que ha fijado el Estado en sus regulaciones³⁶⁵. Y en este sentido, no caben dudas que la utilización de los recursos naturales y la modificación del entorno natural para conformar un ambiente humano habitable de por sí **no resultan contradictorias con el paradigma ambiental, sino que responden a ese desarrollo humano que prescribe la Constitución Nacional.**

Como afirma cabalmente RODRIGUEZ, “en definitiva, se protege la “calidad de vida” de los habitantes como primer objetivo concreto de la política ambiental.³⁶⁶

De esta forma, la misma Ley General del Ambiente establece y reafirma esta perspectiva de desarrollo y tutela. Al fijar los objetivos de la política Argentina en materia ambiental, estatuye como **prioritario** promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras (art. 2 inc b).

Pero además, la misma norma regula como objetivo la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, aunque expresamente no dirige la misma hacia la exclusiva tutela natural, sino

³⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo, “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, La Ley, Tº 1998-A, pág. 1024

³⁶⁶ RODRIGUEZ, Carlos Aníbal, *El derecho humano al ambiente sano*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pág. 191



que engloba también a los recursos culturales como parte del entorno protegido (inc a), buscando la promoción de un uso racional y sustentable de los recursos naturales (inc. d).

Esto no quiere decir que dentro de los objetivos no se encuentre también el mantenimiento del equilibrio ecológico y la conservación de la diversidad biológica (inc. e y f); pero sin lugar a dudas ello debe modularse en función de la calidad de vida que impone como prioritario el inciso b de esa misma norma, de modo que la prevención de los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente permita posibilitar tanto sustentabilidad ecológica como la económica y social del desarrollo (inc. g).

En materia hídrica, los Principios Rectores de Política Hídrica de la República Argentina³⁶⁷ han seguido esta

³⁶⁷ Como ya hemos referido, los Principios Rectores de Política Hídrica de Argentina no constituyen una norma jurídica que obligue de algún modo a las provincias. Aunque sí revisten un carácter de idea fuerza que ha sido puesta de manifiesto por las autoridades provinciales del agua mediante la suscripción del Acuerdo Federal del Agua en 2003, asumiendo un compromiso político de impulsar modificaciones en sus respectivos ordenamientos provinciales para la adopción de tales principios políticos. Por ello, aunque no obliga ni a las provincias ni a los ciudadanos, son fuente de la promoción de políticas públicas que pueden ser adoptadas legalmente. Es interesante señalar que aunque algunos Estados provinciales al aprobar su adhesión al Consejo Hídrico Provincial han aprobado estos principios dentro de su normatividad, ello no fue hecho por la Nación en la Ley 26438.

misma línea. Más allá del claro reconocimiento de la variable ambiental en esos principios –que la actora pone de manifiesto en la pág. 242 de su demanda-, una lectura completa e íntegra de los mismos permite ver que ese ambiente es un entorno donde el agua se utiliza para las actividades productivas.³⁶⁸ Resaltamos especialmente el Principio 35, que sistematizando el concepto general que está implícito en el conjunto establece que el agua es un recurso estratégico para el desarrollo de las economías regionales, y por ello su asignación no debe atender sólo las necesidades ambientales y humanas, sino elevar la calidad de vida poniendo el recurso hídrico al servicio del desarrollo y bienestar de la sociedad.

En este concepto, recordamos las distintas nociones que desde el Derecho Ambiental han definido a dicho ambiente como bien tutelado, sea enumerando aspectos antrópicos

³⁶⁸ En este sentido, solo por señalar algunos ejemplos, el Principio 1 señala que además de resultar el agua es un elemento insustituible para la vida, es también el insumo de las actividades productivas, las que en escasos pueden presentar conflictos por su uso; el Principio 17 refiere a la necesidad de llevar adelante una gestión integrada que contemple los diversos factores ambientales, sociales y económicos que afectan o son afectados por el manejo del agua; el Principio 19 refiere que las mejores oportunidades de uso de una región hídrica se producen teniendo en cuenta la totalidad de las ofertas y demandas (lo que refleja el principio del uso equitativo y razonable); el Principio 32 explícitamente recomienda otorgar derechos de uso de agua (lo que implica su extracción de la corriente); el Principio 36 otorga el carácter de recurso económico al agua en base a resultar un bien escaso por la competencia en su aprovechamiento.



dentro de sus componentes³⁶⁹, o vinculando en el concepto de ambiente a los sistemas o elementos naturales y culturales³⁷⁰; todo ello claramente relacionado con el concepto de calidad de vida como comprensivo del conjunto de cosas y circunstancias que rodean y condicionan la vida del hombre.³⁷¹

La Corte Suprema³⁷², en este sentido, ha expresado que "el medio ambiente del hombre no es otra cosa que la "circunstancia vital" en la que está inmerso y que debe proveerle los elementos que habiliten su desarrollo, o al menos, su subsistencia en condiciones dignas. Si por el contrario, se priva al ser humano de esa "circunstancia" se desconoce su propia esencia ya que sin un ambiente fértil que posibilite esa supervivencia, el hombrees sólo una abstracción".

³⁶⁹ CANO, Guillermo, *Derecho, Política y Administración Ambientales*, Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 22.

³⁷⁰ MOYANO, Amílcar, *Acciones de preservación y desarrollo del patrimonio ambiental*, Ediarium, Mendoza, 1990; ZEVALLOS DE SISTO, María Cristina, *Dos décadas de legislación ambiental en la Argentina*, AZ Editores, Buenos Aires, 1994, pág. xix.

³⁷¹BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil por daño ambiental", *La Ley*, Tº 1994-C, pág. 1052

³⁷² Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Louzán, Carlos Alberto c/ Ministerio de Economía y Obras Servicios Públicos de la Nación, 17/11/1994, Fallos 317:1658. En este pronunciamiento, la mayoría del tribunal rechazó el recurso en trámite por motivos formales, aunque la minoría entró al análisis sustancial del caso efectuando la referencia citada.

El ambiente, como objeto del derecho constitucionalizado, es el entorno antropizado, apto para el desarrollo humano, donde se practican las “actividades productivas” que refiere nuestra Carta magna, y por ello es que se ha concluido que la Constitución Argentina se inclina por la tesis amplia, en el sentido de considerar objeto de protección los recursos naturales, el patrimonio natural y cultural (art. 41, seg. parte).³⁷³

La idea de un ambiente antropizado se colige con la referencia a su aptitud para el desarrollo humano que realiza el texto constitucional. Se trata de un ambiente que se conforma así para el desarrollo integral del hombre en todas sus dimensiones³⁷⁴, en cuanto la noción de desarrollo humano ha superado a las de desarrollo económico o social; e implica crear, promover y dinamizar condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, ambientales y jurídicas que favorezcan la capacidad de todas las personas para su desarrollo³⁷⁵.

³⁷³ LORENZETTI, Ricardo, “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, ob cit.

³⁷⁴QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "La protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional", *Revista La Ley*, 18 de marzo de 1996, pág. 1; QUIROGA LAVIÉ, Humberto "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", *Revista La Ley*, 16 de abril de 1996, pág.1.

³⁷⁵HONORABLE SENADO DE LA NACIÓN, Programa Argentino de Desarrollo Humano, *Informe Argentino sobre Desarrollo Humano 1995*, Buenos Aires, 1995, pág.106. Por su parte, Salvador Darío BERGEL (“Desarrollo sustentable y medio ambiente: la perspectiva latinoamericana”, *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, n° 41, Mayo - Agosto 1992, pág. 321) entiende que



De ahí que el ambiente *natural*, por sí mismo, no es el objeto de protección, sino en función del desarrollo humano mediante el aprovechamiento social, cultural y productivo de los elementos naturales. Lo es, en definitiva, en función de las necesidades humanas, presentes y futuras, en cuanto a su aprovechamiento sustentable, noción que emerge claramente del art. 41 de la C.N.

Por ello, si bien esta aptitud del ambiente constitucionalizado también incluye al desarrollo económico, no es sólo éste el objetivo que el constituyente tuvo en vista, sino que es el hombre el objeto principal de la protección³⁷⁶. Si bien resulta ahora indispensable recordar que el hombre es parte integrante de un

este desarrollo –más que el sustrato natural- debe atender sustancialmente al individuo en su dimensión humana. Para hablar de desarrollo humano es necesario contemplarlo en sus facetas económica, social, cultural y ecológica, las cuales deben actuar de consuno para evitar distorsiones que concluyan por afectarlas a todas ellas. Cualesquiera que fuesen los diagnósticos que fundamentan las propuestas de políticas económicas en pro de la sustentabilidad socio-ambiental de desarrollo, deben optar por el desarrollo humano sostenible; todo plan de desarrollo que no comience por poner en el centro de su preocupación al ser humano y la posibilidad de su desarrollo integral, carece de mayor fundamento. No se puede ignorar la íntima relación existente entre desarrollo, calidad de vida y medio ambiente.

³⁷⁶QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "La protección del ambiente en la reforma de la Constitución Nacional", *Revista La Ley*, 18 de marzo de 1996, pág. 1; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional", *Revista La Ley*, 16 de abril de 1996, pág.1.

ecosistema, que no está fuera ni por encima sino dentro de él³⁷⁷, y si bien la naturaleza es un valor y el hombre debe respetarla y ayudarla, el ser humano no pierde por ello su centralidad. Toda comunidad biótica resulta valiosa, pero en la cima de esta comunidad se halla precisamente el hombre.³⁷⁸

Esta perspectiva humanista del ambiente ha llevado a sostener que el derecho humano al ambiente contemplado en la Constitución argentina importa el derecho de usar y gozar de los bienes ambientales, aunque estos bienes son jurídicamente tutelados en cuanto requieren cualidades como sano y equilibrado para el ser humano. Y consiguientemente, el derecho de uso y goce es acompañado por el deber de protección como una carga pública en cabeza de todos los individuos³⁷⁹.

En base a lo expresado, si bien no caben dudas de que en el Derecho argentino existe un sistema tutelar del

³⁷⁷CANO, Guillermo, "Política Ambiental y de los Recursos Naturales", *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, vol. II, n°2, Abril-Junio 1985, pág.110.

³⁷⁸MADDALENA, Paolo, "La transformación del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales", *Revista del Derecho Industrial*, n° 41, Mayo-Agosto 1992, pág. 351. Esto es reconocido en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992, cuando el Principio 1 indica que: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza".

³⁷⁹ CASABENE DE LUNA, Sandra, "Ambiente y desarrollo en la Constitución Nacional de 1994", *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, Buenos Aires, n° 4, octubre-diciembre 2005, pág. 137.



entorno que desapruera el daño ambiental, la viabilidad de tal concepto –incluso en el marco de los ríos interprovinciales- debe apreciarse en un contexto que atienda la **conformación del ambiente como una realidad antrópica**, donde **el principio organizativo del paradigma vigente se estructura en torno al ambiente humano**, en el que **la naturaleza es transformada por políticas públicas que definen lo óptimo para el hombre**.

Esa misma idea es reconocida por la actora a lo largo de su planteo, donde vincula permanentemente la idea de un futuro caudal fluvioecológico que reclama con el sistema productivo pampeano, acto propio del actor que queremos poner en resalte a los fines de un adecuado encuadre del objeto de la disputa.

En este sentido, sólo a modo de ejemplo, en la página 338 de la demanda, la actora explícitamente expresa con referencia a las probanzas universitarias que acompaña que el caudal fluvioecológico está directamente relacionado con aspectos económicos y sociales que involucra las actividades productivas de su población, para en las páginas siguientes detallar como contenido del reclamo ambiental que efectúa los bienes y servicios involucrados, entre ellos la ganadería, la acuicultura -comercial turística y recreativa-, la pesca comercial, la caza comercial, la apicultura, los recursos forrajeros y pastizales, la agricultura de cereales y oleaginosas, la horticultura, la fruticultura, los forestales, abreviar de ganado, y la recreación turística.

El uso de las aguas en uno de los Estados ribereños necesariamente conlleva la alteración de las circunstancias hidrológicas en los restantes Estados beneficiados naturalmente por el curso de agua, sin que ello importe necesariamente un daño sensible ni la desatención del deber de proteger y preservar los cursos interprovinciales.

Por el contrario, la idea del **uso equitativo y razonable** en el contexto de la comunidad de intereses ribereños, conlleva la proporcionalidad que justifica las alteraciones que pueden ocurrir en un extremo de la cuenca frente a los usos existentes o futuros en otros Estados, sin que ello importe un perjuicio sensible ni una alteración ambiental negativa. Como hemos analizado supra, ese concepto de equidad y razonabilidad lleva al reparto de beneficios en el acceso a recursos naturales escasos, que en definitiva constituye el parámetro de configuración del ambiente humano.

Para que pueda sostenerse que los cambios producidos en el entorno de los Estados ribereños es una situación de daño ambiental, debería acreditarse que existe una alteración del principio organizativo vigente que afecta negativamente la vida de las personas, como conjunto más allá de las fronteras provinciales, pero ello no ocurre con el mero cambio del entorno configurado desde las políticas públicas, aunque ello implique la potenciación de un área frente a otra.

La queja pampeana, que ataca el uso del agua mendocino y reclama un caudal, pero que finalmente



trasluce una apetencia hídrica vinculada a la producción socioeconómica, no es más que una disconformidad con el ambiente humano definido por políticas públicas, que fueron objeto de revisión y confirmación en el pleito resuelto en Fallos 310:2478.

Esas políticas, en definitiva, definen los usos del agua, inclusive en relación a su destino ambiental, como incluso contemplan expresamente reglas de *soft law* recomendadas para el ámbito de los ríos interjurisdiccionales, como las Reglas de Berlín (que establecen de manera expresa que los caudales ambientales se deben considerar incluidos en el cupo de agua que en los procesos de asignación se han otorgado a cada parte)³⁸⁰.

En definitiva, el modelo de equidad que se establezca para el uso de un río entre Estados provinciales refleja y reflejará la conformación del entorno ambiental, que en cada territorio permitirá las actividades productivas y el desarrollo humano que refiere el art. 41 CN, modelo de equidad que en el caso que nos ocupa ha sido fijado por las autoridades públicas competentes antes de 1987, y reafirmado por esta Corte en ese mismo año.

³⁸⁰ Article 15. “Using Allocated Water in Other Basin States: 1. Allocation by agreement or otherwise to one basin State does not prevent use by another basin State to the extent that the basin State to which the water is allocated does not in fact use of the water. 2. **Use of a water for purposes of this Article includes water necessary to assure ecological flows or otherwise to maintain ecological integrity or to minimize environmental harm”.**

a.2- Inexistencia daños ambientales. Inexistencia de un reconocimiento de daño ambiental

Acorde al contexto que hemos definido en el punto anterior, esta parte niega expresamente que la existencia de los usos actuales reconocidos como legítimos y preferentes en Fallos 310:2478 puedan ser considerados un daño ambiental.

Es falso que esa supuesta situación dañosa haya sido reconocida por esta parte, como afirma la actora. Por el contrario, estamos una vez más ante una actuación de mala fe por parte de la actora, que dificulta la negociación futura en la medida en que en su cerrado posicionamiento por forzar un resultado distinto al ya resuelto en Fallos 310:2478, tergiversa y distorsiona toda relación o dialogo que con ella se genere.

El Protocolo de Entendimiento Interprovincial, contrariamente a lo que maliciosa y ladinamente sostiene la actora, no es un reconocimiento de tal situación ahora invocada para forzar un replanteo de lo ya resuelto, buscando suerte en la actual composición de este Excmo. Tribunal, ni puede interpretarse de modo alguno, dentro de la buena fe, que exista un reconocimiento de daño a partir del mismo.

Muy por el contrario, la presentación efectuada el 8 de noviembre de 1989 por los Gobernadores de ambas provincias, junto a los Fiscales de Estado de ambas provincias, en el expediente L-195-XVIII "La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia



de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” (ofrecido como prueba), da cuenta clara de que en ese documento interadministrativo sólo “han acordado **iniciar**, formalmente, las tratativas **tendientes** a lograr un entendimiento respecto al aprovechamiento de las aguas del río Atuel, imbuidas en el espíritu de un federalismo de concertación (contrario al federalismo de oposición) superador de conflictos estériles entre Estado integrantes de una sola Nación; espíritu idéntico al que determinó la exhortación formulada por este EXCMO. TRIBUNAL DE LA NACION en el dispositivo 3º de la sentencia definitiva recaída en estos autos”.

En ese mismo acto, ambas partes anunciaron que constituirían una Comisión Interprovincial para **desarrollar** dichas tratativas, e informarían a la Corte cuando ello ocurriera. Dicha Comisión se configuró en el Acta del 14/12/1989, acompañada a esas mismas actuaciones a continuación por los Fiscales de Estado de ambas Provincias, en el marco del Protocolo de Entendimiento que habían firmado el 07/11/1989.

El referido Protocolo de Entendimiento Interprovincial, en lo más mínimo, implica un acuerdo interprovincial que permita un reconocimiento por parte de Mendoza en relación al daño ahora reclamado, ya sea desde el punto de vista formal que conlleva el alcance de su validez, ya sea desde el punto de vista sustancial que hace a su contenido, o ya sea desde el punto de vista institucional en que se formula.

En este último sentido, desde lo institucional, es claro que ese protocolo es un documento interadministrativo que suscriben los Gobernadores para generar un proceso negocial sobre usos futuros de las aguas. Así expresamente lo afirmaron al presentarlo ante VE en los autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” en 1989, y hoy en día pretender darle un alcance distinto raya en una situación de fraude negocial, e incluso procesal, que contradice de manera inadmisibile los actos propios.

Con ello, no puede ahora tergiversarse esta línea de trabajo implementada en forma conexas a lo resuelto en Fallos 310:2478, en el marco de la cooperación y negociación para lograr usos futuros por encima de los usos actuales declarados preferentes en esa sentencia, para sostener que en este documento existe un reconocimiento que implique una responsabilidad ambiental y una obligación de permitir caudales en contradicción con lo resuelto en 1987 en ese precedente.

Pero además, desde el punto de vista formal, ambos gobernadores suscribieron el protocolo advirtiendo desde su inicio que actuaban con el alcance de los **límites constitucionales** que presentan sus funciones. Y en este sentido, ninguno de los dos puede comprometer la voluntad en un acuerdo con otra provincia si el mismo no es ratificado por la autoridad legislativa (art. 99 inc. 1 de la Constitución de Mendoza; art. 68 inc. 2 Constitución de La Pampa).



El Protocolo de Entendimiento Interprovincial, por el contrario, NO CONTEMPLABA EN NINGUN MOMENTO SU FUTURA RATIFICACION LEGISLATIVA, NI TAMPOCO LE HA SIDO DADA POR NINGUNA DE LAS DOS PROVINCIAS, lo que denota claramente que no era un Tratado tendiente a establecer derechos y obligaciones entre las partes, y mucho menos responsabilidades ambientales.

Muy por el contrario, dicho Protocolo sólo es una construcción interadministrativa de un ámbito negocial, que en el futuro y a partir de la cooperación instrumentada en el mismo arrojaría –como hemos expuesto al relatar los hechos- diversos tratados, sobre agua y otros alcances materiales distintos.

Desde el punto de vista sustancial, el Protocolo enumeró distintas temáticas sociales, económicas, hídricas y político-institucionales que serían objeto del proceso negocial que se iniciaba.

En lo más mínimo, el protocolo asignó un reconocimiento de un diagnóstico concreto en relación a un supuesto daño ambiental o de otro tipo, o una acción encaminada a partir del mismo, en ninguno de los temas enumerados de manera meramente enunciativa. Muy por el contrario, el mismo menciona que pretende un complejo “programa totalizador” que afiance las “coincidencias políticas” que enumera el Protocolo como propuesta que pretende hacerse realidad.

Una de esas temáticas, entre muchas otras vinculadas a diversas líneas generales de desarrollo, procuraba tanto lograr una mayor oferta hídrica para crear nuevas áreas de riego, como definir y concretar acciones **tendientes** al restablecimiento del sistema ecológico fluvial, y para la utilización de las aguas del mismo con el objeto de satisfacer necesidades de abastecimiento poblacional.

Resaltamos la palabra “tendientes” que utiliza el protocolo, ya que da cuenta de la eventualidad de la labor programada y sus resultados. Las acciones debían “tender a” y no lograr un resultado. Se trata, en definitiva, de una tarea de análisis que determinará la posibilidad técnica y la viabilidad económica, social y ambiental de dicho objetivo.

Por ello, ese protocolo no implicó más que un programa de trabajo, cuyos resultados eran eventuales, según las conclusiones a las que se arribaran en su desarrollo. Justamente, la Real Academia Española indica que un “protocolo” es una regla ceremonial diplomática³⁸¹, y con ello el “protocolo de entendimiento” en cuestión no es más que un reglamento de la relación negocial que se impulsaba.

En este sentido, es claro el Estatuto de funcionamiento de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior, aprobado como Anexo I y acompañado en autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” por los Fiscales de Estado de ambas

³⁸¹ *Diccionario de la Lengua Española*, RAE, 22^o edición, 2012.



provincias, donde se especifica que el objeto de esa Comisión es – justamente- desarrollar las acciones, estudios y proyecto para cumplir las metas fijadas en el protocolo de entendimiento interprovincial (art. 2); y que su Comité Ejecutivo debía elevar al Consejo de Gobierno los proyectos de acuerdo, convenio, protocolos, etc correspondientes para lograr los objetivos del Protocolo de Entendimiento Interprovincial.

Recordamos nuevamente, que dicha línea de trabajo, ha sido mantenida abierta, llevando las negociaciones lo más lejos posible. Pero se tiene como base y punto de partida las pautas y principios dispuestas en el resolutive tercero de Fallos 310:2478, y en cuyo encuadre no hace a la participación equitativa y razonable la concreción de usos futuros cuando –aunque pueda existir técnicamente la posibilidad de ahorrar agua- ello es inconveniente en lo técnico y económico.

No existe estudio alguno que revierta las conclusiones asentadas en las pericias expuestas en el expediente L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, ofrecido como prueba, y consideradas expresamente en la sentencia allí recaída, tal cual hemos analizado en los puntos previos de este responde. Y con ello, los aumentos de eficiencia –aunque ayudan a reducir el déficit de los usos actuales- no permiten caudales destinados a La Pampa, como tampoco lo permiten un manejo distinto de los embalses, y las obras de recuperación de caudales son altamente inconvenientes.

Por otra parte, el concepto de ambiente que establece la Constitución Nacional como bien jurídico tutelado, que como hemos visto es presupone un entorno natural convertido en un ambiente humano, coincide claramente con el Protocolo de Entendimiento Interprovincial; su programa “totalizador”, pretende algo muy diverso a la interpretación reduccionista que realiza La Pampa, vinculando el tema a un caudal ambiental.

Por el contrario, lo que reconoce en ese Protocolo de Entendimiento Interprovincial es que los acuerdos que se gestionen en el ámbito de la Comisión Interjurisdiccional del Atuel Inferior no se refieren a recursos hídricos, sino a planes de educación, salud, cultura, vivienda, infraestructura, fomento y promoción comercial, energía, vías y sistemas de comunicación, etc.

En otras palabras, ese Protocolo procura, lejos de reconocer un daño ambiental, coordinar entre las dos provincias una política de desarrollo humano en la cuenca baja del río Atuel. Lamentablemente, el posicionamiento cerrado de La Pampa que limita toda acción a desnaturalizar lo resuelto en Fallos 310:2478 ha debilitado la eficacia de este proceso.



a.3.- Inexistencia de daños ambientales. Las políticas públicas que han definido el ambiente en la cuenca del río Atuel.

a.3.1- La políticas locales históricas y la configuración del ambiente humano actual

Las consideraciones efectuadas al exponer los hechos de esta causa permiten avizorar que en torno al ámbito territorial que involucra a las provincias de La Pampa y Mendoza en general, y a la cuenca del río Atuel en particular, han existido políticas públicas que definieron la configuración del actual ambiente humano.

La situación de ambas provincias, en este sentido, no es plenamente equiparable, ni en su sustrato natural base que presentaban las mismas, ni en las acciones de gobierno que procuraron la configuración ambiental existente.

Desde el punto de vista de la naturaleza, la Provincia de La Pampa presenta una variedad de regiones, donde aunque en parte de su territorio existe un área más seca similar a Mendoza (aunque desde hace décadas con mayores precipitaciones), otra parte de la provincia participa de las características naturales propias de la región pampeana. Por ello, en la zona nordeste de esa provincia se desarrolla un importante sector agropecuario que es permitido por el régimen de lluvias y la calidad de los suelos, donde se cultivan cereales, oleaginosas y especies forrajeras, y sobresalen el cultivo de trigo, el maíz y el girasol. En cuanto a la ganadería, que es un sector importante de la economía provincial, la misma se desarrolla

prácticamente en toda la provincia con vacunos –principalmente- y ovino, caprino, equino y porcino, resaltando la zona norte y centro por su especial aptitud agroecológica.

La Provincia de Mendoza, en cambio, presenta un clima especialmente seco en toda su extensión, de modo que las actividades humanas sólo se pueden basar exclusivamente en el uso artificial del agua. Por ello, su economía y organización territorial, al igual que otras provincias del oeste árido argentino, se ha conformado mediante oasis agroindustriales que hacen un uso intensivo del agua que ha permitido desarrollar sólo el 3,5% del territorio para soportar prácticamente la totalidad de la población.

Estos factores, que además e indudablemente influyen en la determinación de la equidad y razonabilidad de la participación de cada Provincia en los cursos de agua interprovinciales, han incidido en las necesidades existentes en cada provincia, necesidades en base a las cuales las respectivas autoridades responsables de ambos territorios han impulsado políticas de desarrollo muy distintas a lo largo de la historia. **Y lo que hoy motiva la queja pampeana no es más que el resultado de esas políticas públicas distinguibles**, aunque no necesariamente de las políticas propiamente mendocinas.

Ya en la valoración de la equidad en el uso del agua del río Atuel que realiza VE en Fallos 310:2478 esa diferencia de políticas fue tomada en cuenta para considerar que el desarrollo diferencial de los usos del agua en Mendoza importa una situación de



preexistencia histórica basada en políticas distintas. Justamente la Corte consideró en ese caso, con recurso a la jurisprudencia comparada norteamericana, que un principio primario en la distribución equitativa y razonable del agua del río Atuel, es que debe protegerse las economías preexistentes y el respeto de los usos cronológicamente anteriores y los derechos adquiridos, y con ello tuteló mediante una asignación de caudales preferencial al oasis sur de Mendoza que se irriga en las 75761 has reconocidas en el territorio mendocino.

Claramente VE ya ha definido en el precedente de 1987 que esas utilidades preexistentes en Mendoza no se generaron en una disputa por las aguas, donde el desarrollo del ambiente humano mendocino detuvo o redujo el mismo desarrollo en La Pampa, sino que resultaron producto de políticas de la Provincia que -en su momento- **no colisionaron** con las políticas que se desarrollaban en el territorio pampeano.

La sentencia recaída en Fallos 310:2478 es clara en el análisis que realiza sobre los eventos históricos que se encuentran acreditados en esos autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, que constituyen prueba en este proceso, pudiéndose ver que la existencia de usos previos en Mendoza se debió a una clara política que no encontraba su análoga en el territorio pampeano.

En otras palabras, la ausencia de usos del agua en La Pampa y su impacto en la configuración de ese territorio se debe –más que a la acción mendocina- a la inconsistencia de las acciones nacionales –en la historia del territorio Nacional- y pampeanas para configurar su desarrollo oportuno, lo que constituye una política que no fomentó la actividad en el suroeste de esa provincia.

Es muy importante apreciar en este sentido, que las históricas características naturales del suroeste pampeano no distan de las propias del territorio mendocino en su generalidad, aunque como veremos cambios climáticos en las últimas décadas han mejorado su base hidrológica. Y **si hubo una configuración diferencial de los ambientes de ambos territorios se debió a que las políticas sobre los mismos fueron diferentes**, no pudiendo ahora achacarse responsabilidad a Mendoza sobre las omisiones o preferencias de quienes gobernaban el actual territorio pampeano, ni puede sostenerse que la transformación de la naturaleza ocurrida sea dañosa en virtud de los efectos positivos generales que presenta.

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado un criterio continuado con posterioridad en cuanto a que “Corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a



cabo sus autoridades, en ejercicios de poderes propios, afectan el bienestar perseguido”.³⁸²

En el proceso dirimente previo resuelto en 1987, según se refleja en los Considerandos 74 a 76 de la sentencia, se acreditó de manera indiscutible la existencia de una política activa de desarrollo humano en Mendoza, que llevó a moldear el ambiente humano mediante el actual oasis que abarca los usos actuales por 75761 has, los que se conformaron entre 1880 y 1930, época desde la que presenta la actual configuración.

Sin embargo, en el territorio actualmente pampeano las políticas fueron distintas, como lo explayan los considerandos 77 a 80 de esa sentencia:

“77) Que mientras este proceso de colonización y desarrollo regional se producía en el territorio mendocino, **la situación en el noroeste de La Pampa no presentaba iguales características.** El gobierno de la Nación, administrador de los varios territorios incorporados como consecuencia de la conquista del desierto y, entre ellos, el que sería antecesor de la actual Provincia de La Pampa, debió legislar para organizar esas tierras. La ley 1532, ya citada en esta

³⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación in re Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ inconstitucionalidad, 16/05/1995, Fallos 318:992. En igual sentido, in re Desarrollo de Proyectos Mineros S.A. (Deprominsa) c/Mendoza, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad, 06/03/2007, Fallos 330: 549

sentencia, organizó administrativamente a los territorios y leyes como la 4167 del 8 de enero de 1903, procuraron el fraccionamiento y uso de las tierras fiscales. Precisamente, con este propósito se dispone la creación, en 1908, de una colonia agrícola en La Pampa que sería la denominada Butaló.

78) Que esa colonia, cuyos antecedentes y evolución describe el perito Combetto (pregunta LP 97, cuerpo XXXIII) estaba destinada a labores agrícolas y “emplazada en la zona árida pampeana”, dependía del agua subterránea o la proveniente del Atuel (fs. 31, cuerpo citado). En **1910**, el administrador de la colonia destacaba su ubicación, distante unas cuarenta leguas al oeste de la estación Telén, punta de rieles del ferrocarril a Bragado y cuatro leguas del entonces “paraje denominado Santa Isabel, muy próximo al río Atuel”. **Sus expectativas no son muy alentadoras: situada lejos de centros de población y de estaciones ferroviarias, sus productos soportarán pesados fletes que encarecerán sus costos y provocarán “precios sumamente exagerados y por consiguiente imposibles de obtener” (fs. 32). Además, era indispensable la instalación de líneas férreas (recordemos que en 1903 el ferrocarril había llegado a San Rafael).**

El administrador, Santiago E. Vacca, llevó adelante un censo que comprobó que todos los lotes tenían un concesionario, salvo unos pocos, que “sólo se encuentran ocupados por intrusos cuatro lotes dedicados a la ganadería” y que el resto “permanece baldío”. **Un único lote tenía vestigios de siembra de maíz en una**



superficie de media hectárea (fs. 35). En **1911, un nuevo informe reitera las dificultades** de la colonia (fs. 35/37).

79) Que **esas perspectivas no mejoran en informes posteriores.** En

1913 se destacan los pocos adelantos: la **sequía y las difíciles comunicaciones crean graves dificultades. Estas últimas son una barrera insalvable para el productor y se reitera la necesidad de que llegue el ferrocarril;** en 1915 el inspector informa que no ha encontrado «un solo concesionario, vecino o intruso que no esté perfectamente de acuerdo con manifestar que **son peregrinas antojadizas e ininteligibles las opiniones que en sentido favorable pueden hacerse referente a la aptitud de estas tierras**». La mitad de la colonia se ve **inundada** —agrega— por “los continuos desbordamientos del río Atuel y del arroyo Butaló” (Fs. 40). A ello se une la **escasa calidad de las pasturas naturales y la condición salobre de aquellas aguas.**

80) Que para **1920, cuando ya se alude a desvíos del curso, la colonia “se encuentra casi en su totalidad baldía”** (Fs. 42). Difrieri también cita este informe que señala que el Atuel sufre derrames “por los embalses continuos que efectúan en la provincia vecina” (Mendoza). La Comisión de la Inspección General de Tierras que realizó la inspección **considera oportuna la celebración de convenios entre el gobierno nacional y Mendoza para aprovechar el riego** y aconseja “la creación de un pueblo en el paraje de Santa Isabel donde

hay bastante población diseminada en puestos pastoriles con pequeños cultivos de consumo local” (fs, 182). **Para ese entonces, la superficie cultivada con riego del Atuel en Mendoza, alcanzaba a 48.625 ha** (fs. 188).

Por último, cabe señalar que en **1934**, como consecuencia de desvíos del curso de agua que motivan la protesta de algunos vecinos, **la Dirección Nacional de Irrigación, que “no tiene ningún antecedente sobre el aprovechamiento de agua para riego en el territorio de La Pampa”**, considera oportuna la propuesta de levantar un **censo de usuarios**. Las comisarías de Algarrobo del Águila y Santa Isabel son las encargadas de efectuarlo: la primera sólo registra a Fidel Páez y Marcelino Zuiliga, **“únicos poseionarios de tierras”**; la segunda a Sisto Pereyra, Eleno Casenave y Aníbal del Río”.

Hemos transcripto *in extenso* estas consideraciones que ya efectuó VE con respecto a las políticas públicas que las autoridades responsables de ambos territorios desarrollaron en la misma época, al comienzo de los usos actuales mendocinos – reconocidos como preferentes en cuanto a su derecho de subsistencia en el fallo de 1987-, ya que es esencial ese contexto para entender que **el ambiente humano de la cuenca no se configuró unilateralmente por Mendoza, sino que ha sido la obra conjunta –por acción y omisión- de ambos gobiernos.**

Por una parte, es claro en el análisis transcripto que las políticas del actual territorio pampeano resultaron



ineficaces y desaprensivas con respecto a la configuración de usos del agua en dicha área, o al mantenimiento de algún caudal. No sólo por la ausencia de una política decidida como la que sí ejecutó Mendoza, sino en especial por una falta de política en lograr un verdadero desarrollo integral en el territorio pampeano: cuando en 1920 comenzaron a observarse la existencia de desvíos en Mendoza las actividades pampeanas en la cuenca del río Atuel estaban abandonadas, por causas que tienen que ver con la calidad natural del agua y suelo en relación a los usos que pretendieron realizarse, o la ausencia de ferrocarriles y mercados, y no con la falta de caudales –en ese entonces- por el uso mendocino.

Esa misma apreciación histórica que ha realizado VE, es confirmada por el actual Secretario de Recursos Hídricos de La Pampa, Ing. Néstor Lastiri, en la publicación³⁸³ acompañada por la misma actora como probanza documental (Anexo 14):

El interés básico del nivel nacional se orientaba hacia la recaudación de fondos para el tesoro sin que hubiese reinversión en los territorios por lo que, además de la sangría económica, se encontraban en franco atraso con relación a las provincias. La falta de obra pública, comunicaciones escasas, pocas escuelas y baja asistencia de alumnos, pobreza y marginalidad, son características generales de la mayor parte del territorio pampeano,

³⁸³ LASTIRI, Néstor Pedro, *Gestión de las cuencas hidrográficas: Conflicto Interjurisdiccional por las aguas del río Atuel*, Eurosocial, 2012, pág. 10/11

excepción hecha de la zona cerealera donde existían mejores condiciones de vida.

Lo expresado resulta de utilidad para comprender el **rol que le cupo al estado nacional y al territorial en ocasión de la creación de las colonias agrícolas** de regadío “25 de Mayo” (sobre el río Colorado) y “Butaló” (sobre el río Atuel) en el sudoeste y noroeste respectivamente. En realidad, el Gobierno Nacional llevó adelante una acción burocrática cual fue la mensura, subdivisión y entrega de parcelas a los interesados para luego dedicarse a inspeccionarlas y recaudar las rentas que abonaban los colonos, pero **no solucionó los distintos inconvenientes** que éstos sufrían: falta de caminos y medios de comunicación, nulo apoyo crediticio, carencia de infraestructura de riego, son algunos de ellos.

La falta de una política hídrica concebida con real sentido Nacional que buscara la integración, junto a la ausencia de una concepción unitaria de la cuenca del Desaguadero-Salado, provocaron el éxodo y la involución económica, humana y cultural a lo largo de los departamentos de Chicalcó, Chadileo, Limay Mahuida y Curacó del noroeste pampeano.

Esa omisión en políticas de configuración del entorno humano en el territorio en el oeste pampeano, causada por una preferencia en encauzar el desarrollo territorial del noreste provincial, es la verdadera causa de su actual conformación, frente al desarrollo legítimo efectuado en Mendoza. La



sentencia de 1987 en su Considerando 131 fue clara en este sentido en cuanto a que el referido principio de la “distribución equitativa” determina que a un estado de la cuenca no se le puede negar, con el fin de reservar el aprovechamiento futuro de dichas aguas en favor de un estado corribereño, el uso razonable que en el presente hace de las aguas de una cuenca hidrográfica.

Si en ese momento inicial, las políticas en territorio pampeano hubieran generado usos del agua del río Atuel y Mendoza no lo hubiera realizado, hoy el ambiente estaría conformado de manera distinta, sin los oasis que contienen a más de 200.000 habitantes de Mendoza en su zona agrícola sur, y con los consiguientes polos de desarrollo humano en el territorio de La Pampa. Y ninguna de las dos situaciones puede considerarse daño ambiental, sino alternativas de desarrollo humano, alternativas que constituyen modificaciones del entorno natural para producir el ambiente apto para desarrollo humano que protege el art. 41 CN, con actividades productivas que satisfagan las necesidades de las generaciones presentes, así como las de sus descendientes.

No caben dudas de que ambos territorios, a través de las políticas que corresponden a las autoridades gubernativas que los administraban, adoptaron un perfil ambiental distinto, acorde a dichas políticas. Y esas políticas fueron las que llevaron a la Corte a sostener que se debía preferenciar el uso actual mendocino frente a la falta de uso que históricamente había presentado La Pampa.

Es decir, si con posterioridad, cuando las políticas públicas previas ya habían definido la configuración local, La Pampa ha decidido o pretende implementar un cambio, el mismo se encuentra limitado –como dijo la Corte- por los usos ya existentes en la cuenca, usos que configuran el ambiente humano desarrollado con anterioridad, y sobre el cual la sentencia de 1987 reconoce una preferencia.

Y justamente, si en una de esas unidades territoriales, la autoridad gubernativa en su momento propició el desarrollo en áreas que naturalmente eran más aptas, adoptando políticas activas en torno al sector noreste de la actual provincia de La Pampa y rezagando tales políticas en otras áreas de ese territorio (como el sector oeste y suroeste donde se encuentra la cuenca del Atuel), hoy no puede sostenerse que ese *status quo* sea un daño, sino más bien un resultado de las políticas de desarrollo territorial del ambiente humano que –en un momento histórico- impusieron y fomentaron el crecimiento y la configuración del desarrollo humano sobre ciertas áreas del territorio y no sobre otras.

No puede hoy en día analizarse ese desarrollo ambiental del territorio de manera descontextualizada con las políticas que lo generaron y las características históricas de las mismas.

Estas políticas, por otra parte, no fueron caprichosas, sino que respondieron a las exigencias sociales de la época: Mendoza, cuyo territorio es completamente árido, sólo podía



desarrollar un ambiente humano mediante el uso sistemático e intensivo del agua en pequeñas áreas territoriales, dándose lugar a la configuración de oasis irrigados que ocupan sólo el 3,5% del territorio y contienen a más del 90% de la población; y la actual La Pampa, con áreas en su territorio más aptas, podía desarrollarse prescindiendo de las áreas secas (y consiguientemente dejando a las mismas sin ferrocarril ni actividades de fomento similares a las que Mendoza implementó para la configuración de su oasis sur).

Podemos hoy en día coincidir o disentir con la adopción de unas u otras políticas oportunamente adoptadas por las autoridades competentes. Pero lo cierto es que esas políticas existieron y provocaron sus efectos en la configuración del ambiente regional.

La Corte ha sido clara en reconocer que es una atribución constitucional de la autoridad que ejerce la jurisdicción sobre el entorno local definir su configuración, lo que no ha variado en el actual régimen constitucional:

El ambiente es responsabilidad del titular originario de la jurisdicción, que no es otro que quien ejerce la autoridad en el entorno natural y en la acción de las personas que inciden en ese medio³⁸⁴.

³⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Asociación Ecológica Social de Pesca, Caza y Náutica c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios, Sentencia del 12/08/2008, Fallos 331: 1679

Corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de **aplicar los criterios de protección ambiental** que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido, conclusión que procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación "dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección", reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo, de la Constitución Nacional)³⁸⁵.

Por ello, no puede desconocerse que es la propia autoridad competente sobre el territorio pampeano (de la misma manera que hizo la autoridad competente sobre el territorio de Mendoza), la que –en su momento histórico- preferenció en sus políticas activas la consolidación territorial en otros sectores de su jurisdicción, y omitió políticas oportunas que generaran usos del agua en el oeste de esa provincia que configuraran el ambiente humano que hace al uso actual del agua bajo los parámetros de equidad y razonabilidad.

³⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re Altube, Fernanda Beatríz y otros c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo, sentencia del 28/05/2008, Fallos 331: 1312.



a.3.2- La políticas locales actuales para la configuración del ambiente humano en el suroeste de La Pampa

El grado de desarrollo territorial en las zonas pampeanas ubicadas en la zona relativamente seca de esa provincia, que dependen en cierto modo del usos artificiales del agua, en realidad ha sido mantenido con posterioridad a aquella época inicial, incluso hasta nuestros días, por las propias políticas pampeanas.

La provincia de La Pampa se escuda en su reclamo en una supuesta responsabilidad de Mendoza, acusando el ya demostrado uso eficiente que realiza esta provincia, y adoptando una posición que es cuando menos caprichosa y arbitraria, caracterizada por un posicionamiento cerrado al reclamo de agua del río Atuel más que por una búsqueda de soluciones posibles.

Sin embargo, esta parte está convencida que en gran medida la postura pampeana no es más que una construcción discursiva, la creación de un relato que sustenta el conflicto, mas no una realidad que pueda apreciarse en el desarrollo de las políticas territoriales y socioeconómicas.

En parte, recordamos nuevamente que en el Arroyo La Barda la actora reconoce en sus publicaciones e informaciones técnicas caudales superiores a los que reclama en este proceso, los que se complementan con otros cauces muy significativos

que aportan al sistema de humedales (ver supra, en particular en la narración de los hechos).

No es difícil, en este sentido, advertir que el problema real no es la disponibilidad de un caudal ecológico. Pero tampoco lo es la de un caudal ambiental: la Provincia de **La Pampa en realidad no procura aplicar el recurso hídrico disponible en el suroeste de su geografía**, ni en las zonas asignadas formalmente para el mismo, ni en otras zonas al que lo podría destinar en esa región - como las procura beneficiar con su reclamo en este proceso-. En realidad, la falta y deficiencia en los aprovechamientos hídricos que **tiene disponible** es una falencia que le es propia, y que demuestra una reclamación caprichosa hacia esta parte.

Claramente puede verse este extremo si consideramos que en el sector suroeste de La Pampa, además de la cuenca del Atuel, existen **otros recursos hídricos disponibles y manifiestamente subaprovechados.**

Sin lugar a dudas, el actual desarrollo hídrico y territorial en La Pampa, sea para los usos ambientales que integran el desarrollo humano o para otros destino, lejos de resultar limitados por los usos mendocinos, tienen su actual conformación por las propias políticas pampeanas, tanto históricas como **contemporáneas.**

No podemos dejar de referir en este sentido a la disponibilidad hídrica que la Provincia de La Pampa



presenta sobre el río Colorado, ubicado aproximadamente a la misma distancia de Santa Isabel que la localidad mendocina de Carmensa.

