

“Avatares de la gestión de las aguas interprovinciales: el caso del Río Atuel”

Carlos Gonzalo Francisco Fuentes y María de las Nieves Cenicacelaya¹

¹ Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, calle 48 e/ 6 y 7, La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Mails de contacto: gonzalofuentes7@yahoo.com.ar

edurneca@yahoo.com.ar

RESUMEN

La Constitución Argentina establece que las provincias son dueñas de sus recursos naturales pero también que cuando éstos son interprovinciales es necesario que su uso y aprovechamiento sea acordado entre las partes; y, finalmente cuando esos acuerdos fracasan, es la Corte Suprema la que debe resolver el conflicto. Los desacuerdos entre las provincias muy frecuentemente suceden por el uso y aprovechamiento de aguas inter-jurisdiccionales. En este trabajo abordaremos el prolongado conflicto entre dos estados federados de la Argentina: Mendoza y La Pampa; las que históricamente discuten acerca del uso y utilidad del Río Atuel. Más precisamente ahondaremos en el último pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se establecieron novedosos criterios en materia de federalismo ambiental resolver el diferendo, dándose especial prevalencia a la participación de la ciudadanía.

Palabras clave: Recursos Hídricos – Río Atuel – Federalismo – Ambiente – Participación

ABSTRACT

Argentine Constitution stipulates that provinces own their natural resources but it also determine that when these one are interprovincial it is necessary that their use and exploitation be agreed between the parties; and if it is impossible, Federal Supreme Court must resolve the dispute.

Frequently, use and exploitation of inter-jurisdictional waters causes discrepancies.

In this paper we will report about the historical dispute between two Argentinian federated states: Mendoza and La Pampa. They have been involved for years in a conflict on Atuel river's use and exploitation.

More specifically, we will go deeper into the last ruling of the Federal Supreme Court at which, novel criteria about environmental federalism were identified in order to resolve the differences; among then, citizen participation is emphasized.

Keywords: Water resources – Atuel river – Federalism - Environment – Citizen participation

1. Introducción

Como ya hemos referido (Cenicacelaya y Fuentes, 2017) la Constitución argentina establece en su artículo 124, que las provincias ejercen el dominio originario de sus recursos naturales; entre los que se incluyen, claro está, los cursos de agua. Sin embargo, cuando éstos son compartidos con otras provincias, las entidades de la federación que se hallen involucradas, deberán arreglar su uso y aprovechamiento a través de tratados interprovinciales, celebrados conforme al artículo 125 de la norma suprema.

Como dato novedoso, luego de la última reforma constitucional se ha incorporado el artículo 41, que tutela el ambiente y en el que, entre otras previsiones, se ha establecido para las autoridades un deber especial de cuidado y protección del mismo.

En este trabajo nos ocuparemos especialmente de uno de los conflictos interprovinciales desatados por el uso de un recurso hídrico compartido, en el que está en juego la sostenibilidad ambiental de dos regiones argentinas, de una parte, Cuyo y de otra parte, la Región Pampeana. Conflicto que vale destacar, viene de larga data y que en los últimos tiempos ha recobrado actualidad debido a que se le ha solicitado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que alcance una solución aceptable para todas las partes de esta disputa. En tal sentido haremos una somera alusión al primer pronunciamiento de la CSJN del año 1987 (CSJN, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ acción posesoria de aguas y regulación de usos -Fallos 310:2478-) para luego hilvanar cuestiones de suma trascendencia del último pronunciamiento –preliminar- de parte de aquel tribunal, en el nuevo planteo judicial, que tuvo lugar el día 1 de diciembre de 2017 (CSJ 243/2014 (50-L) ICS1 La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/Uso de Aguas.)

2. Conflictos por ríos inter-jurisdiccionales

En el diseño del sistema federal Argentino, las provincias ejercen un haz de competencias exclusivas, entre las que destacamos el dominio de los recursos naturales existentes en su territorio; y dentro de ellos, en lo que a este trabajo concierne, sus cursos de agua.

Así, el dominio de los ríos, sean ellos navegables o no navegables, e independientemente de que estén situados en la totalidad de su curso dentro de una provincia, o transcurran por más de una provincia o sirvan de límite entre provincias, es, en todos los casos, provincial; y son las provincias quienes pueden decidir exclusivamente sobre la utilización y el aprovechamiento de esos ríos dentro de su territorio.

Sin embargo, lo anterior puede acarrear conflictos de difícil resolución; por ejemplo, si una provincia situada aguas arriba hiciera un uso desmedido del recurso hídrico, pudiendo llegar a despojar, incluso, a la provincia aguas abajo de la posibilidad de uso alguno; o si el curso fuese contaminado.

La Constitución Nacional dispone de una herramienta que puede resultar de suma utilidad para que las entidades de la federación puedan acordar sobre el particular, del mismo modo que el Derecho Internacional lo hace para el caso de los ríos transfronterizos (Barberis, 1973), cuyas pautas pueden ser aplicadas analógicamente, como hace tres décadas dijo la propia Corte Suprema.

Nos referimos a los tratados interprovinciales que prevé el artículo 125 CN los que, deben ser puestos en conocimiento del Congreso Nacional y que pueden colaborar a realizar la denominada concertación federal (Cenicacelaya, 2014).

En este sentido, en nuestro país, se han celebrado varios acuerdos interprovinciales en pos de consensuar la distribución, el manejo coordinado y la protección de las aguas compartidas. Y no obstante que no todos ellos presentan idénticas características, lo que sí tienen en común es la adopción del concepto de “cuenca”, como área geográfica delimitada por la línea divisoria de aguas, que fluyen hacia un término común (Moyano, 2014). Ese es, además, el mecanismo recomendado desde la Subsecretaría de Recursos Hídricos de la Nación a través de los Principios Rectores de Política Hídrica (PRPH) a efectos de acordar la distribución, el manejo coordinado y la protección de las aguas compartidas, en la medida que constituyen ámbitos propicios para la búsqueda anticipada de soluciones a potenciales conflictos (Principios 22 y 23)

Ahora bien, en cuanto a las relaciones y conflictos que se tejen entre dos o más provincias y los mecanismos de articulación, debemos resaltar que la relación entre provincias es un vínculo entre pares, como entes públicos jurídicamente iguales, en jerarquía y consideración. Las relaciones que median entre ellas son de cooperación y de coordinación, nunca de subordinación.

Además de la igualdad, que implica que una provincia no puede prevalecer sobre otra, debe considerarse la autonomía en tanto implica que cada entidad estadual sea independiente en su ámbito de injerencia competencial y en la integridad de su territorio.

Entonces, de estas dos características esenciales se deriva una tercera y ella es que el diseño institucional requiere al menos de un mecanismo de superación de los eventuales conflictos interprovinciales que no afecte la igualdad ni la autonomía

3. Mecanismo constitucional para la resolución de conflictos interprovinciales

Organizado y consolidado el Estado Nacional, como lo referimos en el acápite anterior, los conflictos entre provincias debieron subsumirse necesariamente en la lógica de la organización federal y en la dinámica de relaciones que se gestan entre los distintos niveles de gobierno y de jurisdicción. La “consolidación de la paz interior”, como objetivo de organización declamado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, requiere de herramientas o procedimientos capaces de lograrlo, entre ellos, la canalización de los conflictos interprovinciales.

El mecanismo de superación de conflictos interprovinciales que más se ajusta a la esencia de un sistema que identifique a las partes en conflicto como entes jurídicamente iguales, es el previsto en el artículo 127 CN.

Este mecanismo constitucional viene a significar una instancia superadora de la ineficacia de la coordinación mediante negociación directa entre las partes, que es, sin duda, el camino normal o primario de articular las relaciones. Ahora bien, fracasada la vía principal de coordinación, la negociación, los convenios o acuerdos mutuos, se justifica el acceso a la jurisdicción de la CSJN a través de esta competencia particular, llamada “competencia dirimente” que deriva de la igualdad jurídica entre las provincias y además, del contenido concreto del conflicto entre provincias.

En la competencia dirimente, la CSJN no actúa como un órgano jurisdiccional sino como un árbitro en una contienda entre dos partes que se someten a su criterio, más político que jurisdiccional (Quiroga Lavié *et al.*, 2001). En relación a esto, cabe consignar que hasta el momento sólo dos pleitos han sido dirimidos por el máximo tribunal federal: el conocido como caso “del Río Atuel” (el pronunciamiento de 1987 ya referido más arriba), con motivo de la controversia por varias décadas entre las provincias de La Pampa y Mendoza sobre el aprovechamiento de esa sub cuenca hídrica; y otro que intentaba precautoriamente evitar daños mientras se resolvía la cuestión principal en torno a la modificación del escurrimiento natural de las aguas interprovinciales de la Laguna La Picasa ubicada entre el sudoeste de Santa Fe y el noroeste de Buenos Aires (CSJN, Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo – derivación de aguas – 2000 – Fallos 323:1877).