Traemos esto a colación, no sólo porque la misma actora refiere en su demanda que presenta disponibilidades subterráneas en el área del río Atuel³⁸⁶, sino en especial porque sobre dicho río Colorado, las provincias ribereñas y la Nación suscribieron un Tratado en 1976, debidamente ratificado por las partes³⁸⁷, en el que se aprobó u “Programa Único de Habilitación de Áreas de Riego y distribución de Caudales” (art. 1) y adjudicó un volumen de 34 m³/s para trasvase al río Atuel (art. 3). En tal marco, “al sólo efecto de la asignación de áreas y distribución de caudales en la cuenca media del río Colorado se adopta la alternativa individualizada en el Programa Único como “Exportación de 24 metros cúbicos por segundo”, y con una concentración salina en la entrada de la cuenca inferior del Río Colorado de 1,8 mmhos por centímetro” (art. 2).

En el marco de la alternativa individualizada en el art. 2 de ese Tratado, y de acuerdo al Cuadro nº 3

³⁸⁶ En la pág. 252 de la demanda, al referirse a la discontinuidad de caudales superficiales en el río Atuel, la actora reconoce que: “En tal situación, el agua subterránea representa el único recurso hídrico con disponibilidad permanente, presentando así un escenario de escasez y condiciones cualitativas desfavorables”.

³⁸⁷ Este Pacto interprovincial, ratificado por la ley 4116 de Mendoza, por la ley 982 de Neuquén, por la ley 750 de La Pampa, por la ley 1191 de Río Negro, y por la ley 8663 de Buenos Aires.

del Programa Único aprobado, las provincias podrían realizar el siguiente desarrollo con usos de aguas del río Colorado, en las zonas de riego previstas en el Programa Único: Neuquén 1.000 has, Mendoza 1.000 has, **La Pampa 85.100 has**, Río Negro 85.100 has, Buenos Aires sin limitación.

De resultar más favorable la calidad el agua a la calculada, de acuerdo al Cuadro nº 5, **las hectáreas de La Pampa y Río Negro pueden ascender hasta 110.100 has**, aunque Mendoza y Neuquén siempre son limitadas a 1.000 has.

En ese contexto, aunque la Provincia de La Pampa mantiene una queja constante que desconoce lo ya resuelto por VE en Fallos 310:2478, y reclama constantemente caudales a pesar de que no existen los “usos futuros” sobre los que debía acordarse, ni es posible actualmente desarrollarlos por sobre las utilidades actuales mendocinas, a su vez **NO HA DESARROLLADO LOS USOS SOBRE LOS QUE TIENE DERECHO** de acuerdo al tratado del río Colorado.

El estudio que acompañamos probatoriamente, efectuado por la Universidad Nacional de Cuyo dentro de la asistencia y asesoramiento técnico que esta parte le ha requerido a los fines de la presente contestación, ha permitido comprobar que en la localidad pampeana de 25 de mayo, así como en otras pequeñas áreas, la Provincia de La Pampa sólo utiliza agua para desarrollar no más de 8500 has. Ello, a pesar de que de acuerdo a la distribución de caudales efectuada entre las provincias ribereñas se



había previsto una utilización a favor de La Pampa equivalente a una superficie entre 85.100 y 110.100 hectáreas.

Entonces, aunque el Tratado del río Colorado, suscripto en 1976, asignó a La Pampa un caudal mayoritariamente no utilizado para abastecer una superficie mucho más extensa que la reconocida a favor de Mendoza, en realidad tales usos prácticamente no existen, encontrándose disponible el 90% o más de los caudales asignados a La Pampa.

Es decir, la Provincia de La Pampa reclama el uso del agua que -histórica y actualmente- utiliza Mendoza conforme una sentencia de esa Corte que así lo estableció en base a la razonabilidad y equidad de esos usos, pero a la vez **no realiza las utilidades que en el mismo suroeste pampeano tiene disponible** por los acuerdos interprovinciales.

Cuesta comprender por qué, entonces, la actora se encapricha en obtener un cupo de agua -sobre el río Atuel- que actualmente tiene un destino útil en satisfacer la calidad de vida de las poblaciones que en forma previa la utilizaron y utilizan de manera racional y eficiente, y a la vez desaprovecha en la misma región geográfica el agua que tiene disponible -río Colorado-.

La situación que observamos, da cuentas claras de que las políticas pampeanas no han hecho acciones útiles para un verdadero aprovechamiento del agua ni en la zona ribereña del río Colorado, ni en la zona de influencia del río Atuel.

Muy contrariamente, se limitan a generar un conflicto político que llamativamente recrudece en épocas electorales, que como hemos expresado a lo largo de este responde es una construcción meramente discursiva, alejada de la realidad y de hechos concretos –como los caudales que existen en el arroyo La Barda-, que promueve una permanente disputa que sólo aspira a la victoria simbólica de obtener caudales asignados a Mendoza sobre el río Atuel, y no ha lograr el uso real del recurso hídrico que se dispone en el territorio pampeano.

La ausencia de resultados en el desarrollo de los usos que son posibles con los caudales que hoy están plenamente disponible para usar en el suroeste pampeano nos permite sostener que la configuración actual de ese entorno es el resultado de las políticas implementadas u omitidas, mas no de la falta de agua como consecuencia de los usos mendocinos.

No hay un solo elemento que permita sostener que los usos humanos a los que refiere el caudal ambiental que se reclama (y que de acuerdo a las pág. 338 y ss de la demanda incluyen la ganadería, la acuicultura -comercial turística y recreativa-, la pesca comercial, la caza comercial, la apicultura, los recursos forrajeros y pastizales, la agricultura de cereales y oleaginosas, la horticultura, la fruticultura, los forestales, abreviar de ganado, y la recreación turística) vayan a existir efectivamente a partir de las aguas del río Atuel, si estas cambiaran su actual destino. Los caudales disponibles en el río Colorado y la ausencia de ese tipo de actividades



demuestra que el ambiente pampeano en el suroeste de esa provincia no cambiará necesariamente incluso si se dispusiera de mayor caudal desde el río Atuel.

La Provincia de Mendoza ha propuesto en las negociaciones realizadas en el ámbito de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior que La Pampa trasvase parte de su cuota sobre el río Colorado al Atuel a través de las mismas obras que el Tratado de 1976 contempla a favor de Mendoza, e incluso ha diseñado y construido su infraestructura con capacidad de recrecimiento para permitir tal utilización en caso de ser necesario. Pero La Pampa se niega siquiera ha evaluar la posibilidad, expresando que:

ha decidido no participar junto a Mendoza en el proyecto de trasvase al Atuel con parte del caudal del río Colorado que le corresponde, debido a los derechos de uso dados por La Pampa sobre las aguas del río Colorado a servirse desde el cauce del mismo³⁸⁸.

Pero además, la Pampa sí ha derivado parte del caudal del río Colorado para áreas de mayor humedad, donde el regadío no es necesario, asignándolo a consumos poblacionales. Es decir, a la vez que reclama caudales a Mendoza para el sector suroeste

³⁸⁸ Acta de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior del 09/03/2004, obrante en el Anexo 13 cuerpo 2 de la prueba documental de la actora.

de su provincia, trasvasa el agua que tiene disponible en ese sector a cientos de kilómetros al norte.

En este sentido, la Provincia de La Pampa, tal cual ya hemos expresado, tiene acueductos para abastecer las necesidades de su territorio desde fuentes relativamente lejanas: Acueducto Puelén - Chacharramendi - La Reforma - Puelches, Acueducto Casa de Piedra - Puelches, entre otros. De especial magnitud es el Acueducto que ha construido La Pampa desde el río Colorado hasta Santa Rosa-General Pico y su extensión a Realicó.

Es decir, claramente la configuración del oeste y suroeste pampeano no se ha debido a los usos actuales mendocinos que la misma Corte ha reconocido como legítimos en un proceso que reviste la autoridad de cosa juzgada. Si luego de 1987 La Pampa construyó un acueducto desde el río Colorado hasta el norte húmedo de esa provincia, y excluyó de tal beneficio y recurso a la misma zona del suroeste de esa provincia que lo tenía formalmente asignado, entonces no puede decirse que la realidad de dicho lugar sea responsabilidad de la Provincia de Mendoza.

Agregamos además, como ya hemos expresado supra, que en el Plan Estratégico Territorial 2008,³⁸⁹

³⁸⁹ *Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, pág. 220/221 y 224 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].



elaborado por el Gobierno Nacional con participación de las autoridades provinciales pampeanas se había previsto expresamente la construcción de un acueducto desde Puelén a Santa Isabel para cubrir una supuesta situación de déficit hídrico, lo que reafirma la posibilidad de La Pampa de concretar un suministro en el área del río Atuel mediante la gestión caudales propios existentes³⁹⁰. Luego de 2008, en las actualizaciones posteriores de ese Plan Estratégico Territorial,³⁹¹ La Pampa ha **excluido** de las planificaciones la construcción de tal obra de conducción hídrica en beneficio de la población del área, y en cambio ha impulsado la previsión de construcción del Embalse La Correntada sobre la cuenca del Atuel, aunque en la parte baja de la cuenca –casi sobre su desembocadura al río Colorado-, como obra hidroeléctrica complementario del Embalse Casa de Piedra.

³⁹⁰ Resaltamos que la cercanía entre Puelén y el río Colorado hacen completamente razonable que esa obra de infraestructura que estaba prevista incluso contemple el uso de aguas de ese cauce antes que las propias del Atuel, no sólo porque las aguas del Colorado se encuentran ociosas, sino también porque la distancia desde ese cauce a Puelén es sumamente menor para conducir las aguas que desde la localidad mendocina de Carmensa a Santa Isabel.

³⁹¹ *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, págs. 66/7 y 139 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

Además de las aguas del río Colorado, el mismo sistema del Atuel, y los demás cauces vinculados a los humedales de esa cuenca, presentan caudales significativos, sea para necesidades ecológicas o incluso ambientales³⁹². La gestión de tales caudales de manera adecuada, como ya hemos analizado supra, satisface los caudales que se demandan en este proceso, tanto los ambientales como ecológicos. De igual manera, tanto los ecosistemas como las necesidades productivas de la zona, se encuentran en una

³⁹² “De acuerdo a los registros existentes en APA y SRH, el caudal medio anual para el arroyo de la Barda en puesto Jacinto Ugalde en el período 1982/2007, es de 10,20 m³/seg”; “el caudal para el río Salado a la altura del puente de la ruta provincial N° 10 es de 36,69 m³/seg en el período 1987/2008” (Conf. Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015). El Río Curacó (aportante a la parte baja del sistema) es identificado con un caudal promedio de 31,43 m³/s (Conf. El estudio “ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE LAS OBRAS DE REGULACION Y MANEJO DEL RÍO CURACO EN LA ZONA DE LA LAGUNA LA AMARGA - INFORME FINAL”, de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa, que considera el aprovechamiento productivo de las aguas del río Curacó y su análisis hidrológico, puede consultarse en: <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5924-proyecto-obras-en-el-tapon-de-alonso.html>. En igual sentido, “CANAL DE DERIVACIÓN Y REGULACIÓN DEL RÍO CURACÓ – TAPÓN DE ALONSO”, también de la misma autoridad de aguas de La Pampa, disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5945-obra-puelches.html>. Ambos estudios fueron consultados en 15 de julio de 2015.)



mejor situación hidrológica, si se considera que en los corrimientos de isohieta que se han producido en el suroeste pampeano, como ya hemos referido, aumentando las disponibilidades de origen pluvial en la zona, a más del doble de la media existente en Mendoza.

El oeste pampeano, entonces, no depende exclusivamente de obras de suministro en base al río Atuel y los eventuales usos futuros que puedan desarrollarse, sino que la Provincia de La Pampa cuenta con otras fuentes de suministro que claramente también podrían cubrir las necesidades en cuestión, aunque en algunos casos sean necesarias obras de infraestructura de conducción, como las que ya se han hecho para destinar caudales al desarrollo de otras áreas provinciales, y que incluso programó –y luego desechó- en torno al área vinculada al río Atuel.

Incluso, la distancia entre el agua hoy disponible en el río Colorado y Santa Isabel (principal localidad pampeana en el área de influencia del río Atuel) es de aproximadamente 190 km, mientras que la distancia entre el sistema de regadío de Mendoza (General Alvear) y esa misma localidad es de 160 km. Y con ello, la magnitud de las obras de conducción necesarias en una u otra alternativa es similar; aunque el agua del río Colorado está disponible –y no utilizada- sin necesidad de otras obras para su uso en la zona de 25 de mayo.

Es del todo evidente que la situación de la zona pampeana que abarca la cuenca del río Atuel es causa de las políticas públicas de esa misma provincia, que optan por el desarrollo

de otras zonas y omiten las acciones conducentes para el desarrollo en el ámbito ese río, intentando a través de este proceso desligarse de la responsabilidad por las consecuencias de sus opciones de políticas públicas.

a.3.3- La políticas nacionales pasadas y actuales para la configuración del ambiente humano en el suroeste de La Pampa y sur de Mendoza

Otro aspecto indispensable de atender, muy vinculado a la autoría de las responsabilidades en juego, es el papel que ha desempeñado el Estado Nacional en la configuración de la realidad ambiental de la región.

Más allá de las políticas activas –o las omisiones- de Mendoza y La Pampa, la Nación ha sido y es un motor de desarrollo del área en su actual configuración, lo que no puede ser achacado a la voluntad de esta parte.

Un primer capítulo de estas circunstancias lo constituye el dictado de la Ley 12650, norma que esta misma Corte ya ha encuadrado en el marco del ejercicio de una potestad eminentemente nacional como es la llamada cláusula del progreso contenida en el art. 75 inc. 18 de la actual Constitución Nacional.³⁹³

³⁹³En Fallos 310:2478, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en referencia a la Ley 12650 expresó:



Dicha Ley 12650 **autorizó al Poder Ejecutivo Nacional** para contratar, previa licitación pública, con empresas constructoras de competencia y responsabilidad notorias, la ejecución de un **dique de embalse y obras accesorias** para almacenar las aguas del río Atuel, en el lugar denominado El Nihuil, de la provincia de Mendoza (art. 1). La construcción del dique debía hacerse inmediatamente aguas arriba de los llamados Saltos de Nihuil, y las obras se realizarían previendo su **utilización para aprovechamiento hidroeléctrico** (art. 2).

Es decir, la existencia de la infraestructura de embalse, que altera el flujo de agua permitiendo su retención por encima de las necesidades de consumo de cada momento, no resultó una acción propia de Mendoza, sino una política nacional para el desarrollo energético, disponiendo la Nación no sólo de un presupuesto financiado por ella misma (art. 3), sino también de otras

“59) Que estos antecedentes indican que tanto las autoridades nacionales como las provinciales y, en particular, los integrantes del Congreso de la Nación que intervinieron en la preparación y discusión de la que sería la ley 12.650, para nada contemplaron la hipótesis de que el río Atuel conformara un recurso compartido entre la Provincia de Mendoza y el gobierno federal como autoridad que era por entonces en el territorio de La Pampa. En esas intervenciones, como en los textos legales y administrativos atinentes, consideraron al río como interior de la provincia demandada, y la participación del gobierno federal resultó, en todo caso, encuadrada en **el mareo de las atribuciones del inc. 16 del art. 67 de la Constitución**, más que derivada del ejercicio de las que le confería la legislación sancionada sobre la base del inc. 14 de esa cláusula constitucional”.

medidas de fomento como exenciones aduaneras (art. 5), e incluso la declaración de utilidad pública nacional del emprendimiento a los efectos expropiatorios que resultaran necesarios (art. 6).

En lo que respecta a la Provincia de Mendoza, la misma ley determina una participación eventual de la misma, mediante un Tratado que debía gestionar el Poder Ejecutivo Nacional, al estipular el artículo 8 de esa norma la posibilidad de que el Poder Ejecutivo Nacional convenga con la Provincia de Mendoza “las condiciones y obligaciones recíprocas que se consideren necesarias a fin de asegurar el cumplimiento de esta ley”. Es decir, mediante concertación se establecería los derechos y obligaciones provinciales vinculados a la implementación de la decisión nacional³⁹⁴, lo que no diluye de modo alguno la autoría y responsabilidad que genera la decisión nacional ya adoptada por el Congreso.

Claramente el embalsamamiento del río Atuel se trató de un establecimiento nacional, ya que los arts. 10 y 11 de la Ley 12650 expresamente lo adjudican a la propiedad nacional, bajo administración y explotación del Gobierno Nacional (art. 10),

³⁹⁴ Ese Tratado se concretó el 17 de junio de 1941, y fue ratificado por Ley 1427 de Mendoza. En el mismo, se acordó que la provincia de Mendoza recibiría las obras según la alternativa del art. 10 de la Ley 12650 (una vez amortizadas por la explotación nacional), lo que se estimaba en un plazo de 50 años. En dicho convenio, Mendoza condiciona la realización del emprendimiento energético nacional al respeto de los usos agrícolas existentes, quedando la generación eléctrica “supeditada a las exigencias primordiales del riego”.



declarado de utilidad pública nacional (art.6). Ello, sin perjuicio de la posibilidad futura de transferencia a Mendoza, sea de acuerdo al mismo art. 10 una vez que las obras se encuentran amortizadas (es decir, cuando el producido económico de la explotación nacional ha saldado la inversión)³⁹⁵, o de acuerdo al artículo 11 cuando Mendoza adquiriera onerosamente dichas obras.

Este esquema normativo, entonces, muestra y reafirma indefectiblemente que la conformación histórica del ambiente humano en la cuenca del río Atuel estuvo signada de manera decisiva por la voluntad del Estado Nacional.

No sólo dicho Estado era quien administraba el Territorio Nacional que hoy es la Provincia de La Pampa, siendo responsable a través de sus políticas, tal como hemos analizado supra, de la eventual colonización –o su ausencia- y la consiguiente existencia o inexistencia de usos del agua en el actual territorio pampeano, lo que en definitiva fue atendido en Fallos 310:2478 para asignar preferencia al oasis mendocino existente frente a las aspiraciones pampeanas. Sino que además fue el Estado Nacional quien primero decidió mediante Ley 12650 construir un endicamiento sobre el río Atuel que interrumpiría el caudal que hoy se reclama, y acordó mediante un mecanismo de derecho intrafederal con Mendoza

³⁹⁵Esta opción se produjo efectivamente mediante el Tratado de 1992, suscripto con La Pampa y el Estado Nacional.

la prioridad del riego mendocino ya existente por sobre la generación eléctrica.

Si el territorio pampeano presenta la actual conformación, más que en Mendoza, las responsabilidades caben en las decisiones y omisiones federales en torno a dicho territorio, y en torno a las obras que en ejercicio de atribuciones propias la misma nación dispuso por Ley hace más de ocho décadas atrás, cuando la provincia actora ni siquiera estaba conformada.

Debemos resaltar por otra parte, que las actuales políticas nacionales también inciden y deciden sobre el estado de las cosas, y en particular sobre la relación que pueda generarse sobre los usos futuros del río Atuel.

Como hemos observado al relatar los hechos que hacen al presente proceso, en 2008 las Provincias de Mendoza y La Pampa, junto al Estado Nacional, suscribieron un convenio fruto de las negociaciones tendientes al desarrollo de usos futuros.

Tal convenio no tomó vigencia, como ya hemos analizado, no sólo porque finalmente Mendoza lo desechó legislativamente, sino además -y esencialmente- porque el Estado Nacional -una de las otras partes, esencial para la eficacia del acuerdo ya que comprometía la financiación de las obras- no sólo nunca lo suscribió efectivamente el convenio ni avanzó en actos a tal fin³⁹⁶, sino

³⁹⁶El convenio, como ya hemos analizado supra, aunque implicaba al Estado Nacional como parte, no fue efectiva y válidamente suscripto por el Poder



que además materializó de manera efectiva una política alternativa al referido convenio.

Dicho convenio, aunque aspiraba a obras de eficiencia para producir ahorros de agua en vista a usos futuros, contemplaba que el Estado Nacional cofinanciaba las obras a realizarse a tal fin, financiación que se produciría recién cuando ambas provincias ratificaran el acuerdo.

Sin embargo, al poco tiempo de firmar dicho Tratado, sin que existieran las ratificaciones legislativas de ambas provincias, ni tampoco el rechazo del Convenio en las casas de las leyes locales³⁹⁷, y fundamentalmente sin que el Poder Ejecutivo

Ejecutivo Nacional, sino simbólica y formalmente por dos ministros del mismo, quienes resultaban incompetentes e incapaces para ello, en virtud de los arts. 99 y 103 CN y por no contar con delegación alguna para ejercer tal representación. Con posterioridad, **tampoco existe ningún acto del Poder Ejecutivo Nacional procurando sanear dicho extremo** mediante convalidación de lo actuado por sus dependientes jerárquicos.

³⁹⁷ Más allá de que La Pampa emitió expresó su ratificación legislativa por Ley 2468 de diciembre de 2008, Mendoza no hizo lo mismo. La espera de Mendoza se debió al necesario análisis sustancial del tema por la autoridad legislativa que debía resolver en una situación de emergencia hídrica y cuestionamientos a la legalidad de lo convenido. Pero también a la situación irregular del convenio, que carecía de firma legalmente válida por el Estado Nacional, sin que se produjera acto de saneamiento alguno. Finalmente, iniciado el presente proceso judicial, junto a los demás aspectos considerados, la Legislatura desechó el tratado por entender que la relación comercial había fracasado.

Nacional hubiera convalidado y aprobado lo actuado de manera incompetente por sus Ministros, la Nación y Mendoza suscribieron un nuevo acuerdo, el **Convenio de Préstamo Subsidiario/Anexo “Proyecto de Modernización del Sistema de Riego Canal Matriz Nuevo Alvear”** y sus Apéndices “A”, “B” y “C”.

Este nuevo convenio, a diferencia del anterior, fue suscripto válidamente por persona habilitada por el Estado Nacional para el mismo³⁹⁸, y encauzó el acceso al crédito internacional para realizar obras de eficiencia hídrica en la cuenca del río Atuel.

Entonces, no sólo el convenio de 2008 nunca fue suscripto efectivamente por el Ejecutivo Nacional –parte esencial en su potencial ejecución-, quien tampoco en ningún momento convalidó ni dio valor alguno a lo actuado de manera incompetente por sus ministros. Sino que además ese mismo Poder Ejecutivo Nacional convino otorgar fondos en préstamo a Mendoza para concretar por cuenta propia las obras de eficiencia previstas en la cuenca del río Atuel, **con exclusivo cargo de devolución a dicha provincia.**

Es decir, **la Nación nunca impulsó acto alguno para que el Convenio de 2008 estuviera en condiciones**

³⁹⁸ Este convenio fue suscripto en fecha 16 de septiembre de 2009 por la Provincia de Mendoza y el Estado Nacional, quien actuaba mediante el Ministerio de Producción de la Nación -representado por el ex Secretario de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos de la Nación-, conforme la delegación para suscribir tal instrumento que realizó el Poder Ejecutivo Nacional en el art. 7 del Decreto Nacional 657/08.



regulares para ser puesto a ratificación por Mendoza (ya que si no estaba firmado por el Poder Ejecutivo Nacional, ni este había aprobado lo actuado por sus dependientes en la materia), ni incluyó en sus propios compromisos presupuestarios recursos que hicieran a una efectiva aplicación del mismo³⁹⁹, y además asistió financieramente a la Provincia para efectuar las mejoras de eficiencia en el uso del agua que eran posibles en la cuenca del Atuel al margen de toda relación posible con La Pampa. Mejoras, que como contempló VE en Fallos 310:2478, eran necesarias para la reducción del déficit existente en el suministro a los usos actuales reconocidos.

En este punto también recordamos las referencias que hemos realizado supra al **Plan Estratégico Territorial 2008**,⁴⁰⁰ y su actualización en el Plan Estratégico Territorial Avance II⁴⁰¹, de 2011, ambos elaborados por el Gobierno Nacional con participación de las autoridades provinciales. Mientras que en el

³⁹⁹ Remitimos en este sentido a las referencias a las normas presupuestarias nacionales realizada al narrar los hechos que hacen al presente proceso.

⁴⁰⁰ *Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, pág. 220/221 y 224 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

⁴⁰¹ *Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura*, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, págs. 66/7 y 139 [Consulta: 10 de julio de 2015. Disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>].

primero, en el ámbito pampeano se contemplaban acueductos con destinos a la principal zona de afectada por este conflicto (Santa Isabel), en el segundo se dejaba de lado esa iniciativa y se la reemplazaba en el punto final de los escurrimientos sobre el río Colorado, contemplando un embalse con fines hidroeléctrico (La Correntada) complementario al ya existente de Casa de Piedra.

De igual manera, la Nación no es ajena a las restantes obras de acueducto que La Pampa ha construido para distribuir agua en todo el territorio provincial, menos en la zona del Atuel. Nos referimos al ya descrito acueducto del río Colorado, el que ha sido solventado por el Estado Nacional con una cuantiosa inversión de **U\$S 180.000.000**.⁴⁰².

Entonces, sin lugar a dudas existe una política Nacional –no sólo histórica- que determina constantemente el actual modelo ambiental instaurado. No ha dependido de Mendoza que en el pasado la Nación no implementara actividades de colonización en el territorio pampeano a fin de generar “usos actuales” en ese lugar;

⁴⁰² El “Convenio de Aporte”, entre el GOBIERNO NACIONAL y la PROVINCIA DE LA PAMPA, fue suscripto en 1996, y ratificado por la Ley 24805. En el mismo la Nación comprometió apoyo técnico, económico y financiero para la construcción y operación de un sistema de acueductos que proveyera de agua a todo el territorio provincial, con aportes presupuestarios no reintegrable durante los 10 años subsiguientes, hasta alcanzar un total de U\$S 180.000.000. Tales recursos han sido sistemáticamente erogados por la Nación, según las previsiones presupuestarias, como las contenidas –por ejemplo- en las Leyes de presupuesto 26442 (art. 25) y 26337 (art. 90), entre otras.



tampoco ha dependido de Mendoza que la Nación dispusiera por Ley 12650 construir el embalsamiento del curso del río Atuel; que Nación y Provincia actualmente dejen de lado obras de conducción de agua en beneficio de la zona dentro de sus propias planificaciones; y tampoco depende de Mendoza que el Convenio de 2008 ni siquiera fuera firmado efectivamente por la Nación, la que a la vez fue diligente en su política de créditos hacia esta Provincia para continuar con la histórica política mendocina de efficientizar el uso del agua⁴⁰³.

b – El estado del ambiente humano en la cuenca del río Atuel

b.1- Inexistencia de daño. Disconformidad con las políticas pasadas

La actora ha pretendido fundar su pretensión bajo el argumento de que el supuesto daño que quiere ver en una transformación ambiental producida por políticas públicas es irrazonable (pág. 291 de la demanda), y que ello lleva a una necesaria recomposición en la que –sin destruir los endicamientos construidos por la Nación o las zonas de riego de Mendoza- se dé lugar a una **escorrentía mínimo inmediata**, y luego, mediante la realización de obras, un caudal ambiental para dar lugar al desarrollo humano en su territorio.

⁴⁰³Recordemos que la misma Corte en 1987 observó en Fallos 310:2478 que el uso eficiente del agua era una necesidad para reducir el déficit de los usos actuales, motivo por el cual existe en Mendoza una política férrea en tal sentido.

La diferencia sustancial entre las postulaciones de La Pampa y nuestra perspectiva, es que la misma parte de un análisis parcializado que desconoce el resultado resuelto en Fallos 310:2478, y que ve la actual configuración de la cuenca del río Atuel fraccionada por su apetencia local de caudales que les fueron denegados en 1987, incluso asumiendo perspectivas que omiten hechos y realidades (como los caudales que sí existen).

Como hemos desarrollado supra, el estado actual de la cuenca del río Atuel ha implicado una transformación desde las políticas públicas que han actuado tanto en el territorio pampeano como mendocino, políticas que sólo parcialmente, poniendo el énfasis sólo en parte de la situación, pueden perderse de vista en un resultado negativo.

Esto no significa que no existan transformaciones en el territorio, pero justamente esas transformaciones fueron el resultado de acciones gubernamentales desarrolladas en razón de la prosperidad general, no pudiendo ahora renegarse de las decisiones ya tomadas por las autoridades competentes en el pasado.

La construcción del embalse El Nihuil, dispuesta **unilateralmente por la Nación** al sancionar la Ley 12650, en ejercicio de su facultad privativa de definir la prosperidad, indica claramente que la transformación ambiental de la parte baja de la cuenca responde a un proyecto de desarrollo humano que entendió necesario sistematizar el uso del agua en el río Atuel.



La implementación de esa Ley, como hemos observado en los hechos identificados en este responde, requirió el acuerdo de Mendoza para la utilización del territorio local. Y ese acuerdo fue establecido en el Tratado de 1941 bajo condición de no afectar el oasis que como ambiente humano había sido activamente desarrollado por las políticas locales.

Los caudales consumidos a partir del diseño del oasis que fue amparado en Fallos 310:2478, y que contiene a los 200.000 habitantes que en él desarrollan sus actividades, en ningún momento entraron en conflicto con las necesidades humanas en La Pampa, sino que –como se encuentra acreditado- es un hecho que las colonias que se impulsaron en el territorio pampeano – similares a las mendocinas que hoy usan el agua- fracasaron y se extinguieron con anterioridad. Las probanzas rendidas en autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” dan cuenta de manera clara que las colonias agrícolas pampeanas tuvieron una crisis y extinción más relacionada a la producción y comercialización que a una imaginaria falta de agua.

La historia podría haber sido distinta si las políticas lo hubieran sido. Podría en aquel momento –a finales del siglo XIX- haberse implementado una política efectiva de desarrollo humano en el territorio actual de La Pampa, y ello hubiera limitado el desarrollo de Mendoza, y quizás hoy el desarrollo en Mendoza sería menor y

habría un oasis similar al mendocino en La Pampa. **Pero ello no ocurrió.**

Aún así, en tal supuesto, aunque hoy quizás no tendríamos este pleito, lo cierto es que el estado de los humedales sería el mismo que el actual. El desarrollo pampeano en el siglo XIX y XX, si se hubiera producido, habría limitado el propio mendocino, y el Fallo de 1987 habría reconocido usos actuales en ambos territorios, pero esos usos igual hubieran transformado la naturaleza en pos del desarrollo humano, tal cual ha sido buscado por La Pampa en tiempos recientes⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Resalta en este sentido el fracasado Convenio suscripto en 2008 por La Pampa, Mendoza y Nación, que buscaba generar caudales **para ser destinado a usos productivos**, lo que demuestra claramente que la política pública pampeana se basa en una aspiración de desarrollo más que en una consideración ecológica. Los fundamentos brindados en los considerandos de este convenio son claros en este sentido: “Que es voluntad de las partes, posibilitar el desarrollo de acciones comunes y estratégicas, **para el progreso socio-económico regional**, a través de la planificación y gestión armónica del recurso hídrico, la formulación e implementación de obras de infraestructura y acciones no estructurales a materializar en las jurisdicciones provinciales de Mendoza y La Pampa; y en este marco viabilizar la **conducción del aprovechamiento**, por parte iguales entre ambas provincias, de la mayor disponibilidad de agua que resultará de la realización en conjunto de acciones a desarrollar en el Río Atuel”. Incluso, en el Anexo 11 de las pruebas acompañadas por La Pampa puede verse que esa Provincia contemplaba la construcción de un embalse en La Puntilla para aprovechar las aguas que se esperaba recibir en el marco del fallido Convenio de 2008, lo que hubiera limitado cualquier escurrimiento hacia los humedales que hoy dice tutelar.



Y es que lo que no puede dejar de verse, es que en una región árida como la que corresponde a la cuenca del Atuel, la vida del hombre sólo es posible si se consumen caudales –en uno u otro lado del territorio-, en menoscabo de la situación natural inicial.

La cuestión, en definitiva, es entonces de qué lado de la línea fronteriza se consumen esos caudales. Hoy La Pampa plantea la “injusticia” de que Mendoza los consumió de antemano, con asistencia de las políticas de fomento de la misma Nación que, a su vez, omitió en la historia el desarrollo en el actual territorio pampeano. Pero ello no es un daño, sino un modelo de desarrollo humano, cuya equidad y razonabilidad en el modelo de gestión hídrica ya fue analizado en Fallos 310:2478.

¿Ese modelo podría haber sido distinto? Sin lugar a dudas. La Nación podría haber tenido una postura distinta en la ocupación del actual territorio pampeano a lo largo del siglo XIX y principios del XX. Pero ello no fue así.

En definitiva, entonces, no hay daño ambiental sino una disconformidad con las políticas que diseñaron en la historia la actual configuración del ambiente humano, lo que no es susceptible de análisis judicial⁴⁰⁵, y menos bajo la apreciación de un supuesto daño.

⁴⁰⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re PRODELCO c/ PEN s/ amparo, 07/05/1998, Fallos 321: 1252

A ello, debemos sumar que además, no existe una verdadera destrucción de los humedales y ambientes asociados en el territorio pampeano, siendo falso que Mendoza ha consumido la totalidad de los caudales de la cuenca.

La permanente tensión entre Mendoza y La Pampa se ha construido mediante una técnica discursiva que ha impuesto un “relato” en el que los oasis mendocinos han secado el río Atuel, siendo inexistente el recurso hídrico en esa provincia. Pero esto es falso.

La actora en su propia demanda⁴⁰⁶ reconoce que en su paso por la provincia el río conforma bañados y lagunas, constituyendo así un sistema de humedales. Y esos humedales, existen actualmente porque el río presenta caudales estables, que aunque no sean permanentes, sí tienen una magnitud suficiente en sus caudales medios para el mantenimiento de tal sistema hidrológico.

No afirmamos con esto que ese entorno no esté modificado. Justamente, el desarrollo de un ambiente humano implica modificaciones al entorno natural en pos de la calidad de vida poblacional, objeto de las políticas públicas antes referidas. Pero eso no implica que los humedales se encuentren destruidos.

Los caudales que hoy reciben esos humedales, son registrados y publicados por la propia autoridad

⁴⁰⁶ Página 22 de la demanda.



pampeana, aunque omite tales datos en su reclamación. En la descripción de los hechos que hemos realizado en este responde detallamos que tanto en publicaciones⁴⁰⁷ del Gobierno de La Pampa, como en el sistema on line de información sobre las mediciones de la red monitorea de caudales que lleva adelante la autoridad hídrica pampeana y los documentos allí disponibles⁴⁰⁸, se reconocen caudales significativos que aportan a los humedales en cuestión y garantizan su existencia.

Así, el **Arroyo La Barda** (brazo del río Atuel que ingresa a La Pampa) presenta en **caudales medios de al menos 8 m³/seg**, aunque los registros hidrológicos de la autoridad del agua brindan un aporte aún mayor:

De acuerdo a los registros existentes en APA y SRH, el **caudal medio anual para el arroyo de la Barda en puesto Jacinto Ugalde en el período 1982/2007, es de 10,20 m³/seg.**

⁴⁰⁷ *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>

⁴⁰⁸ Documento "CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales". Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.

Otros estudios acompañados por la actora a este proceso⁴⁰⁹ confirma la existencia de caudales, señalando un módulo de **8,6 m³/s en Puesto Ugalde** en base a las mediciones efectuadas de manera sistémica **hasta el año 2000**, aunque advierte que a partir de esa fecha las mediciones intermitentes muestran que existe una **tendencia creciente que hoy llevaría a valores aún mayores**. Este informe además, observa que sólo el 18% del tiempo el río Atuel en territorio pampeano carece de caudales.

También en el Expediente 8259/2001, acompañado por la actora como prueba documental (Anexo 4), puede observarse con claridad la existencia de caudales en el río Atuel, en territorio pampeano. La tabla obrante a fs. 17 de ese expediente muestra un módulo en territorio pampeano superior a **8 m³/s**, y con caudales presentes en todos los meses del año, con caudales medios que todos los meses se encuentran **entre 6 y 18 m³/s**, con excepción de noviembre donde el caudal es **cercano a 4,5 m³/s**. Es decir, el caudal existente que confirman estos datos es en el peor momento igual al caudal ecológico reclamado en este proceso, y en general siempre es sustancialmente mayor al mismo.

⁴⁰⁹ Universidad Nacional de La Pampa/Gobierno de La Pampa, “Análisis de la interacción Agua Superficial y Subterránea y su influencia en los escurrimientos en el Tramo inferior del Río Atuel”, obrante en el Anexo 10 de la prueba documental de la actora. Universidad Nacional de La Pampa, Estudio “Análisis Hidrológico del Río Atuel en la Cuenca Inferior”, obrante en Anexo 9 de la referida prueba documental.



Los humedales también reciben aportes mucho más significativos de otros cauces, como el Salado-Chalideuvú que presenta aportes del orden de los **30 m³/s como caudal medio**. Más precisamente, según la información de la autoridad del agua de La Pampa:

En tanto, [el caudal] para el río Salado a la altura del puente de la ruta provincial N° 10 es de **36,69 m³/seg** en el período 1987/2008.

Incluso la parte baja del sistema hidrológico al que pertenecen esos humedales, hacia la desembocadura natural que presenta hacia el río Colorado y el sistema de humedales allí existentes (**acrecentado** por el efecto del llamado Tapón de Alonso), también recibe aportes significativos del Río Curacó, con un **caudal promedio de 31,43 m³/s**, lo que incluso ha sido atendido para el desarrollo productivo por la autoridad pampeana⁴¹⁰.

⁴¹⁰ El estudio "ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE LAS OBRAS DE REGULACION Y MANEJO DEL RÍO CURACO EN LA ZONA DE LA LAGUNA LA AMARGA - INFORME FINAL", de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa, que considera el aprovechamiento productivo de las aguas del río Curacó y su análisis hidrológico, puede consultarse en: <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5924-proyecto-obras-en-el-tapon-de-alonso.html>. En igual sentido, "CANAL DE DERIVACIÓN Y REGULACIÓN DEL RÍO CURACÓ – TAPÓN DE ALONSO", también de la misma autoridad de aguas de La Pampa, disponible en

Los caudales ecológicos y ambientales que en esta demanda se pretenden exigir a Mendoza como si no existieran, son una realidad que surge de las publicaciones que la misma actora realiza, desvirtuando el relato discursivo que construye. Los Bañados existentes en territorio pampeano no sólo reciben del Atuel mayor caudal que el que se reclama con causas ecológicas, sino también de fuentes mucho más significativas que aportan –cada una de ella- un módulo similar al que presenta la cuenca alta del río Atuel.

Resaltamos muy especialmente los referidos caudales que el propio Gobierno de la Pampa publica para los cursos de agua que aportan a los humedales de la zona, ya que son muy significativos, en especial si se advierte que el **caudal medio del río Atuel** –como observa la demanda en su página 17- **es de tan sólo 32 m³/s.**

Además de ello, debemos resaltar que en la Provincia de La Pampa –como hemos observado la describir los hechos de este proceso- relacionado al cambio climático existe un fenómeno de corrimiento de las isohietas hacia el oeste, que conlleva un significativo aumento de precipitaciones, que a la fecha ya se ha constatado científicamente, al grado de duplicar los registros históricos. Es decir, los humedales del lugar, además de recibir los caudales señalados, también reciben aportes pluviales significativos.

<http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5945-obra-puelches.html>. Ambos estudios fueron consultados en 15 de julio de 2015.



Todo ello, permite sostener que –por un lado- la transformación al entorno natural producida por las políticas públicas desde el siglo XIX no resultan un daño sino la consecución de un ambiente humano que permite la vida de 200.000 habitantes en un sistema de oasis; y esa transformación, no ha cesado el ingreso de los significativos caudales y otros aportes existentes en el sistema de humedales del río Atuel, de modo que no se suprimen las funciones ecosistémicas de tales realidades.

b.2- La improcedencia de un caudal ecológico o ambiental permanente como técnica de recomposición

En el marco de lo desarrollado en los puntos precedentes, no sólo es erróneo que exista daño ambiental, sino además que pueda corresponder la determinación de un caudal ecológico o ambiental.

En parte, porque tal determinación –en cuanto técnica de recomposición- requiere que previamente exista un daño ambiental que recomponer, lo que no ocurre en el caso. Y como hemos fundado, la alteración del entorno natural producido por políticas públicas no ha sido una alteración negativa, sino todo lo contrario, no existiendo un solo elemento aportado por la actora que permita sostener lo contrario⁴¹¹.

⁴¹¹ Resaltamos e insistimos: el estudio de caudal ecológico que acompaña como prueba la actora, amén de las deficiencias técnicas y metodológicas que

Sin esa transformación ambiental que han generado las políticas, no existiría un sustrato ambiental que permite la subsistencia en un marco sustentable de 200.000 habitantes, acorde al ambiente apto para las actividades productivas que protege la Constitución.

Pero además de ello, debemos resaltar que bajo las reglas del derecho intrafederal no es procedente de modo alguno lo requerido.

En primer lugar, porque como hemos referido antes, las nuevas instituciones que pueda brindar el Derecho de los cursos de agua interjurisdiccionales, y que implican una innovación con respecto al régimen jurídico, como principio no resultan aplicables en forma directa a las relaciones ya constituidas⁴¹². La sentencia recaída en Fallos 310:2478, estableciendo la asignación de los caudales del río Atuel a la superficie del oasis mendocino en tanto no se superen las 75761 has, no puede ser desvirtuada incluso si con posterioridad a ella existieran nuevos elementos normativos.

presenta, sólo propone alternativas de caudal para que sean decididas por las autoridades políticas, siendo una de esas alternativas el mantenimiento del actual caudal, y otras caudales que inundarían y dañarían el entorno natural y humano actualmente existente. Luego, no se acredita daño, sino que se proponen alternativas políticas de transformación del entorno.

⁴¹² En este sentido, el art. 1 de la Convención de Nueva York expresa que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a los derechos u obligaciones de un Estado del curso de agua derivados de acuerdos que hayan estado en vigor respecto de él en la fecha en que se haya hecho parte en la presente Convención”.



En segundo lugar, porque incluso si ello no fuera así, existen otros elementos que hace improcedente la aplicación de un caudal ecológico o ambiental al caso, especialmente en cuanto en Fallos 310:2478 se ha preferenciado el uso en el mantenimiento del ambiente humano existente.

Como hemos señalado al fundar tanto la excepción de cosa juzgada como el punto VII.3.a de este responde, las circunstancias ecológicas –y ambientales- y los caudales propios para ellas han sido contenidas en esos Fallos 310:2478, sin que ahora pueda pretenderse una solución distinta. La pretensión pampeana resuelta en esos autos buscaba una asignación de caudales que le fue negada con carácter de cosa juzgada, incluso cuando en sus fundamentaciones la actora argumentó los aspectos ecosistémicos que habían sido alterados por los usos actuales mendocinos.

Y aunque a modo de hipótesis no se considerara que ese pronunciamiento incluyó resolver sobre la relación entre el entorno y el uso de los caudales, las mismas Reglas de Berlín que tanto ha invocado la actora establecen de manera expresa que los caudales ambientales integran el cupo de agua que en los procesos de asignación corresponden a cada parte⁴¹³, con lo que en los

⁴¹³ Article 15. “Using Allocated Water in Other Basin States: 1. Allocation by agreement or otherwise to one basin State does not prevent use by another basin State to the extent that the basin State to which the water is allocated does not in fact use of the water. 2. **Use of a water for purposes of this**

Fallos 310:2478 –al asignarse los caudales preferentemente a los usos actuales del ambiente humano de Mendoza- se ha resuelto también la distribución de caudales desde el punto de vista ambiental, priorizándose el ambiente humano efectivamente constituido en los oasis consolidados frente a otras opciones posibles o potenciales.

En ese encuadre, los eventuales usos futuros sobre los que se debe negociar y acordar, y que deberán desarrollarse por sobre las 75671 has. existentes, abarcan también los caudales para fines ecológicos y ambientales, debiéndose tener presente que la International Law Association al comentar y fundamentar las mentadas Reglas de Berlín ha observado que la definición de "integridad ecológica" en estos artículos es amplia, en cuanto **la necesidad hídrica de las actividades que afecta a humanos se opone a una norma absoluta de la integridad ecológica**, por lo que aunque en el caso deberá decidirse el difícil equilibrio entre las necesidades en conflicto, esos artículo **no tratan de explicar lo que específicamente se debe hacer con el fin de cumplir con esta obligación**⁴¹⁴.