Las normas y principios que aplicará la CSJN para resolver el conflicto no se encuentran limitadas ni siquiera al ordenamiento jurídico local, sino que el Tribunal podría apelar directamente y sin necesidad de interpretaciones intrincadas a normas del Derecho Internacional, a pautas y criterios sentados por otros órganos judiciales o recomendaciones emitidas por organismos internacionales con injerencia en la materia, área o ámbito en debate (la Corte Norteamericana lo denomina *common law* federal)

Pero lo más relevante a destacar es que, en estos casos, la CSJN emite una sentencia también peculiar, y si bien en su fallo podría imponer determinada carga a una de las partes o a ambas, tal imposición dista de tener el vigor y sustancia que tendría en un juicio donde su actuación es netamente jurisdiccional.

En este tipo de procesos la CSJN establece condiciones, fija reglas de coordinación, plazos, controla el proceso de negociación y la implementación de los acuerdos, pero en esencia la actividad del Tribunal es arbitrar el conflicto y no juzgar la actuación de las partes. En síntesis, se tratará de conciliar los intereses en juego y no de establecer qué interés debe prevalecer.

Estas características del mecanismo, si bien se ajustan a los caracteres de las provincias en el sistema federal, le restan eficiencia a la hora de lograr una

concreta y sustentable articulación en una relación conflictiva donde las partes no ceden en nada en sus posiciones.

Tales aspectos fueron reafirmados por la CSJN en el pronunciamiento del 1 de diciembre de 2017 en el considerando 9, al sostener "Que la competencia dirimente de esta Corte reviste diversa naturaleza de la jurisdiccional, conforme ha sido sostenido tanto por la jurisprudencia nacional". En miras a la implementación de tan delicada tarea, es preciso reconocer las siguientes pautas remarcadas por la Corte Suprema para su ejercicio: a) se trata de una función de naturaleza prudencial; b) el Tribunal debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, dado que "tan enfática como la prohibición de las provincias de declarar o hacer la guerra a otra, es el establecimiento de su remedio y sustituto" lo que implica reconocer al órgano "amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio" y modular la estructura procesal de su ejercicio, de acuerdo a las particulares características de la situación concernida; c) la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente no debe conducir a la arbitrariedad, pues su ejercicio se orienta a los fines constitucionales de "constituir la unión nacional, asegurar la paz interior y promover el bienestar general" y se inspira en la equidad y los principios propios del sistema federal constitucional, en miras a garantizar un federalismo lealmente aplicado; d) el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; criterio que resulta especialmente aplicable al caso por tratarse de una cuestión ambiental, regida por el principio de progresividad; e) las decisiones del Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de "buena fe", siendo, este estándar un factor relevante al momento de ponderar las responsabilidades que pueden emerger en caso de incumplimiento.

4. Histórico conflicto por los usos del Rio Atuel

El conflicto se centra en que desde la provincia de La Pampa se denuncia que los usos hidráulicos que se han hecho sobre el río han impedido que éste llegue con el caudal suficiente a su territorio, lo que obstaculiza el desarrollo de esa zona al carecer de agua para el riego y el desarrollo de la agricultura y la ganadería. A ello, Mendoza históricamente sostuvo los usos, pues de estas obras realizadas depende el riego de todo el valle en la zona sur de su provincia (San Rafael y General Alvear).

Los albores del conflicto se produjeron cuando Mendoza comenzó a utilizar de manera integral las aguas del Rio Atuel, construyéndose en el año 1948 la represa del Nihuil y los diques el Nihuil y Valle Grande, tomando gran parte del recurso hídrico para el abastecimiento de dichos emprendimientos. Desde ese año el Atuel no volvió a ingresar al territorio pampeano sino hasta una gran crecida que tuvo lugar en el año 1973. Luego, producto del reclamo persistente de pobladores del norte pampeano, el gobierno federal dictó la Resolución 50/49 de

Agua y Energía Eléctrica, por la que se establecen tres sueltas anuales de una duración de una semana cada una a fin de abastecer de agua a los habitantes del noroeste pampeano.

El conflicto fue en aumento hasta llegar a la virtual desaparición del curso natural del río, lo cual motivó que el área circundante de la cuenca haya experimentado un proceso de desertificación convirtiendo al área en un bioma no apto para la vida.

Dicho contexto motivó que la Provincia de La Pampa en el año 1980 decidiera someter la cuestión a la CSJN y demandar a tenor del actual artículo 127 de la CN, por acción posesoria de aguas y regulación de usos del Río Atuel.

Ante el bloqueo de las negociaciones, La Pampa promovió una demanda ante la CSJN: “contra la Provincia de Mendoza, a fin de que se la condene a no turbar la posesión que ejerce y le atañe a la Provincia de La Pampa sobre las aguas públicas interjurisdiccionales que integran la sub-cuenca del Río Atuel y sus afluentes, a cumplir lo dispuesto por la Resolución nº 50/49 de Agua y Energía Eléctrica, y para que se regulen los usos en forma compartida entre ambas provincias dueñas del recurso”.

Por su parte, Mendoza negó que el río fuera interprovincial, y en subsidio consideró que, de ser interprovincial, la utilización de las aguas que ella realizaba era acorde con lo dispuesto en el convenio con el Estado Nacional para la construcción de Los Nihuales y que ello era oponible a La Pampa. Alegó a su favor la ley 12.650 y el contrato celebrado con el gobierno federal el día 17 de junio de 1941 que le había concedido el aprovechamiento exclusivo del río Atuel.

a. El fallo de la CSJN

En lo sustancial del pronunciamiento la CSJN el 3 de diciembre de 1987 resolvió i) declarar el carácter interestadual del Río Atuel ii) rechazar la acción posesoria de aguas entablada por La Pampa y; iii) exhortar a los Estados miembros en queja a celebrar convenios tendientes a una utilización razonable y equitativa en el uso futuro de las aguas del Atuel; ello sobre la base de pautas expresamente establecidas en el resolutorio.

La sentencia de 1987 constituyó uno de los hitos más relevantes del conflicto entre estas dos provincias, aun cuando muchos aspectos de la contienda no quedaron del todo claros, al menos no para las partes. La discusión en más o en menos continuó. Como ejemplo de cierta inconsistencia del fallo, después de 1987, cada una de las partes se presentó ante la CSJN solicitando distintas “aclaraciones” a la sentencia.

Si bien el fallo comentado reconoció el carácter interjurisdiccional del río Atuel, no es menos cierto que dejó inalterable la situación de privilegio que tenía y mantuvo Mendoza: los usos del agua en forma exclusiva y el sistema de riego. También, es cierto que se estableció la necesidad de que ambas provincias negociaran de buena fe sobre la regulación de la futura utilización del río.

Dos aspectos de esa sentencia permitían vislumbrar que tal orden no sería plenamente cumplida i) la primera fue la circunstancia de no haberse fijado pautas concretas ni plazos -al menos no de forma imperativa-, ni haberse fijado “sanciones” para un eventual incumplimiento; y ii) la segunda fue la invocación a los “usos futuros” que pareció algo imprecisa si se tiene presente que la propia CSJN le reconocía a Mendoza los usos consuntivos de una importante cantidad de hectáreas.

La CSJN sostuvo que para decidir sobre la regulación del uso de las aguas es necesaria una prueba terminante del derecho porque el daño que puede resultar de romper con los usos establecidos es indudable e inmediato, mientras que los beneficios potenciales pueden ser especulativos y remotos.

La interpretación del fallo difirió enormemente entre las partes. Para La Pampa se confirmó que el Atuel le pertenecía en forma conjunta. Para Mendoza, el uso de sus aguas fue confirmado y, en cierta forma, legitimado. Por lo demás, los términos del fallo implicaron una amplia laxitud, en especial para establecer el deber de acordar entre las partes el uso compartido del río. Así, Mendoza, solicitó aclaratoria que fue resuelta por la CSJN el 26 de julio de 1988. La Pampa, a su vez, también se presentó ante la CSJN luego del fallo de 1987. Y más de dos décadas después de ese fallo histórico, la CSJN se pronunció nuevamente en la causa. En efecto, el 17 de marzo de 2009 aclaró, una vez más, el alcance de su sentencia de 1987 en cuanto a lo resuelto: la interjurisdiccionalidad del Atuel, los usos consuntivos aplicados a una superficie determinada y la necesidad de que las partes celebren convenios sobre los usos futuros.

5. Federalismo y ambiente en la constitución de 1994

En paralelo a los avatares de la sentencia de la CSJN, se produjo una profunda transformación jurídica, que implicó el desarrollo de mecanismos institucionales de protección al ambiente que modificaron la mirada acerca del aprovechamiento de los recursos naturales, especialmente, el agua y el aire. La palabra “ambiente” se incorporó decididamente al vocabulario cotidiano, también “participación ciudadana”, “intereses colectivos”, “usuarios y consumidores”.

El salto cualitativo lo marcó la reforma constitucional de 1994 con la incorporación del actual artículo 41 CN. Así, algunos autores llegaron a hablar de una especie de redefinición del Estado; por ejemplo Quiroga Lavié, quien mencionó la formación de un “Estado ecológico de derecho”. El texto parte del derecho al ambiente sano, el deber de preservarlo y el daño ambiental, para luego indicar las obligaciones de los gobiernos y la distribución de competencias.