Article includes water necessary to assure ecological flows or otherwise to maintain ecological integrity or to minimize environmental harm”.

⁴¹⁴ International Law Association, Berlin Conference (2004), Water Resources Law, donde en la nota al artículo 22 expresa: “The definition of “ecological integrity” in these Articles is broad. Still, the necessity of human activity affecting waters precludes an absolute standard of ecological integrity. It must involve, as with other managerial decisions, the often difficult balancing of conflicting needs. This Article does not attempt to spell out what specifically must be done in order to discharge this obligation”.



Por el contrario, la misma International Law Association al comentar el artículo 24 de las Reglas que ella misma propone, que refiere de manera específica a los **caudales ecológico**, ha **relativizado totalmente el alcance que pueda tener tal concepto como norma general e incluso particular**, reconociendo de manera explícita que tal concepto no sólo no refleja un consenso en su seno, sino que además a lo sumo es un estándar que puede manifestarse a través de diversas soluciones, al punto de entender que **el articulado que propone no es el medio adecuado para prescribir las estrategias más apropiadas para una cuenca en particular**, motivo por el cual no adoptó la denominación de “caudal mínimo” sino simplemente “ecológico”⁴¹⁵.

Es decir, la interpretación auténtica de la única norma –de *soft law*– en la que se apoya la reclamación de la

⁴¹⁵ International Law Association, Berlin Conference (2004), Water Resources Law, donde en la nota al artículo 24 expresa: “The duty to preserve minimum stream flows is now gaining recognition in international law. This approach follows the Rule on Instream Flows proposed by the Water Resources Committee of the International Law Association but never considered by the Association as a whole. Numerous legal strategies have been devised to assure streamflows. This Article expresses the controlling standard in terms of the need to preserve the ecological integrity of the aquatic environment. Therefore the Article is captioned “ecological flows” rather than “minimum flows.” These Articles are not the appropriate means for prescribing which strategies are most appropriate to a particular basin, although clearly ecological flows require considering seasonal variation and other attributes that mimic natural patterns of flow”.

actora, muestra que ni siquiera quien la propone entiende que es un principio consolidado y por ello exigible. Todo lo contrario. E incluso considera que no puede ser una solución general al punto de que **descarta hablar de caudales mínimos.**

Y en ese marco, entonces los caudales ecológicos no presentan un mínimo necesario, y están condicionados los mismos a las necesidades del ser humano. No es una norma del derecho internacional que la modificación de la naturaleza por el uso del caudal sea un daño.

Además de ello, como observamos en el punto VII.3.a.6.2, tenemos que recordar que la implementación de un caudal ecológico, cuando sucede a posteriori del desarrollo de un área humana en la que las aguas se han concedido en uso, está amparado por la garantía propietaria, y no puede implementarse sin afectar expropiatoriamente a los interesados afectados⁴¹⁶. Este aspecto es fundamental, ya que una resolución dirimente en este proceso no puede alterar los derechos individuales amparados constitucionalmente, ni declarar los mismos de utilidad pública o

⁴¹⁶ EMBID IRUJO, Antonio (dir), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 309; MARTIN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de Aguas*, Cívitas, Madrid, 1997, pág. 301; HERRAEZ VILA, P., “Régimen jurídico de los caudales ecológicos”, I Congreso de Caudales Ecológicos, Aproma, Barcelona, 2000, pág. 74 y ss.; CARO PATON CARMONA, I. y MENENDEZ, C. “Concepto, determinación e implementación de los caudales ecológicos. El problema de su afectación a derechos concesionales preexistentes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 124, 2004, pág 598 y ss.



expropiarlos, lo que excluye la idoneidad de este proceso para alterar los usos existentes en Mendoza reconocidos en fallos 310:2478.

b.3-El caudal ecológico propuesto y su deficiencia técnica

b.3.1- Caudal Ecológico. Introducción

1.-La provincia de la Pampa pretende la ***determinación de un caudal fluvioecológico en forma inmediata y la fijación de un caudal ambiental en un plazo determinado para el río Atuel (p. 311 de la demanda).***

Así, expresa que “lo que se procura es una acción inmediata que, ***garantice una escorrentía mínima***, y luego, mediante la realización de obras, lograr un caudal ambiental suficiente para dar lugar a un aceptable nivel de desarrollo humano también en el territorio pampeano” (p. 298).

Estima el caudal fluvioecológico que pretende: “Si bien el caudal de escorrentía mínima o caudal fluvioecológico deberá luego ser determinado por las pericias, podemos adelantar que, de acuerdo a lo establecido por los profesionales de la Universidad Nacional de La Pampa. y de otras universidades que intervinieron en los Informes acompañados como prueba, ***ese caudal mínimo no puede ser inferior a 4,5 o5 m3/s***” (p.309).

Resaltamos aquí nuevamente que debe tenerse presente que la misma actora reconoce en el Arroyo La Barda,

el río Atuel presenta una escorrentía promedio de más de 10m³/s, además de otros aportes significativos que otros cauces y fuentes realizan al sistema de humedales (ver el análisis de los hechos que realizamos en este responde), lo que hace que la reclamación, en realidad, carezca de un objeto real y resulte meramente abstracta.

2.- La estimación del daño ambiental que en consecuencia pretende, sobre la base de la reclamación efectuada, se realiza ante la supuesta ausencia del caudal fluvioecológico. Así, la demanda dice:

“El Informe de la UNLPam. explica que la carencia de un caudal fluvioecológico en la subcuenca del Río Atuel en territorio pampeano provoca daños económicos, sociales, culturales y ambientales que afectan en forma directa a los pobladores ribereños, y de manera indirecta al conjunto de la sociedad pampeana, como resultado de las diversas interrelaciones y encadenamientos económicos, sociales y ambientales”. Afirmando luego: “para poder evaluar el daño y consecuentemente proveer una estimación monetaria del mismo, ha sido preciso estimar el estado actual del sistema y compararlo con diversas condiciones que corresponden a una situación deseada, estableciendo que el daño es la diferencia entre ambos” (p.338).

3.- Se trata aquí de responder sobre si los caudales ecológicos han sido vulnerados o alterados por la Provincia de Mendoza, provocando una afectación significativa del ambiente fluvial del Atuel inferior, más precisamente de los Bañados del Atuel.



También si el caudal ecológico requerido y estimado por La Pampa tiene un fundamento científico atendible.

4.- Lo primero que corresponde es definir el caudal ecológico, en tanto herramienta de gestión que **no cuenta en nuestro ordenamiento jurídico con regulación jurídica**, lo que excluye su necesaria imposición, y en su caso se deberá para ello recurrir al conocimiento hidrológico de los expertos y a las regulaciones especializadas de la legislación comparada.

Sin embargo, este análisis es meramente conjetural, ya que como hemos resaltado ni en el derecho argentino, ni en el ámbito internacional, existe una norma aceptada que permita imponer este tipo de institución como solución concreta. Y en este sentido, la ausencia de normas exigibles limitan la aplicación que pueda disponer la Corte, más allá del contenido exhortativo que ya ha expuesto en relación a los potenciales usos futuros.

5.- El término caudal ecológico tuvo su origen en EEUU donde se lo denominó "*instreamflow*" y surgió como una medida para conservar los sistemas acuáticos de los salmones, una especie importante desde el punto de vista económico. La idea inicial era resguardar el caudal necesario en un río o tramo para mantener las condiciones adecuadas para algunas especies acuáticas con un valor para la conservación, manejo o reproducción. Esta definición se fue ampliando para comprender otros componentes del sistema hidrológico. Finalmente, la tendencia mundial de incorporar el caudal ecológico como componente del manejo integrado de los recursos

hídricos lo ha llevado a formar parte de algunas políticas y regulaciones⁴¹⁷.

6.- El enfoque de caudal ecológico así como su denominación ha cambiado a través del tiempo, circunstancia demostrativa de que se trata de un instituto en formación, lo que exige prudencia en su consideración. En un principio se partió de una propuesta de dejar en el sistema fluvial un caudal mínimo con un *valor fijo* (años 70). Posteriormente se planteó la necesidad de que este caudal *mínimo variara estacionalmente*, simulando la variación natural del sistema (décadas de los 80). Más adelante se propuso establecer el régimen de caudales relacionando los cambios en el hábitat y las concretas funciones ecológicas del sistema a mantener (años 90). Finalmente, los enfoques más recientes plantean la necesidad de mantener un buen estado ecológico del sistema, llegando a incorporar la restauración en los planes de manejo⁴¹⁸.

7.- Por lo que se ha observado que en América Latina “la mayoría de las regulaciones y metodologías adoptadas por consultores y especialistas en recursos hídricos, son reproducciones de normas europeas y norteamericanas, fundamentadas en

⁴¹⁷ Palma Raymundo Maria Lidida (2013), Determinación del caudal ecológico: impacto económico en el usuario agrícola de la cuenca del río Yautepec, Estado de Morelos.

⁴¹⁸ Metodología para la estimación del caudal ambiental en proyectos licenciados, Informe final, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Octubre 30 de 2008, disponible en: http://www.anla.gov.co/documentos/4205_081009_info_comen_final_caudal_ambiental_301109.pdf



simplificaciones a veces extremas de los métodos científicos y su objetivo está más **enfocado a definir “caudales ecológicos” mínimos a partir de porcentajes directos del caudal medio anual o expresiones simples**. Por ejemplo, el criterio de definir el caudal mínimo puntual como el 10% del caudal medio anual de la legislación suiza, **desconoce que los ríos tiene una variabilidad hidrológica natural de la cual dependen y a la cual están adaptadas las especies acuáticas y todo el sistema fluvial**⁴¹⁹.

Por ello se sostiene que “en los últimos años se están produciendo notables cambios conceptuales a la hora de establecer el régimen ambiental de caudales en un río, siendo el más importante el que sitúa estos **estudios no como un fin en sí mismo, sino como un valioso instrumento para incorporar la información adecuada en los procesos de toma de decisiones**”⁴²⁰.

8.-Pero no solo la definición sino que la metodologías para su determinación son variadas y de diversa complejidad. Así, se han identificado 207 metodologías por Tharmes

⁴¹⁹ Cantera Kintz, Ricardo y otros (2013) Régimen de caudal ambiental en el marco de la gestión integral de recursos hídricos, en Caudal Ambiental Conceptos, experiencias y Desafíos, Colombia, página 20.

⁴²⁰ J.A. Fernández Yuste , C. Martínez Santa-María, F. Magdaleno Mas (2011). La instrucción de planificación hidrológica y el régimen ambiental de caudales: principios, realidades y tareas pendientes. Disponible en: http://www.ecogesfor.org/pdf/LA_IPH_Y_EL_RAC.pdf

(2003)⁴²¹, que las ha clasificado en: *hidrológicas, hidráulicas, de simulación de hábitats y holísticas*. Existen combinaciones de unas y otras.

“No hay una sola forma mejor que todas las demás para evaluar los caudales ambientales. ***Cada método, enfoque o marco resultará, pues, adecuado solo para un conjunto de circunstancias particulares.*** Entre los criterios para escoger un método, enfoque o marco específicos están la clase de asunto (p.e. extracción, presa, plan de derrame fluvial), competencia, tiempo y dinero disponibles, así como el **marco legislativo** dentro del cual deben establecerse los caudales. En años recientes, la distinción entre métodos, que se centran en necesidades ecológicas, y marcos, que se centran en caudales ambientales, se ha ido diluyendo. Muchos de ellos se están volviendo mucho más integrales y utilizan grupos de partes interesadas y equipos multidisciplinarios de expertos para definir la cantidad de agua que hay que dejar en el río”⁴²².

9.- Hay una idea central en esta materia que parte de reconocer que **hay tantos regímenes de caudales como tipos de ríos**⁴²³:

⁴²¹ Francisco Pizarro Caudales Ambientales GWP-CA 2004, disponible en: http://cap-net-esp.org/document/document/182/Caudales_ambientales.pdf

⁴²² UICN, Elementos esenciales de caudales ambientales, pág. 11, 2003

⁴²³ Jay O’Keeffe, Tom Le Quesne (2010). Guía sobre los caudales ecológicos- Serie Seguridad Hídrica de WWF – 2 Cómo conservar los ríos vivos, http://www.agua.unam.mx/humedales/assets/materialdifusion/WWF_ComoConservarLosRiosVivos.pdf



- Están los ríos que fluyen todo el año (ríos perennes), los que fluyen sólo durante la estación húmeda (ríos estacionales), y aquéllos que fluyen rara vez (ríos o arroyos desérticos efímeros)⁴²⁴.
- Existen arroyos de montaña –empinados, pedregosos y de agua clara–, arroyos en las faldas de los cerros –que alternan estanques y rápidos– y ríos de llanuras aluviales –serpenteantes, de fondo lodoso y humedales ribereños.
- Hay ríos repentinos –propensos a las inundaciones y la sequía– y ríos confiables – alimentados por manantiales– que les proveen un caudal constante.

10.- Es decir, la morfología de los cauces y de las comunidades biológicas que los habitan están adaptadas a un determinado régimen de caudales. Esto supone distinguir cursos con **flujos variables, no siempre permanentes**. “La variabilidad hidrológica tiene un papel muy importante en la estructura de la diversidad biótica de los ecosistemas de los ríos, ya que controla las condiciones de hábitat dentro del cauce del río, las llanuras de inundación y las zonas hiporréicas”⁴²⁵.

⁴²⁴ En este sentido: la Instrucción de Planificación Hídrica española del año 2008 parte de una clasificación hidrológica del conjunto de masas de agua superficial.

⁴²⁵ Castro Heredia, Lina Mabel y otros (2013), Morfología fluvial y régimen natural de caudales, en Caudal Ambiental Conceptos, experiencias y Desafíos, Colombia, página 97.

Así, en ecosistemas áridos y semiáridos se ha considerado que: “La singular climatología de las regiones áridas y semiáridas da lugar a ecosistemas acuáticos caracterizados por regímenes hidrológicos con una acentuada variabilidad interanual y estacional, siendo la temporalidad un fenómeno natural que se repite periódicamente”⁴²⁶.

11.- Demostrativo de esto es la evolución de las regulaciones españolas para la determinación del caudal ecológico provocada por la necesidad de adoptar una metodología que responda en forma consistente ante la heterogeneidad de las masas de agua superficiales y las diversas necesidades sociales de sus regiones.

En España se pueden distinguir dos etapas regulatorias. La primera corresponde a la Ley de Aguas de 1985, que contempla de un modo vago y genérico diversos aspectos relacionados con la conservación de las aguas continentales y ecosistemas asociados. Así quedaba establecido, en su artículo 40d, la necesidad de mantener un caudal mínimo que garantice la conservación del medio natural. Dichos caudales se fijarán de acuerdo con las previsiones de los correspondientes Planes Hidrológicos.

⁴²⁶ Establecimiento del régimen de caudales ecológicos en las masas de agua superficial continentales de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, trabajo disponible en : http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/agencia_andaluza_del_agua/nueva_organizacion_gestion_integral_agua/planificacion/planes_aprobados_consejo_gobierno/dh_mediterraneo_aprobado/Memoria/Memoria_PH_DHCMA.pdf



Esta legislación carecía de definiciones precisas, ni cualitativas ni cuantitativas, de los caudales mínimos, aunque varias Comunidades Autónomas ya habían presentado algunas propuestas (Principado de Asturias, Diputaciones Forales de Navarra y Guipúzcoa, etc.) en general muy similares a las adoptadas en las legislaciones suiza y francesa, basándose fundamentalmente en porcentajes fijos.

Se observó entonces la necesidad de llevar a cabo estudios más específicos que tengan en cuenta las peculiaridades de los ríos, máxime si se considera la gran variación de regímenes y condiciones hidrológicas de las distintas cuencas españolas.

La segunda etapa en cuanto a la determinación de regímenes de caudales ecológicos en España, viene establecida por el Real Decreto 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas; por la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional; por la Ley 11/2005, de 22 de julio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional y por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica. Pero, más precisamente, es en la Instrucción de Planificación Hidrológica, aprobada por la Orden ARM/2656/2008, del 10 de septiembre, donde se regula el caudal ecológico, se determinan los contenidos y se define la metodología⁴²⁷.

⁴²⁷ Caudales ecológicos plan hidrológico de la demarcación hidrográfica de las cuencas mediterráneas andaluzas, trabajo disponible en:

La regulación vigente parte de distinguir las masas de agua superficiales (ríos permanentes, temporales, efímeros) como paso previo a la determinación del caudal ecológico, estableciendo una metodología específica para cada una de ellas. **Lo mismo hace con las lagunas y humedales, que presentan particularidades que hace que no puedan ser equiparadas a un río, no confundiendo la metodología a aplicar en ningún caso.**

Esta valiosa experiencia regulatoria ha sido destacada para poner en crisis la metodología adoptada en el estudio de la Universidad de La Pampa en tanto no es representativa ni consistente con el propósito que se fija, ni responde a la clase de cuerpo hídrico (el curso de agua o los humedales) a la que se aplica, ni se mantiene aún vigente en su país de origen, lo que denota su falencia.

12.- Una cuestión relevante en toda metodología es evaluar **los impactos sobre los usos del agua – especialmente los existentes- que la determinación de un caudal ecológico podría causar.**

Ello supone que en la matriz de decisión para la determinación del caudal ecológico debe constar la siguiente información:

a) Marco legal de los usos existentes, incluyendo las características técnico-administrativas de los mismos y un análisis jurídico de los

http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/agencia_andaluzadelagua/nueva_organizacion_gestion_integral_agua/planificacion/planes_aprobados_consejo_gobierno/dh_mediterraneo_aprobado/Memoria/Memoria_PH_DHCMA.pdf .).



efectos de la aplicación del régimen de caudales ecológicos en las concesiones vigentes.

b) Repercusión, tanto positiva como negativa, en los niveles de garantía de las unidades de demanda afectadas y análisis de la disponibilidad de caudales y de la compatibilidad con las concesiones existentes.

c) Repercusión económica y social, tanto positiva como negativa, de la implantación del régimen de caudales ecológicos (ver al respecto España IPH 2008 3.4.5. Repercusión del régimen de caudales ecológicos sobre los usos del agua).

Estas consideraciones, que no efectúa el estudio en el que se apoya de demanda, responden a la naturaleza que tiene la determinación del caudal ecológico, en tanto que, como herramienta de gestión, debe sujetarse a una evaluación comprensiva de los usos concedidos y el desarrollo alcanzado.

Por ello la COP de Ramsar ha recomendado en su ***Resolución VIII.1 (Valencia 2002) sobre Lineamientos para la asignación y el manejo de los recursos hídricos a fin de mantener las funciones ecológicas de los humedales*** que:

Una vez establecidos los marcos relativos a la política, la legislación y la toma de decisiones, es necesario definir un proceso para determinar las asignaciones de recursos hídricos, que incorpore los conceptos esbozados en los lineamientos ya mencionados.

La misma resolución explicita:

En los últimos años el concepto de manejo integrado de los recursos hídricos ha empezado a destacar como estrategia para aplicar los Principios de Dublín. Este concepto se define como un procedimiento que promueve el desarrollo y manejo coordinados del agua, el suelo y otros recursos relacionados, de cara a optimizar el bienestar social y económico resultante, de manera equitativa, sin comprometer la sostenibilidad de los ecosistemas vitales.

Ya se ha expuesto en esta contestación sobre esta situación en el punto VII.3.a.6.1 y 2 (Caudales disponibles y derechos sobre las aguas), en cuanto a que lo resuelto en Fallos 310:2478 reconoció un uso histórico del agua que ha configurado un sistema ambiental que contiene al ser humano, y es a dicho sistema –y no en forma directa a los individuos que interactúan con el mismo- que en la sentencia de 1987 se le ha reconocido un caudal.

b.3.2- El caudal ambiental en el Estudio de la Universidad de La Pampa

1.- A partir de estas consideraciones, nos enfocaremos en el estudio la Universidad Nacional de La Pampa titulado: "Estudio para la determinación del caudal mínimo necesario para el restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del río Atuel" del año 2005; complementado por el "Estudio para la cuantificación monetaria del daño causado a la Provincia de La Pampa por la carencia de un caudal fluvioecológico del Río Atuel", de 2012. Documentos sobre los cuales la actora construye su demanda.



2.- El *Estudio* no posee una plataforma científica sobre el problema que se propone dilucidar. Lejos de ello, **parte de un presupuesto político y jurídico que es falso**: los incumplimientos jurídicos y políticos de Mendoza, presupuesto que se ha rebatido en la presente y que sesga cualquier pretensión objetiva, técnica y metodológicamente consistente.

En base a lo ya expresado, la determinación de un caudal ambiental no puede ser efectuada sin tener como presupuesto los usos existentes en base a las asignaciones ya realizadas.

3.- Por ello, el *Estudio* es limitado en sus propósitos. Así, en el punto **Alcances**, expresa con sinceridad las carencias que menguan el valor probatorio de este documento:

Para el presente caso cabe resaltar que los alcances del estudio estuvieron acotados por el nivel de información del sistema biofísico y social que estuvo disponible para los diversos subgrupos de trabajo de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, por el tiempo previsto para su desarrollo, y los recursos (humanos y económicos) que fueron afectados al mismo.

Con relación al primer aspecto, cabe reseñar que la caracterización de un sistema ambiental de la complejidad de la Cuenca y curso inferior del río Atuel, como todo humedal ubicado en áreas de llanura en zonas áridas y semiáridas, requiere contar con un cúmulo de información que no siempre está disponible, sea porque no existe o porque diversas causas impiden el acceso a ella. En ciertos

casos, inclusive, se requiere un procesamiento previo de los datos básicos, lo que insume tiempos extensos, no siempre disponibles en estudios de este tipo pues en muchos casos deben ser objeto de líneas de investigación. Ejemplos de ello surgen de la indisponibilidad de los datos existentes de registros hidrometeorológicos e hidrológicos en la cuenca, esquemas de operación de infraestructura, o de la inexistencia de muchos de ellos como relevamientos topográfico de detalle, registros hidrogeológicos, datos de calidad del agua, censos de biota y datos socioeconómicos en general. (p. 1 – 4).

Otra apreciación del *Estudio* revela lo observado:

No obstante ello, los resultados se consideran básicos y elementales tanto para el cumplimiento del objetivo central del estudio como para orientar en la obtención de información ambiental en el área de interés a fin de poder mejorar el grado de certidumbre en las decisiones a adoptarse por los organismos técnicos políticos correspondientes (p. 1-4 in fine)

Es curioso, e inadmisibles desde el punto de vista legal, que luego de esta afirmación se pretenda cuantificar económicamente el daño ambiental que se demanda, cuando la misma base técnica del reclamo reconoce manifiestamente su insolvencia como plataforma técnica.

4.- En relación a lo que entiende por caudal ecológico y caudal ambiental expresa:



*En la bibliografía se encuentra con frecuencia el nombre de caudales ecológicos y caudales ambientales. La cuantificación del caudal ecológico debe buscar un umbral que fije los valores por encima de los cuales la **especie sensible** se recupera de las perturbaciones ocasionadas por la falta de escorrentía, es decir que los cambios originados en ella dejan de ser irreversibles. Depende de la duración de los mismos y de la resiliencia ecológica de la especie. Por su parte un caudal ambiental es entendido como aquel que es definido por encima del establecido por el caudal ecológico y que fija un mínimo destinado a la satisfacción de las **necesidades establecidas de manera “ad-hoc” por la sociedad** (Gaviño Novillo, 2004).*

Debemos resaltar que son definiciones generales, que el *Estudio* intenta precisar recurriendo a la Directiva Europea del año 2000, DMA, que, por sí misma, no establece el requerimiento de establecer regímenes de caudales ecológicos. La determinación de los mismos y su mantenimiento ha sido iniciativa de los respectivos Estados europeos y supuso un paso adelante en el camino hacia el logro del buen estado de las masas de agua, objetivo concreto y principio que inspira esta directiva. **“Por lo tanto, los caudales ecológicos no se conciben como un fin en sí mismo sino como un medio para alcanzar el objetivo citado”⁴²⁸, que puede**

⁴²⁸ Caudales ecológicos plan hidrológico de la demarcación hidrográfica de las cuencas mediterráneas andaluzas. Anejo V. Trabajo disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/agencia_anda

convivir con otras alternativas y estrategias de protección de especies.

En España el eje de aplicación de la DMA lo constituyen los planes hidrológicos de cuenca en los que **se deben armonizar las necesidades de los distintos sectores que tienen incidencia en el uso y disfrute del agua, sin renunciar al respeto por el medio ambiente y coordinándose con otras planificaciones sectoriales.**

Ya se ha sostenido en esta contestación que el ambiente humano es la referencia última del bien a proteger y que el mismo involucra a ambas provincias.

5.- La metodología seleccionada en el *Estudio* es justificada por sus autores sin más que un breve análisis de algunas metodologías existentes, expresándose que para el caso del Atuel se aplicará una “**variante**” del método holístico “*Respuesta aguas debajo de una transformación impuesta de caudales*”. Así lo expresa:

En el presente estudio se aplica una variante del método denominado “Respuesta aguas debajo de una transformación impuesta de caudales” (Downstream response to imposed flow transformation-DRIFT) (UICN, 2001) que se basa en la definición de escenarios a proveer a los tomadores de decisión basados en la definición de diversas opciones de regímenes de caudales en función de un objetivo explícito. A ello se agrega el análisis de los

luza_del_agua/nueva_organizacion_gestion_integral_agua/planificacion/planes_aprobados_consejo_gobierno/dh_mediterraneo_aprobado/Memoria/Memoria_PH_DHCMA.pdf.



impactos que resultan de la vulnerabilidad social de aquellos sectores que se ven afectados por la carencia de dichos caudales. Ello implica definir un sistema soporte de decisiones que permita establecer diversas opciones posibles (p. 2-5).

Para rematar con una afirmación **más justificativa de la parcialidad del Estudio que de la búsqueda de una metodología consistente** para resolver la cuestión que se impone:

*Cabe resaltar que en la gestión de los recursos hídricos de la República Argentina no se cuenta con experiencia sistemática que permita recomendar **la aplicación de otros criterios**, debido a que se carece de recomendaciones prácticas que orienten el establecimiento de caudales mínimos, ecológicos o ambientales, motivo por el cual el desarrollo del presente estudio a la vez **permitirá desarrollar una metodología** que pueda ser aplicada a la vez en otras provincias o cuencas (p. 2-5).*

El *Estudio* revela así su limitado y parcializado aporte a la dilucidación del problema del caudal ecológico del río Atuel.

6.- La definición de caudal circulante utilizado por el *Estudio*, corresponde a una obra del año 1998 sobre ***El concepto de caudal ecológico y criterios para su aplicación en los ríos españoles,***

de los ingenieros Diego García de Jalón y Marta González del Tánago⁴²⁹. **Esta propuesta técnica es cuestionable desde varias ópticas para el caso presente.** Por una parte, es anterior a la regulación española vigente, mucho más precisa y dinámica, lo que implica desde ya que se tomó una técnica criticada por su parcialidad y superada técnicamente, que la legislación actual ya ha descartado.

Por lo que **el caudal circulante determinado como un porcentual fijo no define el caudal ecológico**, en tanto cada tipo de río presenta un régimen hidrológico característico que es variable en el tiempo y que condiciona su evolución. Por eso el régimen español se apartó de las regulaciones que correspondían a sistemas hidrológicos ajenos a la realidad de su territorio.

7.- El desarrollo por eventuales consenso que propone es acertado. No podía ser de otra manera dado las carencias que el mismo contiene.

La asignación de un caudal ecológico para un río es en esencia una opción establecida por la sociedad en base a recomendaciones técnicas que provienen de la ciencia en términos de qué tipo de ecosistema fluvial se desea, lo cual puede definirse en base a diversos escenarios de régimen de caudales. La condición finalmente establecida debe traducirse en un marco normativo o reglamentario en base

⁴²⁹ El concepto de caudal ecológico y criterios para su aplicación en los ríos españoles, Diego García de Jalón y Marta González del Tánago, Departamento de Ingeniería Forestal Escuela de Ingenieros de Montes Universidad Politécnica de Madrid, 1998, <http://ocw.um.es/ciencias/ecologia/ejercicios-proyectos-y-casos-1/jalon-tanago-1998.pdf>.



al consenso que se logre mediante transacciones entre los diversos actores.

Es indudable que la negociación en el marco del federalismo de concertación es el único camino para resolver esta cuestión. Y en este sentido, ello nos encuadra en la determinación de los usos futuros a los que deben arribar las partes, pero siempre sin perjuicio de la preferencia ya resuelta sobre las 75761 has existentes (Fallos 310:2478).

8.- En cuanto a los escenarios, *el Estudio* expresa:

“Dado que los escenarios inevitablemente incorporan la visión de quien los define, ya sea explícita o implícitamente, nunca son totalmente neutros. Los buenos escenarios se inspiran en el conocimiento científico –para la comprensión de patrones históricos, las condiciones actuales, los procesos físicos y sociales- y en la imaginación –para concebir, articular, y evaluar un rango de futuros socio- ecológicos. El balance entre conocimiento e imaginación puede variar de acuerdo al propósito de los escenarios y las perspectivas de sus constructores (Gallopín et al. 1997).” (pág. 13-8)

En este sentido, debemos señalar que la base imaginativa de los escenarios es **completamente ilegal si no se limita a la eventualidad de la existencia de caudales futuros que hoy no existen.**

Nos referimos en especial a que la componente “ambiental” del análisis, no puede incorporar usos productivos del agua en contradicción con Fallos 310:2478. Esta afirmación, también válida para la definición de un caudal ecológico –en cuanto importa la adopción de un límite a la modificación del entorno natural y ambiental actualmente existente, ya definido por las políticas públicas-, resalta especialmente en torno a lo que el estudio denomina caudal ambiental, y que refiere expresamente a los usos productivos ya definidos en Fallos 310:2478.

Lo que la actora maliciosamente está haciendo en este proceso, es burlar la autoridad de cosa juzgada del pronunciamiento de VE de 1987, adoptando una estrategia verdaderamente sagaz que consiste en abrir una discusión ya desarrollada en el pleito anterior, sobre usos futuros productivos, la que ya fue resuelta.

Fallos 310:2478 señaló justamente que el caudal para conceptos de desarrollo humano debía priorizarse en las 75671 has existentes en la cuenca. Y todo otro uso en este sentido dependía de la eventualidad de que se concretara mediante obras de recuperación de caudales que se consideran inconvenientes. La negociación sobre usos futuros –lo que implica los caudales ambientales que se reclaman- debe darse dentro de los límites que la misma sentencia ha señalado en cuanto a la inconveniencia de los desarrollos futuros como parámetro que hace al principio del uso equitativo y razonable.



9.- El cambio climático es un factor excluido. Observamos que ninguno de los escenarios (pasados, presentes o futuros) contempla el fenómeno del Cambio Climático, por lo que el equilibrio entre imaginación y conocimiento escapa al contexto científico. No puede sostenerse que se ignoró este potencial -ni se menciona- por no ser contrastante o esencial para la toma de decisiones, o significativa conforme los horizontes de tiempo que refiere el estudio (p. 13-9.).

El estudio tampoco refiere el fenómeno del Cambio Climático en la serie de precipitaciones anuales que toma desde 1986 hasta 2004 (pág. 4 - 4). La serie es insuficiente para establecer un histograma fiable de las precipitaciones anuales en todas las estaciones de los humedales pampeanos del río Atuel, por cuanto no se actualiza hasta 2014 ni se mide la incidencia presente y futura del cambio climático.

También es cierto que el estudio pierde toda vigencia en cuanto **en estos diez últimos años se ha producido una aceleración del deterioro de la situación climática**, que en Mendoza se percibe por la ausencia de nevadas y caudales que ha llevado a un constante estado de emergencia hídrica. Y que -por el contrario- en La Pampa mediante un aumento de las precipitaciones y disponibilidad hídrica que es acorde con el corrimiento de las isohietas que se ha verificado.

Otro tanto ocurre con la nivología, porque se toman series desde el año 1903 hasta el año 2004, sin señalar tampoco

como se afecta o afectará el escenario futuro por el Cambio Climático. Los últimos cinco años previos a la demanda, por ejemplo, se presentan con valores menores a la media de forma constante, siendo ello excluido del análisis.

El mismo Informe redactado por la UNLPam en 2005 reconoce la falta de información completa sobre el tema que permita sostener cabalmente sus afirmaciones. Y -muy al pasar- refiere que uno de los datos importantes que faltan, especialmente para establecer coeficientes de evapotranspiración es la temperatura de la zona, que daría un indicio -menor por cierto- del ignorado Cambio Climático:

“...7.12 Conclusiones y Recomendaciones

...Es importante aclarar que el funcionamiento del humedal es muy complejo y que su correcto regulamiento debe sustentarse en una buena información base y de mayor frecuencia, por ello recomendamos la búsqueda de la siguiente información, alguna de ella existente pero de difícil acceso:

Precipitación de la zona de Carmensa.

Caudales en la estación Pto. Rincón del Atuel y de descarga del Embalse compensador Dique Valle Grande.

Nivelación con precisión las líneas piezométricas en A. Ugalde y La Puntilla.

Temperaturas diarias o medias mensuales, especialmente para el período desde 1995.

Niveles y secciones del río Atuel desde La Angostura con sus propiedades hidráulicas.



Curva de gasto de la estación de Anguero Ugalde. tomar medidas con mayor frecuencia.

Mejorar la red de puntos de aforos: definir curvas de gastos y colocar limnigrafos.

Instalar una red de estaciones de meteorológicas en la zona de los humedales..." (p. 7 – 32)

Nuevamente la importancia de los factores que se ignoran para establecer el escenario muestran la inconsistencia científica del Informe, cuyos datos se citan -sin compartirlos- al solo efecto evidenciar las falencias.

El cambio climático, de especial trascendencia en el análisis ambiental del caso, lo retomaremos en otro momento de esta contestación con énfasis en sus características y su incidencia preventiva y precautoria en las políticas ambientales.

b.3.3- Inconsistencia técnica manifiesta en el estudio de caudal ecológico

El Informe titulado OBSERVACIONES A FORMULAR EN RELACIÓN A LOS ESTUDIOS REALIZADOS POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA (UNLP) SOBRE EL RÍO ATUEL del Departamento General de Irrigación –que acompañamos probatoriamente- realiza un análisis de los documentos o estudios técnicos que integran el Estudio de la UNLP, señalando que:

Los estudios de referencia han sido efectuados **sin considerar conceptos elementales** en la

determinación de cuencas hidrológicas y para su análisis no se ha tenido en cuenta la **vinculación del interfluvio del Río Diamante**, tanto en sus aportes de drenaje, subsuperficiales y subterráneos. Este aspecto es central y ha sido ampliamente desarrollado en estudios de base cero efectuados en las cuencas del sur provincial⁴³⁰.

Se informa que el criterio de delimitación en la segmentación de la cuenca que ha sido utilizado por la UNLP ha sido de carácter **hidrográfico y administrativo**; basándose en delimitaciones geodésicas para la determinación de estudios de los tramos de la cuenca, ejemplo “curso inferior”. Este erróneo criterio atenta con cualquier contexto teórico, conceptual y metodológico para estudios hídricos de base ambiental.⁴³¹

Por otra parte **inexplicablemente** los bañados se han delimitado geodésicamente y no con un criterio hidrológico, lo cual **invalida cualquier resultado sobre el comportamiento de los caudales y de base para el conocimiento**

⁴³⁰ CENTRO REGIONAL DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS (CRICYT). Proyecto Aprovechamiento Integral Río Grande. Estudio de Base Cero. Capítulo II El Agua. Gobierno de Mendoza. Ministerio de Obras y Servicios Públicos (Resolución 1721/98).

⁴³¹ DE JONG, G. (1997): “La planificación y el manejo de las cuencas hidrográficas: punto de encuentro para el trabajo interdisciplinario”. Edición: Laboratorio Patagónico de Investigación para el Ordenamiento Ambiental y Territorial (LIPAT). Departamento de Geografía. Universidad Nacional del Comahue. Argentina. 19-39.



de la dinámica fluvial⁴³². Esta determinación atenta contra cualquier marco metodológico ambiental⁴³³ que precisamente indica la necesidad de adoptar una estratificación espacial basada en el soporte físico-biológico⁴³⁴.

Considérese que a la salida de los valles cordilleranos los cursos aloctonos de los ríos Diamante y Atuel, disectan grandes abanicos aluviales que forman un conjunto homogéneo de depósitos fluviales, que interdigitan con la gran planicie aluvial que se desarrolla hacia el este y sur provincial incluida la provincia de La Pampa hasta el límite con el Río Colorado y Salado⁴³⁵.

Estos cursos presentan una particularidad hidrogeomorfológica e hidrogeológica, que se manifiesta en la zona conocida como “Las Aguaditas” desde la cual se produce la generación de **flujos subsuperficiales** que generan escorrentías en el Río Atuel que discurren a la Provincia de la Pampa.

⁴³²IUCN (1994). Guidelines for Protected Areas Management Categories. IUCN, Cambridge, UK and Gland, Switzerland. 261 pp.

⁴³³FITZHUGH, T.W. (2005). GIS Tools for fresh water biodiversity conservation planning. Transactions in GIS. 2. 247 – 263 pp

⁴³⁴SECRETARÍA DE LA CONVENCION DE RAMSAR (2008). Criterios para la Identificación de Humedales de Importancia Internacional. Gland, Suiza.

⁴³⁵ABRAHAM, E. (1996). Mapa geomorfológico de la provincia de Mendoza, escala 1: 500.000. En Atlas básico de Recursos de la Región Andina. Argentina. En prensa, en: Cuadernos geográficos. Instituto de Desarrollo Regional. Universidad de Granada

Estas manifestaciones hídricas, se confinan y encausan sobre el subálveo del Río Atuel y producen escurrimientos y un patrón de avenamiento anastomosado en varios brazos que divagan en la llanura aluvial y se encuentran condicionados por la morfogénesis y morfodinámica hídrica. En esta dinámica hidrogeomorfológica resulta importante considerar como factores de control la carga, competencia del flujo, capacidad del material que han estado presentes desde su génesis.⁴³⁶

En la Estación Hidrológica Paso Arenas, ubicada en el sector distal del río Atuel, se advierte la existencia de estos caudales semipermanentes con un comportamiento estacional diverso a lo largo del año hidrológico y entre los periodos de la serie existente.

En consecuencia el planteo de fondo es que a pesar de que existen obras de regulación y control en la zona del Cañón del Atuel (Bloque de San Rafael), **el Río Atuel tiene un comportamiento independiente de las presas que posibilitan la existencia continuada de caudales mínimos que escurren por el Sector Distal de la Cuenca**⁴³⁷.

⁴³⁶STRAHELER, A. (1964). Quantitative geomorphology of drainage basins and channel networks. En: CHOW, V. (ED), Handbook of applied Hydrology, New York. McGraw-Hill.

⁴³⁷ Este hecho que manifiesta el informe del Departamento General de irrigación que estamos citando es acorde a la medición de un caudal medio en territorio pampeano que realiza el mismo Gobierno de La Pampa, y como ya hemos observado en otros puntos de este responde, de acuerdo a los registros existentes en APA y SRH, el **caudal medio anual para el arroyo de**



En este sentido la saturación de brazos y bañados y su dinamismo con rangos mínimos y máximos de flujos que genera escurrimientos con efectos similares en la provincia de Mendoza y La Pampa, la cual es separada por una línea geodésica arbitraria establecida por las partes. Es decir entonces que ambos Estados federales manifiestan similares comportamientos en el tramo inferior del Río Atuel y no solamente la provincia pampeana, tal como se pretende remarcar en este informe (de la Universidad Nacional de La Pampa).

Desde una perspectiva más específica, los criterios y propuestas metodológicas que pretenden aplicarse para la determinación de caudales fluvio-ecológicos en la cuenca del Río Atuel y que se detallan en capítulo 2 son improcedentes.

Se trata de la adopción errónea de métodos aplicables en las cuencas europeas y españolas, en su mayoría regímenes “mediterráneos”, los que son totalmente disimiles a nuestro régimen nivo-glacial del hemisferio sur. En consecuencia se pretende usar el concepto de “estiaje” el cual es totalmente opuesto a caudales mínimos en época de estío o verano en la región de Cuyo⁴³⁸.

la Barda en puesto Jacinto Ugalde en el período 1982/2007, es de **10,20 m3/seg.**

⁴³⁸ABRAHAM, E, FERNANDEZ-CIRELLI, A. y M. SALOMÓN (Eds.), 2008. Aportes hacia la integración de distintas disciplinas: glosario técnico del proyecto Indicadores y tecnologías apropiadas de uso sustentable del agua en las tierras secas de Iberoamérica. Serie El agua en Iberoamérica, Vol. XIV, CYTED,

Por lo expuesto debe rechazarse cualquier intento de aplicación de un método que **no posibilita replicar y evaluar las condiciones de nuestros ríos en la región centro oeste de Argentina.**

No ha sido considerado en el estudio el sector de bañados en la provincia de Mendoza (3-4) lo cual invalida el declamado abordaje integral que se indica en el estudio de referencia.

Las series empleadas para análisis de parámetros climáticos e hidrológicos son muy limitadas en tiempo y ajuste matemático, por lo cual deben ser rechazadas por inconsistentes.

El detalle de infraestructura es parcial y no ha considerado la totalidad de las obras y equipamiento realizados a partir de la década del 2000, por lo que no refleja la realidad.

Los estudios de base hidrogeomorfológica que se agregan en los estudios no poseen los ajustes y calibraciones necesarias para representar el comportamiento dinámico del sistema por lo cual deben invalidarse como estudios de base (6-2)⁴³⁹.

No existen estudios de campo y terreno suficientes para el análisis de la condiciones hidrogeomorfológicas, ya que ni siquiera se realizaron campañas considerando las condiciones

Proyecto XVII.1, Mendoza, Argentina, ISBN 978-987-96413-5-4, Ed. CD., 282 pp.

⁴³⁹STEEL, R.G.D, AND TORRIE, J. H. (1960). Principles and Procedures of Statistics with Special Reference to the Biological Sciences, McGraw Hill.



estacionales diversas a lo largo del año (6-3), lo cual limita y condiciona los resultados obtenidos.⁴⁴⁰

No se ha considerado en los estudios de base geomorfológica, de materiales y suelos los procesos morfogenéticos de carácter eólico, lo cual es fundamental para el abordaje en el estudio fluvio-ecológico⁴⁴¹.

En el análisis edafológico se mezclan valores cualitativos con valores cuantitativos y los mismos no sirven de base para el análisis hídrico integral, tampoco se considera el ascenso y descenso en el drenaje interno de los suelos que obedece a comportamientos estacionales⁴⁴².

⁴⁴⁰SALOMON, M. y D. SORIA, 2003. Métodos de trabajo para el análisis de cuencas andinas áridas y semiáridas de tamaño medio. En: III Curso Latinoamericano de Cuencas Hidrográficas. FAO. REDLACH. INARENA. 15 p. Arequipa. Perú.

⁴⁴¹RUBIO, C., SORIA, D. ABRAHAM, E. y M. SALOMON, 2009. Delimitación de unidades geomorfológicas mediante la aplicación de técnicas de procesamiento digital de imágenes y SIG. Área no irrigada del departamento de Lavalle, Mendoza. En: Revista Digital Proyecciones. Mendoza. Argentina. Año 5 - Vol. 2 - Número 7 ISSN 1852-0006. pág.7:1-33.

⁴⁴²ABRAHAM, E. y M. SALOMÓN, 2008. Componente Morfoedáfico. Geomorfología. En: ABRAHAM, E. M., A. FERNANDEZ CIRRELLI y M. SALOMON (Eds.) "Aportes hacia la integración de distintas disciplinas: glosario técnico del proyecto Indicadores y tecnologías apropiadas de uso sustentable del agua en las tierras secas de Iberoamérica" Serie El agua en Iberoamérica, Vol. XIV, CYTED, Proyecto XVII.1, Mendoza, Argentina, ISBN 978-987-96413-5-4, Ed. CD: Capítulo I.1: 12-42

Se pretende asociar estudios morfogénéticos de materiales formadores y suelos a escala temporal milenaria con sucesos de inundaciones y crecidas decadales históricas del siglo 20, lo cual es improcedente, ya que al menos desde el holoceno reciente (10000 años) con condiciones paleoclimáticas distintas se generaron y modelaron estos ambientes (6-20)⁴⁴³.