En este último aspecto, se modifica parcialmente el sistema de coordinación de competencias entre el gobierno federal y los provinciales que en materia ambiental, tras la reforma de 1994, se incorpora a un sistema de tipo “vertical” denominado “federalismo de concertación”. De esta forma, el federalismo ambiental argentino, está fundado en un esquema de competencias concurrentes

que otorga predominio normativo a la nación y primacía ejecutiva a las provincias. Además la reforma constitucional de 1994 consagró el poder provincial sobre los recursos naturales, en tanto fijó el dominio originario provincial de los mismos, según el artículo 124 CN.

En el marco de este nuevo paradigma, el derecho al agua potable es uno de los que recibe especial tutela. Ecología, ambiente sano, equilibrio y desarrollo, derecho al agua, agregaron nuevos valores a la Constitución Nacional. En el espíritu de la ley fundamental, el desarrollo económico continuó siendo eje del crecimiento, pero no a cualquier precio; la racionalidad del uso de los recursos se impuso como pauta y límite al desarrollo, el que debe ser sostenible en el tiempo.

Por otro lado, dentro del conjunto de derechos ambientales, podemos identificar al más específico derecho humano al agua. La cuestión no es menor porque en la demanda de La Pampa del año 2014, este derecho fue especialmente considerado para instar el nuevo proceso judicial. Se afirmó allí que el agua dejó de ser un recurso para el desarrollo económico para transformarse en un componente ambiental; el agua (se dijo) ya no debe tratarse como un bien económico sino como un bien social que debe ser sostenible y disfrutable por generaciones futuras.

6. Nuevo juicio

A diferencia del juicio promovido en el año 1979, en mayo de 2014 La Pampa promovió una demanda “en los términos del artículo 127 de la Constitución Nacional, en contra de la Provincia de Mendoza”.

La petición a la CSJN fue compleja. Por un lado, peticionó la declaración del incumplimiento de Mendoza de la obligación de negociar y celebrar de buena fe convenios para regular los usos del río Atuel; y también que se declarase el daño ambiental en el territorio pampeano, se ordenase su cese y la recomposición del ambiente.

En concreto, se le solicitó la fijación de “un caudal fluvioecológico” en forma inmediata, estableciendo al efecto cantidad y calidad mínima del agua a ingresar al territorio pampeano, y un caudal ambiental, tanto en lo que hace a la cantidad cuanto a la calidad del agua que debe ingresar al territorio a La Pampa, y se dispusiese la realización de las obras para alcanzar el mismo, así como los plazos de ejecución. Finalmente, otra petición que formó parte del reclamo fue la creación de un Comité Interjurisdiccional para la cuenca del Río Atuel, con la participación del Estado Nacional.

El argumento central de la demanda considera al agua como una necesidad indispensable para la vida, la salud, el ecosistema y el desarrollo.

A mediados del año 2015, Mendoza contestó la demanda en un extenso escrito. Allí se (re) plantean numerosas cuestiones procesales y sustanciales. Una de ellas fue la de imputar a La Pampa el fracaso de las sucesivas negociaciones producto de su intransigencia y la actitud conflictiva. Exaltó su propia buena fe y

apertura al diálogo, y valoró haber cedido caudales de agua ajenos a la cuenca del Atuel. En relación a lo exclusivamente procesal, Mendoza opuso varias excepciones previas a la demanda. Una de ellas fue alegar que el actual juicio es una réplica del caso que se ventiló a finales de la década del setenta y se resolvió en el año 1987.

La Pampa solicitó a la CSJN la citación del Estado Nacional. El motivo jurídico-procesal era posibilitar que el eventual fallo le sea extensible en sus efectos. Además, es evidente que su presencia resulta necesaria para asegurar cualquier decisión adoptada en un conflicto en el cual los protagonistas son estados subnacionales; ello sin contar con el posible financiamiento de cualquier obra o programa que sea ordenado o consensuado. Sin embargo, dadas las particularidades del caso, esta citación fue comprensiva también de la responsabilidad histórica que La Pampa le imputa al Estado Nacional en la generación del daño ambiental, en particular, porque en la ley 12.650 –que permitió la construcción de Los Nihuiles– no se previó que el río Atuel fuese un recurso compartido entre Mendoza y el propio gobierno nacional que participó directamente en la construcción del complejo hidroeléctrico y, hasta el año 1992, en su administración.