No se cuenta con estudios topográficos de detalle que posibiliten inferir las hipótesis planteadas en estos estudios.

Los estudios hidrológicos locales desarrollados son muy limitados por la escala temporal y espacial utilizada.

Los estudios de aguas superficiales y subterráneos que pretenden encontrar relaciones (7-24) no presentan las correlaciones necesarias, por lo que se requiere información de detalle.

Se trata de relacionar el comportamiento de la permanencia de caudales con la construcción y funcionamiento de las presas, lo cual es inapropiado al considerar que se trata de obras de regulación que no son plurianuales. Adviértase que estas presas regulan apenas la mitad del gasto anual del Río Atuel y que aguas debajo de las mismas se encuentra el sistema Las Aguaditas en el

⁴⁴³ABRAHAM, E. (2000): Inventario de Recursos y Servicios para la Gestión y Planificación Regional de la Región Andina Argentina. Programa de Cooperación para la Investigación. Conserjería de educación y Ciencia. Junta de Andalucía. España.



interfluvio con el Río Diamante, por lo que de ninguna manera es lineal el flujo de ingreso y de salida de la cuenca la cual presenta áreas activas proximales con un régimen nival de alimentación y áreas distales con aportes pluviales y retornos de aguas subsuperficiales y desagües.

Los estudios de flora y vegetación presentados (8) no guardan ninguna relación con el comportamiento de los caudales mínimos.

No se indica en los estudios que el sistema inferior del Atuel (tanto en Mendoza como en La Pampa) presenta capacidad de adaptación y cicatrización para rangos extremos de escurrimiento.

La delimitación espacial de las unidades hidrogeomorfológicas se ha poligonizado en forma visual⁴⁴⁴ sin respetar los criterios morfogenéticos o morfodinámicos de las principales escuelas metodológicas adoptadas para este tipo de trabajo⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴RUBIO, C., SORIA, D. ABRAHAM, E. y M. SALOMON, 2009. Delimitación de unidades geomorfológicas mediante la aplicación de técnicas de procesamiento digital de imágenes y SIG. Área no irrigada del departamento de Lavalle, Mendoza. En: Revista Digital Proyecciones. Mendoza. Argentina. Año 5 - Vol. 2 - Número 7 ISSN 1852-0006. pág.7:1-33.

⁴⁴⁵ VERSTAPPEN, H. y R. VAN ZUIDAM (1991): El Sistema ITC para Levantamientos Geomorfológicos. ITC..TheNederlands. PublicationNumber 10

La síntesis diagnóstica de los humedales presenta clasificaciones y atributos de tipologías no existentes en la región Centro Oeste de Argentina (12-2) que invalidan su aplicación⁴⁴⁶

No se ha validado la relación precipitación- escorrentía para la formación y dinamismo de los humedales tanto en la provincia de Mendoza y La Pampa (12-6).

Se pretende incluir aspectos de infraestructura hidráulica de más de cincuenta años de funcionamiento en la Cuenca Superior que no guardan relación alguna con el comportamiento y compresión del funcionamiento del sistema hídrico de los bañados (12-9), siendo incompatibles con su funcionamiento morfodinámico.

La síntesis de conflictos, causas y consecuencias en la Cuenca del Río Atuel, como así también afectados que se enumeran (12-10) son genéricas, ya que no han sido espacializadas ni acotadas temporalmente.

La simulación hidrológica y definición de escenarios realizados han utilizado el modelo determinístico HEC

⁴⁴⁶SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE (2007).
Humedales de la República Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



RAS⁴⁴⁷ sin la calibración de campo requerida para su validación (13-2), lo cual invalida los resultados.⁴⁴⁸

No se ha considerado como escenario los efectos de la variabilidad climática vinculada al cambio ambiental global que afecta no solo a la Provincia de La Pampa sino también a la Provincia de Mendoza⁴⁴⁹.

No se han considerado en los estudios de caudales mínimos, los actuales caudales que llegan a la Provincia de La Pampa. Esto cual invalida los valores de abstracción inicial que se pretende aplicar a los modelos hidrológicos.

No se advierte la existencia de los estudios de detalle de las secciones hidráulicas, de su geometría, curvas números y coeficientes de escorrentía, imprescindibles para el cálculo del transporte y atenuación de la onda de crecida.⁴⁵⁰

No son consistentes los estudios de base ecológicos realizados a la fecha por la Universidad Nacional de La Pampa (15-3).

⁴⁴⁷FERNANDEZ, P. (1993b): Modelo HEC-1 U.S.Army Corps of Engineers. Técnicas Modernas de Predicciones de Hidrología. INCYTH.CRA.Argentina. 29 p.

⁴⁴⁸U.S.ARMY CORPS OF ENGINEER (1992): HEC-1. Paquete para hidrógrafos de crecidas. Manual del Usuario. US AID - Bolivia. 283 p.

⁴⁴⁹ MONTAÑA, E. (2013): Escenarios de cambio ambiental global, escenarios de pobreza rural. Primera Edición CLACSO. Buenos Aires. Argentina. 334 pp.

⁴⁵⁰FERNANDEZ, P. y L. FORNERO (1989): Modelo hidrológico de lluvia - caudal. INCYTH-CRA, Mendoza. Argentina.

Son totalmente improcedentes los valores de caudales medios, máximos y mínimos que se consideran en los distintos escenarios y efectos ambientales (14-8 y 14-9), no guardando relación alguna con el comportamiento de los caudales en la cuenca del Atuel (14-10).⁴⁵¹

b.3.4 Ramsar: crítica a la metodología utilizada con respecto a los humedales. Casos de conservación y restauración de humedales Ramsar

b.3.4-a Coincidencia del sistema Ramsar con lo expuesto

Corroborra técnicamente lo informado por el Departamento General de Irrigación el reciente pronunciamiento de la Conferencia de las Partes de la Convención Ramsar⁴⁵² que reconoce un grave déficit en las metodologías para el cálculo de caudales ecológicos aplicados a humedales:

11. La mayoría de los métodos para el cálculo de caudales ecológicos están fundamentalmente enfocados a

⁴⁵¹ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION (2015) Estudio de caudales de la cuenca del Río Atuel. Dirección de Gestión Hídrica. Departamento de Hidrología

⁴⁵² Resolución XII.12. 12^a Reunión de la Conferencia de las Partes en la Convención sobre los Humedales celebrada en Punta del Este, Uruguay, entre el 1 al 9 de junio de 2015. Llamado a la acción para asegurar y proteger las necesidades hídricas de los humedales para el presente y el futuro. Disponible en http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/cop12_dr12_water_requirements_wetlands_s_final.pdf



*ecosistemas de aguas corrientes (ríos), mientras que este tipo de sistemas representan sólo el 10 % en el conjunto de los humedales Ramsar (ver figura 2). Además, en muchos casos los métodos para calcular las necesidades de agua de los ecosistemas **han sido diseñados para determinados tipos de ríos** mientras que no son adecuados para otras regiones (por ejemplo, los modelos de simulación de hábitat muy utilizados en algunos países presentan grandes limitaciones en el caso de los grandes ríos tropicales)” (el resaltado es nuestro).*

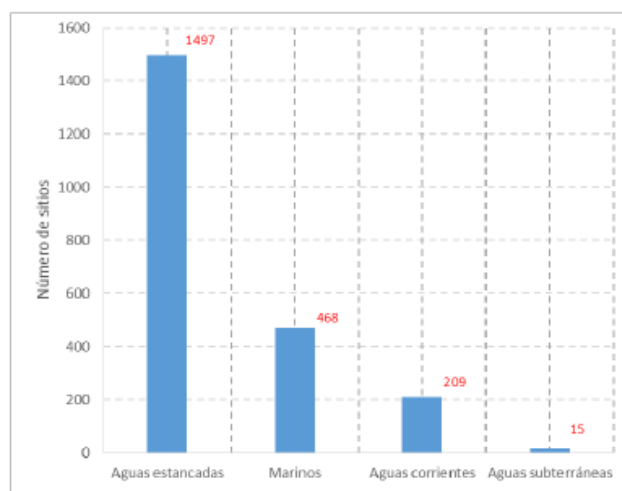


Figura 2. Tipos de humedales en función de sus rasgos hidrológicos generales. Fuente: Sistema de Información sobre Sitios Ramsar (SISR) disponible en <http://ramsar.wetlands.org/>

b.3.4-b Los Bañados del Atuel

El objetivo del Estudio se centra en la determinación de un caudal fluvioecológico como una esorrentía fija

para la recuperación de los Bañados del Atuel. Este objetivo se despliega expresamente en los capítulos 12 y siguientes del Estudio. En el capítulo 13 página 10 explica que los cuatro escenarios que modeliza tienen como referencia la situación ambiental de los Bañados.

El análisis que se realiza a continuación es central en tanto desnuda la ausencia absoluta de fundamento en la pretensión que se ejerce.

En efecto, el Estudio omite considerar que los Bañados **se conforman a partir de aportes de diversas fuentes hídricas**, superficiales y subterráneas, algunas incluso provenientes del río Diamante y otros cauces. La naturaleza y características de las fuentes hídricas que nutren y han nutrido dichos Bañados merece un estudio específico, que atienda la integralidad e interdependencia de todo el sistema hídrico.

El Informe elaborado por el Departamento General de Irrigación denominado INFORME RELATIVO AL COMPORTAMIENTO HIDROLOGICO DE LA CUENCA DEL RIO ATUEL, que se acompaña como prueba, logra demostrar que el caudal base que alimenta los Bañados del Atuel (ubicados en Mendoza y La Pampa) no depende exclusivamente de los aportes superficiales del Río Atuel.

Por el contrario, de acuerdo a ese análisis técnico, de la comparación entre los datos de los aforos realizados en la Estación Paso de la Arena o Carmensa (ubicada aguas abajo del sistema de riego) y la Estación de Aforos La Angostura (aguas abajo del sistema de Diques, al inicio del sistema de riego) se observa una



ausencia de correlación significativa. Lo que permite concluir a dicho informe que **“evidentemente existen en la parte baja de la cuenca aportes de relevancia que provocan las diferencias de comportamiento con la parte alta de la cuenca”**. Se trata de aportes provenientes de drenajes, desagües, vertientes o escurrimientos de origen pluvial.

De ello puede deducirse que **NO EXISTE RELACIÓN DE CAUSALIDAD ADECUADA** entre el riego realizado por la Provincia de Mendoza con los caudales superficiales del río Atuel y la inexistencia de caudales que alimenten los bañados del Atuel. Tan es así que **aún en épocas de escasez hídrica del Río Atuel, en la Estación de Aforos de Carmensa la disponibilidad hídrica no presenta una importante disminución de su caudal.**

Por ello podemos afirmar, apoyados en el INFORME RELATIVO AL COMPORTAMIENTO HIDROLOGICO DE LA CUENCA DEL RIO ATUEL mencionado, que la Provincia de Mendoza a través del riego que realiza en el Oasis del Río Atuel **NO HA AFECTADO EL CAUDAL BASE QUE PODRÍA ALIMENTAR LOS BAÑADOS DEL ATUEL**. Al respecto, concluye el Informe que:

Existe un **caudal de base en el tramo inferior de la cuenca del Río Atuel que recibe aportes de distintas fuentes hídricas** los cuales discurren hacia la Provincia de La Pampa.

Ahora bien, sabido es que en un clima desértico dicho caudal de base sufre una importante pérdida por

infiltración, las obras de conducción, como ha sabido ejecutar Mendoza serán las que permitan un aprovechamiento eficiente del mismo.

Coincidentemente, la referida Resolución XII.12 (Uruguay, Punta del Este, 2015) de Ramsar, considera:

De forma natural, **con sus respectivas características y en sus lugares, cada tipo de humedal presenta un régimen hidrológico característico que es variable en el tiempo pero tiene patrones y rangos de variabilidad que condicionan su evolución.** La conservación de los regímenes hidrológicos característicos de cada humedal se convierte por tanto en una pieza clave para su conservación y uso racional, algo reconocido por la propia COP. Así por ejemplo, la Resolución VIII.33 **defiende mantener el funcionamiento hidrológico específico del que dependen las lagunas temporales, incluso su independencia de las aguas superficiales permanentes a fin de asegurar el manejo sostenible de las lagunas temporales** (Anexo) (el resaltado es nuestro).

Es decir, se reconoce que los Humedales también poseen su propia variabilidad hidrológica, y que también se pueden clasificar en permanente, temporales y efímeros, como lo hace expresamente la regulación española (Ver regulación española de caudales ecológicos en IPH 2008 Tabla 39. Valores y rangos orientativos de las variables que definen la tipología de lagos).

Debe destacarse, además que los Humedales tienen capacidad de sobrellevar los aumentos y



disminuciones de caudales superficiales, no requiriendo para su mantenimiento de un caudal permanente. En tal sentido el Informe referido concluye:

El Tramo Inferior del Río Atuel posee bañados como respuesta al comportamiento hidrológico, erosivo y agradacional (eólico e hídrico), que tienen una dinámica y un funcionamiento a partir del caudal base actual y fluctuaciones estacionales y temporales con márgenes de inflexión (retracción y expansión) que queda en evidencia por los caudales clasificados que se analizaron. Esto indica que **el sistema de bañados tanto en Mendoza como en La Pampa poseen una alta capacidad de cicatrización ambiental y resiliencia adaptada a los márgenes de inflexión de los caudales extremos.**

Ramsar ha expresado esto en otras resoluciones. Así, en la Resolución VIII.1 (Valencia 2002) *Lineamientos para la asignación y el manejo de los recursos hídricos a fin de mantener las funciones ecológicas de los humedales*, considera:

Los ecosistemas de humedales están adaptados al régimen hidrológico del que dependen. La **variación espacial y temporal de la profundidad de las aguas, el régimen de circulación de las corrientes y la calidad de los recursos hídricos, así como la frecuencia y duración de las inundaciones, suelen ser los factores más importantes** que determinan las características ecológicas de un humedal.

b.3.4-c Los Bañados del Atuel, la convención Ramsar y otros mecanismos de tutela en materia de humedales

La Convención Ramsar (1971) constituye una norma jurídica aplicable a los **humedales de importancia internacional**, en tanto los países que **los presentan** asumen obligaciones de trascendencia en cuanto a su preservación.

La Convención sirve de marco para la acción nacional y la cooperación internacional en pro de la conservación y uso racional de los humedales y sus recursos. Nuestro país la aprobó mediante la Ley Nacional N° 23.919 con la modificación del Protocolo de París del 3 de diciembre de 1982. Con posterioridad, la Ley Nacional N° 25.335 ratificó las enmiendas adoptas en la Conferencia Extraordinaria de Partes Contratantes celebrada en la ciudad de Regina, Canadá, 1987, incluyendo en su Anexo II el texto ordenado de la Convención sobre Humedales.

La Convención estipula que cada parte contratante **designará humedales idóneos** de su territorio para ser incluidos en la Lista de Humedales de Importancia Internacional. La selección de los humedales para ser presentados ante la Convención deberá basarse en su importancia internacional en términos ecológicos, botánicos, zoológicos, limnológicos o hidrológicos. La **Lista de humedales afectados al régimen de la Convención** la lleva la Oficina Permanente de Ramsar a cargo de la UICN, en Gland, Suiza.



La Convención establece que las Partes Contratantes deberán elaborar y aplicar su planificación de forma que favorezca la **conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio.**

Se destaca entre las instituciones de Ramsar, el Registro de Montreux, que fuera establecido por la Recomendación 4.8 de la Conferencia de las Partes Contratantes celebrada en Montreux, Suiza, en 1990. El mismo es un registro de los sitios que integran la Lista de Humedales de Importancia Internacional, donde han ocurrido, están ocurriendo o pueden ocurrir cambios en las características ecológicas, como consecuencia de desarrollos tecnológicos, contaminación u otra interferencia humana.

También debe destacarse la Resolución VIII.16 que establece los principios y lineamientos para la Restauración de Humedales del año 2002. La Laguna de Guanacache (actualmente integrante de un sitio Ramsar mayor que comprende Mendoza, San Juan y San Luis), por ejemplo, encuadra en los lineamientos de esta resolución.

Interesa determinar **cuáles son los Humedales de Importancia internacional en la Argentina**, es decir aquellos sitios cuyos gobiernos demostraron preocupación para su

inclusión en esta norma internacional, por presentar una importancia diferencia en su tutela⁴⁵³.

Tomamos como ejemplo dos sitios de importancia para Mendoza y la región:

Laguna de Llancanelo: Este humedal, ubicado en Malargüe, Mendoza, con una extensión de 65.000 ha, y constituido como área natural protegida por Mendoza desde el Decreto Ley 9/1980, a partir del 8 de noviembre de 1995 fue declarado Humedal de Importancia Internacional.

Interesa este antecedente: el Gobierno de la República de Argentina envió una solicitud formal para la inclusión de la Laguna de Llancanelo en el **Registro de Montreux** el 2 de julio de 2001. Esta solicitud fue aceptada en vista de las amenazas a las características ecológicas que se estaban produciendo en este sitio Ramsar. Dichos cambios podían ser resultado, principalmente, de las actividades relacionadas con la explotación petrolera; la disposición de los desechos del ex Complejo Fabril de Malargüe entre otros.⁴⁵⁴

Lagunas de Guanacache: Las Lagunas de Guanacache, ubicadas en el límite entre Mendoza y San Juan, fueron declaradas como Humedal de Importancia Internacional en noviembre

⁴⁵³ En el sitio web oficial de la Secretaria de Ambiente y Recursos Naturales de la Nación se identifican los humedales de importancia internacional en el territorio argentino: <http://www.ambiente.gov.ar/?idarticulo=1832>

⁴⁵⁴ Se puede consultar el Informe elaborado por la Misión Ramsar de Asesoramiento en el sitio oficial: http://archive.ramsar.org/cda/en/ramsar-documents-rams-ram48/main/ramsar/1-31-112%5E22970_4000_0_#II



de 1999, bajo esa denominación, con una extensión de 580.000 hectáreas. La ficha técnica para su inclusión en la Lista de Humedales de la Convención fue compilada por Heber Sosa (Mendoza) y Silvana Vallvé (San Juan) y fue presentada en setiembre de 1999. En esta presentación, la jurisdicción sobre el sitio corresponde a Mendoza y San Juan, que se comprometían al manejo y gestión conjunta⁴⁵⁵, provincias que en consecuencia coordinan las políticas que en la materia ejecuta cada una en sus territorios.

En el año 2007, en una nueva presentación ante la Convención Ramsar, compilada por Heber Sosa, se incorpora la provincia de San Luis y la Administración de Parques Nacionales, **ampliando el territorio del humedal afectado al régimen de la Convención** desde la localidad de Las Trancas hasta el Salar del Bebedero y el Parque Nacional Sierra de las Quijadas, comprendiendo en consecuencia un total de 962.370 hectáreas. A partir de esta presentación, el sitio se denomina **Lagunas de Guanacache, Desaguadero y del Bebedero**, y queda bajo la administración y manejo conjunto de las provincias de Mendoza, San Luis, San Juan y la Administración de Parques Nacionales, las que coordinan las políticas que en la materia ejecuta cada una en sus territorios. En ambas presentaciones se identifica como factores

⁴⁵⁵ Sosa, H. y S. Vallve (1999). Lagunas de Guanacache (Centro-Oeste de Argentina). Procedimiento de inclusión a la convención sobre los humedales (RAMSAR, 71). Multequina 8:71-85.

adversos la erosión retrocedente, la sequía, el sobrepastoreo, el desmonte, etc.

En la referida lista no figuran los Bañados del Atuel. No hay justificación alguna para ello si la preocupación de la provincia de La Pampa tuviera asidero, y el humedal revistiera la importancia que implica su mantenimiento en un estadio natural. La convención Ramsar tiene un criterio muy amplio de protección y restauración. Humedales amenazados o en riesgos tiene en el registro de Montreux su norma especial. Incluso humedales casi extintos pueden formar parte del listado a los efectos de su recuperación (Guanacache es el ejemplo).

Por ello, como aspecto fundamental, debemos resaltar que los bañados y humedales que existen en la cuenca del Atuel en territorio de Mendoza o de La Pampa **no resulta integrantes del ámbito tutelar de la Convención Ramasar, ni de ninguna otra esfera jurídica** que les brinde una rango tutelar diferencial que impida su alteración o transformación, o que exija su restauración en caso de estar modificado.

La Convención referida, ratificada por Argentina mediante Ley 23919 de 1991, sólo promueve la conservación de los humedales afectados en la lista Ramsar. Los restantes humedales, según esa Convención, son susceptibles de un uso racional (art. 3).

Resaltamos en este sentido que el concepto de humedal que brinda la convención, alcanza a todas las



superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen **natural o artificial, permanentes o temporales**, estancandas o corrientes.

Con ello, estando fuera del régimen de la Convención, los humedales pampeanos **están en igual circunstancias que el resto de la superficie de la cuenca que pueda considerarse humedal, incluso las áreas transformadas artificialmente en embalses y sistemas de riego**⁴⁵⁶; y todo ello según la Convención Ramsar es susceptible del **uso racional que VE en Fallos 310:2478**

⁴⁵⁶ El entorno ambiental desarrollado mediante oasis irrigados artificialmente en Mendoza, y los embases asociados a los mismos, resultan claramente humedales en los términos de la Convención, tal cual define el art. 1 de la misma. Con más detalle, el órgano de aplicación de esa Convención (Secretaría de la Convención de Ramsar, *Manual de la Convención de Ramsar: Guía a la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971)*, 6ª ed., Secretaría de la Convención de Ramsar, Gland (Suiza) 2013, p. 61) al clasificar los tipos de humedales que son susceptible de registro en el ámbito de la Convención, ha enumerado dentro de los artificiales a: Estanques de acuicultura (por ej. estanques de peces y camarónicas); Estanques artificiales; incluye estanques de granjas, estanques pequeños (generalmente de menos de 8 ha); Tierras de regadío; incluye canales de regadío y arrozales; Tierras agrícolas inundadas estacionalmente; incluye praderas y pasturas inundadas utilizadas de manera intensiva; Zonas de explotación de sal; salinas artificiales, salineras, etc.; Áreas de almacenamiento de agua; reservorios, diques, represas hidroeléctricas, estanques artificiales (generalmente de más de 8 ha); Excavaciones; canteras de arena y grava, piletas de residuos mineros; Áreas de tratamiento de aguas servidas; “sewage farms”, piletas de sedimentación, piletas de oxidación; Canales de transportación y de drenaje, zanjas; Sistemas kársticos y otros sistemas hídricos subterráneos, artificiales.

ya ha declarado que existe en torno a las aguas del río Atuel y su aplicación en el oasis sur mendocino.

Dentro de esas áreas de humedales que integran la cuenca del río Atuel, y que son susceptible de explotación racional, Mendoza ha declarado parte del **espejo del embalse El Nihuil**, mediante Ley 6965 de 2001, como **área natural protegida**, clasificándola en los términos de la Ley 6045 como “santuario de flora y fauna”, con la finalidad legal de, entre otros “la conservación del sistema hídrico integral del que depende el humedal” y “la conservación de las especies silvestres ictícolas y de la variada avifauna migratoria y estable del lugar”. Con ello, más allá del régimen internacional de Ramsar, hay otros mecanismos de tutela diferencial que pueden adoptarse, si existe un verdadero interés en dicho tratamiento diferencial.

Resaltamos que en el caso de recursos interprovinciales, para poder afectar los mismos al régimen tutelar de la Convención Ramsar, es necesario el acuerdo de todas las jurisdicciones involucradas (Resolución 776/14 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación); y no sólo Mendoza nunca ha brindado ese consentimiento en torno a los humedales del Atuel, sino que La Pampa NUNCA LO HA PROPUESTO NI SOLICITADO a esta parte. Tampoco ha instrumentado mecanismos internos y unilaterales de tutela –como sí ha hecho Mendoza con la Ley 6965- que busquen dar algún tipo de protección diferencial o estándar ambiental a algún ámbito de la cuenca del río Atuel en su territorio.



Con ello, no existe estándar tutelar alguno, ni en su momento histórico oportuno, ni actualmente, que permita sostener alguna restricción en la alteración que los usos del agua han producido en la cuenca del Atuel, o que exija procurar algún nivel de recomposición. Los referidos humedales, a la luz de la Convención Ramsar y del propio derecho pampeano, son como cualquier otro bien natural que el hombre explota racionalmente, como por ejemplo las extensas superficies dedicadas al sembradío de granos, ganadería y urbanismo que también existen en la provincia actora, y en todo el país.

A diferencia de esa situación, Mendoza en su territorio si ha conformado numerosas áreas protegidas vinculadas al recurso hídrico, más allá de la referida Ley 6965, así como sitios Ramsar.

Dentro de los sitios Ramsar, resaltamos el ya mencionado en la Laguna de **Llancanelo** (correspondiente a un curso interno de Mendoza). Y también en ámbitos interprovinciales, destacamos el también ya referido humedal de **Guancache, Desaguadero y del Bebedero**, en tanto recurso ecológico compartido por varias jurisdicciones territoriales (San Juan, San Luis y Mendoza), cuyo ingreso a la Lista fue realizada a partir de una presentación conjunta, con el objeto de la restauración del mismo, *sin alterar los usos actuales del Desaguadero*, ni de otros cauces que aportan a ese sistema (como es el caso de los río Mendoza y San Juan).

Este último caso constituyen un ejemplo de cooperación entre autoridades de diversa jurisdicción, que han implementado programas de obras implementadas mediante acuerdos interprovinciales que materializan acciones efectivas de restauración⁴⁵⁷, lo que demuestra que la técnica perseguida por la actora en este proceso (caudal ecológico) no es necesariamente la opción técnica más adecuada.

En este sentido, a partir de un Tratado interprovincial suscripto en 2010 entre Mendoza y San Luis (ratificado por Leyes 8323 de Mendoza y VII - 0861 - 2013 de San Luis), se ha iniciado un proyecto de restauración de las superficies del referido humedal⁴⁵⁸ que se encuentra progresivamente en desarrollo. A las obras iniciales ya concluidas, se le adicionan nuevas a partir de un

⁴⁵⁷ Resaltamos que las acciones de restauración ambiental del “Sitio Ramsar Lagunas de Guanacache Desaguadero y del Bebedero”, que vienen desarrollando las provincias de San Juan, San Luis y Mendoza, ha sido declarado de interés ambiental federal por Resolución 308/15 de COFEMA, donde incluso se ha puesto en valor el interés de La Rioja de ampliar el ámbito de tutela y restauración a otros humedales de su territorio que se vinculan al referido sitio Ramsar.

⁴⁵⁸ Una valoración técnica descriptiva de estas acciones de restauración pueden verse en: Armagnac, P.; García Martín, R., “Azudes mixtos sobre río Desaguadero”, VII Congreso Argentino de Presas y Aprovechamientos Hidroeléctricos, Comité Argentino de Presas, San Juan, 2013. Disponible en <http://www.cadp.org.ar/congresostemastrabajos.php?temaid=39&anio=2013>



acuerdo complementario recientemente suscripto por ambas provincias en 2015⁴⁵⁹.

Tenemos que señalar aquí, que la **técnica de restauración** implementada por Mendoza y San Luis, bajo la necesaria supervisión del sistema Ramsar, es en cierta manera coincidente con el llamado Tapón de Alonso, que La Pampa ha construido sobre la desembocadura en el río Colorado de las aguas que provienen de los cauces Atuel, Salado-Chalideuvú y Curacó. Esta obra, además de detener el aporte de caudales más salados al río Colorado (como señala la p. 24 de la demanda), implica un endicamiento que – como consecuencia necesaria de tal tipo de obra- presenta un efecto de reflujo que expande la superficie del humedal en el área, con el consiguiente efecto benéfico desde la perspectiva de la avifauna asociada a los humedales, lo que no es considerado de modo alguno en el análisis tendencioso que hace La Pampa, que –más que una verdadera preocupación ambiental- sólo procura adquirir parte de los caudales que se le negaron en 1987.

En el caso del humedal Ramsar Llanquanelo, la Provincia de Mendoza le ha brindado además rango de tutela legal mediante su declaración como área natural protegida a través del Decreto ley 9/80. A los fines de la conservación de ese

⁴⁵⁹

Ver difusión periodística en:

<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Mendoza-y-San-Luis-firmaron-un-convenio-para-continuar-obras-en-el-Rio-Desaguadero-20150710-0018.html>

humedal, se ha asignado un caudal ecológico mediante la asignación de una concesión equivalente a 2490 has a favor del Gobierno de Mendoza⁴⁶⁰, quien no sólo recibe (en forma proporcional al resto de los usuarios) un cupo de agua en tal concepto, sino que además tributa los costos que implica la gestión del agua en el marco de la concesión que lo beneficia.

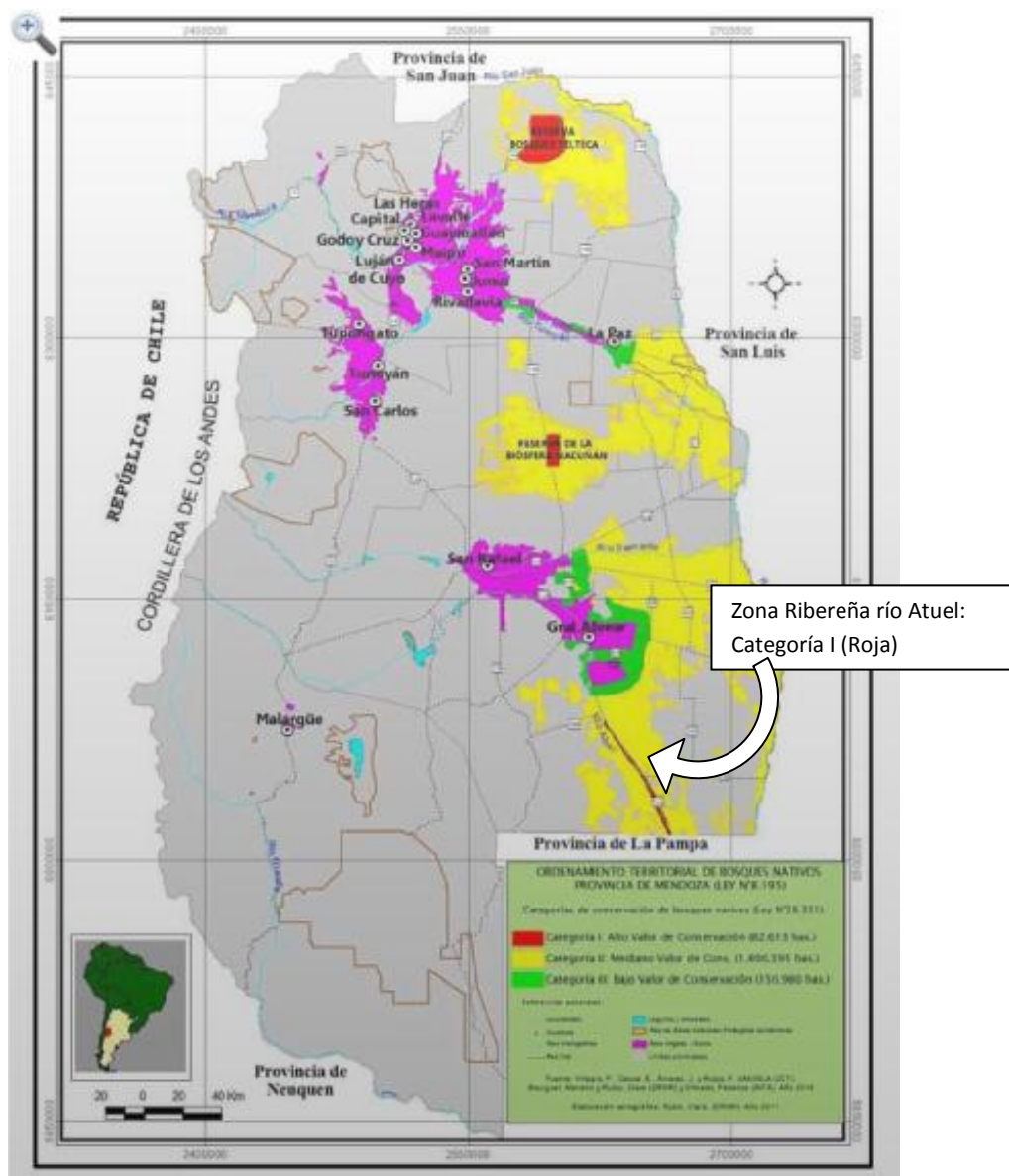
Además de ello, mediante Ley 8195 la Provincia de Mendoza ha aprobado un ordenamiento ambiental de los bosques nativos acorde a la Ley de presupuestos mínimos de protección de bosques nativos n° 26331.

En ese contexto, y procurando un marco integral de protección y gestión ambiental, en base al potencial que presentan para la conservación de cuencas, se ha estipulado como categoría roja (de muy alto valor de conservación) a los bosques de especies nativas que son ribereños del río Atuel, tal cual se aprecia en el siguiente Mapa que sigue, y que es parte integrante de la referida Ley 8195:

⁴⁶⁰ Mediante Decreto 92/94, se reasignó el caudal de un derecho de riego de 2490 has, de titularidad gubernamental, para su destino en beneficio de la Laguna de Llancañelo, correspondiendo al gobierno central provincial concurrir a los gastos de mantenimiento del sistema hídrico al igual que cualquier otro usuario del agua.



PROVINCIA DE MENDOZA



Mapa: Categoría de Bosques Nativos de Mendoza – Ley 8195

En estos párrafos, hemos procurado poner de manifiesto que los humedales pampeanos, no presentan un régimen tutelar diferencial que los coloque como un objeto especial de tutela.

La Pampa no ha producido que los humedales de su territorio en la cuenca del Atuel sean registrados por

la República Argentina ante el sistema Ramsar, ni siquiera los ha tutelado en el ámbito de su derecho interno provincial; lo que contrasta con una política clara de protección de ecosistemas y humedales que lleva adelante Mendoza, con afectaciones en el sistema Ramsar de humedales locales e interprovinciales, sean naturales o artificiales, e incluso a través de su propio régimen de áreas protegidas, con asignación de caudales ecológicos de manera formal, la realización de obras de restauración en humedales especialmente tutelados que requieren una conservación particular en consecuencia, o la zonificación de bosques acordes a criterios de protección de cuencas.

Entonces, la ausencia de una afectación a un régimen tutelar de los bañados pampeanos –sea el propio del sistema Ramsar u otro-, la ausencia de iniciativas de coordinación con la provincia de Mendoza en este tema, y la falta de adopción de otras medidas de conservación, contrasta con las acciones que Mendoza implementa efectivamente con las restantes provincias vecinas, donde la asignación del carácter de sitio Ramsar y/o área protegida a los humedal es acompañado de acciones efectivas de conservación y recomposición.

En cambio, el actuar pampeano sólo demuestra un oportunismo, que busca “vestir” como ambiental un reclamo que no se condice con actos previos de preocupación por la defensa de los humedales, reflejando ello que únicamente una actitud especulativa en relación al presente conflicto ha motivado a las



autoridades de la provincia de La Pampa a pretender su inclusión como humedal de importancia internacional.

b.3.5- Otras inconsistencias técnica destacables

De acuerdo al Estudio de caudales ecológicos en que se basa la demanda

*La cuantificación del caudal ecológico debe buscar un umbral que fije los valores por encima de los cuales la **especie sensible** se recupera de las perturbaciones ocasionadas por la falta de escorrentía [...] Por su parte un caudal ambiental es entendido como aquel que es definido por encima del establecido por el caudal ecológico y que fija un mínimo destinado a la satisfacción de las **necesidades establecidas de manera “ad-hoc” por la sociedad***

Sin embargo, el estudio de caudal no ha sido realizado bajo la base de ninguna especie sensible en particular. No hay un objetivo de protección determinado, sino que se busca restituir genéricamente un medio natural modificado por políticas públicas que han optado por un modelo de construcción territorial alternativo. No se demuestra ni se plantea de modo alguno que los humedales existentes en la parte distal de la cuenca del Atuel presenten un valor diferencial para su tutela; incluso, como ya vimos supra, no han sido sometido a ningún proceso de valorización legal, sea mediante un régimen de área natural protegida que busque tutelar

algún valor singular, o un régimen como el propio de los humedales RAMSAR.

Tampoco puede argumentarse que existan necesidades sociales establecidas ad hoc que den sustento a un caudal ambiental, sino todo lo contrario. Las necesidades sociales de desarrollo pampeano fueron desechadas en fallos 310:2478 por su inconveniencia, preferenciándose la asignación de caudales a los usos actuales mendocinos. Es decir, las necesidades sociales establecidas ad hoc, primero por las políticas públicas locales y nacionales, y luego por VE en 1987, son los usos actuales de Mendoza, que en este nuevo proceso se pretenden poner en crisis.

Además de este cuestionamiento básico, existen otros aspectos que técnicamente desacredita el cálculo de caudales que pretende la actora, y que han sido expuesto por el trabajo de los especialistas de la Universidad Nacional de Cuyo en el informe que acompañamos probatoriamente:

- Consideraciones sobre aspectos metodológicos en la determinación del caudal ecológico

Es de destacar inicialmente el sesgo que puede apreciarse en diversos pasajes de los estudios que acompañan a la Demanda. El primero de ellos es el relativo al modelo empleado para la construcción de escenarios.

Si bien la conceptualización general se apoya en la necesidad del desarrollo de una lógica dentro del marco de la Gestión Integrada de Cuencas (GIRH), de hecho los escenarios



propuestos han sido contruidos defectuosamente, considerando una oferta hídrica fija basada en datos históricos incompletos en la estación de aforo La Angostura, señalándose luego opciones para el mejoramiento de la oferta -como la de recuperar caudales perdidos bajo escenarios inexistentes, sin fundamento técnico de la viabilidad de tal propuesta ni lógica hidrológica y ambiental-.

Lo que se propicia, entonces, es modificar la actual situación al fijar un caudal para la parte baja de la cuenca, pero sin atender las necesidades reales -no potenciales- de la parte alta, donde los caudales presentan funciones ambientales y ecológicas que se verían alteradas frente para lograr hipotéticas mejoras.

En este sentido, la demanda reclama una erogación permanente que no permitiría garantizar el abastecimiento de los usos poblacionales y energéticos esenciales que hoy son servidos, lo que sin lugar a dudas afecta los usos actuales que hacen al sistema de oasis donde habita y se desarrolla una población de cerca de 200.000 habitantes. Se considera que cualquier modelo de escenario a construir debe tener en cuenta múltiples situaciones posibles, abarcando como punto de partida la situación de la población existente y sus necesidades de calidad de vida, lo que no hace el estudio que da pie a la demanda.

- Balances hídricos

Pueden señalarse diferentes aspectos que reflejan que las evaluaciones hidrológicas realizadas aparecen como

poco consistentes y aparentemente sesgadas en función del fin parcializado de justificar un caudal ecológico o ambiental permanente, lo que evidentemente se ha buscado *ex profeso* como un objetivo estipulado, *a priori* de cualquier análisis.

1) Modelo Utilizado

Un componente que merece una revisión exhaustiva es que para la simulación hidrológica realizada en el Estudio de caudales de la Universidad Nacional de La Pampa, así como para la definición de escenarios desarrollada, se ha utilizado el modelo determinístico “HEC RAS” **sin la calibración de campo requerida para su validación** (Capítulo 13-2), lo cual de por sí se considera motivo suficiente para invalidar los resultados obtenidos a través de dicha simulación.

Más aún, cuando tal modelo ha sido **modificado ad hoc hacia una variante metodológica, sin justificación** alguna que de sustento a una adecuación que sólo conduce a reforzar subjetivamente el reclamo de La Pampa, restando toda objetividad al trabajo técnico.

2) Oferta hídrica considerada como existente en la cuenca.

Los modelos de balance utilizan como uno de los puntos de referencia de oferta hídrica disponible a los caudales medios existentes en la estación de aforo La Angostura. Sin embargo, evidentemente no se ha analizado que dichos caudales sufren una pérdida significativa en el sistema de embalses, de modo que los caudales disponibles son menores luego de una reducción ocasionada



principalmente por pérdidas de evaporación del espejo de agua y, en menor medida, por infiltración.

El cálculo matemático que refiere el informe de la Universidad Nacional de Cuyo, producto de las pérdidas porcentuales del sistema Nihuil y Valle Grande en conjunto, es significativo y mella sustancialmente el análisis técnico en que se basa la demanda para proponer los distintos caudales sobre los que se podría políticamente adoptar una decisión. Claramente, puede observarse que el caudal medio de aportes es significativamente menor (11%) al de la estación de aforo de La Angostura, lo que introduce un sesgo significativo en todo análisis de caudales efectuado como soporte de la reclamación de La Pampa, **haciendo parecer en el análisis que existen disponibilidades que no son reales.**

Por otra parte la Estación de aforo CARMENSA (SRH), ubicada al final de los sistemas irrigados, refleja los remanentes al sistema luego de los usos poblacional y para riego, a lo que se suman las regulaciones con fines energéticos.

En base a los datos de caudales de la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación -tomados como caudal medio diario de la serie enero 2000 a 2012-, se observa que a) hubo 3487 días (73%) en que los caudales superaron los 2,24 m³/s, permitiendo escurrimientos en el territorio pampeano; b) hubo 2423 días (51%) en que los caudales superaron los 6 m³/s, permitiendo una esorrentía igual o mayor al caudal ecológico que refiere la demanda.

Debe tenerse presente que el efecto de la crisis hídrica de los últimos años influye significativamente en los resultados de la serie referida, lo que conlleva que en periodos con menor situación de crisis los resultados implicarán mayores caudales en territorio pampeano.

Es importante destacar que si como sostiene la demanda, para que pueda alcanzarse el nivel de 4,5 m³/seg en la Estación Anguero Ugalde fuera necesario un escurrimiento de al menos 6 m³/seg en Carmensa. En base a lo anterior, queda claro que actualmente el 51 % de los días en dicha Estación se encontraron 6 m³/seg o más, lo que manifiesta la inconsistencia del reclamo de La Pampa.

En relación a esto último, la fluctuación de caudales, en función de la riqueza hidrológica relativa de cada año, hace que existan momentos en que el caudal que se analiza en el reclamo está presente casi en la totalidad del año (periodos 2001 y 2002), y otros en que la carestía aumenta, lo que es acorde a las fluctuaciones de disponibilidades naturales, elemento que no puede estar ausente en el análisis de un caudal ecológico.

Es importante destacar que ni la zona de riego ni aguas debajo de la misma existe un sistema de amortiguación de crecidas del río ocasionadas por lluvias, por lo cual cuando el río aumenta su caudal de manera importante por causas pluviales se producen aportes significativos en el territorio pampeano que nada tienen que ver con la gestión del recurso en Mendoza, ya que no provienen de las disponibilidades de aportes nivológicos desde la Alta



Cordillera que son gestionadas desde los diques existentes en Mendoza.

Lo señalado en el párrafo anterior es significativo, ya que además de esos aportes que se realiza desde el sistema de riego de Mendoza en más de la mitad del tiempo, existen otros aportes significativos que se omiten en el estudio de caudales y la demanda de La Pampa, lo que es otra inconsistencia notoria. Parte del sesgo con el que se ha construido la queja pampeana, buscando más reclamar caudales a Mendoza que analizar los existentes en La Pampa, consiste en omitir que más allá de las erogaciones que se produzcan desde Carmensa en base a la gestión de agua que Mendoza realiza de los caudales disponibles de origen niveo, existen aportes pluviales⁴⁶¹ y posiblemente de surgimiento de aguas subsuperficiales del mismo cauce que incrementan los caudales reales recibidos en La Pampa.

Este sesgo queda de manifiesto a partir de la propia medición de caudales que el Gobierno de La Pampa ha

⁴⁶¹ Conforme el Gobierno de La Pampa, las precipitaciones promedio de esa provincia duplican las existentes en Mendoza, con un promedio de 400 mm anuales. Ver: *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>.

realizado y publica⁴⁶², donde se reconocen **caudales medios de 8 m3/seg en el Arroyo La Barda** (cuenca del Atuel). Esto está indicando la existencia de disponibilidades significativas en la parte baja de la cuenca, por lo cual es indispensable analizar en profundidad los balances hídricos con los debidos ajustes, considerando además particularmente la interrelación sistemas superficiales y subterráneos, cosa que la demanda y los estudios desde los que se la construye han omitido de manera manifiesta.

Finalmente, el estudio de caudales en que se base la demanda también presenta un sesgo esencial, en la medida en que cualquier análisis técnico sobre caudales para el mantenimiento o restauración ecológica de los humedales existentes en el sector distal del río Atuel, no puede dejar de considerar que esos cuerpos hídricos presentan otras fuentes de alimentación distintas al río Atuel, e incluso más significativas. La misma Provincia de La Pampa ha publicado que **el sistema Salado-Chalideuvú presenta aportes del orden de los 30 m3/s como caudal medio** (aunque aclarando que con un escurrimiento muy irregular que presenta fuertes variaciones en sus máximos y mínimos)⁴⁶³.

⁴⁶² *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>.

⁴⁶³ Ibid.



Un estudio de caudales necesarios para las necesidades ecosistémicas de los Bañados del Atuel no puede ser consistente sin la consideración de que estos bañados son la resultante del funcionamiento de la totalidad un sistema mucho más extenso, y no atribuirlos exclusivamente al río Atuel.

Este acto propio del Gobierno de La Pampa, que reconoce caudales promedios respectivamente de 8 y 30 m³/s, no puede ser desatendido. Hoy La Pampa pretende hacernos creer que los humedales de la cuenca baja del río Atuel dependen del uso de los caudales asignados a Mendoza en Fallos 310:2478, pero maliciosamente omite referir caudales promedios significativos que publica de manera reiterada como existentes en su territorio, los que son suficientes para cubrir tanto las necesidades ecológicas como socioeconómicas que reclama, si se realizaran las inversiones en sistematización que se realiza en todo sistema de uso de aguas⁴⁶⁴.

De lo anteriormente expuesto queda de manifiesto que las reclamaciones realizadas en la demanda se basan en

⁴⁶⁴ En todo sistema de gestión de aguas, es necesario construir embalses que permitan acumular aguas en ocasiones en que no coincide el momento en que la naturaleza las brinda, y el momento en que el uso humano la requiere. La función de los embalses es justamente almacenar el recurso y disponer del agua en la oportunidad más conveniente. En el Anexo 11 de las pruebas acompañadas por La Pampa puede verse que esa Provincia contemplaba esta técnica estructural para aprovechar las aguas que se esperaba recibir en el marco del fallido Convenio de 2008, limitado el proyecto a las características del desarrollo previsto en función de ese acuerdo.

modelos limitados por sus faltantes, inexactitudes y sesgos, bajo consideraciones de una **oferta hídrica sobrevaluada** y fija que **no contemplan la dinámica y necesidades** de los diferentes usos y requerimientos de la cuenca, que **no se adaptan a la condición de alta variabilidad** y que **no contiene los períodos recurrentes y críticos desde el punto de vista hidrológico**, ni las previsiones científicas que pronostican el efecto del cambio climático en lo que resta del siglo.

Además, el estudio de caudales omite considerar todo caudal que se aporta al sistema pampeano desde fuentes que se generan aguas abajo del oasis mendocino, excluyendo los **caudales reales existentes en el Arroyo La Barda y en el Sistema Salado-Chalideuvú**, que junto al Atuel componen un sistema mayor, desde donde existen significativos aportes que resultan determinantes para el análisis de las necesidades naturales.

Es destacar que el último lustro ha sido el más seco de los últimos 60 años, con **severas limitaciones para poder realizar el abastecimiento mínimo necesario para el sostenimiento del sistema humano**, lo que está obligando a generar distintas estrategias de compensación de dotaciones superficiales, todas ellas de público conocimiento, mediante el aumento de las captaciones subterráneas existentes en la zona de oasis⁴⁶⁵, estrategias

⁴⁶⁵ <http://www.losandes.com.ar/article/reactivaran-pozos-en-la-cuenca-del-rio-atuel>



para aprovechar las aguas de lluvia⁴⁶⁶, o incluso medidas de emergencia que tienden a reencauzar precariamente caudales que hasta ahora se infiltraban hacia el humedal de Llanquanelo en la zona de La Junta⁴⁶⁷.

- Cambio climático

Otro aspecto de la demanda que resulta técnicamente cuestionable, es su pretensión de obtener la determinación de un caudal fijo, generando una disparidad con respecto a la cuenca alta, especialmente atendiendo los nuevos escenarios previstos para el siglo XXI.

Ni la Demanda ni los estudios en que se apoya consideran siquiera los escenarios de Cambio Climático pronosticados, los cuales están manifestándose de manera severa en la cuenca. Este aspecto, lo analizaremos desde otras ópticas en otros momentos de esta contestación, en especial en el punto b.3.6 que sigue al presente.

La información de la Segunda Comunicación Nacional, del año 2007⁴⁶⁸, corroborados en la Tercera

⁴⁶⁶ <http://losandes.com.ar/article/por-la-crisis-hidrica-construiran-reservorios-para-juntar-el-agua-de-lluvia>

⁴⁶⁷ <http://losandes.com.ar/article/apoyado-por-su-gabinete-anuncio-obras-para-riego-muy-esperadas>

⁴⁶⁸ Segunda Comunicación Nacional (2CN) de la República Argentina ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) (2007)

Comunicación (próxima a ser publicada) prevé disminuciones superiores al 10 a 30% para fines de siglo para la Cordillera de los Andes en la zona central, incluyendo la cuenca del río Atuel, la que coincide en sus pronósticos con otras cuencas del área⁴⁶⁹.

Esto repercute en el ciclo anual y a largo plazo, debido a menor aporte por fusión nival a los ríos y alimentación de glaciares. Las poblaciones y las actividades socioeconómicas de los oasis del oeste argentino (incluyendo a Mendoza) han subsistido y subsisten gracias a las precipitaciones nivales, sin los mayores aportes pluviales que supra se han señalado existentes en el territorio pampeano. Las masas de hielo constituyen una reserva de agua cuya importancia crece en años de escasas precipitaciones níveas. Los **glaciares sufren un evidente y marcado retroceso**, producto de balances de masa negativos (hielo acumulado vs derretido⁴⁷⁰), y en consecuencia tendrá fuerte incidencia especialmente en los ciclos de menores precipitaciones cada vez más acentuados, generando dificultades de garantizar dotaciones mínimas necesarias para el mantenimiento productivo.

⁴⁶⁹ Si se toman en consideración cuencas imbríferas cercanas, como es el caso de la cuenca del Río Negro, sujeta al mismo régimen climático, los valores estimados de disminución son similares o más desfavorables aún, con valores de 15 al 30% como escenarios probables

⁴⁷⁰Cad, María (2014). Impacto del Cambio Climático en Mendoza y Medidas de Adaptación. En Módulo Cambio Climático. Lic. Roque Pedace. Especialización en Tecnologías Urbanas Sostenibles. Facultad de Ingeniería. Universidad de Buenos Aires.



Se destaca, además, que el aumento en las temperaturas elevará sustancialmente la evapotranspiración regional⁴⁷¹, incrementando fuertemente la demanda de riego para la sostenibilidad productiva. Para la década 2021-2030 se prevé un aumento de la temperatura en la región de Cuyo de 1,25 a 1,5 °C mientras que para el período 2080-2090 se espera un incremento en las temperaturas de verano de entre 3 y 4 °C, con aumentos significativos en las temperaturas de invierno. Esto último contemplando la tendencia de aumento observada a lo largo del último siglo en las temperaturas medias anuales, donde el incremento de las temperaturas de invierno ha sido más marcado que en las de verano⁴⁷².

Por último, es de destacar que si bien se espera una marcada disminución de los aportes nivológicos en Cordillera, condicionados por los aportes desde el océano Pacífico, aumentarán los ciclos húmedos estivales provenientes desde el Atlántico en los sectores de planicie. Esta es una situación que desfavorece a Mendoza, por el tipo cultivos que ha desarrollado a través del tiempo y por los factores de riesgos asociados, tales como aluvionales, mayores eventos de granizo y afectaciones en la calidad de

⁴⁷¹ Villalba, R (2009). Cambios Climáticos Regionales en el Contexto del Calentamiento Global. En: Universidad de Congreso. Instituto de Gestión Ambiental. Compromiso Ambiental de Mendoza- Cambio Climático.

⁴⁷² Celis, A. (2009). Cambio Climático: Variabilidad Pasada y una Prospectiva de Amenazas de acuerdo a los Escenarios Futuros. En. Cruz Roja Argentina – CESAM. Documento País: Riesgo de Desastre en Argentina; Capítulo 5, Buenos Aires.

los productos. Por el contrario, esta situación beneficiará a las provincias pampeanas de nuestro país, que verán aumentadas sus disponibilidades hídricas como consecuencia de un aumento de las precipitaciones.

Con ello, **mientras que en Mendoza se pronostica una disminución de hasta el 30%** de la disponibilidad del agua, **en La Pampa se espera un aumento de los aportes pluviales a las disponibilidades hídricas actuales** de esa Provincia, las que incluso **hoy en día resultan muy superiores a las mendocinas**⁴⁷³, aspecto que no puede omitirse en un análisis de caudales sin caer en un sesgo pronunciado, ya que en definitiva, **el agua del río Atuel no es más que el encauzamiento de las disponibilidades hídricas que precipitan en los territorios provinciales. El hecho de que esas aguas escurran hacia territorios más bajos, no diluye la realidad de que en Mendoza precipita un 50% de lo que precipita en La Pampa.**

⁴⁷³ Las disponibilidades de lluvias de Mendoza presentan un promedio de aproximadamente 200 mm/anuales, la mitad del promedio que La Pampa reconoce en sus publicaciones. Ver: *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>.



-Consideraciones de la demanda sobre posibilidad de recuperación de caudales en la cuenca

Respecto de la optimización significativa de la oferta, el informe de la Universidad Nacional de Cuyo pone en cuestión que en la demanda se plantean escenarios prácticamente **imposibles de cumplir**, como por ejemplo el de control de la infiltración en las zonas de Las Juntas, mencionado en puntos anteriores, señalando que en la misma lógica de la Gestión Integrada de Cuencas que dice sostenerse en la Demanda debe observarse que en la naturaleza no existe verdaderamente el concepto de “caudales perdidos” o “sumideros de agua”, especialmente en zonas sin intervención, como es la cuenca del Río Atuel en el sector mencionado.

Hace ya mucho tiempo que se habla de sistemas integrados de agua superficial y subterránea, no como compartimientos estancos. Al Sur de la zona de influencia directa del tramo antes mencionado de Las Juntas se encuentra el **Sitio Ramsar “Laguna de Llancanelo”⁴⁷⁴**, así como otro conjunto de humedales dispersos, denominados comúnmente “mallines” o “vegas”, los que son de gran importancia ecológica y ambiental.

Los estudios realizados por la Universidad Nacional de Córdoba (2005) para la Dirección de Recursos Naturales Renovables de Mendoza, que son citados en su informe por la Universidad Nacional de Cuyo, señalan claramente al Río Salado

⁴⁷⁴ Esta Laguna es un sitio RAMSAR, que además ha sido sometida al régimen de área natural protegida desde la década de 1980, tal como reseñamos en otras partes de esta contestación.

(principal afluente del Atuel) como uno de los sectores aportantes por infiltración al sistema, lo mismo que al sistema de bañados existentes entre el citado humedal⁴⁷⁵. Investigadores del Instituto Nacional del Agua se han expresado en el mismo sentido:

Al noroeste de la cuenca, en la zona de La Junta, las infiltraciones de los ríos Atuel y Salado se vinculan subterráneamente con la laguna de Llanquanelo, dando origen a algunos cursos drenantes de la freática que se constituyen en afluentes que la alimentan (arroyos Malo y Mocho).⁴⁷⁶

Con lo dicho se quiere significar que bajo el escenario pretendido por la Demanda, si se realizaran obras de ahorro de caudales en La Junta, muy probablemente se manifestaría dicho impacto sobre el ecosistema del sistema Llanquanelo, por lo que a priori se considera que la misma debería ser desechada si no se realizan estudios que permitan cuantificar y descartar tal daño.

⁴⁷⁵ Universidad Nacional de Córdoba, 2005. Estudios Hidrológicos, Hidroquímicos, Hidráulicos y Ambientales de la Laguna de Llanquanelo. 2005. Estudio para la Dirección de Recursos Naturales de la Provincia de Mendoza. Inédito. 129 p.

⁴⁷⁶ PARTICULARIDADES DE LAS CUENCAS HIDROGEOLOGICAS EXPLOTADAS CON FINES DE RIEGO EN LA PROVINCIA DE MENDOZA Hernández, Jorge y Nicolás Martinis, Instituto Nacional del Agua – Centro Regional Andino. <http://www.ina.gob.ar/cra/index.php?cra=39> Disponible en



A lo sumo, puede resultar posible, una vez que sea adecuadamente evaluado desde la perspectiva ambiental⁴⁷⁷, la realización de obras **provisorias** de emergencia en épocas de sequía, como las que actualmente propicia el Gobierno de Mendoza, que **sin impermeabilizar el área** sólo mejoren la dinámica hidrológica para facilitar escurrimientos y disminuir parcialmente las infiltraciones durante periodos de tiempo acotados.

Esto refuerza el planteo conceptual de la presente fundamentación, donde se observa, como se señaló anteriormente, **el uso parcializado de una serie de conceptos y fundamentos, los cuales de por sí exigirían integralidad e interfuncionalidad.**

-Sobre relación agua superficial/agua subterránea

Debe considerarse que a la salida de los valles cordilleranos los cursos alóctonos de los ríos Diamante y Atuel disectan grandes abanicos aluviales que forman un conjunto homogéneo de depósitos fluviales que interdigitan con la gran planicie aluvial que se desarrolla hacia el este y sur provincial, incluida la Provincia de La Pampa, hasta el límite con el Río Colorado y Salado.

Estos cursos tienen una continuidad hidrogeomorfológica e hidrogeológica, que se manifiesta en la zona

⁴⁷⁷ La Ley 5961 de Mendoza impide realizar estas obras sin el previo estudio ambiental, lo que permite asegurar que su realización será posible sólo si el impacto es aceptable, una vez que sea evaluado ambientalmente.

conocida como “Las Aguaditas”, con la generación de flujos subsuperficiales provenientes de estos interfluvios que se encuentran conectados y que **generan escorrentías en el Río Atuel que se conectan con la Provincia de la Pampa.**

Estas manifestaciones hídricas se confinan y encauzan sobre el **subálveo del Río Atuel, produciendo escurrimientos** y un patrón de avenamiento anastomosado en varios brazos que divagan en la llanura aluvial, los que se encuentran condicionados por la morfogénesis y morfodinámica hídrica (carga, competencia del flujo, capacidad del material).

En la Estación Hidrológica Paso Arenas, ubicada en el sector distal del Río Atuel, se advierte la existencia de estos caudales semipermanentes con un comportamiento estacional diverso a lo largo del año hidrológico y entre los periodos de la serie existente.

En consecuencia, el planteo de fondo es que a pesar de que existen obras de regulación y control en la zona del Cañón del Atuel (Bloque de San Rafael), el Río Atuel tiene un comportamiento independiente de las presas que posibilitan la **existencia continuada de caudales mínimos que actualmente escurren por el Sector Distal de la cuenca**⁴⁷⁸, existiendo a lo largo del cauce percolaciones subsuperficiales que se movilizan por el

⁴⁷⁸ Recordemos que supra hemos referido información oficial de La Pampa que señala un caudal medio de 8m³/s en el Arroyo La Barda, lo que no se correlacione a las erogaciones realizadas desde CARMENSA sino a aportes de fuentes propias del sector distal de la cuenca.



subálveo, las que posiblemente están alimentando algunos sistemas de humedales con usos ecosistémicos y productivos a lo largo de todo el cauce del Atuel.

En este sentido, la saturación de brazos y bañados y su dinamismo con rangos mínimos y máximos de flujos que generan escurrimientos, presenta efectos similares en la provincia de Mendoza y de La Pampa, separadas por una línea geodésica arbitraria establecida por las partes. Con esto último se quiere marcar que ambos Estados federales manifiestan similares comportamientos en el tramo inferior del Río Atuel, resultado de las políticas públicas del pasado, y no solamente la provincia pampeana, tal como se pretende remarcar en el informe de la Demanda.

-Aspectos ecosistémicos y su relación con servicios ambientales

Es innegable la variación de funciones ecosistémicas en los humedales asociados a usos poblacionales intensivos, especialmente en zonas áridas y semi-áridas. Esta es una situación que se ha producido en diversos puntos del país y de la provincia, y en realidad en el mundo entero. El desarrollo histórico, implicó una **transferencia de servicios ecosistémicos a servicios ambientales** en los oasis irrigados y a otras zonas de uso.

Si bien acompañando los marcos normativos que han ido surgiendo han aparecido cambios en las intervenciones, difícilmente pueda pensarse en retrotraer o reconstituir a situaciones pasadas, especialmente considerando

situaciones históricas vinculadas a otros procesos socio culturales de ocupación, valoración e intervención del territorio.

La reactivación plena de los bañados del Atuel que procura la demanda requeriría de caudales superiores a los 35 m³/seg. Bajo condiciones de regulación, considerando los usos de los que depende la población existente, **es imposible garantizar tales flujos de agua sin comprometer muy fuertemente el balance necesario que asegure los usos comprometidos en los embalses para la subsistencia del ambiente de oasis humano.**

En este marco, en realidad, la discusión de caudales debería limitarse a un análisis de los usos posibles con la oferta disponible, ya que las otras evaluaciones consideradas son de imposible realización sin afectar significativamente el desarrollo humano existente, salvo en situaciones extraordinarias.

Otro punto a considerar es que el Estudio en el que se basa la Demanda incorpora en los capítulos finales plenamente el concepto de humedal a los Bañados del río Atuel.

Puede decirse que aquí reside uno de los temas de mayor importancia técnica y jurídica del Estudio: la pretensión de encuadrarlo en la Convención Ramsar 1971 sobre Humedales. Debe tenerse presente al abordar esto que, conforme a la referida convención, suscripta por nuestro país (Ley Nacional N° 23.919, modificada por Ley N° 25.335 -incluye texto ordenado-) existe un deber de protección especial respecto de los Humedales, **particularmente a los incorporado en la Lista de Humedales de Importancia Internacional.**



La reglamentación española también establece normas sobre caudal ecológico para humedales. Es muy clara en distinguir entre humedales que conforman la Lista Ramsar de los que no la integran, siendo más estricta para aquellos.

Los denominados Bañados del río Atuel no conforman la Lista de Humedales de Importancia internacional, y con ello no puede dársele la relevancia e intangibilidad que se pretende en ocasión de generar un modelo de desarrollo humano en la cuenca.

-Sobre supuestos desvíos históricos de caudales desde el río Atuel hacia el río diamante, a principios del siglo XIX.

El estudio universitario que ponemos en valor en esta parte de nuestro responde también observa que en la demanda se toman aspectos referenciales de larga data, que no responden a la situación, características y dinámica hidrogeomorfológica de los ríos.

En tal sentido, observa que la Demanda señala en la Pagina 19, Párrafo 3º:

La primera alteración artificial de relevancia en el Atuel tuvo lugar en el año 1809, cuando el Comandante Miguel Telis Meneses desvía el curso del río Diamante, produciendo su separación con el Atuel, al cual le resta aproximadamente la mitad de su caudal. Este hecho histórico se encuentra largamente corroborado y ha sido reconocido por la Provincia de Mendoza al contestar la demanda en la causa

Si bien no se discute la referencia dada, ya que se supone que posee rigor histórico, esto de por si **no supone un fundamento sobre las características y dinámica hidrológica actual**. Es de destacar que la desviación de un río, o como se señala actualmente un “trasvase de cuencas”, requiere no solo de acciones, sino fundamentalmente de un mantenimiento histórico.

Si las condiciones naturales hubieran sido favorables al sostenimiento del curso original, esto habría necesitado de intervenciones sistemáticas en el tiempo, especialmente considerando los múltiples eventos extraordinarios que han ocurrido a lo largo de más de dos siglos. Son de destacar los múltiples cambios a nivel de cuencas asociados a componentes tectónicos y geomorfológicos, que deberían ser analizados para que la citada referencia pudiera ser tomada como fundamento.

La sola mano del hombre en una época colonial no puede desvirtuar un cauce natural, salvo que tal alteración no sea tal, y se apoye en cauces históricos u otras formas hidrogeológicas que han dado continuidad al evento.

Del mismo modo, existen referencias históricas sobre que el río Salado aportaba, a principios del siglo XX, al humedal de LLancanelo en la zona de las Juntas antes mencionada, a través del sistema de arroyos Mocho y/o Malo, y que esos caudales fueron desviados definitivamente hacia el curso actual, nutriendo de caudales al cauce del río Atuel. En este sentido, es de destacar la cita de la Subsecretaria de Recursos Hídricos de la Nación en la que reconoce



a los arroyos Mocho y Malo, aportantes al humedal, como antiguos cauces del Salado.⁴⁷⁹

Dada la limitación del análisis efectuado, y su inconsistencia sustancial, se considera que estos conceptos deben ser claramente desestimados.

b.3.6- Afectación de los caudales del río Atuel por el cambio climático. Los principios de prevención y precaución aplicados al caso

1. Cualquier análisis referido a la asignación de caudales del río Atuel no puede omitir –como claramente ha omitido el Estudio de caudal ecológico acompañado por La Pampa– el fenómeno del cambio climático que se está produciendo en la cuenca.

Aunque este aspecto ya lo hemos esbozado con anterioridad al fundamentar cuestionamientos técnicos a la metodología en que se apoya la demanda, lo ponemos nuevamente de manifiesto, con mayor énfasis, por la trascendencia que presenta para el análisis del caso, y en especial por la incidencia jurídica que esta situación genera en base a los principios de prevención y precaución ambiental.

2. El cambio climático, en general planteado como un problema “a futuro”, en el ámbito territorial al que

⁴⁷⁹http://www.hidricosargentina.gov.ar/documentos/referencias_i8/97.pdf

refiere este proceso es un fenómeno claramente en curso, actual y cotidiano, con notorios y variados efectos en torno a la disponibilidad y demanda de recursos hídricos.

Su consideración, no sólo es un elemento esencial que desautoriza absolutamente todo trabajo técnico que lo omita (tal cual ha omitido el Estudio de caudales en que se basa la demanda). Es además una condición que debe atenderse a la hora de apreciar el *status quo* actual en torno a la gestión del agua en el oeste argentino, y en especial en torno a la cuenca del río Atuel, ya que incide en las variantes históricas –como series de caudales- y las disponibilidades hídricas de la región.

Los efectos ya producidos son diversos, con una alteración de las disponibilidades de agua que han disminuidos los caudales en la parte alta de la cuenca del río Atuel, pero a la vez han aumentado las ofertas hidrológicas en la parte baja.

Estos efectos, en lo que hace a la disminución de disponibilidades hídricas en el territorio de Mendoza, son claramente notorios a partir de las recientes mediciones que ha realizado el IANIGLA al efectuar el inventario de glaciares, en aplicación de la Ley 26639, de presupuestos mínimos para la protección del ambiente glacial y periglacial.

Los cuerpos de hielo cordilleranos constituyen excelentes laboratorios naturales para estudios científicos, y al decir del IANIGLA ocupan un lugar destacado a nivel mundial como indicadores de cambios climáticos pasados y presentes, ya que el



rápido retroceso de los glaciares en los Andes y otras regiones montañosas del mundo es generalmente considerado como uno de los signos más claros del calentamiento que ha experimentado el planeta en las últimas décadas⁴⁸⁰.

En la **cuenca del río Atuel**, en este sentido, el Inventario de Glaciares efectuado según la Ley 26339 acusa un **significativo retroceso glacial**, lo que conlleva no sólo una menor disponibilidad de caudales para cubrir las necesidades socioambientales actuales, sino en especial la existencia de un indicador del cambio climático que anuncia un agravamiento futuro de la situación.

Así, en la cuenca del río Atuel, se ha observado un marcado retroceso en los frentes de los Glaciares Humo, Corto, Fierro, Overo y de la Laguna⁴⁸¹:

⁴⁸⁰ Instituto Argentino de Nivología y Glaciología y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, *Inventario Nacional de Glaciares. Informe de la cuenca del río Atuel. Provincia de Mendoza*, junio de 2014, pág. 2.

⁴⁸¹ Instituto Argentino de Nivología y Glaciología y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, *Inventario Nacional de Glaciares. Informe de la cuenca del río Atuel. Provincia de Mendoza*, junio de 2014, pág. 6.

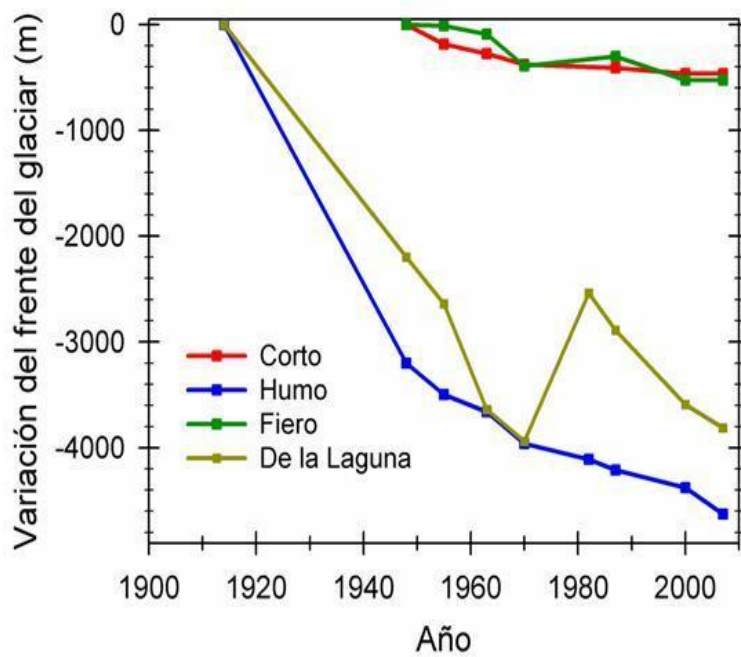


Figura: Fluctuaciones de glaciares en la cuenca del río Atuel.

Las siguientes imágenes, permiten apreciar la magnitud de los retrocesos referidos. Reflejan el estado y extensión del Glaciar Humo en 1914 y 1982:



Imagen: Glaciar Humo (1914). Foto de von Ficher

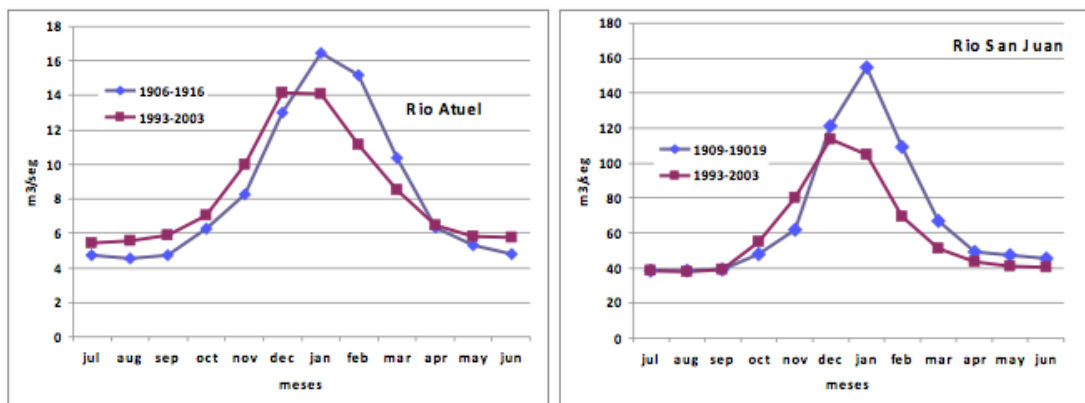


Imagen: Glaciar Humo (1982). Foto de D. Cobos

3. Coincidentemente con ese retroceso glacial, actualmente ya es manifiestamente constatable una disminución de caudales con respecto a los registros históricos. Los años recientes, resultan cada vez más escasos en precipitaciones níveas, y con ello existe una tendencia en baja con respecto a las disponibilidades de agua.

Esta merma que se ha producido en la provincia de Mendoza y en el resto de la cordillera cuyana, es apreciable con claridad si se compara una década contemporánea con

otra de principio del siglo pasado, acorde al estudio expuesto por investigadores del CONICET⁴⁸²:



De igual forma, el informe elaborado por el Departamento General de Irrigación que acompañamos como prueba, muestra la severa crisis hídrica que ha mantenido la Provincia de Mendoza en la última década, con exiguos caudales que han acrecentado el déficit que ya se había observado en el análisis previo que ha realizado VE del caso⁴⁸³.

De ese informe de la autoridad del agua que se acompaña, resaltamos la siguiente imagen, por su carácter explícito en cuanto a la merma de caudales que actualmente existe.

⁴⁸² BONISEGNA, José A. "Impacto del cambio climático en los oasis del oeste argentino", *Ciencia e Investigación*, Asociación Argentina para el Progreso de las Ciencias, Buenos Aires, 2013, vol. 64, pág. 51.

⁴⁸³ Recordemos que en Fallos 310:2478, Considerandos 110 y 116, se concluyó que con los caudales entonces disponibles existía un déficit de suministro para los usos existentes que amparó esa sentencia, el cual se mantendría incluso aumentando el nivel de eficiencia del sistema hídrico dentro de las posibilidades técnicas.



La misma indica el marcado descenso por debajo del derrame medio histórico que los caudales y disponibilidades del río Atuel ha presentado en la última década, periodo en el que incluso la capacidad de embalse (históricamente menor que los escurrimientos) ha quedado ociosa.

Destacamos que es justamente en este periodo de pronunciada crisis hídrica en el que el expediente que tramitaba la eventual aprobación legislativa del Convenio de 2008 quedó en espera, ya que justamente la situación climática hacía inoportuno el tratamiento del mismo.

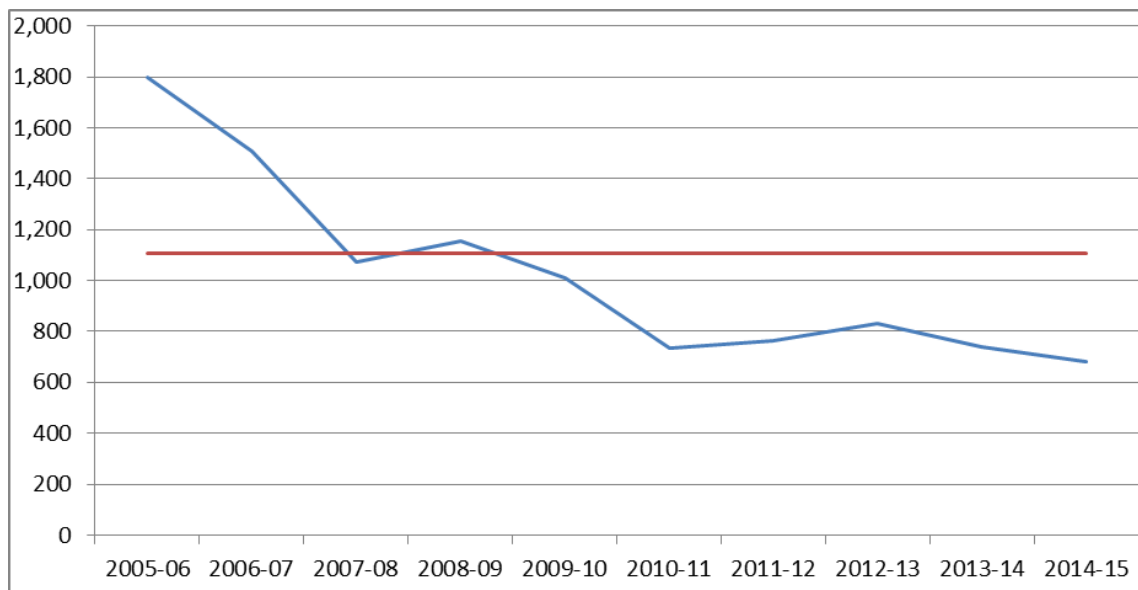


Grafico - Derrames en la sección de aforo La Angostura – 10 años (línea roja: derrame medio anual)

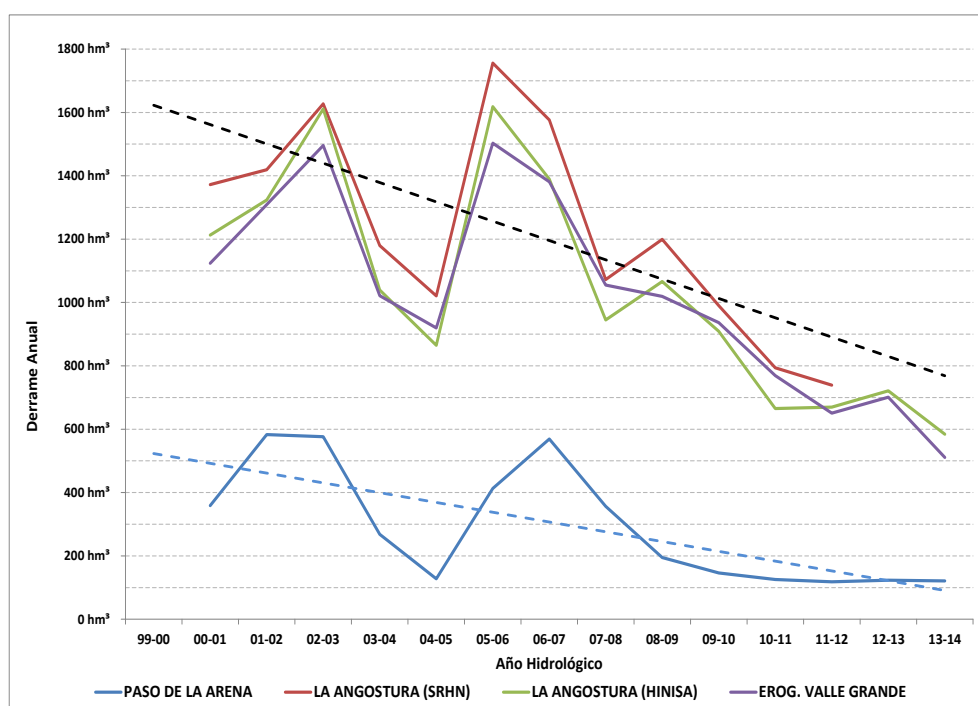
En ese periodo decenal, sólo un año estuvo por encima de la media, y otro en ese promedio, mientras que el 80% del periodo los caudales han decrecido constantemente por debajo de

tal valor, lo que ha tenido bajo normas de emergencia hídrica a la provincia desde entonces⁴⁸⁴ (ver el relato de los hechos realizado en este responde).

⁴⁸⁴ En este periodo se han adoptado constantes medidas de poder de policía de emergencia para satisfacer, en circunstancias de sequía grave, los usos hídricos esenciales tanto para consumo humano como para las actividades productivas. Esta situación la vemos reflejada, entre muchas otras a lo largo del tiempo, en las recientes decisiones y medidas: 1) DECRETO N° 1.536, 14 de octubre de 1.996, a los efectos de afrontar las consecuencias de las escasas precipitaciones níveas registradas en la zona cordillerana y la alerta dispuesta por el Departamento General de Irrigación que anticipan una considerable disminución de los escurrimientos en los ríos provinciales, especialmente en la cuenca del Río Mendoza. 2) DECRETO N° 2.379/2010 (B.O. 4/10/2010). Declara la emergencia hídrica en todo el territorio provincial. 3) LEY N° 8.318 (B.O.: 20/07/2011). Ratifica el Decreto N° 2.379 de fecha 1 de octubre de 2.010, declara la Emergencia Hídrica en todo el Territorio Provincial y establece distintas medidas, a fin de afrontar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de la escasez de agua superficial para el ciclo hidrológico 2.010/2.011. 4) DECRETO 90/12 (B. O. 27/01/2012) Establece la prórroga de la emergencia hídrica. 5) DECRETO N° 2914/10 (B.O. 01/12/10). Declara la emergencia en los servicios de provisión de agua potable. 6) LEY 8270 (B.O. 15 de marzo de 2011). Establece plan de obras para emergencia servicios de agua potable. 7) RESOLUCIÓN EPAS 35/2011 Restringe el uso de agua potable. 8) DECRETO N° 522/2012 (B.O.23/04/12) Declara Emergencia Agropecuaria por estrés hídrico durante el período agrícola 2011/2012 y que trabajan bajo sistema de riego que utilizan agua proveniente de cuencas de montaña afectadas por bajas precipitaciones níveas, lo que ha originado una merma considerable de los caudales de los ríos proveedores. 9) DECRETO n° 2050/12 (BO 30/11/12) Prorroga Decreto 2379/10 manteniendo la emergencia hídrica en todo el territorio provincial. 10) DECRETO n° 2090/13 (BO 13/11/13)



Otro informe del Departamento General de Irrigación, también acompañado como prueba, grafica con mayor detalle ese mismo contexto en cuanto a la disponibilidad de caudales recientes, conforme se puede observar en la imagen que se reproduce a continuación:



Prorroga Decreto 2379/13 manteniendo la emergencia hídrica en todo el territorio provincial. 11) RESOLUCIONES del Departamento General de Irrigación: Resolución 444/10 HTA y Res 905/11 Superintendencia, ratificado por Res. 263/12 HTA. 12) Decreto 2296/14 (BO 15/12/14), declarando la emergencia hídrica provincial fin de afrontar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de la escasez de agua superficial para el ciclo hidrológico 2014/2015. 13) Ley 8688 (BO 21/08/14), convalidando legislativamente la emergencia hídrica decretada a fin de afrontar las consecuencias perjudiciales que pudieran derivarse de la escasez de agua superficial para el ciclo hidrológico 2013/2014.

Este segundo informe que invocamos en este tema es de especial interés en cuanto pone en resalte que la ausencia de caudales tiene una mayor incidencia en los usos actuales, que en los excedentes que escurren aguas debajo de Carmensa (Paso de la Arena), como se puede ver en función de la curva menos pronunciada para este último caso. Incluso, en este sentido concluye que

para años secos, pobres y medios, los caudales base de la Est. Carmensa son independientes del tipo de año que presenta la cuenca de aporte del Río Atuel.

Esto implica que para los años con déficit hídrico, y aún para los años normales o medios, la distribución de dotaciones deben ser gestionadas fuertemente por los operadores del sistema, aunque es evidente que no se logra una garantía razonable de la oferta.

Esta situación crítica no se presenta en la zona baja de la cuenca, dónde la disponibilidad de recurso es casi invariable para los años bajos y medios.

Además, el informe expone el claro impacto en el sistema de riego, que dentro de las medidas de emergencia hídrica ha privado a los usos actuales del acceso al agua durante más del 50% del año (más de seis meses), asignando además el uso en turnos en la mitad del tiempo en que el agua se destinó para el suministro, mostrando todo ello una realidad con fuerte impacto en la calidad de vida de la población contenida en ese sistema ambiental.



4. Esta observación empírica es consistente con las evaluaciones y pronóstico que se expresan en esta materia hacia el futuro, lo que agravará aún más la situación descripta. Especialistas⁴⁸⁵ en la materia han efectuado modelos que proyectan para la cuenca del río Atuel una disminución de los caudales disponibles en los próximos años que rondaría al menos el 15% de los mismos, e incluso rondar el 20% de los caudales hoy disponibles⁴⁸⁶, con lo que esas escorrentías no sólo son hoy más escasas que los que se contemplaron para evaluar en Fallos 310:2478 los déficit del sistema hídrico existente, sino que serán aún más escasos en el futuro inmediato.

El déficit de caudales pronosticado, incluso, ha sido asumido oficialmente por el Gobierno Nacional dentro de los análisis del fenómeno que se refiere en el ámbito internacional. La información de la Segunda Comunicación Nacional, del año 2007⁴⁸⁷,

⁴⁸⁵ BONINSEGNA, José A. y VILLALBA, Ricardo, “Los escenarios de Cambio Climático y el impacto en los caudales. Documento sobre la oferta hídrica en los oasis de riego de Mendoza y San Juan en escenarios de Cambio Climático”, Fundación e Instituto Torcurato Di Tella y Gobierno de Mendoza, s/f.

⁴⁸⁶ Ver en este sentido el estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de Naciones Unidas (CEPAL) “La economía del cambio climático en la Argentina: primera aproximación”, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014, pág. 93, en especial los Cuadros VI.20 y 21.

⁴⁸⁷ Segunda Comunicación Nacional (2CN) de la República Argentina ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) (2007)

corroborados en la Tercera Comunicación (próxima a ser publicada) prevé disminuciones **superiores al 10 a 30%** para los próximos años para la Cordillera de los Andes en la zona central, incluyendo el área de interés. Si se toman en consideración cuencas imbríferas cercanas, como es el caso de la cuenca del Río Negro, sujeta al mismo régimen climático, los valores estimados de disminución son similares o más desfavorables aún, **con valores de 15 al 30%** como escenarios probables.

5. Este sustrato fáctico, entonces, muestra que hoy en día la superficie desarrollada mediante la técnica de oasis en el desierto mendocino, en las 75671 has que dan cabida y contiene las 200.000 personas que allí habitan, cuentan con un menor suministro de caudales que el histórico que se valoró para considerar la preferencia de uso que estableció Fallos 310:2578, lo que desde ya impacta en las posibilidades de calidad de vida de esa población en los términos del art. 41 CN, y fortalece el resultado de la atribución que VE aplicó en 1987 en base al uso equitativo y razonable. Estos caudales, además, decrecerán significativamente aún más a futuro.

De acuerdo al informe de la Universidad Nacional de Cuyo que se acompaña probatoriamente, el cambio climático implica además una suba de temperatura. Para la década 2021-2030 se prevé un aumento de la temperatura en la región de Cuyo de 1,25 a 1,5 °C mientras que para el período 2080-2090 se espera un incremento en las temperaturas de verano de entre 3 y 4 °C, con aumentos significativos en las temperaturas de invierno. Esto



último contemplando la tendencia de aumento observada a lo largo del último siglo en las temperaturas medias anuales, donde el incremento de las temperaturas de invierno ha sido más marcado que las de verano⁴⁸⁸.

Se destaca ese aumento en las temperaturas elevará sustancialmente la evapotranspiración regional⁴⁸⁹, **incrementando fuertemente la demanda de riego para la sostenibilidad productiva, lo que potencia aún más el déficit que provoca la falta de escurrimientos.**

6. Junto a ese pronóstico de descenso de caudales que tienen su origen nival en la cordillera y aumento de déficit, que afecta gravemente las disponibilidades de los usos actuales reconocidos a favor de Mendoza, el mismo cambio climático ocasiona un aumento de las precipitaciones en el suroeste pampeano.

Estudios científicos, como ya hemos referido, han comprobado que en las últimas décadas se ha producido un desplazamiento de las isohietas en la Provincia de La Pampa,

⁴⁸⁸ Celis, A. (2009). Cambio Climático: Variabilidad Pasada y una Prospectiva de Amenazas de acuerdo a los Escenarios Futuros. En. Cruz Roja Argentina – CESAM. Documento País: Riesgo de Desastre en Argentina; Capítulo 5, Buenos Aires.

⁴⁸⁹ Villalba, R (2009). Cambios Climáticos Regionales en el Contexto del Calentamiento Global. En: Universidad de Congreso. Instituto de Gestión Ambiental. Compromiso Ambiental de Mendoza- Cambio Climático.

beneficiando al oeste y suroeste de esa provincia con una significativa mayor disponibilidad⁴⁹⁰, al punto que las precipitaciones en Santa Isabel han crecido hasta duplicar actualmente la media mendocina.