En el marco del proceso judicial, la CSJN citó al gobierno nacional como tercero interesado. En mayo de 2015, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación se presentó en el expediente. En lo sustancial, expresó que la incidencia del Estado Nacional resulta limitada habida cuenta de que las provincias detentan el dominio originario de los recursos naturales, conforme al artículo 124 CN. Tratándose de recursos hídricos, son las provincias las que están facultadas para dictar la normativa que regule sobre las aguas en sus territorios. Agregó que el Estado Nacional integra el Consejo Hídrico Federal y que en esa instancia ejerce un rol coordinador y de facilitador de la armónica comunicación entre las provincias; y además resaltó que las provincias habían suscripto acuerdos, los cuales debían ser aprobados por las Legislaturas, no siendo ello de la injerencia del Estado Nacional, ni del Congreso ni del Poder Ejecutivo.

7. Las audiencias públicas como herramienta de participación

En la actualidad existe una corriente importante tendiente a valorizar estas audiencias desde el punto de vista del proceso frente al reclamo de celeridad y de una justicia más rápida; ello, sin duda, se ve favorecido con la diagramación de instancias orales y por ello la misma CSJN ha reglamentado este instituto a través de la Acordada 30/2007 del 5 de noviembre de ese año.

Asimismo, desde el punto de vista procesal las audiencias resultan útiles para el abordaje de procesos policéntricos y colectivos donde hay una multiplicidad de centros de interés. “Es decir, no hay dos, sino una pluralidad de centros de interés y en tales casos la audiencia pública aparece como la vía más apta para poder

escuchar a las distintas partes dentro de un proceso que se distingue por su complejidad. Por tanto, desde el punto de vista del derecho procesal, hay una revalorización muy importante de las audiencias públicas” (Lorenzetti, 2013).

Dentro de las audiencias que se llevan a cabo en la CSJN nos referiremos específicamente a las audiencias públicas convocadas de “manera potestativa” por el dicho tribunal (Benedetti y Sáenz, 2016) en aquellos procesos de marcada relevancia institucional, en que las derivaciones de este tipo de casos exceden el mero interés de partes. En este tipo de audiencias no sólo se privilegia el relato directo de las partes en conflicto frente a los Ministros del Máximo Tribunal, sino que también se engrosan los argumentos de análisis con la participación de los Amigos del Tribunal.

Las audiencias públicas resultan de utilidad para casos como el analizado al permitir tomar contacto a las partes en las cuestiones del diseño institucional del federalismo, permitiéndose la escenificación de los problemas que generan las tensiones de este sistema.

Cabe destacar que esta modalidad también se inscribe en la moderna concepción aperturista del Estado (Estado abierto) lo cual implica un mayor grado de transparencia en el manejo de la información pública; asociado con el desarrollo de mecanismos que permitan el inmediato y fácil acceso a la misma por parte de los ciudadanos.

En cuanto a la figura del Amigo del Tribunal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé este instituto en el Reglamento aprobado en el año 2009; allí aclara que la expresión “amicus curiae” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia. La función esencial de los *amicus* responde a la necesidad de sumar voces en litigios donde estén en juego derechos fundamentales, cuestiones de relevancia institucional o cuando se decide sobre la constitucionalidad de una ley.

Su opinión, en principio, no es vinculante, pero sí puede influir en la decisión del órgano; en este sentido, el artículo 5 de la Acordada 28/2004, previó que las opiniones o sugerencias de los *amicus* tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema y pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento. Tal criterio ha quedado desvirtuado en la Acordada 7/2013 del 23 de abril de 2013, que en su artículo 2 establece como uno de los requisitos para intervenir, expresar a qué parte apoya en la defensa de sus derechos, lo que a nuestro entender constituye una desnaturalización de la figura. Esta última acordada modificó las anteriores 28/2004 y 14/2006, siendo el fruto de la convocatoria a organizaciones no gubernamentales que discutieron cual era la reglamentación más apropiada de los “amigos del tribunal”; entre todas se consensuó su alcance y luego fue aprobada por la Corte; dándole una noción diferente a la idea de independencia porque originariamente se pensó que el amigo del tribunal debía ser considerado

como independiente de las partes. En realidad, es independiente en un sentido porque no es la parte. Es independiente, pero viene a alegar en favor de una de las partes. En ese sentido no es independiente. Es decir, no es imparcial. A nuestro modo de ver este aspecto resulta criticable, puesto que la naturaleza de la figura fue pensada para brindar opiniones o sugerencias.