En este sentido, investigadores del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria⁴⁹¹ han graficado esta evolución desde 1980 al año 2000, proceso que incluso ha continuado desde entonces, con lo que esas mejoras hoy resultan más pronunciadas, y lo serán más en el futuro. En esa evolución, puede apreciarse cómo la zona de la provincia de La Pampa a la que corresponde el área de influencia del río Atuel ha aumentado un 50% su disponibilidad hídrica de origen pluvial, lo que significa mayores aportes en la vegetación y fauna que integra los humedales.

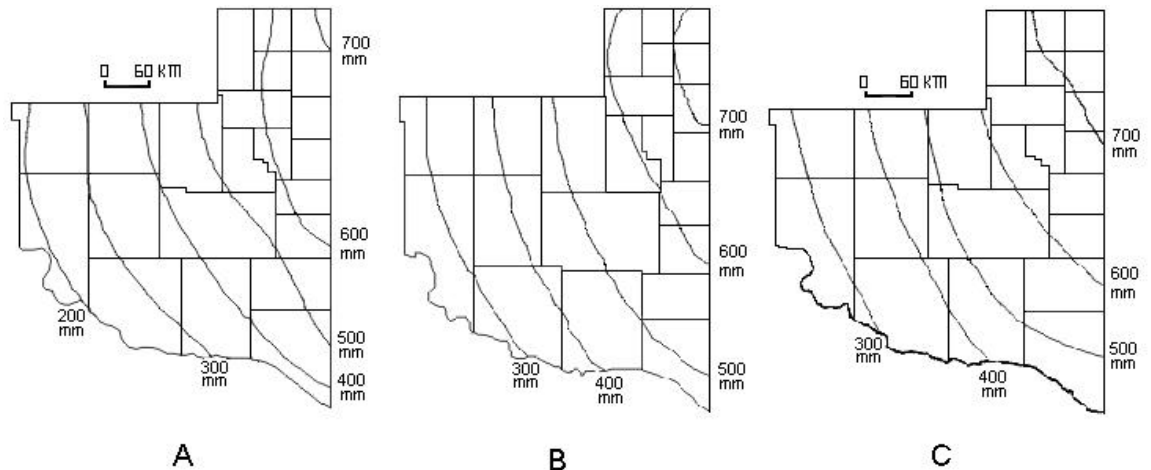
Se reitera el siguiente gráfico, por su marcado contenido explicativo en la materia:

⁴⁹⁰ El proceso de corrimiento de las isohietas de mayor precipitación hacia el suroeste en La Pampa y su impacto en la mayor disponibilidad hídrica ha sido constatado desde finales del siglo XX, como lo comprueban investigadores del INTA y de la Universidad de La Pampa: Stritzler, N.P., Petruzzi, H.J., Frasinelli, C.A., Veneciano, J.H., Ferri, C.M. y Viglizzo, E.F., "Variabilidad climática de la Región Semiárida Central Argentina. Adaptación tecnológica en sistemas extensivos de producción animal", *Revista Argentina de Producción Animal*, 27 (2): 111-1123 (2007).

⁴⁹¹ UMAZANO, A. M., E. O. ADEMA & S. B. AIMAR. 2004. Tajamares: una tecnología alternativa para la zona árida-semiárida de La Pampa. EEA Anguil. INTA. Publicación Técnica N° 56



Figura: Evolución del Mapa de Isohietas en la Provincia de La Pampa



Referencias: A (1980). B (1994). C (2000)

Con ello, entendemos que es una falencia grave avanzar en análisis de caudales ecológicos que omitan considerar estas alteraciones climáticas, producidas y en proceso de acrecentarse, que arrojan cada vez mayor disponibilidad hídrica en el territorio pampeano, y a la vez merma tal disponibilidad en los usos actuales que sustentan el ambiente humano que contiene de forma sustentable a 200.000 personas.

7. Es cierto que hoy por hoy, sólo se puede comprobar el retroceso glacial y la consiguiente disminución de caudales hasta ahora ocurrida en Mendoza, así como el marcado aumento de precipitaciones en La Pampa; pero en definitiva, no sólo es plenamente razonable esperar que las tendencias se mantengan, sino

que además la falta de **certeza científica sobre la continuidad y agravamiento** del efecto de cambio climático registrado no debe impedir adoptar medidas que tengan presente tal contingencia.

Justamente, el principio precautorio impone en el caso que toda decisión procure evitar afectar de manera inconveniente el ambiente humano existente, y ello lleva a considerar que los caudales existentes deben destinarse a los usos que sostienen la vida humana.

Resaltamos que en Fallos 310:2478 VE tuvo plenamente acreditado que los caudales que entonces existían no eran suficientes, que existía un déficit que se mantenía incluso si se producían obras de aumento de eficiencia en el riego.

Hoy en día, gran parte de esas obras han sido realizadas en el marco de las **políticas de uso racional del agua** que existen de manera constante en Mendoza, como lo demuestra los informes del Departamento General de Irrigación de Mendoza que se acompañan⁴⁹².

En este sentido, de dichos informes surge que desde que en Fallos 310:2478 se asignó a Mendoza los caudales del río Atuel para satisfacer preferentemente a los usos actuales, aunque con un marcado déficit en el suministro que el cambio climático ha empeorado, se han realizado significativas y onerosas

⁴⁹² Estos informes refieren en este sentido que las obras de ahorro de agua mediante aumento de la eficiencia que se han realizado en el sistema irrigado con aguas del río Atuel desde la sentencia recaída en Fallos 310:2478.



obras de impermeabilización de canales, por un total de 132 km de revestimientos, con un costo de más de u\$s 145.000.000, lo que ha permitido ahorrar tan solo un caudal algo más de 4. 000 litros por segundos. A ello hay que sumar la reconversión en el sistema de 7601 has hacia tecnologías de riego ahorrativas, lo que disminuye sensiblemente el consumo de las mismas.

Estas obras, resultan la materialización efectiva del principio de prevención, en la medida que progresivamente actúan sobre las fuente del problema (falta de caudales) tratando de prevenir mediante el ahorro de agua los efectos que el déficit provoca en la población que actualmente depende del uso de ese recurso, la que hoy en día lo recibe disminuido por vedas y turnados que alcanzan más de la mitad del año.

Este extraordinario esfuerzo en obras e inversiones que Mendoza ha realizado sistemáticamente desde 1987, ha permitido recuperar el 78,6% del caudal que antes se infiltraba. Pero esta mejora en eficiencia, que potencia claramente la razonabilidad en el uso del recurso hídrico, amén de ser sumamente onerosa, solo equivale a un 8,95% del modulo erogado desde Valle Grande, de modo que tan solo se ha logrado mitigar parcialmente el efecto del cambio climático en curso, y para nada se logra revertir lo ocurrido en torno a la disminución de caudales históricos, y mucho menos lo que se pronostica por delante.

Por ello, gran parte del caudal ahorrado, más que compensar el déficit que se registraba en 1987, compensan el

agravamiento de ese déficit que causa el cambio climático al manifestarse en una merma de caudales.

Entonces, es indudable que resulta realmente irrazonable la postura pampeana, que busca la asignación de un caudal no solo violando la cosa juzgada existente, sino además en contradicción con una realidad climática que castiga la disponibilidad en la parte alta de la cuenca, y la beneficia en la baja, donde además, se ha constatado que existen caudales acordes a las necesidades que la actora reclama para su territorio y sus humedales.

VII.5.- INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL

Además de lo que hemos expuesto en el punto VII.4, debemos poner de manifiesto que en lo que hace a esta parte no se configuran los presupuestos básicos para que pueda constituirse ningún tipo de responsabilidad, y con ello cualquier reclamo en esta materia es improcedente.

a- Inexistencia de hecho dañoso

1. El primer elemento que debe atenderse para que exista algún tipo de responsabilidad es la existencia del daño que se reclama.

En el presente caso, como hemos argumentado en el punto VII.4, **no existe daño alguno, sino una**



transformación ambiental producto de políticas públicas fijadas en cada época por los órganos responsables , que no ha causado una desaparición real de los humedales alimentados por caudales que hoy existen.

2. Esa transformación, fue justamente producida en base a las políticas públicas de cada época, sin que hoy pueda valorarse las mismas como dañosas por el sólo hecho de generar un ambiente humano distinto al que hoy –desde otra perspectiva política- eventualmente podríamos considerar.

El análisis de la demanda que busca acreditar la existencia de daño, en realidad arguye la existencia de una transformación del entorno natural a partir de su culturización. Y las mismas conclusiones que expone para invocar la situación de un daño podrían brindarse con respecto a cualquier ambiente culturizado: los campos de cultivo y ganados en La Pampa, las ciudades caminos y demás infraestructuras, los dique construidos en esa provincia; todos ellos han provocado una transformación del entorno natural equivalente a la que se cuestiona en autos.

Sin lugar a dudas que las políticas de ocupamiento y desarrollo del sur mendocino en base al regadío artificial cambiaron el régimen hidrológico y modificaron los ecosistemas asociados al mismo, como también lo ha hecho el desarrollo urbano y económico de La Pampa y de todas las provincias argentinas.

Pero ello ha sido definido no sólo por los órganos políticos responsables de decidir e implementar, en aquellas oportunidades, esas políticas, sino que –en el caso del río Atuel- incluso por VE al resolver en Fallos 310:2478 el alcance del uso actual mendocino como una participación equitativa y razonable del curso de agua interprovincial, rechazando el reclamo de caudales que La Pampa fundaba –entre otras cosas- en la valoración de impacto sobre el entorno.

La aplicación de ese principio en Fallos 310:2478 es vital para entender que en el caso no hay daño alguno. Debemos resaltar en este sentido que –como hemos analizado al considerar supra el principio del uso equitativo y razonable, y su relación con la obligación de no efectuar daños transfronterizos, a donde remitimos en honor a la brevedad- siempre que existe consumo de agua en uno de los Estados ribereños, los restantes ven mermado su potencial uso, y el caudal del curso de agua se disminuye. Pero ello se produce dentro de los criterios que conllevan a un uso equitativo y razonable, con lo que queda excluido que exista una relación de daño entre los Estados, ya que el concepto de equidad y razonabilidad implica que algunas de las partes de la cuenca pueden sufrir ciertas alteraciones y limitaciones en beneficio de otras áreas afectadas en base a las relaciones propias de los usos de recurso natural intrajurisdiccional.

3. Por otra parte, la misma actora reconoce que las políticas públicas que diseñan el ambiente humano a



partir de la transformación del entorno natural presentan una evolución y desarrollo en función de las políticas de cada época, y con ello no pueden valorarse descontextualizadamente, sino de acuerdo a la aspiración de desarrollo humano de cada época.

En este sentido, la actora afirma⁴⁹³ en relación a los humedales que hoy dice afectados:

Otrora considerados como criaderos de mosquitos sin ningún valor, y desdeñados como marismas y pantanos, hoy los humedales son considerados vitales para nuestro medio ambiente, y se encuentran protegidos por el derecho. Este cambio de aproximación a los humedales puede verse al contraponer su valoración actual, frente al menosprecio que ellos recibían en la primera mitad del siglo XX. Muestra de ello es que el año 1900, la Suprema Corte de los Estados Unidos llegó a afirmar que “la salud pública está profundamente preocupada en la recuperación de pantanos y tierras anegadas. Si existe algún hecho que puede suponerse conocido por todo el mundo, y por lo tanto por los tribunales, es que los pantanos y aguas estancadas son la causa de las fiebres palúdicas y malignas, y que el poder de policía nunca puede ser ejercido de modo más legítimo que al remover esas molestias.

⁴⁹³ En la pág. 255 de la demanda.

Entonces, las acciones salubres de aquel momento, o propias de la prosperidad, hoy no pueden ser consideradas hoy un daño, especialmente cuando continúan siendo el soporte vital de cientos de miles de habitantes.

Las transformaciones ambientales diseñadas por el Estado, si en el momento de su ocurrencia fueron positivas, no son en sí mismo dañosas. Y los cambios de criterio posteriores, en su caso, deberán generar nuevas políticas públicas, cuya decisión e implementación son ajenas a la responsabilidad ambiental que se plantea en autos.

Más aún si, como hemos observado, la actora de modo alguno ha brindado un status diferencial a los referidos humedales, sea asignándoles el carácter de área natural protegida o procurando su afectación al régimen convencional Ramsar. Este dato es fundamental para apreciar que esos elementos naturales que la actora dice que han sido dañados, no presentan un posicionamiento legal que impida su transformación ambiental mediante el uso racional del agua que Fallos 310:2478 ha reconocido y mantenido por decisión de VE.

4. En el caso del desarrollo de los usos actuales mendocinos y sus efectos sobre los ecosistemas de la cuenca (los que no empiezan en La Pampa), un siglo después de la transformación producida por las políticas públicas, los fenómenos naturales de la **resiliencia y transformación adaptativa** ha generado la conformación del actual sistema ambiental de la zona, adecuando las



capacidades de carga a la condición naturales imperante en los últimos 100 años⁴⁹⁴.

Es falso que los humedales hayan sido destruidos. Los mismos funcionan ecosistémicamente con aportes desde el río Atuel que la misma actora reconoce como superiores a un caudal medio de 10 m³/s en el arroyo La Barda, además de los restantes aportes de los cursos Curacó, y Salado-Chalideuvú.

También en el Expediente 8259/2001, acompañado por la actora como prueba documental (Anexo 4), puede observarse con claridad la existencia de caudales en el río Atuel, en territorio pampeano. La tabla obrante a fs. 17 de ese expediente muestra un módulo en territorio pampeano superior a **8 m³/s**, y con caudales presentes en **todos los meses del año**, con caudales medios que todos los meses se encuentran **entre 6 y 18 m³/s**, con excepción de noviembre donde el caudal es **cercano a 4,5 m³/s**. Es decir, el caudal existente que confirman estos datos es en el peor momento igual al caudal ecológico reclamado en este proceso, y en general siempre es sustancialmente mayor al mismo.

Esto últimos conceptos son importantes, ya que el ambiente natural, hoy se ha adaptado a las transformaciones antrópicas producidas, funcionando de modo que los aumentos y disminuciones de caudal son parte de su ciclo normal sin afectar las

⁴⁹⁴ Ver en este sentido el Informe del Departamento General de Irrigación (INFORME RELATIVO AL COMPORTAMIENTO HIDROLOGICO DE LA CUENCA DEL RIO ATUEL) que acompañamos como prueba.

relaciones ecosistémicas, y presenta una característica propia que no puede desconocerse, ni en la cuenca del Atuel, ni en la pampa cultivada con soja o en las ciudades construidas en el resto del territorio pampeano. Hoy pretender cambiar los ecosistemas y sus actuales dinámicas estabilizadas a lo largo de un siglo de funcionamiento, es en realidad un daño ambiental, o al menos una nueva transformación del entorno natural como está hoy configurado.

5. Por otra parte, y desde el punto de vista probatorio, debemos poner de manifiesto que **la actora no acredita de modo alguno -en realidad ni siquiera lo intenta- la existencia del daño que propone.**

Aunque la actora acompaña un estudio de la Universidad Nacional de La Pampa vinculado a caudales ecológicos, **en realidad tal documento probatorio no refiere a la existencia de un daño al ambiente**, sino que sólo efectúa el **análisis, evaluación y propuesta de caudales mínimos en el sistema del curso inferior del río Atuel en la jurisdicción pampeana**, a fin de realizar recomendaciones a las autoridades provinciales, todo ello “en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en Autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos”, en modo especial en el dispositivo 3) de la parte resolutive en la que decide “exhortar a las



partes a celebrar convenios tendientes a la participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel”⁴⁹⁵.

Esto surge con claridad de lo expuesto en el Capítulo 13 de ese Estudio, dedicado a la “Determinación del caudal fluvioecológico”. En el mismo, en la página 13-10 se expresa:

El estado del ambiente y su evolución en los bañados del Atuel depende, por una parte, de la propia dinámica del sistema natural en de la cuenca (sic.), y por otra, de las **influencias que recibe directamente atribuibles a las actividades humanas** así como también a aquellas originadas en cambios ambientales externos. Es por ello que **no sería particularmente útil describir escenarios puramente ambientales desconectados de los aspectos sociales** en que se integran. Asimismo, las prioridades de gestión relacionadas con la sostenibilidad ambiental del área dependerá también de la situación política, económica y social de las áreas involucradas.

Por ello **se han definido cuatro escenarios alternativos** en función de las “fuerzas impulsoras” y sus descriptores en el horizonte de tiempo considerado. Los cuatro escenarios representan **alternativas de futuro** para la zona de los bañados que consideran situaciones posibles de ocurrir a partir de la situación actual en un plazo de 15

⁴⁹⁵ Véase en este sentido la introducción y objetivo del referido “Estudio para la determinación del caudal mínimo necesario para el restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del río Atuel” – Informe Final, acompañado probatoriamente como Anexo II por la actora en su demanda.

a 30 años. Por supuesto que existen otros escenarios posibles e infinitas combinaciones y variantes intermedias, pero los presentados aquí fueron seleccionados con el objetivo que ilustren alternativas diferentes.

Con claridad, entonces, el estudio que acompaña probatoriamente La Pampa **no consiste en lo más mínimo en un análisis de daño ambiental**, es decir, un análisis que ponga de manifiesto las características positivas y negativas de las transformaciones ambientales producidas, y sobre ello pondere en general si el resultado ha sido una alteración negativa.

Muy por el contrario, **el objetivo mismo del estudio deja en claro que propone políticas alternativas a las actuales**, políticas actuales que han definidas históricamente por las autoridades territoriales y nacionales, y reconocidas en Fallos 310:2478 a través de la tutela de los usos actuales.

Y esas “eventuales” políticas que se proponen se manifiestan en cuatro escenarios alternativos destinados a ser propuestos a las autoridades. Pero para nada el estudio fundamenta la existencia de un daño ambiental, sino sólo de una situación fáctica que incluso reconoce como posible de mantenerse⁴⁹⁶,

⁴⁹⁶Dentro de los escenarios previstos en tal Estudios como posibles, el “Escenario 1” implica mantener el actual *status quo* tal cual fue dispuesto en Fallos 310:2478; y los restantes escenarios procuran distintas magnitudes de



situación que –además reconoce- proviene de la misma decisión dada por VE en Fallos 310:2478.

Con ello, este estudio lo que procura acreditar en lo más mínimo es que exista un daño ambiental, sino sólo que es posible establecer un mecanismo de distribución de aguas alternativo al actual, a cuyo efecto define distintas posibilidades y escenarios, siempre sesgados hacia un concreto desarrollo económico en La Pampa.

Resaltamos que esa definición de escenarios, para nada tiene en cuenta los criterios internacionales e intrafederales admitidos en torno a los usos de curso de aguas interjurisdiccionales, como son los expuestos supra a partir de la jurisprudencia comparada, la Convención de Nueva York o las Reglas de Helsinki o Berlín. Tampoco tiene en cuenta los principios y pautas definidos en Fallos 310:2478 como base de todo acuerdo futuro, los que tienen por eje el respeto de los usos actuales y la recuperación de caudales sólo si resulta conveniente (ver supra).

A pesar de ello, y desnudando el verdadero objeto de la demanda, los escenarios que procuran alterar el actual *status quo* dentro de límites que no causen inundaciones esconden bajo sus aspectos sociales el desarrollo de usos productivos en La Pampa.

la misma posesión de caudales que le fue negada a La Pampa en ese proceso dirimente por ser inconveniente, asignando en todos los casos.

Así, el Escenario 2 (modulo de 9,5 m³/s), sin considerar de modo alguno el efecto que producirá en Mendoza tal cambio, ni los elementos que justifican este cambio frente a los criterios de los usos equitativos y razonables tenidos en cuenta por VE en Fallos 310:2478 y en general en el derecho interestadual de aguas, pretende que en La Pampa se realicen las utilizaciones que jurídicamente se rechazó en 1987:

Aspectos sociales: Este escenario presenta una **realidad ambiental en la que el río se constituye en un recurso hídrico susceptible de aprovechamiento -productivo, recreativo, turístico, entre otros-** exigiendo una gestión integrada y un manejo cooperativo. Se eliminan las consecuencias negativas de la interrupción del suministro de agua y de mediar obras de encauzamiento y regulación de los caudales, se evitarán desastres y se minimizarán los efectos negativos que presentan las sueltas y crecidas del escenario anterior.

En definitiva, bajo el ropaje del daño ambiental, la actora no busca otra cosa que replantear lo ya resuelto en 1987, y generar una posesión de caudales para políticas de desarrollo que resultan contrarias al uso equitativo y razonable del curso de agua verdaderamente ponderado en Fallos 310:2478.

Esta ruptura, es clara en la demanda, en cuanto procura un caudal inmediato en perjuicio de la asignación a los usos actuales ya dispuesta por VE (p. 307), e incluso como solución de fondo una esorrentía desde Carmensa o la construcción de un canal



desde esa localidad (p. 312 y 317), líneas de acción que se basan en la afectación de los caudales que corresponden a los usos actuales.

A su vez, rechaza indebidamente otras alternativas que han sido propuestas por Mendoza en las negociaciones, como el trasvase de caudales desde el río Colorado (p. 328), argumentando para ello falsedades. El referido trasvase nada tiene que ver con la eventual realización de otro similar entre el río Negro y el Colorado, ya que ello es una relación que el Convenio del río Colorado de 1976 contempló en su artículo 4º como algo potencial e independiente de los acuerdos allí arribado, y que en su caso sólo involucraría a Río Negro, Neuquén y Buenos Aires, siendo extraño tal tema para La Pampa y Mendoza. Es más, hoy en día, La Pampa trasvasa las aguas del río Colorado al norte de su provincia, lo que confirma que su argumento es meramente banal e inconducente.

Finalmente, el revestimiento de la red de riego que menciona y de los sistemas de riego (p. 320 y 329), es justamente lo que esta parte ha realizado desde 1987 para reducir los déficit existentes (ver punto VII.4.b.3.6), tal cual acredita el informe del Departamento General de Irrigación que se acompaña, del que surge que en realidad la generalidad del ahorro posible ya se ha producido a partir de una fuerte inversión, el cual ha sido sumamente limitado en cuanto a disponibilidad que genera, con lo que no existe posibilidad de obtener producidos en tal concepto. Además, la alternativa de efectuar un canal impermeabilizado en las Juntas (p. 328), la misma no sólo es inconveniente económicamente (como reconoce la actora en base a las

pericias de Fallos 310:2478), sino que además -como surge del informe de la Universidad Nacional de Cuyo que se aporta probatoriamente- es inconveniente ambientalmente por el efecto que produciría en el sitio Ramsar y área natural protegida LLancanelo.

6. No existe probanza alguna que demuestre que existe un daño ambiental, es decir, una alteración relevante y negativa, limitándose la documentación técnica acompañada a expresar posibilidades a ser consideradas para disponer una política distinta en la zona, alterando lo que ya ha sido analizado y resuelto fundadamente. En definitiva, ello no es un daño al ambiente, sino sólo un disconformismo con la conformación y el grado de evolución de las políticas públicas en la materia y su reconocimiento y consolidación en Fallos 310:2478.

7. Finalmente, **pero no por ello menos importante sino todo lo contrario**, la actora sostiene con apoyo en el estudio de caudales que acompaña que sería necesario establecer un caudal ecológico mínimo de 4,5 m³/seg.⁴⁹⁷

Incluso, especulando con obtener un cupo de los caudales que se asignaron a los usos actuales mendocinos, entiende que **aunque caudales superiores a 2,24m³/seg** aguas abajo de Carmensa llega esorrentía al territorio pampeano⁴⁹⁸,

para obtener un caudal ambiental de **4,5 m³/s** determinado en el “Estudio para la determinación del

⁴⁹⁷ Página 309 de la demanda.

⁴⁹⁸ Página 315 de la demanda



caudal mínimo necesario para el restablecimiento del sistema ecológico fluvial en el curso inferior del Río Atuel” (UNLPam. 2005), sería necesario que en Carmensa se registre un **caudal medio** superior a 6m³/s, necesario para asegurar una mínima esorrentía permanente⁴⁹⁹.

Para sobre tal base concluir –con una manifiesta incongruencia que sólo se explica en el afán de la actora de construir un “relato” romántico⁵⁰⁰- que para asegurar esa esorrentía mínima basta abrir las compuertas en Carmensa⁵⁰¹.

Sin embargo, las estaciones de aforo existentes en Carmensa muestran que el 73% de los días existen esorrentías aguas debajo de más de 2,24 m³/seg, es decir, que lo habitual es que los caudales excedentarios de los usos actuales mendocinos lleguen por sí solos al territorio pampeano. Incluso, en más del 50% de los tiempos el caudal que escurre aguas debajo de

⁴⁹⁹ Página 316 de la demanda

⁵⁰⁰ En Carmensa no existe ningún embalse, ya que los únicos embalses que retienen caudales son los construidos por la Nación. Las tomas de aguas allí existentes son para servir a las últimas propiedades del sistema, con lo que las infraestructuras de Carmensa no retienen caudales, sino que sólo los desvían al consumo.

⁵⁰¹ Página 317 de la demanda

Carmensa supera los 6m³/s de caudal medio que requiere una escorrentía permanente de 4,5m³/s en La Pampa⁵⁰².

Pero además de ello, resaltamos que como ya hemos referido y acreditado, la misma actora publica habitualmente, e informa a través del sistema *on line* de su propia autoridad del agua, que el río Atuel en su territorio y los humedales asociados al mismo presentan caudales muy superiores a tal módulo. Caudales que indudablemente no dependen de aportes realizados por la gestión mendocina, sino que refuerzan esos últimos con afloramientos de aguas subsuperficiales o pluviales, tal cual surge de la probanza acompañada en base a estudios del Departamento General de Irrigación que demuestran que el comportamiento de la cuenca por debajo de Carmensa no guarda dependencia directa de los caudales excedentarios del riego.

Recordemos una vez más este importante dato que publica la actora: el **Arroyo La Barda** (brazo del río Atuel que ingresa a La Pampa) presenta **caudales medios de al menos 8 m³/seg**, según ha publicado reiteradamente el Gobierno de La Pampa⁵⁰³. Esta cuantificación de caudales es concordante con el sistema

⁵⁰² Ver en este sentido el informe de la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos probatoriamente.

⁵⁰³ Ver: *El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en:



de información on line que presenta la autoridad del agua de La Pampa⁵⁰⁴ donde obra documentos que expresan que:

De acuerdo a los registros existentes en APA y SRH, **el caudal medio anual para el arroyo de la Barda en puesto Jacinto Ugalde en el período 1982/2007, es de 10,20 m³/seg.**

Es más, estos valores se reafirman a partir las constancias existentes en estudios técnicos elaborados por la autoridad del agua pampeana junto a la Universidad Nacional de La Pampa, que obran en la prueba documental acompañada por la actora⁵⁰⁵, acorde a los cuales el caudal medio anual en Puesto Ugalde es de 8,6 m³/s, volumen que es superado en al menos el 30% del tiempo, observándose que sólo el 18% de los días existe una merma total de caudal.

<http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>.

⁵⁰⁴ Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.

⁵⁰⁵ Anexo 10 de la prueba documental de la actora, Estudio “Análisis de la Interacción Agua Superficial y Subterránea y su Influencia en los Ecurrimientos en el Tramo inferior de Cuenca del río Atuel”. Estudio “Análisis Hidrológico del Río Atuel en la Cuenca Inferior”, Universidad Nacional de La Pampa, obrante en Anexo 9 de la prueba documental de la actora.

También en el Expediente 8259/2001, acompañado por la actora como prueba documental (Anexo 4), puede observarse con claridad la existencia de caudales en el río Atuel, en territorio pampeano, que cumplimenta de manera plena el objeto que la demanda reclama como caudal ecológico. La tabla obrante a fs. 17 de ese expediente muestra un módulo en territorio pampeano superior a **8 m³/s**, y con caudales presentes en todos los meses del año, con caudales medios que todos los meses se encuentran **entre 6 y 18 m³/s**, con excepción de noviembre donde el caudal es **cercano a 4,5 m³/s**. Es decir, el caudal existente que confirman estos datos es en el peor momento igual al caudal ecológico reclamado en este proceso, y en general siempre es sustancialmente mayor al mismo.

Además del río Atuel, otros cauces de mucha mayor importancia alimentan a los bañados y enlagueamientos, todo ellos con caudales incluso tan importantes como el río Atuel antes de los usos mendocinos.

El sistema hídrico al que están asociados esos humedales también recibe aportes significativos del cauce Salado-Chalideuvú que presenta aportes del orden de los **30 m³/s como caudal medio**, según la información que publica el Gobierno pampeano⁵⁰⁶ y reafirma su autoridad del agua en su propia web⁵⁰⁷, donde se expresa:

⁵⁰⁶*El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica*. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, N°3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - N° 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900). Consulta: 16 de julio de 2015. Disponible en:



En tanto, [el caudal] para el río Salado a la altura del puente de la ruta provincial N° 10 es de 36,69 m³/seg en el período 1987/2008.

Incluso la parte baja del sistema hidrológico al que pertenecen esos humedales también recibe aportes significativos del Río Curacó, con un **caudal promedio de 31,43 m³/s**, lo que incluso ha sido atendido para el desarrollo productivo por la autoridad pampeana⁵⁰⁸.

Entonces, reclamar un caudal de 4,5m³/seg mediante una erogación de un caudal medio de 6m³/s en

<http://www.lapampa.edu.ar:4040/rep/index.php/biblioteca-digital/item/el-agua-en-la-pampa>

⁵⁰⁷ Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>. Consulta: 20 de julio de 2015.

⁵⁰⁸ El estudio “ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE LAS OBRAS DE REGULACION Y MANEJO DEL RÍO CURACO EN LA ZONA DE LA LAGUNA LA AMARGA - INFORME FINAL”, de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa, que considera el aprovechamiento productivo de las aguas del río Curacó y su análisis hidrológico, puede consultarse en: <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5924-proyecto-obras-en-el-tapon-de-alonso.html>. En igual sentido, “CANAL DE DERIVACIÓN Y REGULACIÓN DEL RÍO CURACÓ – TAPÓN DE ALONSO”, también de la misma autoridad de aguas de La Pampa, disponible en <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5945-obra-puelches.html>. Ambos estudios fueron consultados en 15 de julio de 2015.

Carmensa, cuando ya se tiene en existencia un caudal de 10 m³/seg, desnuda que en realidad el objeto de esta demanda es ficticio y forzado. Más aún si sumamos los aportes de más de 60m³/ que realizan los restantes cursos de la zona, no pudiendo desde esta perspectiva sostenerse con un dejo mínimo de seriedad que el hecho dañoso que se invoca realmente existe.

b- Inexistencia de acción u omisión de la Provincia de Mendoza

Establecido que en realidad no existe un daño sino una transformación del entorno humano que generaron las políticas públicas que valoraron positivo tal desarrollo, debemos observar que además, no corresponde a la acción mendocina el estado actual del ambiente pampeano.

No desconocemos en este sentido que la política de desarrollo mendocino ha absorbido gran parte del caudal del río Atuel. Pero ese desarrollo, no resultó de generación espontánea, sino que conllevó décadas –en Fallos 310:2478 se tiene por acreditado que inició a fines del siglo XIX y se consolidó hacia 1930-, tiempo en el cual las desiguales políticas implementadas por la autoridad responsable del territorio nacional donde asienta actualmente la quejosa implicaron una ausencia de usos actuales del agua en ese territorio.

Al resolverse sobre la participación equitativa y razonable en el río Atuel, en Fallos 310:2478, VE



determinó en base a esa diferencia, que debía mantenerse el desarrollo prioritario realizado en base a los usos actuales.

Entonces, si el territorio pampeano se desarrolló de manera limitada en el tiempo, si su configuración a la luz del principio de la participación equitativa y razonable quedó limitado por la ausencia de “usos actuales”, ello no es una responsabilidad de las políticas que –en ese momento- ejerció Mendoza de manera diligente, sino de las faltas de políticas de desarrollo en el actual territorio de La Pampa, o en su caso de políticas que privilegiaron y privilegian el desarrollo del extremo norte de esa provincia.

No es la acción de Mendoza la que configura la realidad pampeana, sino la omisión de políticas en ese territorio sumado a políticas activas de potenciar el norte pampeano por sobre el sur de esa provincia (como lo demuestra la falta de desarrollo de 25 de Mayo a pesar de tener recurso hídrico de sobra, y la construcción de un acueducto para derivar ese recurso al norte de la provincia y no a la zona de la cuenca del Atuel), siendo todo ello ajeno a la voluntad de Mendoza. La acción mendocina, plenamente jurídica – como veremos- ante falta de otros usos aguas abajo, no es la que configuró el territorio pampeano.

Tampoco ha existido una omisión de Mendoza en acordar. No sólo porque ello está vinculado al resultado de una negociación, lo que conlleva una obligación de medios que Mendoza ha cumplido adecuadamente (ver en este sentido el punto VII.3.b de este responde), sino incluso porque ante la imposibilidad de

generar usos futuros de las aguas del río Atuel han existido acuerdos disponiendo de caudales extraños a ese río, que eran exclusivamente mendocinos, lo que conlleva un esfuerzo negocial significativo que excluye la supuesta omisión.

A ello debemos sumar que en realidad, es a partir de la construcción del dique El Nihuil, dispuesto por Ley Nacional 12650, donde el escurrimiento del río Atuel se detiene y embalsa, regulándose su utilización de modo en que la esorrentía disminuye marcadamente.

Como ya hemos expresado supra, ese emprendimiento respondió a una política de fomento nacional, cuya decisión es un resorte privativo de Congreso (art. 75 inc. 18 CN), y con ello no puede asignarse a Mendoza responsabilidad sobre la misma de modo alguno.

Con todo ello, la actual situación del suroeste pampeano, no depende de las acciones y omisiones de Mendoza, sino de las propias de las autoridades de esa provincia.

c- Inexistencia de antijuricidad

Tampoco existe en el caso una situación antijurídica que pueda ser atribuida a Mendoza.

La acción de consumo de agua que históricamente ha producido la Provincia de Mendoza, mediante el



otorgamiento de concesiones en la cuenca del río Atuel, no es un actuar antijurídico.

Justamente, la legalidad de tal desarrollo agropecuario ha sido objeto del pronunciamiento de la Corte de 1987, donde se concluyó que **tales usos respondían a las reglas y principios jurídicos que dominan la cuestión**, de modo que se rechazaba la pretensión pampeana en tanto Mendoza no superara los usos actuales de 75761 has.

Este antecedente judicial y su estabilidad como cosa juzgada exime de todo análisis en cuanto a la posibilidad de que exista una acción antijurídica en el desarrollo de consumos de agua concesionados, dentro de esas 75671 has, por la Provincia de Mendoza.

Por ello, la conducta de la Provincia de Mendoza resulta acotada a derecho de manera clara, y por ello no puede sostenerse que existe responsabilidad ambiental en la misma. El actual consumo existente en Mendoza de aguas del río Atuel es plenamente legal, en cuanto se encuentra dentro de los **parámetros objetivos de hasta las 75761 has que estipuló esa misma Corte Suprema de Justicia** en 1987.

Tampoco la falta de celebración de acuerdos sobre usos futuros deviene en un actuar antijurídico que pueda generar responsabilidad.

La omisión antijurídica es un presupuesto de la responsabilidad que tiene como exigencia para su constitución una abstención a un obrar debido, es decir, cuya exigencia es producto de la ley o el derecho⁵⁰⁹.

En este sentido, como explica claramente HUTCHINSON, para que una omisión resulte antijurídica requiere que en su configuración el Estado incumpla una obligación legal expresa o razonablemente implícita en lo expreso, siendo necesario para que exista tal requisito que se trate de una obligación, es decir de un deber concreto, y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa: en concreto debe tratarse de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aún cuando para ello fuere menester cumplimentar determinadas cargas procesales.⁵¹⁰

La parte actora sostiene equivocadamente que habría existido una omisión maliciosa por parte de Mendoza en celebrar los acuerdos pertinentes con su par pampeana sobre “usos futuros” de aguas del río Atuel, argumentación manifiestamente equivocada y groseramente desajustada a derecho a partir de la cual pretende hacer nacer las responsabilidades que reclama.

⁵⁰⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, Tº I, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1998, pág. 64 y ss.

⁵¹⁰ HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad estatal por omisión en cuestiones ambientales”, en *Daño Ambiental*, Tº I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 76



Sin embargo, en primer lugar, no existe una obligación de celebrar acuerdos sobre usos futuros que pueda dar lugar a una omisión generadora de responsabilidad. Debemos recordar que el resolutivo tercero de la sentencia recaída en los ya citados Fallos 310:2478 resulta una exhortación a las partes de ese proceso a celebrar acuerdos relativos a una participación razonable y equitativa en los usos futuros del agua, es decir aquellos que se produzcan por sobre los usos actuales reconocidos a favor de Mendoza.

A diferencia de lo dispuesto en los resolutivos primero y segundo de la sentencia referida, el resolutivo tercero no conlleva establecer una decisión relativa a la controversia propiamente dicha con un mandato o prohibición (como sería alterar el uso preexistente), sino conexo a la misma.

En este sentido resultan ilustradoras las consideraciones que LORENZETTI realiza sobre este tipo de decisiones: “La sentencia exhortativa contiene una declaración sobre la vigencia de un valor o principio constitucional cuya implementación corresponde a otros poderes, y una “exhortación” para que lo haga efectivo. No se consagra una obligación jurídica determinada sino indeterminada y de valor político. No hay un derecho a exigir el cumplimiento, y su finalidad es llamar la atención y fortalecer el debate parlamentario sobre el tema”⁵¹¹.

⁵¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley, Buenos Aires, 2008., pág.148.

En el caso concreto, mientras que el establecimiento del respeto del uso preexistente en Mendoza resulta una obligación jurídica que la Corte impone como asignación equitativa y razonable entre las partes en el resolutivo 2º de la sentencia referida, rechazando el planteo pampeano al respecto, la exhortación a celebrar acuerdos sobre usos futuros implica meramente llamar la atención a las partes sobre la constante necesidad de cooperar y negociar en el marco de la comunidad de intereses que implica un curso compartido.

Con ello, el pronunciamiento de la Corte aparece con una naturaleza mixta. En parte, constituye una sentencia desestimatoria, en cuanto –en relación a los usos actuales- rechaza la pretensión pampeana por entender que el uso equitativo y razonable está presente en el caso a la luz del Derecho interestadual. Y en parte, es una atípica sentencia de naturaleza exhortativa “de delegación”, en cuanto -en relación a los usos futuros- sin invadir la esfera de las autoridades políticas provinciales les recomienda ejercer sus potestades, pero encauzándolas: “sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de esta sentencia”.

Justamente, esas pautas fijadas en los considerandos de esa sentencia muestran que, como ya hemos referido: a) Existe una prioridad en el uso actual del agua a favor de las 75761 hectáreas existentes en Mendoza; b) Es posible realizar obras de aumento de eficiencia, aunque las mismas son antieconómicas, lo que limita su realización a una decisión de discrecionalidad política y no a una exigencia jurídica; c) La realización de obras de eficiencia



sobre la red de riego (como las que Mendoza ha efectuado diligentemente a partir de 1987 y a lo largo de casi tres décadas) sólo permite reducir el déficit de los usos actuales más no generar excedentes por encima de los mismos para dar lugar a otros destinos futuros sobre los recursos hídricos del curso de agua en discusión.

Con ello, es claro que el presupuesto básico de toda negociación –la posibilidad técnica, económica y financiera de acordar- no se encontraba presente y por ello es totalmente absurdo plantear que exista un incumplimiento que genere algún tipo de responsabilidad por omisión sobre Mendoza, no sólo porque una sentencia exhortativa no es un imperativo jurídico sino una recomendación política, sino además porque de las pautas fijadas en la sentencia surge claramente que los acuerdos sobre esos usos futuros presentan limitantes serios económicos para su concreción, lo que los configura como eventuales, y que la generalidad de las obras de eficiencia –que se han realizado con los años- solo reducen el déficit de suministro de los usos actuales.

Gran parte del erróneo planteo de la actora deviene de su sesgado posicionamiento, donde en lugar de atender alternativas y posibilidades, sostiene tenazmente que no otorgarle lo que pretende es no negociar. Claro que las pautas y principios que dio VE en Fallos 310:2478 determinan algo muy distinto, en la medida en que el acuerdo sobre usos futuros debe estar ceñido al principio de participación equitativa, lo que conlleva a no celebrar acuerdos ante usos inconvenientes.

Además de ello, en segundo lugar, debemos resaltar que no existe una obligación de acordar en el Derecho Interestadual –en el caso, intrafederal- que rige a las provincias involucradas en el desarrollo del entorno humano en cuestión. Las obligaciones que atañen a las partes de las relaciones intrafederales conllevan la obligación de negociar, deber que Mendoza ha cumplido plenamente, como surge de las actividades que han permitido arribar a diversos tratados y acuerdos suscriptos, e incluso cuando las circunstancias lo permiten discrecionalmente ratificados.

Este aspecto no es menor, ya que incluso alguno de esos tratados importan obras de infraestructura efectivamente construidas que cotidianamente hoy en día suministran agua para las necesidades vitales de la totalidad de habitantes del área de influencia del río Atuel en la Provincia de La Pampa, con recursos hídricos propios de Mendoza que no pertenecen a dicha cuenca, y sobre los que La Pampa no tenía prerrogativa ni expectativa alguna.

En este sentido, debemos recordar que negociar no importa necesariamente la obligación de acordar, pero sí de desarrollar de buena fe acciones tendientes a alcanzar el acuerdo. Es por ello una obligación de medios, que se cumplimenta desarrollando los esfuerzos razonables por conciliar los intereses inicialmente enfrentados⁵¹², debiéndose continuar la relación negocial

⁵¹² Corte Internacional de Justicia, sentencia del 20 de febrero de 1969 en *North sea continental shelf cases*, págs. 3 y ss. En igual sentido, art. 17.2 de la Convención de New York de 1997.



durante todo el tiempo en que sea posible⁵¹³, pero no necesariamente la negociación ha de concluir exitosamente⁵¹⁴.

Con ello, y llevando los conceptos referidos en el párrafo anterior al derecho intrafederal, la definición de mayores caudales para dar lugar a aprovechamientos futuros del agua que permitan un caudal en beneficio del territorio pampeano es un resorte que las provincias involucradas –La Pampa y Mendoza- deben negociar, llevando tal relación adelante todo el tiempo que resulte adecuado, aunque las circunstancias no permitan en gran parte del proceso llegar a un acuerdo.

⁵¹³ Conforme el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional, opinión consultiva del 15 de octubre de 1931 en *Railway traffic between Lithuania and Poland (railway sector landwarów-kaisiadorys)*, en *Judgments, Orders and Advisor y opinions*, Series A/B No 42, Registro general n° 39, Leydes, 1931, págs. 108 y ss., donde se entendió que la obligación de negociar: “no sólo consiste en establecer negociaciones, sino también en proseguir éstas lo más lejos posible con miras a concertar acuerdos”. En sentido concordante, Corte Internacional de Justicia, opinion consultiva del 20 de diciembre de 1980 en *Interpretation of the Agreement of 25 march 1951 between the WHO and Egypt, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders*, 1980, pág. 73.

⁵¹⁴ El Tribunal Arbitral en el *Affaire du lac Lanoux* (sentencia del 16 de noviembre de 1957) observó la necesidad de negociar de buena fe, lo que implica que las partes deben tener en consideración los intereses recíprocos y tratar de conciliarlos efectivamente. Pero la ausencia de acuerdo, no conlleva limitación a la soberanía de ninguna de las partes, las que pueden continuar sus cometidos.

Aunque la actora pretende achacar a esta parte una supuesta responsabilidad por daño ambiental sosteniendo que se ha incumplido la obligación de cooperación, esa plataforma fáctica no sólo es falaz y es manifiestamente errada desde una perspectiva jurídica, sino que desconoce que sí han existido acuerdos de diversas índoles en el marco de un constante proceso negocial que muestra la voluntad de Mendoza en llegar a acuerdos en la materia.

En tal concepto –al relatar los hechos- se refirió al protocolo de entendimiento en 1989, como ámbito para coordinar acciones cotidianas de gestión de los gobiernos y generar bases que sí puedan dar lugar a tratados que comprometan jurídicamente a las partes. Y en ese marco ambas provincias han efectuado constantes negociaciones, con grandes avances que en ocasiones se manifestaron como tratados interprovinciales de distintas materias, y en otras aunque no lograron esa consolidación jurídica con seguridad si reflejan trascendentes esfuerzos políticos en acercar posiciones según los intereses de las partes, incluso en ocasiones desarrollando obras sobredimensionadas en Mendoza para los eventuales transportes de caudales que pudieran surgir de las negociaciones, o disponiendo de caudales propios de Mendoza para beneficiar a la población en el territorio de La Pampa.

Con ello, nuevamente queda claro que no existe una omisión antijurídica en cooperar.

En tercer lugar, y muy relacionado a lo señalado en los últimos párrafos, ha explicado claramente



HUTCHINSON que no puede surgir responsabilidad ambiental por omisión cuando el Estado actúa dentro de su esfera discrecional, eligiendo una solución por sobre otras posibles. Por ello, “no es posible responsabilizar al estado cuando elige, en su presupuesto, priorizar una actividad sobre otra [...]. O sea, no responde en principio por omisiones “válidas””.⁵¹⁵

Es muy importante en este sentido recordar que en las consideraciones dadas en Fallos 310:2478, las que la Corte impone como bases que deben guiar posibles acuerdos sobre usos futuros, ha quedado de manifiesto que realizar obras de aumento de eficiencia presenta como carácter un actuar antieconómico para las provincias involucradas, sin que exista ningún estudio que desvirtúe esto, ni ninguna argumentación de la contraria al respecto.

En particular, en Fallos 310:2478, al analizar la viabilidad de obras para generar usos futuros en La Pampa, la Corte atiende en el Considerando 114 que la magnitud de tales obras llevarían al menos tres décadas desde su comienzo, agregándose en el Considerando 113 de que:

Estos costos y su financiación superan ampliamente toda factibilidad económica financiera ante los relativamente magros resultados de producción y beneficios que podrían obtenerse considerando solamente el noroeste de la Provincia de La Pampa

⁵¹⁵ HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad estatal por omisión en cuestiones ambientales”, en Daño Ambiental, Tº I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 78.

Hilando esas consideraciones, y luego de apreciar en el Considerando 123 que la jurisprudencia comparada reconoce como principio que **solo pueden resultar exigibles medidas de conservación de caudales que sean económica y físicamente posibles de manera accesible**, en el Considerando 124 la Corte entiende que **tal máxima resulta totalmente aplicable al caso que examina**, donde se ha comprobado que aún con razonables medidas de conservación no se generan excedentes y donde los trabajos necesarios para ello no parecen financiera ni físicamente posibles.

Todo estos aspecto ya analizados en un proceso anterior, los hemos traído nuevamente al análisis a efectos de significar que dentro de las pautas fijadas para encauzar la exhortación a negociar que indebidamente se acusa como incumplida, era manifiesto que el objeto de tal potencial acuerdo exigía esfuerzos de las partes **más allá de la diligencia debida**, ya que deben asumir obras que resultan antieconómicas y de difícil realización física, tal como está acreditado en los autos donde se emite el pronunciamiento publicado en Fallos 310:2478, y reconoce ese mismo pronunciamiento con efecto de cosa juzgada que debe resultar base de futuros acuerdos (resolutivo 3 de esa sentencia).

Y en particular, resaltamos que justamente es una decisión discrecional de las políticas públicas disponer recursos económicos para intervenir en la realidad con



mecanismos de fomento que permitan el desarrollo de tales obras en condiciones antieconómicas.

Por ello, aún cuando el Poder Ejecutivo mendocino haya tenido una constante voluntad de negociar, y haya buscado aunar consensos en propuestas para realizar acciones, estudios y obras tendientes a los acuerdos necesarios para generar los usos futuros, lo cierto es que constitucionalmente es una potestad discrecional de la H. Legislatura aprobar dichos tratados, y en especial disponer presupuestariamente de fondos para ser utilizados en esa necesidad y no en otras que resultan más provechosas a criterio del legislador competente.

Si la Legislatura de Mendoza no ha aprobado acuerdos o acciones que el Poder Ejecutivo ha buscado concertar en un proceso de negociación, como por ejemplo invoca la actora en relación a la actuación de representantes del ejecutivo mendocino en el ámbito de la CIAI que acordaron la presupuestación de fondos para estudios en conjunto, ello no es más que el ejercicio de una potestad discrecional de la autoridad que debe dictar el presupuesto, y claramente que su actuar discrecional no puede generar responsabilidad, especialmente cuando el contexto completo del asunto en análisis muestra que tales acciones responden a desarrollos que resultan inconvenientes desde el análisis técnico-económico.

Es absurdo sostener que esa decisión discrecional es ilegítima. Especialmente cuando la misma actora ha tomado decisiones similares, priorizando otras inversiones que inciden

negativamente en el eventual acceso al agua en la región conexas al río Atuel: Recordemos que La Pampa ha optado en construir un acueducto que lleva agua desde el Colorado a toda la geografía provincial menos la cuenca del Atuel.

d- Inexistencia de daño injusto

Si bien ya hemos establecido que no existe acción u omisión antijurídica alguna en el actuar de la Provincia de Mendoza, y que se han celebrado acuerdos eficaces para satisfacer las necesidades de agua de la población involucrada en el territorio pampeano incluso a pesar de que las obras de eficiencia aún no cubren el déficit existente en los usos de Mendoza, queremos poner de manifiesto que tampoco puede argumentarse que aunque acorde a derecho, la situación generada entre Mendoza y La Pampa resulte un “daño injusto”.

La conformación del entorno colectivo en base al uso del agua en dicha zona depende del acuerdo interprovincial o en su defecto de la decisión dirimente de la Corte de Justicia (arts. 124, 125 y 127 CN), y en el caso concreto ante la falta de acuerdo la Corte resolvió **en Fallos 310:2478 -con carácter de cosa juzgada- que el uso actual que realiza Mendoza es equitativo y razonable, no existiendo derecho actual de La Pampa al uso de las aguas en tanto no se superen las necesidades actuales de Mendoza y sus 75761 has, y con ello mal puede pretenderse que el esquema existente resulta injusto.**



Por ello, las limitaciones al acceso al recurso agua en el territorio de La Pampa no puede encontrar su encuadre dentro del concepto de un daño que aunque legítimo resulte injusto, y merezca algún tipo de satisfacción.

e- Inexistencia de factor de atribución

No desconocemos que la Ley 25675 ha regulado la responsabilidad ambiental dentro de la esfera propia de la responsabilidad objetiva (art. 28), contemplando que la exención de responsabilidad sólo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (art. 29).

Sin embargo, creemos que el caso exige ciertas precisiones que deben meritarse. Básicamente, el acto que se atribuye a Mendoza sería una omisión⁵¹⁶ en celebrar acuerdos sobre los “usos futuros” de las aguas del río Atuel, por sobre los “usos actuales” existentes, que representan las 75761 has reconocidas en Fallos 310:2478.

⁵¹⁶ El objeto de la demanda, en este sentido, especifica esta omisión en primer lugar, para construir a partir de ella otros supuestos incumplimientos conexos (incumplimiento de tratados, afectación de derechos al agua y crecimiento armónico), requiriéndose que se fije un caudal al respecto.

Sin perjuicio que resaltamos que tal omisión no es un actuar antijurídico, y que –como veremos- no guarda relación de causalidad adecuada con el estado del ambiente humano en La Pampa, en esta oportunidad debemos señalar que tampoco entendemos que esté presente la imputabilidad como presupuesto de la responsabilidad que pretende adjudicarse a Mendoza.

En primer lugar, observamos que siendo que la conducta que se adjudica a Mendoza frente a los eventuales acuerdos sobre usos futuros una omisión simple, la misma no resulta en sí misma la generadora directa del supuesto daño reclamado; y por ello, como analiza HUTCHINSON no puede constituirse un caso de responsabilidad objetiva como el previsto en la Ley 25675.

Con cita de Oswaldo Bandeira de Mello, el referido autor explica que la responsabilidad objetiva sólo puede estar presente ante una acción positiva del Estado que pone en riesgo al particular⁵¹⁷, pero que en el caso de omisión estatal la responsabilidad estará ligada a las características de la misma (es decir, si es culposa o dolosa), y por ello sólo se constituye como responsabilidad subjetiva.

El referido autor, concuerda con las afirmaciones que al respecto realiza GOMEZ PUENTE, acorde al cual cuando se acude al carácter objetivo de la responsabilidad, ésta se funda sobre la producción de perjuicios antijurídicos, antijuricidad que

⁵¹⁷ HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad estatal por omisión en cuestiones ambientales”, en Daño Ambiental, Tº I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007,pág 85.



alude a la inexistencia de una obligación legal de soportar un determinado perjuicio; “pero cuando el perjuicio resulta de la actividad pasiva de la Administración, si no existe la obligación de soportarlo, si es ilegal es porque la Administración tiene el deber de evitarlo actuando. O lo que es lo mismo, la antijuricidad de daño se identifica con la antijuricidad de la omisión, con la culpa en el comportamiento administrativo; esto es, con la inactividad”⁵¹⁸.

En esta misma línea también se ha afirmado que la responsabilidad por daños ambientales no es objetiva, sino subjetiva, cuando los títulos de imputación exigen analizar la conducta de aquel a quien pretende atribuirse la conducta responsable, como ocurre en el ámbito administrativo cuando pretende responsabilizarse a autoridades por una omisión de sus deberes. En estos casos, será necesaria la demostración de una falla del servicio⁵¹⁹.

Aún más, incluso autores como PIGRETTI y PASTORINO han analizado diversos elementos de la Ley 25675 que autorizan a entender que la misma, a pesar de la referencia al sistema

⁵¹⁸ GOMEZ PUENTE, citado por HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad estatal por omisión en cuestiones ambientales”, en *Daño Ambiental*, Tº I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág 84

⁵¹⁹ GIL BOTERO, Enrique y RINCON CORDOBA, Jorge Iván, *Los presupuestos de la responsabilidad ambiental en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pág. 112.

objetivo, puede dar lugar a un sistema de responsabilidad subjetiva⁵²⁰. LORENZETTI, ha observado en este sentido la evidente contradicción entre lo regulado en el art. 28 de la Ley 25675, y el texto vigente en el art. 29, respondiendo este último –al decir de ese autor- a la culpa y no a la responsabilidad objetiva⁵²¹.

En el caso que se plantea en la demanda, no se argumenta ni acredita de modo alguno que exista un simple actuar antijurídico, y menos culposo o doloso, por parte de Mendoza, sea por inacción de competencias o por carencia de un servicio a cargo de Mendoza. Tampoco hay omisión que lleve a la ausencia de convenios sobre los “usos futuros” que se reclaman. Muy contrariamente, hemos invocado y demostrado que Mendoza ha llevado adelante una conducta diligente en negociar y tratar de acordar, incluso otorgando desde 1992 un caudal de una fuente de agua ajena al río Atuel (y por ello NO INTERPROVINCIAL) en beneficio de la población pampeana.

Pero incluso si se sostuviera que el caso debe regirse por una responsabilidad de orden objetivo, entendemos que en el caso la provincia de Mendoza ha adoptado todas las medidas destinadas a evitar la actual situación en La Pampa, sin que medie

⁵²⁰ PIGRETTI, Eduardo, “¿Ley General del Ambiente?”, Anales de la Legislación Argentina, Tº 2003-A, pág. 1379. PASTORINO, Leonardo Fabio, *El daño al ambiente*, LexisNexis, 2005, pág. 251, quien afirma en este tema que no es posible tratar de manera unánime todos los daños ambientales.

⁵²¹ LORENZETTI, Ricardo, “La nueva ley ambiental argentina”, La Ley Tº 2003-C, pág. 1332.



culpa de la misma en la actual situación. Es más, la ausencia de políticas pampeanas históricas y presentes de desarrollo del ambiente humano, disponiendo incluso de las restantes fuentes que tiene disponible, implican en todo caso la culpa de esa provincia, y con ello la ausencia de responsabilidad en esta parte.

Como explicaremos al fundar la inexistencia de causalidad adecuada, en realidad el estado del ambiente humano en el oeste pampeano depende de políticas públicas del Gobierno de esa provincia, y de las que en el pasado ejerció la Nación en el tiempo en que allí se constituía un Territorio Nacional, las que no se deben basar exclusivamente del río Atuel y los potenciales “usos futuros” para desarrollarlas.

El actuar de Mendoza en este sentido no sólo no presenta culpa o dolo, sino que ha sido especialmente diligente, cuando ante la dificultad de generar “usos futuros” de las aguas del río Atuel⁵²² incluso se ha acudido a fuentes externas a ese curso de agua, como son las surgentes de Punta del Agua de dominio -y originalmente uso- exclusivo por parte de Mendoza, y se ha cedido tal uso a favor de La Pampa a través del Tratado de 1992, cubriéndose la necesidad de agua para una población del doble que la actual.

⁵²² Recordemos que está acreditado ante esa misma Corte conforme consta en Fallos 310:2478 que existen notorias dificultades físicas y económicas para cubrir las necesidades de los “usos actuales” reconocidos en la sentencia sobre 75761 has en Mendoza, y muchas más para generar “usos futuros” sobre esa superficie que puedan ser objeto de acuerdos interprovinciales.

Si aún así existe una falencia hídrica, es la política pública pampeana la que debería fijar la solución respectiva, y Mendoza no puede responder por tal política o su contenido.

Por otro lado, en lo que hace a la relación interprovincial entre La Pampa y Mendoza, nunca se han discontinuado los esfuerzos en negociar y acordar, aunque tal negociación presenta **el límite de lo posible** en el contexto determinado en la sentencia de 1987, es decir la capacidad –con las limitaciones físicas y económicas que ya se han referido- de ahorrar agua para usos futuros por encima de las 75671 has a la que Mendoza tiene derecho, y las que no logran ser abastecidas plenamente a pesar del nutrido programa de obra que se ejecuta en forma constante. Esta situación de fuerza mayor, que excusa toda responsabilidad jurídica de esta parte, debe ser vista además en el contexto del Tratado de 1992 que adjudica caudales de fuentes externas al río Atuel, lo que demuestra cabalmente la imposibilidad de arribar a soluciones en base a ese río común, así como el esfuerzo diligente en acordar.

Además de ello, la disminución de caudales que ya se ha registrado desde la época del Fallos 310:2478 y los pronósticos que se efectúan en torno al cambio climático, tal cual hemos citado supra, dan pautas claras de que las dificultades en arribar a usos futuros no resultan de faltas de voluntades o actuares negligentes de esta parte, sino de un contexto de cambio que resulta una situación de **fuerza mayor** que no puede generar responsabilidad



en el Estado de Mendoza por el mantenimiento de los usos actuales amparados en Fallos 310:2478.

f- Inexistencia de relación de causalidad adecuada

Reafirmamos que la ausencia de un convenio sobre usos futuros a generar sobre las aguas del río Atuel en los términos de la sentencia recaída en Fallos 310:2478 no implica omisión antijurídica alguna, del mismo modo que tampoco lo es el uso del agua dentro de los parámetros definidos en Fallos 310:2478.

Aun así, resaltamos que entre dicha circunstancia (completamente acorde a derecho) y el estado actual de desarrollo del área pampeana tampoco existe causalidad adecuada.

Como hemos explicado, el entorno tutelado constitucionalmente, y el derecho al mismo al que refiere el art. 41 CN, es un entorno humano, donde las autoridades deben proveer a ese derecho, así como a la utilización racional de los recursos naturales.

Ponemos de manifiesto esto en cuanto el estado actual de desarrollo ambiental en el oeste pampeano no presenta como causa, ni como única alternativa, la celebración de tratados con la provincia de Mendoza, ni el uso de las aguas del río Atuel, sino que en definitiva depende –desde la perspectiva del recurso hídrico- de las políticas públicas que emprenda o no el Gobierno de La Pampa, siendo el eventual convenio con Mendoza una condición que

puede coadyuvar a esas políticas, pero no la causa de su existencia o ausencia.

Incluso, la ausencia de “usos actuales” preexistentes en el territorio pampeano, fue una consecuencia de las políticas de las autoridades territoriales a cargo del mismo, y como se consideró en Fallos 310:2478, cuando comenzaron a consolidarse los usos mendocinos hacia 1930, los usos pampeanos ya eran inexistentes desde décadas antes, por causa ajenas al recurso hídrico y más relacionadas a la colonización ineficaz.

Valga recordar nuevamente el tratado suscripto en 1992 por La Pampa con Mendoza ha dado lugar a la satisfacción del agua necesaria para el abastecimiento domiciliario de la totalidad de la población pampeana. Esta solución, lejos de basarse en aguas del río Atuel conservadas mediante obras de eficiencia, ha implicado trasvasar agua desde una fuente ajena al río Atuel en beneficio de la población pampeana involucrada.

Ponemos este ejemplo en valor, porque la Provincia de La Pampa presenta opciones similares para cubrir la totalidad de necesidades en el área al que refiere la demanda que aquí contestamos, pero en base a recursos hídricos propios, y con ello Mendoza no puede ser responsabilizada de las políticas públicas omitidas o no priorizadas por La Pampa para el desarrollo de su territorio.

En este sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que para atribuir responsabilidad “se requiere



la demostración de un nexo adecuado de causalidad entre la omisión y el daño, lo que, si bien puede ser motivo de una amplia interpretación, no puede ser ignorado, ya que nadie puede ser juzgado conforme a criterios que no sean los de la ley"⁵²³.

Explica de igual forma MOSSET ITURRASPE que la relación de causalidad adecuada es un presupuesto de la responsabilidad por daño, donde **se debe distinguir la causa de las simples condiciones**: causa no es cualquier condición del evento sino aquella que es, en general, idónea para determinarlo, siendo efectos o consecuencias de una conducta aquellos que se verifican en el curso ordinario de la vida⁵²⁴.

Seguramente si con el devenir del avance de la tecnología en algún futuro fuera posible efectuar ahorros del agua utilizada por los "usos actuales" que corresponden a Mendoza sobre 75761 has de acuerdo a Fallos 310:2478, de modo tal que las mejoras de eficiencia permitan la existencia de "usos futuros" por sobre esa superficie, y **si Mendoza y La Pampa suscribieran un Tratado al respecto dando lugar a aprovechamientos en ambas provincias, ello sería una simple condición del ambiente humano que se desarrollaría en ambos territorios, mas no la causa de ese desarrollo.**

⁵²³ Voto del Dr. Ricardo Lorenzetti en la causa "Torrillo, Atilio y otro c. GulfOil Argentina S.A." sentencia del 31 de marzo de 2009.

⁵²⁴MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Tº I, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 1998, pág 211 y ss.

La causa del desarrollo concreto de “usos futuros” en cada territorio dependerá de políticas públicas que cada Provincia impulse al respecto, las que pueden basarse en las aguas del río Atuel que hoy no están disponibles por su consumo pleno en los “usos actuales” existentes en Mendoza acorde a lo dispuesto por la Corte en 1987. Pero también esas provincias pueden basarse en otras soluciones que recurran a otras fuentes de agua distintas a la del río Atuel.

Un ejemplo de ello es la utilización de aguas ajenas a la cuenca del Atuel y provenientes de surgentes naturales existentes en el paraje mendocino de Punta del Agua para abastecer las necesidades humanas de la población existente en el territorio pampeano que está en el área de influencia del río Atuel, tal cual acordaron ambas Provincias en 1992: cubrir las necesidades de agua de la población no depende del río Atuel, sino de una política pública que procure obras para satisfacer la demanda, independientemente del río Atuel.

De igual manera, Mendoza ha previsto un trasvase de 34 m³/s del río Colorado a la cuenca del Atuel, lo que ha sido objeto de un Tratado suscripto en 1976 con La Pampa, Buenos Aires, Río Negro y Neuquén, ratificado por leyes de todas las provincias.

En este sentido, la Provincia de La Pampa ha construido y desarrollado distintas infraestructuras de conducción



de aguas, como ya hemos mencionado, desde fuentes relativamente lejanas.⁵²⁵

Todas estas infraestructuras son de público y notorio conocimiento, al grado que esta parte las conoce por la publicidad de los actos de gobierno y las noticias que efectúan los medios masivos de comunicación, lo que nos releva de actividad probatoria, sin perjuicio de que hemos ofrecido prueba tendiente a acreditar lo expresado. De igual modo, en fs. 16 de la nota nº 445-D-2014, iniciada por la empresa Aguas del Colorado SAPEN (creada por Ley 2223 y 2654 de La Pampa), acumulada al expediente 1767-D-2014 (que acompañamos como prueba), la referida empresa enumera estos y otros acueductos, aseverando que es su función mantenerlos.

Y en esas estrategias de desarrollo mediante obras de infraestructura, La Pampa ha omitido incluir a la región conexas a la cuenca del Atuel, sea excluyéndola del sistema que se surte del río Colorado, o sea eliminando obras previstas en las planificaciones nacionales, como hemos visto que ocurrió en 2011 con el proyecto de acueducto Puelén-Santa Isabel.

⁵²⁵ Acueducto Puelén - Chacharramendi - La Reforma - Puelches (207 kms de longitud, 50m³/hora), Acueducto Casa de Piedra - Puelches (120 km de longitud, 36 m³/hora), entre otros. De especial magnitud es el Acueducto que ha construido La Pampa desde el río Colorado hasta Santa Rosa (265 km), el que continúa aún más al norte para satisfacer las zonas de General Pico (140 km más) y –posiblemente- Realicó.

Incluso, hemos puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones en este responde que La Pampa reconoce a través de sus propias publicaciones técnicas, y de las informaciones del sistema on line de su autoridad del agua, que el río Atuel en el territorio pampeano (arrouo La Barda) presenta un caudal medio notoriamente superior al caudal ecológico que se demanda en autos, con escorrentías superiores a los 10 m³/seg. Otros cauces de la zona aportan a los bañados del lugar escorrentía aún mayores, superiores a los 30 m³/seg en cada caso.

A ello, hay que sumar las disponibilidades pluviales, tanto para usos humanos como ecosistémicos, que el efecto climático reciente ha duplicado en la zona de influencia del río Atuel en territorio pampeano, tal como se ha analizado supra.

Es decir, el oeste pampeano no depende exclusivamente de obras de suministro en base al río Atuel y los eventuales usos futuros que puedan desarrollarse, sino que la Provincia de La Pampa cuenta con otras fuentes de suministro que, que en algunos casos están presentes en los cursos y entornos de La Pampa, y en otros hipotéticamente también podrían cubrir las necesidades en cuestión mediante obras de infraestructura de conducción como las que ya ha hecho: el Tratado del río Colorado, suscripto en 1976, asignó a La Pampa un caudal mayoritariamente no utilizado para abastecer una superficie mucho más extensa que la reconocida a favor de Mendoza.



Hacer depender al oeste de La Pampa exclusivamente del río Atuel, no es más que una decisión de las políticas públicas de esa provincia, especialmente cuando existen alternativas de solución hídricas que la actora aplica exclusivamente para satisfacer otras regiones –incluso zonas más húmedas– de su territorio.

En este sentido, la distancia entre el agua hoy disponible en el río Colorado y Santa Isabel (principal localidad pampeana en el área de influencia del río Atuel es de aproximadamente 190 km, mientras que la distancia entre el sistema de regadío de Mendoza (General Alvear) y esa misma localidad es de 160 km. Y con ello, la magnitud de las obras de conducción necesarias es similar, aunque el agua del río Colorado está disponible sin necesidad de otras obras.

Es más, podría ahorrarse caudales en Mendoza para generar el excedente que dé lugar a usos futuros por sobre las 75761 has, pero si La Pampa no desarrolla una política activa de fomento, es muy posible que las actividades humanas no florezcan en el lugar, como ya ocurrió hace un siglo en la Colonia Butaló, cuando el uso del agua en Mendoza se iniciaba, tal cual ha analizado esa Corte en su sentencia de 1987.

E incluso como actualmente pasa en el mismo suroeste pampeano, donde a pesar de que el tratado de 1976 autoriza un uso entre 85100 y 110100 has a favor de La Pampa, someramente ha logrado algún desarrollo limitado y en cambio,

exporta el agua mediante un acueducto fuera del sector suroeste de esa provincia.

En ese contexto, la no suscripción de un tratado con Mendoza para dar lugar a “usos futuros” del río Atuel no es la verdadera causa de las limitaciones al desarrollo humano de la región en cuestión o del estado ambiental local, sino en todo caso dicho eventual tratado es un elemento más que puede llegar a brindar mayores opciones al gobierno pampeano para disponer sus políticas, verdadera causa de que el estado de las cosas sentado por la sentencia de 1987 no haya sido modificado. Pero dichas políticas son una faceta discrecional de ese gobierno, y si dispone construir un acueducto desde el río Colorado a Santa Rosa y no a Santa Isabel (área del río Atuel), o si decide omitir la construcción del acueducto Puelén-Santa Isabel, o incluso si omite valorar los caudales que actualmente existen y mide en el arroyo La Barda y otros cauces, o los que provienen de las cada vez más abundantes precipitaciones, es una decisión política que le es propia y que no puede ser cuestionada.

Esta postulación es acorde a las enseñanzas de HUTCHINSON, quien entiende que la omisión del actuar estatal, cuando consiste en un evento que no ocurrió, pero de haber sucedido hubiera dado lugar a impedir un actuar lesivo, lejos de constituir la causa del daño es una mera condición del mismo⁵²⁶.

⁵²⁶ HUTCHINSON, Tomás, “La responsabilidad estatal por omisión en cuestiones ambientales”, en *Daño Ambiental*, Tº I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 85.



g- Improcedencia e inconsistencia de la indemnización reclamada

Otro aspecto sumamente cuestionable de la posición de la actora es la reclamación de una indemnización monetaria.

En primer lugar, resaltamos nuevamente que este proceso es de naturaleza dirimente –lo que excluye la fijación de responsabilidades por daño-, y que además no existe un daño en la transformación ambiental que han dado lugar las políticas públicas de desarrollo –nacionales y locales-, no estando presentes los presupuestos para asignar responsabilidad alguna a esta parte, en particular la existencia de ilegalidad en los usos actuales que la misma Corte ha asignado.

Esas mismas políticas públicas ya fueron consideradas por VE en Fallos 310:2478, donde incluso se valoró dentro del contenido del principio de la utilización equitativa y razonable en el que encuadró el decisorio, “la posibilidad de que la indemnización a uno o más estados corribereños de la cuenca sea medio de arreglar conflictos”⁵²⁷, más ello no fue impuesto a Mendoza en el marco de las características del caso.

Hoy replantear la solución ya resuelta, argumentando falencias socioeconómicas por la asignación de caudales

⁵²⁷ Fallos 310:2478, considerando 130

para usos actuales que esa misma Corte hizo a Mendoza, es una clara violación a la autoridad de cosa juzgada.

La postura de la actora es manifiestamente ilegal, al grado que se aprecia como especialmente provocadora y audaz. Pretende que VE borre con el codo lo que se dispuso en Fallos 310:2478 y redistribuya los caudales que resultan destinados a los usos actuales mendocinos; pero además quiere que Mendoza la compense económicamente mediante una **indemnización que busca nada menos que “reparar” los efectos de esa sentencia**, asignando un valor a la ganadería, acuicultura, pesca y caza comercial, apicultura, recursos forrajeros, agricultura de cereales y oleaginosas, horticultura, fruticultura, forestales, ganadería y turismo, variación del valor inmobiliario de la tierra, y pérdida de recaudación impositiva⁵²⁸ que La Pampa hubiera tenido si en Fallos 310:2478 no se hubiera reconocido un derecho de Mendoza sobre los usos actuales.

Ninguno de dichos aspectos, refieren a algún tipo de indemnización compensatoria dentro del régimen de daño ambiental, sino que, en realidad, buscan una compensación meramente económica por la pérdida del chance productivo que significó lo resuelto por esa Corte en Fallos 310:2478, al asignar la aplicación preferente de los caudales del río Atuel a los usos actuales que existían en el oasis sur mendocino.

En otras palabras, La Pampa quiere asignar a esta parte una obligación económica por cumplir ni más ni

⁵²⁸ Ver enumeración que se realiza en el punto VII.F.7.3 y 7.4.2 de la demanda.



menos la utilización equitativa y razonable en los usos actuales que VE resolvió en 1987.

Más allá de ello, que de por sí impone el rechazo del análisis indemnizatorio, entendemos también que la reclamación indemnizatoria de la actora carece de sustento, siendo además –en la hipótesis de su procedencia- calculada de una manera forzada y errónea.

El cuestionamiento al cálculo indemnizatorio y su metodología que planteamos deriva de un fuerte error económico en que incurre, una vez más, la sesgada posición de la actora.

En análisis que efectúa la Universidad Nacional de Cuyo en este extremo (que acompañamos probatoriamente) es esclarecedor.

Como punto de partida, dicho estudio universitario pone en cuestión que el análisis económico indemnizatorio varía según la decisión de caudal ecológico que se plantee dentro de las cuatro opciones posibles, lo que demuestra que en el fondo existe una discrecionalidad política en la adopción de opciones posibles que nada tiene que ver con la existencia de un daño. Más, si atendemos –como resalta el informe en el que nos basamos- que incluso una de las opciones tan válidas como las restante consiste en no realizar modificaciones a la actual situación.

La estimación de ese caudal hidrológico resulta entonces altamente sensible para la determinación de los futuros beneficios económicos, futuros beneficios que indebidamente quieren hacerse ver como un daño pasado por el que se reclama una indemnización.

En ese sentido, bajo el escenario denominado “Condición 1” –C1– el Valor Actual Neto (VAN) calculado por la Universidad de La Pampa es, en promedio, de 1.725 millones de pesos en la Cuenca Alta, para el escenario denominado “Condición 2” –C2– el VAN asciende, en promedio, a 3.972 millones de pesos, para el escenario denominado “Condición 3” –C3– a 7.910 millones de pesos y, finalmente, para el escenario denominado “Condición 4” –C4– el VAN es estimado, en promedio, en 8.804 millones de pesos.

Los resultados derivados de ese estudio se resumen en la siguiente Tabla:

Tabla 1: Valor Actual Neto y Valor Actual Neto Promedio de los beneficios económicos dejados de percibir en la Cuenca Alta. Por escenario. En millones de pesos argentinos.

Escenario	Tasa de descuento	Valor Actual Neto (VAN) –en millones de pesos-	Valor Actual Neto Promedio –en millones de pesos-
Condición 1 (4,5m ³ /s)	0%	\$ 2.423	\$ 1.725
	4%	\$ 1.514	
	6%	\$ 1.239	
Condición 2	0%	\$ 5.578	\$ 3.972



PROVINCIA DE MENDOZA

(9,5m ³ /s)	4%	\$ 3.486	
	6%	\$ 2.852	
Condición 3 (12,1m ³ /s)	0%	\$ 11.109	\$ 7.910
	4%	\$ 6.942	
	6%	\$ 5.680	
Condición 4 (15,4m ³ /s)	0%	\$ 12.364	\$ 8.804
	4%	\$ 7.726	
	6%	\$ 6.322	

Fuente: Universidad Nacional de La Pampa. Estudio para la cuantificación monetaria del daño causado a la Provincia de La Pampa por la carencia de un caudal fluvio-ecológico del río Atuel.

De lo anterior, y asumiendo que el estudio realizado por la Universidad Nacional de La Pampa estuviese adecuadamente planteado, la sensibilidad del resultado (VAN) frente a variaciones en el caudal considerado, resulta sumamente importante: la brecha entre los escenarios planteados en el estudio de La Pampa en la Cuenca Alta **es mayor al 410%**. Ante tal manifiesta variabilidad en los resultados económicos y la consecuente incertidumbre que ello genera, es claro que el estudio acompañado presenta poca rigurosidad para poder ser tenido como parámetro alguno de análisis.

Además de ello, las cifras promedio anteriormente explicitadas, además de la alta variabilidad que presentan en cada escenario planteado, **se encuentran claramente sobreestimadas**. Esto es consecuencia de utilizar en la metodología de

análisis, **tasas de descuento social artificialmente reducidas**. Tal como se aprecia en la Tabla expuesta supra, la LaPampa considera en cada escenario tasas de descuento social del 0, 4 y 6%. Utilizar cifras tan bajas, implica **desconocer el rol que juega en una evaluación económica la tasa social de descuento**.

Asumiendo que esa tasa social de descuento es aquella que representa el costo efectivo en el que incurre la sociedad en su conjunto por utilizar recursos en un proyecto⁵²⁹, entonces estas tasas aplicadas a diversos países van a ser distintas, ya que los recursos disponibles varían en cantidad y calidad dependiendo de la situación económica de la sociedad y del país bajo análisis; del mismo modo, las variables que condicionan el cálculo de la tasa social de descuento, ahorro privado, rendimiento de la inversión y al endeudamiento externo y todos los parámetros que se tienen en cuenta para su construcción, **sobre todo los que condicionan al endeudamiento externo**, difieren mucho en los diversos lugares⁵³⁰.

En ese sentido, si se analiza las tasas sociales de descuento adoptadas en algunos países latinoamericanos y

⁵²⁹ Souto Nieves, G. (2003), "El descuento social", *Hacienda Pública Española /Revista de Economía Pública*, 165, pág. 99-126, disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/hac_pub/165_Panorama.pdf

⁵³⁰ Universidad Nacional de Salta, Facultad de Ciencias Naturales Campo Castañares. Área de Formulación y Evaluación de Proyectos Ambientales y de Recursos Naturales –FEPAR–, Provincia de Salta. Disponible en <https://feparunsa.files.wordpress.com/2012/07/tsd.pdf>



se las compara con las aplicadas en los países desarrollados y con las utilizadas por los especialistas de la Universidad de La Pampa en la que se apoya la demanda, puede comprobarse la inconsistencia de la metodología económica empleada:

Tabla 2: Tasa Social de Descuento en algunos países de Latinoamérica. Comparación con algunos países desarrollados.

	País	Tasa de Descuento	Referencia
Países de la región latinoamericana	Bolivia	12,67 %	Resolución Ministerial N° 159. La Paz. 22 de septiembre de 2006
	Brasil	13,67 %	Ministerio de Economía y Finanzas. Dirección Nacional de Programación Multianual del Sector Público, 2011
	Chile	10 %	Precios Sociales para la Evaluación de Proyectos. SEBI, 2005
	Colombia	12 %	Preguntas frecuentes, N°15 en el sitio del DNP
	México	16,29 % a 21,57 %	El costo de oportunidad de los Fondos Públicos y la Tasa Social de Descuento, Héctor Cervini Iturre.
	Perú	14 %	Anexo SNIP 09: Parámetros de Evaluación. La Tasa Social de Descuento. Informe Final, 2000.
	Uruguay	12 %	Los Parámetros Nacionales de Cuenta en el Uruguay, Presidencia de la República, Oficina de Planeamiento y Presupuesto, 1986
	Paraguay	11,4%	Ministerio de Hacienda, Gobierno de Paraguay, 2012.
Países Desarrollados	Austria	3,6 %	OECD Annual National Accounts, 2009
	Bélgica	3,4 %	OECD Annual National Accounts, 2009
	España	5 %	Tasas de descuento para la evaluación de inversiones públicas: estimaciones para España, Guadalupe Souto Nieves, 2003
	Estados	7 %	Administración Federal de los Estados Unidos, 2003. En "La economía del sector público", Joseph E. Stiglitz.

Unidos		
Francia	8%	A social discount rate for France. Davis Evans. Applied Economics Letters, 2004
Islandia	3,9%	OECD Annual National Accounts, 2009
Luxemburgo	4 %	OECD Annual National Accounts, 2009
Japón	5 %	Social discount rate for six major countries. David Evans, Haluk Sezer. Applied Economics Letters. 2004.
Portugal	4,2 %	OECD Annual National Accounts, 2009
Reino Unido	3,7 %	OECD Annual National Accounts, 2009
Rumania	6 %	Ficha Informativa ISPA. Medida N° 2002 RO 16 P PE 024.
Suiza	2,2 %	OECD Annual National Accounts, 2009

Fuente: Eduardo Aldunate (ILPES/CEPAL), recopilado por la Facultad de Ciencias Naturales de la Universidad Nacional de Salta y OECD "Annual National Accounts"

De la lectura de la Tabla anterior, elaborada sobre la base de información del ILPES / CEPAL y de la OECD, **resulta evidente que la utilización de tasas de descuento del 0%, 4% y 6% (tal como se efectúa en el estudio realizado por la UNLPampa) no resulta adecuada aún para estudios socio - económicos realizados en proyectos que se encuentren dentro de las fronteras de países desarrollados (nótese que, un país tal como Francia, recomienda utilizar una tasa del orden del 8%). En contrapartida, en la misma tabla se explicitan las tasas de descuento recomendadas para algunos países de la región, las cuales varían entre el 10 al 21,57%.**



Para ajustar los calculados efectuados, y obtener valores actuales acordes a la situación local, en las Tablas expuestas el estudio de la Universidad Nacional de Cuyo que acompañamos como prueba ha considerado tasas de descuento social del 12, 16 y 20%, las cuales tal como muestra la siguiente Figura, se condicen en mayor medida tanto con el rango como con el promedio de los valores utilizados en países con economías similares a la Argentina.

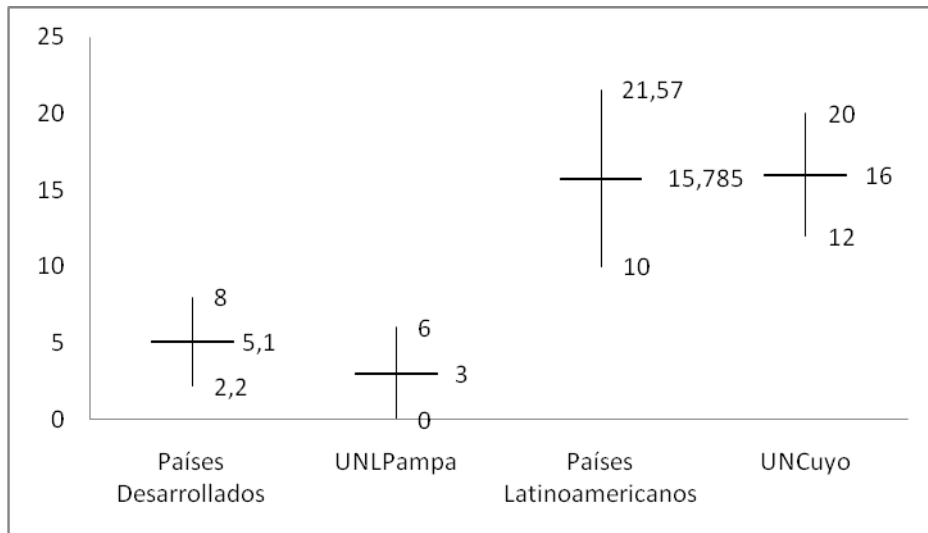


Figura: Comparación de tasas de descuento social entre diferentes grupos de países, las usadas por la UNLPampa y las consideradas por la UNCuyo. Valores extremos y promedios (%)

Considerando entonces tasas sociales de descuento apropiadas, y ajustando en consecuencia el estudio económico desarrollado por la Universidad Nacional de la Pampa, (tomando el mismo flujo de fondos y el mismo horizonte temporal y variando sólo las tasas de descuento para expresarlas de modo más acorde con la realidad socio-económica de nuestro país), se aprecia que los presuntos beneficios futuros derivados de recalcular el valor

actual neto, se reducen notoriamente. **La sobrestimación promedio resulta cercana al triple de lo calculado por la Universidad Nacional de la Pampa.** Esto puede ser visualizado en la siguiente Tabla y de su comparación con la Tabla 1 expuesta supra.

Tabla 3. Corrección del Valor Actual Neto y Valor Actual Neto Promedio de los beneficios económicos dejados de percibir en la Cuenca Alta. Por escenario. En millones de pesos argentinos.

Escenario	Tasa de descuento	Valor Actual Neto (VAN) –en millones de pesos-	Valor Actual Neto Promedio –en millones de pesos-
Condición 1 (4,5m ³ /s)	12%	\$ 760	\$ 610
	16%	\$ 591	
	20%	\$ 480	
Condición 2 (9,5m ³ /s)	12%	\$ 1.750	\$ 1.405
	16%	\$ 1.360	
	20%	\$ 1.104	
Condición 3 (12,1m ³ /s)	12%	\$ 3.485	\$ 2.798
	16%	\$ 2.709	
	20%	\$ 2.198	
Condición 4 (15,4m ³ /s)	12%	\$ 3.879	\$ 3.114
	16%	\$ 3.015	
	20%	\$ 2.447	

Con ello, se comprueba que el estudio económico que acompaña la actora no sólo no es representativo de



ningún daño reclamable, sino que además presenta falencias metodológicas que hacen que no sea representativo de ningún beneficio futuro si el status quo resuelto en Fallos 310:2478 hubiera sido otro.

Otro punto para destacar, es que no se ha tenido en cuenta el eventual aumento del nivel general de precios por efecto de la inflación. Las proyecciones de ingresos y egresos para la evaluación, efectuada por la Universidad de La Pampa, se ha realizado a moneda constante. Sin embargo, en economías inflacionarias como la argentina, el aumento general y sistemático de todos los precios es una realidad, e incide no solo en los resultados de un proyecto sino también en las expectativas de los actores económicos, en las decisiones de inversión y en el nivel de gasto público. **La tasa de descuento social es influida notablemente por estas expectativas, incrementándose su valor para compensar la desvalorización del dinero**⁵³¹. Se debe recordar que, tal como se evidenció supra, un incremento en la tasa de descuento reduciría aun más el valor actual de los posibles beneficios supuestamente dejados de percibir por la Provincia de la Pampa en el esquema de asignación de caudales que efectúa Fallos 310:2478.

Por otro lado, se destaca que en todo momento el estudio realizado por la Universidad Nacional de la Pampa

⁵³¹ G. Bonanno y J. Capomassi, Guía para la evaluación económica financiera de los proyectos de inversión, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ingeniería, Departamento de Gestión Industrial, Agosto 2008.

menciona el resultado obtenido en términos potenciales. En ese sentido, precede al análisis de cada escenario la frase “los ingresos **estimados** que se **lograrían de darse** la situación hidrológica...” Lo anterior reafirma la convicción de incertidumbre que existe a la hora de efectuar un análisis económico con los datos que ellos consideraron. En ese sentido, **se entiende que los valores estimados tan solo reflejan el probable valor futuro de los posibles beneficios derivados de un incierto uso que se le podría asignar a una controvertida estimación de un caudal ambiental; así, por lo tanto, de ningún modo estos valores estimados deben ser entendidos como parámetros para reflejar el posible daño que se hubiese generado sobre la Provincia de La Pampa.**

Finalmente, y fundamentalmente, el estudio realizado por la Universidad Nacional de la Pampa **no internaliza las externalidades negativas derivadas de su proyecto**, las cuales recaerían sobre actores socio-productivos del sur mendocino. Esta componente (externalidades negativas) debe ser considerada en todo proceso de evaluación económica si la misma pretende atender a objetivos sociales y ambientales de la sociedad argentina en su conjunto.

Este último aspecto es fundamental, ya que la evaluación realizada en Fallos 310:2478 justamente consistió en una comparación del costo que implicaban las onerosas obras necesarias para generar excedentes que pudieran destinarse a una asignación de caudales a La Pampa frente a los limitados beneficios



que esos caudales generaban⁵³², así como el elevadísimo costo – externalidad- que se ocasionaba en Mendoza si no se efectuaba la adecuada inversión en obras de ahorro de agua⁵³³.

En síntesis, el estudio de la Universidad Nacional de Cuyo concluye que la evaluación económica que estima los futuros beneficios que la Provincia de la Pampa podría obtener de contar con un determinado caudal en el río Atuel, arroja una alta variabilidad en los resultados en función de los escenarios analizados, con una diferencia entre cada alternativa que arroja asimetrías que alcanzan un 410%, lo que refleja una falta de rigurosidad absoluta.