Bajo estas previsiones y ante un caso de relevancia institucional, complejo y sumamente trascendente, en la causa La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de Aguas”, la CSJN convocó a una audiencia a las partes y al Estado Nacional a una audiencia pública con carácter informativa y conciliatoria, que se celebró el día 14 de junio de 2017, a las diez horas, en el Palacio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. La totalidad de la audiencia se encuentra disponible en <http://www.cij.gov.ar/nota-26201-Se-realizar--una-audiencia-p-blica-ante-la-Corte-Suprema-en-una-causa-por-una-demanda-de-la-provincia-de-La-Pampa-contra-la-provincia-de-Mendoza-vinculada-al-r-o-Atuel.html>.

Asimismo se habilitó la participación de “amigos del tribunal”. Los distintos “amigos” expresaron las posiciones de una u otra parte. La Pampa contó con expertos de la Universidad Nacional de La Pampa y representantes de comunidades locales de pueblos originarios; Mendoza, con la exposición de representantes de la Universidad de Mendoza, de la filial General Alvear de la Federación Agraria Argentina y del Departamento General de Irrigación.

8. Nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema en el conflicto del Río Atuel

El día 1 de diciembre de 2017 –treinta años después de su primera intervención- la CSJN dictó un nuevo pronunciamiento histórico. Dicha resolución es de naturaleza anticipatoria, puesto que por medio de ella el máximo tribunal se avoca a componer aspectos urgentes del conflicto toda vez que, luego del intercambio de posiciones invocadas en la audiencia pública por las partes y los amigos del tribunal, se dicta la primera resolución dirigida a intentar modificar los puntos de conflicto.

Veamos los puntos más salientes de dicho pronunciamiento.

a. Justificación de la CSJN para regresar al caso

La CSJN, como primera cuestión, debió expresar las razones fácticas y jurídicas que permiten retomar el tratamiento de un tema ya fallado con anterioridad. Los puntos que a criterio del Máximo Tribunal implican que esta causa no se encuentre alcanzada por la cosa juzgada, son los nuevos elementos fácticos y jurídicos que no existían en 1987 y que determinan la promoción de este nuevo planteo. Ello son:

1. Derechos de incidencia colectiva. En tal sentido, se enuncian los derechos de incidencia colectiva en la especie “el ambiente”, de expreso reconocimiento en los artículos 41 y 43 CN. Así es que en el considerando 5 se determina que si bien en el *sub examine* se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas

acerca del uso del río Atuel —que ha sido calificado como interprovincial—, las cuestiones sometidas a decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 03/12/1987 (Fallos 310:2478), dado que con el paso de los años, el conflicto involucra ahora cuestiones de mayor alcance y derechos de incidencia colectiva.

2. Reafirmación del ambiente como bien colectivo. En el párrafo 2° del considerando 5, la CSJN enuncia el aspecto central para volver al estudio del asunto, expresando que hoy existe un bien jurídico protegido que es el ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible; lo cual “cambia sustancialmente el enfoque del problema, cuya solución no sólo debe atender a las pretensiones de los Estados provinciales, ya que los afectados son múltiples y comprende una amplia región”. Estamos ante un conflicto que, por tratar de un bien colectivo, indivisible, como el ambiente, excede a las partes y constituye un proceso poli-céntrico. Frente a ello reafirma que la solución de este conflicto, requiere de conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales. También hay que tener en cuenta que la cantidad de agua debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial (párrafo 4 del considerando 5) para que mantenga su sustentabilidad futura.

3. La gestión de la cuenca debe darse en clave de ecosistemas. El agua es un componente más, pero no es el único, y se lo debe analizar como soporte del ecosistema (Cano, 1979); de allí la noción de cuenca hídrica enfocada en “ecosistemas” (“sistemas ecológicos compartidos”) y no en las aguas o los cauces de los ríos solamente. Esa tesis decanta (Esain, 2018) en la sentencia del 1 de diciembre de 2017. Como vemos, la noción de cuenca para Cano se extiende no sólo a las aguas, sino a todos los sistemas ambientales; implica un enfoque de diversidad biológica. Por eso la conclusión es que “no sólo las aguas superficiales y subterráneas, los cauces o lechos que integran una cuenca, y las aguas atmosféricas, están envueltos en la definición de su régimen jurídico, sino que también lo están los otros recursos naturales conexos”.

4. El recurso agua en función eco-céntrica. Sostuvo la Corte que “La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente”. Asimismo, en el considerando 11, sostiene que en relación con el acceso al agua potable, esta Corte ha dicho que ese derecho incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva; por lo que es

fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia. Concluyendo que el derecho al agua potable, se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema.