Además, la utilización de tasas de descuento cercanas a cero (0) –como se realiza en el estudio en el que

⁵³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310:2478, considerando 135: “No hay dudas, tampoco, de que La Pampa estuvo lejos de demostrar que los usos pretendidos superen en importancia a los actuales. Y resulta evidente que las obras destinadas a regar una superficie de alrededor de 15.000 has. de La Pampa son inconvenientes, pues su onerosidad resulta desproporcionada con los beneficios que se podrían obtener”.

⁵³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 310:2478, considerando 126: “Que tampoco deben perderse de vista los efectos que, sobre una economía establecida como la del sur mendocino, tendría la derivación de aguas sin el complemento de obras. Es obvio que en las condiciones actuales, el río no genera excedentes por lo que si aún así se decidiera derivar 16 m³/s, volumen que constituye la mitad de su módulo, quedaría sin utilización entre un 40 % y un 45 % de la infraestructura económica de la Provincia demandada que, a valores de reposición, significarían, según los cálculos para marzo de 1984. “Más de mil millones de dólares” (ver fs. 15 y fs. 107)”.

se apoya la demanda- es indebida incluso para evaluar proyectos en países desarrollados, ya que conduce a graves errores de estimación al otorgarle a un futuro incierto el mismo peso relativo que a momentos cercanos⁵³⁴.

En ese sentido, resulta ilusorio pensar que el beneficio que se obtendría durante el primer año sería idéntico al que se podría obtener veinticinco años después, cuando posiblemente las preferencias temporales de las futuras generaciones sean distintas, la realidad hidro-climática haya cambiado y los esquemas socio-económicos en cada provincia pudiesen alterarse.

Finalmente, el gran error del estudio realizado económico en el que se basa la demanda, y consiguientemente el reclamo que sobre el mismo se construye, se desprende de pretender estimar el valor de un posible daño ambiental, ocurrido en el pasado, a través del cálculo de hipotéticos, inciertos y sobreestimados beneficios que se obtendrían en un futuro plasmado de incertidumbre, futuro que en definitiva consiste en variar la

⁵³⁴ Una prueba de la magnitud que podrían tener estos impactos, resulta en evidencia cuando se ajusta el cálculo del flujo de fondos con tasas de descuento acordes (12, 16 y 20%), se aprecia que los probables beneficios se reducen a una tercera parte de lo estimado por la Universidad Nacional de la Pampa. Sin embargo, cabe destacar que esta reducción sería aún mayor, si fuesen considerados (tal como lo recomienda la literatura especializada) el impacto de la incertidumbre derivado del desenvolvimiento de las economías provinciales en contextos inflacionarios, la incorporación e internalización de todas las externalidades negativas que el proyecto generaría sobre la estructura social y económica de Mendoza.



atribución de caudales que fue legítimamente hecha por VE en Fallos 310:2478.

VII.6- CONCLUSIONES

A lo largo de este responde hemos procurado brindar elementos de juicio suficientes para demostrar acabadamente que nos encontramos ante **una queja forzada, en la que la actora quiere evadir las consecuencias de la cosa juzgada ya producida en 1987, a partir de Fallos 310:2478.**

Luego de sintetizar los aspectos fácticos y jurídicos que hacen al presente proceso dirimente, nos hemos centrado en el conflicto en torno al río Atuel que pretende hacerse renacer con esta nueva intervención solicitada a la Corte, en resistencia a la autoridad que la cosa juzgada que la sentencia de VE presenta.

En tal consideración, hemos procurado advertir (VII.3.a.1) no sólo que **la actora ha reconocido antes y ahora la legitimidad de los usos del agua en Mendoza** –acto propio que hoy no puede evadir-, sino además, que **en los cursos de agua en territorio pampeano existen caudales superiores a los que reclama en este proceso**, resaltando –entre otros de mayor envergadura- un caudal medio mayor a 10 m³/s en el mismo río Atuel, según mediciones de la propia autoridad del agua de esa provincia.

Además de ello, hemos observado (VII.3.a.2) que la queja se hace desde un enfoque equivocado, en el que

se pierde de vista que **las circunstancias que llevaron a la solución que VE dispuso en Fallos 310:2478 no han mutado**: los “usos actuales” existentes deben respetarse, más allá de la aceptación de los mismos por la propia actora, ya que responden al contenido del principio de equidad y razonabilidad que surge del derecho interestadual, tanto por las características hidrológicas de la cuenca como de otro tipo, incluyendo en este sentido una eficiencia adecuada en la utilización del agua en Mendoza que no permite excedentes –e incluso sufre déficit-, frente a la inconveniencia técnica y económica de destinar caudales a La Pampa. Es más, reiteramos que el propio gobierno pampeano reconoce la existencia de caudales en su curso de agua en base a series de datos anteriores a 1987, con lo que el estado del escurrimiento tampoco puede considerarse una nueva circunstancia.

De igual forma, hemos mostrado que ya en los autos autos L-195-XVIII “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/acción posesoria de aguas y regulación de usos” la actora planteó los aspectos ecológicos que hoy vuelve a traer ante VE, y que **esa Corte tuvo bajo su consideración las mismas circunstancias ambientales que hoy subsisten en la cuenca, en cuyo marco resolvió aplicar el principio del uso equitativo y razonable y adjudicar un uso preferente a Mendoza sobre los caudales del río Atuel.**

En este aspecto, con apoyo en jurisprudencia internacional, hemos observado también que –



contrariamente a lo que afirma la actora- **el derecho interestadual no considera nuevas circunstancias que permitan reabrir la discusión a la nueva percepción y regulación ambiental de realidades pretéritas**, con lo que ese enfoque no habilita de modo alguno una revisión de lo resuelto. Por el contrario, si una nueva norma o un nuevo concepto pudieran alegarse como hecho nuevo, cada nueva ley o modificación que se sanciona permitiría la reapertura de procesos ya fenecidos, transformando a todo pleito en una reedición actual de la eterna condena de Sísifo; la cosa juzgada como institución del derecho se volvería absolutamente ilusoria y la seguridad jurídica algo inexistente. Y ello adquiere especial gravedad en el ejercicio de la función dirimente de la Corte que procura evitar los conflictos entre Provincias, asegurando así la paz interior, la cual jamás se lograría de poder reeditarse eternamente todo conflicto a pesar de recaer sobre él cosa juzgada.

En concordancia con estos conceptos, también (VII.3.a.4) observamos que la relación jurídica ya configurada en torno a la participación equitativa y razonable de las aguas del río Atuel no es alterada por las nuevas normas que se dicten, ya que estas no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público. Esas nuevas normas, en todo caso, condicionan las conductas de los ciudadanos de cada una de las provincias que desarrollan actividades a las que se asignan caudales dentro del cupo de caudales que dispuso VE en 1987, mas no alteran la relación entre La Pampa y Mendoza.

A partir del análisis de los principios del derecho interestadual de aguas (VII.3.a.3), hemos recapitulado la aplicación del principio del uso equitativo y razonable efectuada por VE en Fallos 310:2478, para comprobar que las circunstancias en que se basó la resolución anterior no han cambiado de modo alguno (VII.3.a.3.3 y 4), aspecto que no se conmueve por las argumentaciones ambientales, no sólo porque estas procuran un caudal que –en realidad- la actora reconoce actualmente existente en su territorio, sino especialmente porque el contenido ambiental también estuvo presente en la demanda resuelta en la sentencia dirimente de 1987 (VII.3.a.5).

Sobre tales conceptos, advertimos (VII.3.a.3.4) que la presente causa, en definitiva, procura la participación de las provincias ribereñas en los beneficios –económicos, sociales y ambientales- que puede arrojar el río Atuel, y si ello ya ha sido resuelto en Fallos 310:2478, sería un escándalo jurídico que se produjese el dictado de una sentencia contradictoria, correspondiendo ante las actuales circunstancias, que coinciden en sustancia con las de aquel proceso ya concluido, la misma solución a la entonces arribada.

También hemos apreciado (VII.3.a.3.5) que la consideración del daño interjurisdiccional depende de la conceptualización de tal infortunio en el marco de las prácticas aceptables en cada época y los intereses tutelados en el momento de la actividad que se considera, no pudiendo hoy descontextualizarse



eventos pretéritos, en especial vinculados a usos de las aguas que se consideraron y se consideran legítimos, debiéndose atenderse que la obligación de no causar perjuicio refiere más bien a cuestiones vinculadas a calidad que a las propias de los efectos del uso del agua. Además, (VIII.3.a.3.6) la vinculación entre la obligación de no causar perjuicios y las alteraciones fácticas que necesariamente se producen cuando se generan usos, desde el derecho interestadual se ha encauzado en el sentido de que en el concepto de daño no puede incluirse los efectos en un Estado que causa el uso equitativo y razonable por parte de otro Estado.

También hemos puesto de manifiesto (VII.3.a.6) que los caudales que en Fallos 310:2478 se priorizaron a favor del oasis mendocino, no tenían por destino una determinada concesión de agua de las que existen en el lugar, sino una zona de 75761 has desarrollada como ambiente humano, independientemente de que las concesiones otorgadas ocuparan un espacio mayor. Es decir, el caudal disponible se ha destinado al ambiente humano que construyeron las políticas públicas, y en el que se encuentran usuarios que presentan derechos individuales que se garantizan patrimonialmente (art. 17 CN). Y con ello, el planteo que realiza la actora resulta distorsionado en cuanto trata de analizar sesgadamente el alcance de los derechos que integran la esfera individual de los usuarios, cuando en realidad los caudales están destinados a los denominados “usos actuales” que conforman un sustrato ambiental apto para el desarrollo humano que hace a la esfera social en la que se

desarrolla la vida de la generalidad de la población en ese territorio árido (art. 41 CN). En este sentido, los modernos aportes que provienen del derecho internacional muestran que dentro de los caudales que se hubiere asignando en el pasado entre las partes se deben considerar incluidas las necesidades ecológicas, siendo que la integridad ambiental no es una limitación absoluta en el marco de las necesidades hídricas que configuran el desarrollo y las necesidades humanas.

Posteriormente (VII.3.b) **hemos detallado la ausencia de incumplimientos de Mendoza al deber de negociar, en especial en el contexto exhortado en Fallos 310:2478, quedando manifiesto (VII.3.b.2) que en esa misma sentencia dirimente se identifican límites a las posibilidades reales de acuerdo que La Pampa sistemáticamente ignora de un modo en el que pretende que su postura unilateral sea el único parámetro para medir el éxito de la negociación.** Tales límites, basados en las reglas de la equidad y razonabilidad, excusan de llegar a acuerdos que afecten los usos existentes en Mendoza o sean inconvenientes técnica o económicamente (como se acreditó en Fallos 310:2478 que eran los usos pampeanos que eventualmente se lograrán en base a obras de ahorro, y sobre los que ahora se recicla la discusión bajo el ropaje del caudal ambiental).

En este sentido, (VII.3.b.1) recordamos que el verdadero alcance de la naturaleza de una negociación excluye su concepción como obligación de resultado (como pretende La



Pampa), especialmente en base a una sentencia exhortativa que, indebidamente, la actora denuncia como incumplida, **sentencia que además incluye como mandato el respeto a los usos actuales en Mendoza, denegando la posesión de caudales y la regulación del cauce que reclamaba la actora.**

Ponemos de manifiesto en ese análisis que ha existido una conducta negocial permanente por parte de Mendoza, que incluso ha arrojado numerosos resultados exitosos que la actora, en su sesgado discurso y posicionamiento, quiere obviar, incluyendo ello varios tratados y otros tipos de acuerdos útiles a las partes, que incluso asignan caudales a La Pampa sobre aguas externas al Atuel (VII.3.b.3.3), con diversos procesos y encuentros en los que ha existido una conducta negocial activa de Mendoza, incluso mediante la realización de propuestas que La Pampa se ha negado siquiera a considerar. En esa intensa actividad negocial, incluso Mendoza ha expuesto –entre otros ejemplos- el diseño de obras sobredimensionadas a efectos de permitir su recrecimiento para transportar –de ser necesario- caudales para La Pampa (VII.3.b.3), lo que denota sin dudas su buena fe y voluntad de acuerdo.

Sin embargo, ese mismo proceso negocial muestra una postura en la actora que no es compatible con la búsqueda legítima de acuerdos, ya que **se encierra caprichosamente en que sólo existe negociación si se acordara un resultado que refleje su propia pretensión, la que es incompatible con el**

resultado que VE pronunció en 1987, queriendo sustituir así la legalidad que irradia la cosa juzgada por una situación contraria.

También hemos fundado la improcedencia e inoportunidad de crear a través de este proceso el Comité de Cuenca que persigue la actora, con participación nacional (VII.3.c). Tal tipo de estructura burocrática no resulta de naturaleza imperativa (existiendo varias opciones de gestión alternativas a la misma) y por ello no pueden imponerse, ni en el derecho internacional ni en el constitucional que alimentan el derecho intrafederal (VII.3.c.1), reflejando la jurisprudencia de VE que tal pretensión atenta contra la autonomía local que fija –entre otros- el art. 122 CN (VII.3.c.2), siendo además inoportuno e irrazonable (incluso si mediara posibilidad de acuerdo) dar lugar a ese tipo de estructuras cuando las posibilidades de caudales para “usos futuros” resultan actualmente inciertas (VII.3.c.3). A ello, sumamos que la invocación de normas de presupuestos mínimos en esta temática es incorrecta -por tratarse este proceso de una relación de derecho intrafederal bajo el art. 127 CN que no puede ser regulada por el Congreso mediante normas policiales destinadas a las reglar el actuar de las personas - (VII.3.c.4), no siendo posible en este sentido aplicar la Ley 25688 en la materia por contradecir los arts. 5, 41, 121, 122, 123, 124, y 125 CN (VII.3.c.5), ni imponerse una participación necesaria del Estado Nacional sin violar los arts. 41, 121, 122, 124 y 125 CN, siendo descontextualizados y sin aplicación al caso los principios invocados de la Ley 25675 (VII.3.c.6).



También (VII.3.d) hemos rechazado –por su manifiesta improcedencia- las argumentaciones que la actora realiza sobre el derecho humano al agua, las que demuestran que no duda en acudir a cualquier argumentación, incluso absurda, para generar este litigio. **Recordemos que, ante la imposibilidad técnica y económica de dar lugar a usos futuros sobre el río Atuel, Mendoza desde 1992 ha cedido caudales propios, ajenos al río interprovincial, para un abastecimiento poblacional que duplica las actuales necesidades.** Estando ese caudal disponible, cualquier situación de deficiencia en el acceso al agua es un déficit de políticas públicas pampeanas. Más aún, porque ese suministro con agua mendocina no es la única fuente disponible (VII.3.d.2), aunque La Pampa ha omitido referir otras fuentes que presenta en el área de influencia del Atuel. En ese sentido, **la actora ha excluido de sus propias políticas el desarrollo de alternativas de suministro – como acueductos que ha construido al resto de su territorio para aplicar caudales del río Colorado-, e incluso ha dado de baja proyectos incluidos en planes nacionales de infraestructura (caso del acueducto Puelén-Santa Isabel).** Resaltamos además, que el derecho al agua se satisface a través de mecanismos diversos (VII.3.d.3), los que incluye el autoabastecimiento mediante el uso común que regula el derecho interno pampeano sobre las fuentes existentes en la zona, así como el servicio de agua potable que corresponde a la actora abastecer, siendo la faceta propia del derecho

humano la que lleva a que la misma provincia pampeana sea quien proteja, promueva y garantice esa prerrogativa.

También hemos observado la improcedencia de las argumentaciones de la actora que ponen su eje en una supuesta ruptura del crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias, ya que resulta otra línea de discusión forzada que sólo se explica desde el conflictivo y arbitrario posicionamiento de la demandante (VII.3.e). No corresponde a Mendoza garantizar el crecimiento de La Pampa, y si el Congreso Nacional (art. 75 inc. 18 CN) o la misma actora (art. 125 CN) no han actuado de manera adecuada ello no es responsabilidad de esta parte, ni puede ser subsanado por VE. Además, ese crecimiento, debe producirse en el marco de la disponibilidad legal de recurso hídrico, que en el caso -aunque con respecto al río Atuel la determina Fallos 310:2478- **la actora presenta sobre otras fuentes de agua notoriamente subaprovechadas (caso del río Colorado, donde sólo usa menos de un 10% de los caudales asignados, o de las restantes aguas superficiales y subterráneas existentes en territorio pampeano). Son las políticas de desarrollo omitidas de La Pampa (como por ejemplo el acueducto Puelén-Santa Isabel que ha dado de baja de los planes nacionales de inversión) o desarrolladas junto a la Nación (como llevar agua del río Colorado a toda la provincia menos a la zona del Atuel) la verdadera causa de su propia situación**, debiendo tenerse presente que en Fallos 310:2478 VE no sólo observó que la igualdad entre provincias no implica un igual desarrollo y por ello los usos actuales mendocinos no violenta la igualdad referida, sino además que el



embalse El Nihuil justamente fue consecuencia del ejercicio nacional de la cláusula del progreso, siendo jurisprudencia de esa Corte que la aplicación de dicha potestad aunque genere diferencias no vulnera la igualdad. Además de ello (VII.3.d.2), el análisis fáctico en el que se apoya la queja de la actora en este punto es incorrecto, en cuanto hemos demostrado la arbitrariedad del manejo de los datos en el que pretende fundar su falta de desarrollo, el que comparativamente no presenta la depresión que –descontextualizando la información- quiere hacer creer.

También (VII.4) hemos argumentado y acreditado la inexistencia de un verdadero daño ambiental. El ambiente en la cuenca del río Atuel es el resultado de la construcción efectuada por las políticas públicas, nacionales y provinciales, tanto históricas como contemporáneas (VII.4.a). La intensidad actual del uso del agua en la cuenca del Atuel tiene un origen históricos que puede apreciarse en esas políticas, en las que se buscaba conformar los territorios conforme el paradigma que cada ámbito jurisdiccional elegía dentro de sus políticas, y donde es la Nación la que optó por desarrollar otras áreas del actual ámbito pampeano, e incluso por fomentar el desarrollo mendocino. Esa política que excluye la zona del Atuel de las prioridades de desarrollo, y asigna obras al resto de la provincia, es mantenida hoy en día por las autoridades provinciales de La Pampa, y no puede culparse de ello a Mendoza.

Pero además de ello, entendemos que no existe daño ambiental en la cuenca del Atuel que pueda atribuirse a los

usos mendocinos del río (VII.4.b). El principio organizativo del paradigma vigente se estructura en torno al ambiente humano (art. 41 CN), en el que la naturaleza es transformada por políticas públicas que definen lo óptimo para el hombre.

Las políticas públicas desarrolladas en la cuenca del río Atuel por la Nación en el antiguo Territorio Nacional que hoy es La Pampa, y luego por las autoridades de ambas provincias, han conformado un ambiente humano que VE consolidó en Fallos 310:2478, tal cual reconoce la misma actora cuando pretende un caudal ambiental con destino al desarrollo de actividades socioeconómicas, de modo que el uso de las aguas en uno de los Estados ribereños necesariamente conlleva la alteración de las circunstancias hidrológicas en los restantes Estados, sin que ello importe necesariamente un daño sensible ni la desatención del deber de proteger y preservar los cursos interprovinciales (VII.4.a).

Para que pueda sostenerse que los cambios así producidos resultan un daño ambiental, debería acreditarse que existe una alteración del principio organizativo fijado por las políticas públicas, que afecte negativamente la vida de las personas, como conjunto más allá de las fronteras provinciales. La queja pampeana, que ataca el uso del agua mendocino y reclama un caudal vinculado a su propia producción socioeconómica, no es más que una disconformidad con el ambiente humano definido por políticas públicas (VII.4.a.1 y 3), que fueron objeto de revisión y confirmación en el pleito resuelto en Fallos 310:2478. Más aún, si



presenta caudales en su territorio, sobre el mismo río Atuel, que ha reconocido como superiores a los que reclama en este proceso, los que además son completados con significativos aportes que reconoce también como existentes, y que consolidan el balance de los humedales.

En contexto con ello, entendemos que se ha acreditado que en el caso lo que hay es una inexistencia de daño. **La Pampa presenta en realidad una situación de disconformidad con los resultados de las políticas públicas que en el pasado transformaron la naturaleza en el ambiente humano que hoy existe en la cuenca, transformación** que no presenta en realidad una verdadera destrucción de los humedales (VII.4.b.1). La actora en su demanda reconoce que en su provincia el río conforma bañados y lagunas, constituyendo así un sistema de humedales, los que existen actualmente porque el río presenta caudales estables, que aunque no sean permanentes, sí tienen una magnitud suficiente en sus caudales medios (incluso superiores a los que reclama en este proceso) para el mantenimiento de tal sistema hidrológico.

Además de ello, la imposición de un caudal ecológico es improcedente (VII.4.b.2), no sólo porque no existe un daño ambiental sino una transformación positiva encauzada por las políticas, sino también por que las reglas del derecho intrafederal no habilitan tal solución en el marco de la relación fijada por VE en Fallos 310:2478, sin que normas posteriores puedan alterar la relación allí constituida, relación que se dispuso al desechar una demanda que

también incluía en su pretensión el reclamo basado en los cambios ecosistémicos producidos. A ello hay que agregar que las únicas normas interjurisdiccionales –de soft law- que regulan aspectos de caudales ecológicos, los incluyen dentro de las asignaciones de agua que entre las partes se hubieren dispuesto (como hizo Fallos 310:2478), y ponen en valor que no existe consenso alguno para que esos caudales puedan ser impuestos, señalando a la vez que la integridad ecosistémica no es absoluta frente a necesidades humanas.

Por otra parte, hemos fundamentado de manera acabada (VII.4.b.2) **que el estudio de caudal ecológico acompañado por la actora presenta severas deficiencias técnicas que impiden su consideración seria.** Los errores y sesgos metodológicos incluyen, entre otros aspectos, desconocer la variabilidad existente entre los tipos de ríos, aplicando modelos que son ajenos a las características del río Atuel y totalmente inadecuado para humedales (VII.4.b.3.4), los que se desarrollan a partir de sesgos de valoración política equivocada (supuestos incumplimientos de Mendoza) que ponen el objetivo en aportar agua a La Pampa –y con ello no analiza integralmente la cuenca-, desconociendo los **efectos y externalidades que se causarían sobre los usos existentes** si tal caudal no se encuadra adecuadamente sobre los usos futuros –como VE indicó atendible en el considerando 126 de Fallos 310:2478-, así como también omitiendo la existencia de otras fuentes de agua y caudales que se registran tanto en el río Atuel como en otros cauces de la zona que aportan a los humedales.



En particular, el estudio omite considerar el fenómeno del cambio climático (se detalla en VII.b.3.3 a 6), el que ya ha constatado -y a la vez pronostica su agravamiento- la existencia de una significativa merma de los caudales que mantienen los usos actuales mendocinos, un aumento de temperatura que potencia las demanda de los mismos; pero también un aumento de precipitaciones en La Pampa que implica mayor disponibilidad de agua en ese territorio.

Este fenómeno, que podría ser el único hecho nuevo acaecido desde que V.E. resolviera el anterior pleito, solo muestra un pronóstico de beneficios para La Pampa y de perjuicios para Mendoza. El corrimiento de las *isohietas* que marca el aumento de lluvias beneficia al oeste de La Pampa, precisamente, sin alcanzar a Mendoza. En contra partida a dicha previsión de aumento de lluvias en territorio de la actora, Mendoza sufre la disminución de nevadas y la retracción de glaciares, únicas fuentes de recurso hídrico de la provincia. Es decir, el **cambio climático** como nuevo elemento de juicio, si se permitiera reeditar el pleito ya resuelto bajo autoridad de cosa juzgada, solo evidencia el mayor perjuicio y necesidad hídrica de la demandada en contrapartida a la mejor situación que presenta la actora.

Llamativamente, también hemos verificado (VII.4.b.3.5) que **el caudal ecológico que se reclama (caudal medio de 4,5 m³/s) en la actualidad está ampliamente presente en el brazo del río Atuel en La Pampa (Arroyo La Barda,**

con un caudal medio superior a 10m³/s), lo que es acorde tanto al aporte parcial que se produce por erogaciones superficiales (más del 50% del tiempo escurren caudales desde Carmensa que producen ese caudal en La Pampa) junto a los escurrimientos subsuperficiales y otros aportes de agua que se integran. De modo que carece de todo sentido el objeto de este litigio, y nuevamente queda de manifiesto que el mismo ha sido forzado para reabrir bajo un ropaje ambientalista un proceso ya concluido, que hoy reviste autoridad de cosa juzgada.

También hemos puesto de manifiesto que el área de humedales que puede haber sido parte del ambiente transformado, **no ha sido sometida a ningún régimen de protección diferencial** (como la convención Ramsar, o los sistemas de áreas naturales protegidas) que determine un límite legal a tal transformación (VII.4.b.3.4.c), con lo que reviste la misma situación del resto del territorio pampeano transformado en campos de cultivos o ciudades. En este sentido, en comparación con otros casos de humedales en la región, la preocupación y queja de La Pampa aparece totalmente infundada a la luz de la inexistencia de políticas de protección del entorno que ahora argumenta tutelar, lo que muestra el oportunismo de su discurso para forzar desde esta nueva retórica una alteración de la cosa juzgada existente.

Por otra parte, hemos expuesto la inexistencia de responsabilidad ambiental (VII.5), por no estar presente los elementos necesarios para que la misma se configure.



No existe hecho dañoso, ya que lo que ha ocurrido es una transformación del entorno según lo que las políticas públicas han definido en cada época –desde sus órganos responsables, incluyendo a VE y sus Fallos 310:2478- como contenido del ambiente humano, sin que ello importe una real desaparición de los humedales, los que continúan recibiendo aportes hídricos que el mismo Gobierno de La Pampa reconoce en sus propias mediciones técnicas, sin que tales bienes ambientales presenten –ni antes ni después- un status legal de protección que permita poner en crisis la transformación implementada por tales políticas (VII.5.a).

Además, la actora no acredita de modo alguno –en realidad ni siquiera intenta generar un indicio- la existencia del daño que propone. Sólo acompaña un estudio que sólo analiza y propone caudales mínimos para realizar recomendaciones a las autoridades provinciales en virtud de la sentencia de VE que ha exhortado a celebrar convenios sobre usos futuros del río Atuel. **Tal estudio no procura acreditar en lo más mínimo que exista un daño ambiental, sino sólo que es posible establecer una distribución de aguas alternativa a la actual (que aún a riesgo de ser repetitivos remarcamos que es la establecida por V.E. en Fallos 310:2478)**, a cuyo efecto define distintas posibilidades y escenarios, siempre sesgados hacia un concreto desarrollo económico en La Pampa, que –en contradicción con la referida sentencia- no contemplan respetar los usos actuales, siendo incluso una de las alternativas que propone como posible el mantenimiento del actual

status quo. Tampoco el estudio ni la demanda contemplan los caudales existentes en el río Atuel en La Pampa (arroyo La Barda), los que oficialmente la actora afora con resultados significativos que son superiores a los caudales que reclama en esta demanda, de modo que existiendo tales caudales, y otros aún más importantes que provienen de otros cauces asociados al sistema de los humedales, no puede sostenerse racionalmente que exista algún daño al entorno.

Tampoco existe la conducta activa u omitiva que la actora atribuye a Mendoza (VII.5.b). **No es la acción de Mendoza la que configura la realidad pampeana, sino la omisión de políticas en ese territorio sumado a políticas activas de potenciar el norte pampeano por sobre el sur de esa provincia.** Mendoza no ha omitido negociar, dentro de los límites que esa actividad y la realidad de los hechos importa, llegando incluso a acuerdos en los que ha cedido aguas externas al río Atuel. En su caso, incluso, la realización de obras de embalses en Mendoza, respondieron a una decisión e instrumentación nacional dispuesta por el Congreso dentro de sus propias atribuciones, lo que no puede tampoco achacarse a Mendoza.

Tampoco existe antijuricidad que permita hacer nacer responsabilidad en cabeza de esta parte, ni injusticia en la situación de hecho producida por las políticas públicas (VII.5.c y d). **El actual consumo existente en Mendoza de aguas del río Atuel es plenamente legal, en cuanto se encuentra dentro de los parámetros objetivos estipulados por VE en Fallos 310:2478, los**



que verificaron su desarrollo dentro de los principios jurídicos del caso, en especial de equidad y razonabilidad. Y la ausencia de tratados sobre usos futuros tampoco acarrea una omisión antijurídica en la medida en que la negociación importa una obligación de medios que no necesariamente concluirá en un resultado, lo que es acorde a la naturaleza exhortativa que presentan los Fallos 310:2478 en este aspecto. **Mendoza ha actuado diligentemente en la negociación sustanciada**, y dentro de las pautas brindadas por VE en el fallo referido no ha existido posibilidades de llegar a acuerdos sobre las aguas del Atuel, y con ello no puede considerarse antijurídica la situación, más porque las alternativas de acuerdo responden a criterios de conveniencia o inconveniencia contemplados en el Fallo referido, los que conllevan la decisión discrecional política, y especialmente presupuestaria económica que impacta en la priorización de necesidades que deciden las políticas públicas.

Tampoco existe factor de atribución que genere responsabilidad sobre Mendoza (VII.5.e). Siendo la conducta que se adjudica a Mendoza frente a los eventuales acuerdos sobre usos futuros una supuesta omisión simple, la misma no resulta en sí misma la generadora directa del supuesto daño reclamado, no habiéndose acreditado una falla de servicio que permita atribuir responsabilidad a esta parte. Además, Mendoza ha adoptado todas las medidas que le resultan posibles destinadas a evitar la actual situación en La Pampa, sin que medie culpa de la misma en la actual situación, siendo la ausencia de políticas pampeanas históricas y presentes un elemento

claro de culpa de esa provincia. Junto a ello, si no se han alcanzado acuerdos para dar lugares a mayores caudales que los adjudicados en 1992, ello es por una situación de fuerza mayor que excusa toda responsabilidad, fuerza mayor que se acrecienta con los efectos del cambio climático.

No hay **tampoco relación de causalidad adecuada** (VII.5.f). El uso de las aguas acorde a Fallos 310:2478, y la imposibilidad de arribar a mayores acuerdos que los celebrados, no es la causa de la situación existente en el territorio pampeano. Son las políticas públicas existentes en ese lugar, las que definen el mismo, y **los eventuales convenios que se arriben son una simple condición** que eventualmente se puede presentar y coadyudar a esas políticas, pero no la causa de dicha situación o de tales políticas. Más allá de que existen caudales actuales en el río Atuel que la misma actora reconoce en sus publicaciones técnicas, hacer depender al oeste de La Pampa exclusivamente de ese río, y más precisamente de las aguas que hoy se aplican en Mendoza, no es más que una decisión de las políticas públicas de esa provincia, especialmente cuando existen alternativas de solución hídricas que la actora aplica exclusivamente para satisfacer otras regiones –incluso zonas más húmedas- de su territorio.

Finalmente, la indemnización que postula la actora es improcedente (VII.5.g), no sólo porque se apoya en una responsabilidad que no es tal, y por ello no corresponde monto alguno, sino además porque las argumentaciones en las que se apoya el cálculo



de la misma **resultan gravemente inadecuadas en lo técnico**, con fuertes falencias metodológicas que desautorizan su definición.

En base a todo ello, entendemos que la acción dirimente interpuesta por La Pampa no puede prosperar en ningún sentido, debiendo rechazarse la queja que esa provincia interpone en estas actuaciones en el marco del art. 127 CN.

VIII.- PRUEBA

A los efectos de la acreditación de los hechos expuestos, se ofrece la siguiente prueba documental, instrumental, pericial, y de reconocimiento judicial:

VIII.1- Documental

Se acompaña la siguiente:

-Anexo I

.Estudio “Análisis preliminar de las argumentaciones técnicas efectuadas por la Provincia de La Pampa en su reclamación sobre caudal ambiental en el río Atuel”, elaborado por la Universidad Nacional de Cuyo, el que obra en el Expediente nº 1988-D-2015, caratulado “Universidad Nacional de Cuyo s/Remiten informe “Análisis preliminar de las argumentaciones técnicas efectuadas por la Pcia de La Pampa en su reclamo

sobre caudal ambiental en el río Atuel”, originario de la Fiscalía de Estado de Mendoza

-Anexo II

.Informes del Departamento General de Irrigación de la Provincia de Mendoza:

- 1) Listado de Obras realizadas en el Río Atuel desde el año 1983 a la fecha con montos actualizados
- 2) Informe sobre Emergencia Hídrica
- 3) Planilla con identificación de las hectáreas con riego presurizado
- 4) Informe sobre recuperación de caudales
- 5) Informe relativo al comportamiento hidrológico de la cuenca del río Atuel
- 6) Observaciones sobre los estudios realizados por la Universidad Nacional de La Pampa

Todos ellos obran en el Expediente nº 1947-D-2015, caratulado “Departamento General de Irrigación s/ Remite informe con relación a la demanda que la Pcia de La Pampa ha iniciado contra la Pcia. De Mza Expte 243/14 CSJN Río Atuel”

-Anexo III

.Inventario Nacional de Glaciares. Informe de la cuenca del río Atuel. Provincia de Mendoza, realizado por el Instituto Argentino de Nivología y Glaciología y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en cumplimiento de la Ley 26639.



-Anexo IV

.Estudio “Los escenarios de Cambio Climático y el impacto en los caudales. Documento sobre la oferta hídrica en los oasis de riego de Mendoza y San Juan en escenarios de Cambio Climático”, efectuado por José A. BONINSEGNA, y Ricardo VILLALBA, Fundación e Instituto Torcurato Di Tella y Gobierno de Mendoza, s/f

-Anexo V

. Copia certificada de la nota nº 445-D-2014-30008, acumulada al expediente 1767-D-2014-30093, iniciada por la empresa Aguas del Colorado SAPEN (creada por Ley 2223 y 2654 de La Pampa) ante la Dirección de Hidráulica y el Departamento General de Irrigación de Mendoza.

-Anexo VI

.Plan Estratégico Territorial. Avance 2008: proceso de construcción conducido por el Gobierno Nacional mediante consensos, para el despliegue territorial de la inversión pública, del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, en la parte pertinente que hace al presente proceso (pág. 220/221 y 224), sin perjuicio de que la versión integral es de público conocimiento al estar

disponible en
<http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>.

-Anexo VII

.Plan Estratégico Territorial Avance II: Territorio e Infraestructura, del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, Buenos Aires, 2011, en la parte pertinente que hace al presente proceso (pág. 36, 66, 67, 139 y 151) sin perjuicio de que la versión integral es de público conocimiento al estar disponible en <http://www.planificacion.gob.ar/contenidos/2605>.

-Anexo VIII

.El Agua en la Pampa. Introducción a la Problemática Hídrica. Publicación de la Subsecretaría de Ecología. Gobierno de la Pampa. Año 3, Nº3. Octubre del 2011, pág. 13; y su Reimpresión y actualización (Año 4 - Nº 3) de Mayo de 2013 (ISSN: 1852-3900).

-Anexo IX

.Documento “CUENCAS Y REGIONES HÍDRICAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA. Características generales”. Descargado el 20 de julio de 2015 del sitio oficial de la Provincia de La Pampa: <http://www.lapampa.gov.ar/cuencas-y-regiones-hidricas13.html>.



-Anexo X:

.Estudio “ANTEPROYECTO Y PROYECTO DE LAS OBRAS DE REGULACION Y MANEJO DEL RÍO CURACO EN LA ZONA DE LA LAGUNA LA AMARGA - INFORME FINAL”, de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa, descargado el 15 de julio de 2015 del sitio oficial de la Provincia de La Pampa: <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5924-proyecto-obras-en-el-tapon-de-alonso.html>

-Anexo XI:

.Estudio “CANAL DE DERIVACIÓN Y REGULACIÓN DEL RÍO CURACÓ – TAPÓN DE ALONSO”, de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa, descargado el 15 de julio de 2015 del sitio oficial de la Provincia de La Pampa: <http://www.lapampa.gov.ar/proyectos/5945-obra-puelches.html>

-Anexo XII:

.Expediente N° 64886-S-2014, originario del H. Senado de la Provincia de Mendoza, de sanción de la Ley n° 8661, y su antecedente **expte administrativo 3919-2008.**

-Anexo XIII:

.Informe del Departamento General de Irrigación referido a la remisión del Boletín de Información

Hidronivometeorológica a la Provincia de La Pampa, contenido en la Pieza Administrativa 1995-D-2015, originaria de la Fiscalía de Estado de Mendoza

-Adhesión a prueba documental de la actora:

Esta parte expresamente adhiere a la siguiente prueba documental de la actora, ya acompañada a la causa:

- a) **Publicación: Gestión de las cuencas hidrográficas: Conflicto Inter jurisdiccional por las aguas del río Atuel**, Eurosocial, 2012, que expone la opinión de LASTIRI, Néstor Pedro. Ubicado en el Anexo 14 de la prueba documental de la actora.
- b) **Estudio del Proyecto de Aprovechamiento del Río Atuel en la Zona de Santa Isabel**, de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa. Ubicado en el Anexo 11 de la prueba documental de la actora.
- c) **Actas de la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior**. Las mismas se encuentran ubicadas en el Anexo 13 de la prueba documental de la actora.
- d) **Expediente administrativo nº 8259/2001**, de la actual Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa (Ex Dirección General de Servicios Públicos). Ubicado como Anexo 4 de la prueba documental de la actora.
- e) **Estudio “Análisis de la Interacción Agua Superficial y Subterránea y su Influencia en los Esguerrimientos en el Tramo inferior de Cuenca del río Atuel”**, de la Secretaría de Recursos Hídricos de La Pampa y de la Universidad Nacional de



La Pampa. Ubicado como Anexo 10 de la prueba documental de la actora.

- f) **Estudio “Análisis Hidrológico del Río Atuel en la Cuenca Inferior”**, Universidad Nacional de La Pampa. Ubicado como Anexo 9 de la prueba documental de la actora.

VIII.2- Instrumental

Se ofrecen como prueba:

- Expediente N° L-195 XVIII, caratulado “LA PAMPA, Provincia de c/MENDOZA, Provincia de s/ Acción posesoria de aguas y regulación de usos”, originario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tramitado ante la Secretaría de Juicios Originarios de este Tribunal. Se ofrece tanto el expediente principal como todos sus incidentes y elementos de prueba.
- Expediente N° P. 732. XLVI, caratulado “PALAZZANI, MIGUEL ANGEL C/MENDOZA, PROVINCIA DE Y OTRO S/AMPARO AMBIENTAL”, originario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tramitado ante la Secretaría de Juicios Originarios de este Tribunal.
- Expedientes Administrativos de la Secretaría de Energía de la Nación relativos a la impugnación de la Provincia de Mendoza al Decreto 1560/73 Expedientes n° ME-SEE-AEE-SE n° 66833/80 y sus acumulados, incorporados y pedidos de reconstrucción y actuaciones reconstruidas (entre ellas Exptes 560508/71, 561754/71, 173/73, 577623/73; Exp-S01:0176343/2002, S01:0045356/2003).

VIII.3- Pericial

Atendiendo la naturaleza compleja de la cuestión involucrada, deberá establecerse un análisis pericial interdisciplinario que deberá cubrir las siguientes especialidades: ingeniería hidráulica, geología, ingeniería civil, economía, geografía, sociología, agronomía, ecología, gestión ambiental.

La pericia interdisciplinaria que se disponga deberá expedirse sobre los siguientes puntos, teniendo presentes las diversas observaciones científicas, técnicas y metodológicas efectuadas en este responde, y en los informes de la Universidad Nacional de Cuyo y Departamento General de Irrigación acompañados en esta contestación:

- Si los bañados y humedales de la cuenca del río Atuel han sido destruidos, o si subsisten en condiciones de transformación adaptativa a los cambios ambientales producidos, con capacidad de resiliencia en función de la variabilidad de los ciclos hidrológicos
- Si los caudales medios reconocidos como ingresantes al territorio pampeano, conforme se identifica en este responde, más los demás aportes hidrológicos que presentan los humedales (aportes pluviales, etc.) generan una oferta acorde a las necesidades de dichos humedales en su actual configuración



- Si existe algún objetivo ambiental de protección fijado normativamente que justifique modular la transformación natural existente
- La importancia relativa que presenta el río Atuel en la dinámica fluvial del sistema hídrico en su integralidad
- Si el grado de transformación natural causado por el uso de las aguas del río Atuel es mayor, menor o equivalente al desarrollo de áreas de cultivos, ganaderas , urbanas e industriales en la Provincia de La Pampa, con comparativa de las vulnerabilidades y bienes ambientales que cada paradigma de desarrollo ha implicado
- Si es posible la subsistencia de la población dependiente de los usos del agua en la cuenca sin la transformación ambiental producida, así como la posibilidad de alterar el actual esquema de subsistencia
- Si la transformación ambiental producida mediante el desarrollo del oasis mendocino es positiva o negativa en términos de desarrollo humano
- Se deberá determinar dentro de cualquier alternativa de disposición o redistribución de caudales que se propicie, la disponibilidad de otras fuentes disponibles de agua (como el cupo ocioso sobre el río Colorado)

- El grado de utilización del agua y eficiencia que presenta La Pampa sobre los caudales asignados para riego según el Tratado del Río Colorado, en particular en la zona de 25 de Mayo
- El costo social, económico y ambiental que presenta cualquier variable alternativa
- El impacto de obras en el área de Las Juntas sobre el sistema Llanquanelo
- Si existen condiciones fácticas distintas a las existentes al tiempo de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 3/12/1987, registrada en Fallos 310:2478
- El impacto del cambio climático sobre las actividades sociales y productivas que caracterizan el ambiente humano en la cuenca
- Se deberá determinar y valorar las funciones sociales, ambientales y económicas del desarrollo del oasis existente en Mendoza
- Si existen otras alternativas de intervención sobre el ambiente transformado que no implique el uso de caudales
- El valor expropiatorio de cualquier caudal de agua que deba redistribuirse en perjuicio de terceros
- Se deberá atender cualquier análisis fáctico en su encuadre jurídico, en particular los principios aplicables a los usos actuales y futuros del río Atuel, analizados en este responde, conforme



determina la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 03/12/1987, registrada en Fallos 310:2478

A los efectos de la producción de la prueba técnica, y atendiendo el carácter interdisciplinario que presenta, la Provincia de Mendoza contará con la asistencia de la **Universidad Nacional de Cuyo**, con domicilio en Ciudad Universitaria (edificio Rectorado), Parque General San Martín, Mendoza, a través de los especialistas que se designen por la misma, en carácter de **consultor técnico** de esta parte (art. 458 CPCCN).

VIII.4- Reconocimiento judicial

Al efecto proponemos conforme el art. 479 CPCCN que VE realice una visita *in situ* a la cuenca del río Atuel y demás áreas de interés mencionadas en este responde, a efectos de constatar personalmente los diversos aspectos referidos en este responde.

IX.- DERECHO

La presente contestación es fundada en las normas de derecho intrafederal que resulta aplicables al caso, y que han sido referidas en la presente contestación, sean de origen constitucional, convencional o dirimente, o por aplicación de las reglas de derecho internacional.

X.-PETITORIO

Por todo lo expuesto, a VE solicito:

- a) Tenga por contestado en tiempo y forma el traslado de la demanda.
- b) Tenga presente la prueba ofrecida, disponiendo su sustanciación en su oportunidad
- c) Haga lugar a las excepciones de cosa juzgada, falta de legitimación, e incompetencia, en los términos expuestos por esta parte, con costas, ordenando el archivo de las presentes
- d) Haga lugar al planteo de improponibilidad de la acción efectuado por esta parte, rechazando la misma, con costas.
- e) Haga lugar a la defensa sustancial efectuada, rechazando la demanda dirimente que se responde, con costas.

Provea V.E. de conformidad y

SERÁ JUSTICIA.-

Dr. Cesar Mosso Giannini
Asesor de Gobierno
de la Provincia de Mendoza

Dr. Fernando Simón
Fiscal de Estado
de la Provincia de Mendoza

Dr. Francisco Pérez
Gobernador de Mendoza
(en ejercicio)

Lic. Alfredo Cornejo
Gobernador de Mendoza
(electo periodo 2015-2019)