5. El nuevo Federalismo Argentino. El considerando 6 es aquel en que la Corte describe el "nuevo federalismo", como un sistema cultural de convivencia cuyas partes integrantes no actúan sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento. En tal sentido la Corte sostuvo que "el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial; ello implica coordinar esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes". De ello es válido concluir que la Corte considera que la funcionalidad de la estructura federal en materia ambiental implica la asignación de competencias a los diversos entes de manera coordinada. Ello implica ni más ni menos que trazar las líneas de resolución del conflicto sobre la base del llamado federalismo de concertación, evolución moderna que se opone al federalismo dual o de oposición. Esto tiene lógica con la reciente doctrina del Alto Tribunal, que ha venido haciendo referencias expresas al concepto de "Estado ambiental de derecho" (Esain, 2018). La Corte, para dar sustento a su sentencia, desde que en ella se relativiza la noción de territorialidad federal por la de territorialidad ambiental, en conjunción con los llamados "sistemas ecológicos compartidos", sostiene que resulta imperioso determinar el caudal fluvio-ecológico suficiente para la conservación de la diversidad biológica.

6. Extraterritorialidad del conflicto. El pronunciamiento en análisis resulta innovador al proyectarse sobre el moderno modelo federal, lo cual permite a la Corte trazar hipótesis de avanzada para el manejo y gestión de la cuenca del Atuel. Por ello, en el considerando 13 pondera medidas referidas a la cuenca en general en términos ambientales -no hídricos solamente- y deja de lado las jurisdicciones territoriales implicadas en el caso. El territorio ambiental no coincide con el territorio político o jurisdiccional, según dice la Corte; y no sólo ello: dentro de una jurisdicción provincial puede haber una zona específica, un departamento especialmente afectado; concluyendo que la importancia de la ausencia del agua y la desertificación en esas áreas, excede el interés de las provincias para implicar una amplia región.

9. Consideraciones finales

Como hemos visto, la incorporación a la Constitución Nacional de elementos protectorios del ambiente ha generado una transformación que impacta en la forma de analizar y resolver los conflictos entre provincias cuando se encuentra en peligro la sustentabilidad ambiental.

El avanzado estado de daño al ambiente que ha generado la falta de acuerdos entre las provincias en puja, obliga a que ellos se deban gestar con una mirada prospectiva donde ineludiblemente, no sólo participen las provincias en litigio, sino también el Estado nacional con todos sus poderes en pos de la resolución de esta falla sostenida en el tiempo del sistema federal argentino.

10. Referencias

- Barberis, Julio A. 1973. *Fuentes del Derecho Internacional*. Editora Platense. La Plata.
- Benedetti, Miguel Ángel y Sáenz, María Jimena. 2016. *Las Audiencias Públicas de la Corte Suprema*. Siglo Veintiuno Editores S.A. Buenos Aires.
- Cano, Guillermo, 1979. *Recursos hídricos internacionales de la Argentina*. Víctor de Zavallía Editor. Buenos Aires.
- Cenicacelaya. 2014. *Los recursos hídricos interprovinciales y el federalismo argentino en* Pastorino, Leonardo F. (Coord) *Congreso Internacional De códigos y desafíos jurídicos para enfrentar la crisis del agua*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires.
- Cenicacelaya, María de las Nieves y Pastorino, Leonardo Fabio. 2014. *Cursos de agua compartidos en el federalismo argentino en Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, Vol VI No. 1. Santa Rosa.
- Cenicacelaya, María de las Nieves y Fuentes, Carlos Gonzalo F. *Conflictos por recursos hídricos interprovinciales y tutela ambiental. El caso de la salinización del Río Colorado en el sur Bonaerense en Iuris, Revista da Faculdade de Direito de la Universidade Federal de Rio Grande*, v. 27, n. 1, Rio Grande, Brasil, 2017.
- Di Paola, María Eugenia y Machain, Natalia. 2005. *El Principio Precautorio en la República Argentina en Revista Jurídica de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*. Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Esain, José Alberto. *Fallo por el río Atuel. Federalismo ambiental y derecho ambiental de aguas en Diario La Ley* del 21 de marzo.
- Lorenzetti, Ricardo. *Las Audiencias Públicas y la Corte Suprema*, conferencia dictada en la Universidad Di Tella, disponible en https://repositorio.utdt.edu/bitstream/handle/utdt/10618/RATJ_V14N2_Lorenzetti.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Moyano, Amílcar. 2008. *Recursos hídricos provinciales compartidos. El caso del Río Colorado en Revista de Derecho Ambiental*, Nro. 44. Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves. 2001. *Derecho Constitucional Argentino*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.